

# **EBERHARD-KARLS-UNIVERSITÄT TÜBINGEN**

**Juristische Fakultät - Institut für Kriminologie**

**Direktor: Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner**

**“Minderjährige hinter Schloß und Riegel?“**

**Freiheitsbeschränkende bzw. -entziehende Maßnahmen gegenüber Kindern und Jugendlichen, insbesondere nach § 42 SGB VIII , § 1631 b BGB und den §§ 71, 72 JGG: Eine systematische Darstellung mit ausgewählten Problem-  
schwerpunkten im verfassungsrechtlichen Kontext**

von

**Rechtsreferendar**

**FRANK CZERNER**

## - VORWORT -

*Derzeit wird die Medienlandschaft der Bundesrepublik neben dem Parteispendenskandal von einem Leitthema beherrscht: "Kinder- und Jugendkriminalität". Dieses Schlagwort scheint ständig an Aktualität zu gewinnen: in der zweiten und dritten Novemberwoche 1999 strahlte das Fernsehen (bedingt durch die jüngsten Taten in Bayern sowie in Sachsen und vermutlich inspiriert durch die neuesten Ergebnisse der Polizeilichen Kriminalstatistik für das Jahr 1998 - ungeachtet ihrer relativen Aussagekraft -) nahezu täglich eine Sendung über die sich (vermeintlich) explosionsartig entwickelnde Kriminalität nicht oder nur bedingt Strafmündiger aus. Die sich mit dieser Problematik professionell beschäftigenden und teilweise auch "selbsternannten" Experten werden nicht müde, fast allabendlich Stellung zu beziehen und sich in Diskussionsforen mit dieser Fragestellung auf sachliche bis polemische Weise auseinanderzusetzen.*

*- Das Thema ist unbestritten hochaktuell. Zum einen ist dieser Umstand auf die spezifische Aufarbeitung und die mediale Omnipräsenz der Kinderdelinquenz zurückzuführen. Je mehr verschiedene Rundfunkanstalten und unterschiedliche Tages- und Wochenzeitungen sich dieses dankbaren Politikums annehmen und auf den psychologischen Effekt der häufigen Wiederholung setzen, desto eher und stärker wird sich das medial in Szene gesetzte und entsprechend dramaturgisch gekonnt präsentierte Bild der Kinder- und Jugenddelinquenz im Denken der Bevölkerung verankern. Tatsächliche Steigerungen der Zuwachsraten krimineller Handlungen in den unterschiedlichen Altersgruppen tragen ihren Teil dazu bei, sich vermehrt darüber zu sorgen und zu beklagen, daß es "so etwas früher nicht gegeben hätte". Mit diesem öffentlich geäußerten Unmut lassen sich die besten Argumentationsgrundlagen für den lauter werdenden Ruf nach der geschlossenen Unterbringung für schwer Erziehbare schaffen. Daß dieser Schreinach "law and order" und nach "zero tolerance" entsprechend dem New Yorker Modell unter Berücksichtigung der denkbaren Folgen eine Bankrotterklärung an eine moderne, aufgeklärte Pädagogik darstellt, wird geflissentlich vor dem ersten Eindruck der bekanntgewordenen und polizeilich registrierten Kriminalität übersehen. Deviantes Verhalten Minderjähriger wird (zumindest augenblicklich) viel eher als repräsentativer Chiffre für die Bedrohung der inneren Sicherheit Deutschlands angesehen als die ebenso realen, aber mehr okkulten Phänomene der Korruption, Wirtschafts- und Umweltkriminalität. Vandalisierendes Verhalten läßt sich zweifelsohne viel leichter und eher wahrnehmen als das sich der Öffentlichkeit (zumindest längere Zeit) verbergende Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen oder die Führung sog. schwarzer Konten, wobei eine Parteispendenaffäre - je nach Geschick der Beteiligten - u.U. erst nach Jahren und nach etlichen, an der Bundesschatzmeisterei vorbeigeflossenen Millionenbeträgen, aufgedeckt wird.*

*Es ist keine Kunst, mit scheinbar realen Horrorszenarios sogenannter "Monsterkids" die Zuschauerquoten zu steigern und (rational häufig unbegründete) Ängste zu schüren. Dabei zeigen neuere kriminologische Untersuchungen, daß sich ausgerechnet diejenigen Personen am meisten vor drohenden Angriffen fürchten, die in Wirklichkeit nur mit geringer Wahrscheinlichkeit Opfer eines Übergriffes werden. Subjektiv empfundene Kriminalitätsfürcht einerseits und objektives Viktimisierungsrisiko andererseits sind also keineswegs kongruent und müssen deutlich voneinander unterschieden werden. Dennoch ist die momentane Situation nach wie vor bedenklich und keineswegs nur das Ergebnis einer mehr oder weniger medial kunstvoll inszenierten Kriminalitätsentwicklung schlagender, raubender oder mordender Kinder. Wenn Minderjährige, die kurz zuvor die Strafmündigkeitsgrenze überschritten haben, ihre Geschwister und ahnungslose Passanten im Amoklauf erschießen oder die eigene Lehrerin nach entsprechender Vorankündigung im Klassenzimmer vor den Augen der Mitschüler mit 22 Messerstichen töten, stellt sich neben der Primärfrage nach dem unmittelbar auslösenden Moment für diese Taten auch die Folgefrage,*

## II

*ob dieser Entwicklungsstand den Kulminationspunkt einer sich möglicherweise abzeichnenden zunehmenden kindlichen und jugendlichen Gewaltbereitschaft markiert. Und diese Frage stellt sich nicht nur unmittelbar "vor Ort" in Bad Reichenhall und in Meißen, wo sich Mitte November 1999 die beiden gerade angedeuteten Fälle ereignet haben, sondern sie ist zugleich eine gesamtgesellschaftspolitische Frage, die eine sachlich-objektive und möglichst medial-unvoreingenommene Auseinandersetzung erfordert.*

*Die Universität Tübingen bietet - als "Reaktion" auf dieses Phänomen - im Rahmen ihrer Studium generale-Vorlesungen im Wintersemester 1999/2000 unter der Leitung von Prof. Dr. Siegfried Müller eine Reihe zu dem Thema "Delinquente Kinder: kleine Monster oder doch ganz normal?" an, in der zahlreiche Experten aus Tübingen und dem übrigen Bundesgebiet einzelne Aspekte aufgreifen und vertiefen.*

*Mit dem Schlagwort "gefährliche Kinder" wird aber nur eine Seite der berühmten Medaille gezeigt und einer nicht selten vordergründig-plakativen und einseitigen Sichtweise Vorschub geleistet. Dabei wird allzuleicht übersehen, daß in gleicher Weise wie die **gefährlichen** auch die **gefährdeten** Kinder und Jugendliche im Mittelpunkt stehen sollten, um neben der zuvor beschriebenen Perspektive den Blick dafür zu sensibilisieren, daß andererseits auch Minderjährige des staatlichen Schutzes bedürfen.*

*Deshalb soll die Überschrift "Minderjährige hinter Schloß und Riegel?" - (abgesehen von der "optischen") eine **doppelte** Assoziation wecken, weil Freiheitsentziehung und -beschränkung gegenüber jungen Menschen aus diesen beiden unterschiedlichen und bisweilen **konträr** anmutenden Blickrichtungen vorstellbar sind: zum einen geht es um den Schutz **vor** dieser Altersgruppe (Stichwort: Kinder- und Jugenddelinquenz), zum anderen können bzw. sollen diese Maßnahmen **für** den Schutz von Minderjährigen sorgen (Stichworte: Inobhutnahme gefährdeter Kinder bzw. Jugendlicher; Kindeswohl), wobei sich innerhalb dieser zweiten Variante eine weitere Untergruppierung dahingehend vornehmen läßt, daß dem Minderjährigen entweder Gefahren durch **Dritte** oder auch durch sich **selbst** drohen können (Stichworte: Selbstschädigendes Verhalten, Suizidgefährdung). Diese **bipolare** Einteilung "Schutz **vor** bzw. **für** Minderjährige(n)" spiegelt sich in den zu behandelnden Normen jedoch **nicht stringent** mit dieser dichotomen Zielrichtung wider. Vielmehr dient die in dem Arbeitstitel genannte Paragraphenkette sowohl der einen, als auch **zugleich** der anderen Zweckbestimmung - mal mit diesem, mal mit jenem Schwerpunkt. Selbst die Untersuchungshaft-Voraussetzungen des § 72 JGG (als potentiell vorgeschalteter Jugendstrafvollzug, durch den auch die Allgemeinheit vor dem jugendlichen Delinquenten geschützt werden soll) zwingt in Absatz IV Satz 1 den Jugendrichter zur Beantwortung der Frage, ob nicht eine dem Täter dienende Heimunterbringung anstelle der U-Haft angeordnet werden kann, um ihn vor weiterer Straffälligkeit zu bewahren. Und ebenso wie die einstweilige Unterbringung gem. § 1631 b BGB neben dem Primärschutz für das Kindeswohl auch sekundär drittschützend wirkt, um drohende Gefahren durch das Kind für andere Personen abzuwenden, folgt § 42 III SGB VIII diesem Zielrichtungskonglomerat "Schutz **vor** bzw. **für** Minderjährige(n)". Lediglich die in § 42 II SGB VIII kodifizierte "Selbstmelderegulation" normiert eine monopolare Schutzrichtung ausschließlich zugunsten des hilfessuchend um Obhut bittenden Kindes bzw. Jugendlichen.*

*- Der gemeinsame Fixpunkt des gleich vorzustellenden zivil-, straf- und öffentlich-rechtlichen Gesetzesmaterials besteht in der Behandlung beider zuvor genannten Zielrichtungen unter der Blickrichtung des Leitthemas und vor dem Hintergrund des elterlichen Erziehungsrechts.*

### III

Während durch das **Kindschaftsrechtsreformgesetz** (KindRG - BGBl. 1997 I 2942 v. 16.12.1997) zahlreiche Regelungen des Familienrechts (insbesondere das Recht der elterlichen Sorge, das Umgangsrecht und neben anderen Gebieten auch das Verfahrensrecht) grundlegende Änderungen erfahren haben (über diese Novelle ist bereits an anderer Stelle ausführlich berichtet worden<sup>1</sup>), sind demgegenüber die **(Zwangs-)Eingriffsbefugnisse**, insbesondere die Vorschriften über die Inobhutnahme bzw. die Unterbringung von Kindern nach dem SGB VIII bzw. nach zivilrechtlichen Normen, von der Novelle verschont geblieben (mit Ausnahme der Zuständigkeitsverlagerung vom Vormundschafts- auf das Familiengericht).

Alle mit einer Freiheitsentziehung verbundenen Maßnahmen zeichnen sich wegen des Eingriffs in den Schutzbereich von Art. 104 i. V. m. Art. 2 II 2 GG durch eine besondere **Grundrechtsrelevanz** aus, dessen Bedeutung darüber hinaus durch die Eingriffsproblematik in das **elterliche Erziehungsrecht** aus Art. 6 II und III GG verstärkt wird (Stichwort: Grundrechtskollision). Nicht zuletzt aufgrund der faktischen Auswirkungen für die weitere Entwicklung des Kindes bzw. des Jugendlichen ist eine Behandlung jener jugendschutzrechtlichen Regelungen - auch unter verfassungsrechtlichen Vorzeichen - geboten: nämlich im Interesse des Kindeswohls (hierzu **Problem- schwerpunkt 1**).

Im folgenden Beitrag sollen die zentralen Rechtsgrundlagen staatlicher Eingriffsbefugnisse systematisch dargestellt und diskutiert werden, die mit einer Freiheitsbeeinträchtigung i. w. S. bei Kindern und Jugendlichen verbunden sind, um sowohl Gefahren von ihnen abzuwenden, als auch andere Personen vor ihnen zu schützen. Im Mittelpunkt stehen neben der Inobhutnahme gem. § 42 SGB VIII und der Unterbringung nach § 1631 b BGB die entsprechenden jugendstrafrechtlichen Regelungen gem. §§ 71 und 72 JGG hinsichtlich der einstweiligen Unterbringung sowie der Untersuchungshaft.

Einen Kurzüberblick über die "anderen Aufgaben der Jugendhilfe" hat bereits Lakies<sup>2</sup> gegeben. Wertvolle Hintergrundinformationen speziell zur Inobhutnahme mit interessanten Literaturhinweisen bieten Busch<sup>3</sup> und Späth<sup>4</sup> in ihren Veröffentlichungen. Schließlich beleuchtet die von Fegert et al.<sup>5</sup> durchgeführte Expertenbefragung die Praxis der Inobhutnahme, die sich in weiten Teilen der Strafverfolgung, aber auch der Jugendhilfe selbst, noch immer - 8 Jahre nach Inkrafttreten des KJHG - zumindest partiell in einem (angesichts des elementaren Schutzgutes unerträglichen) Dornröschenschlaf zu befinden scheint.

- Im Anschluß an diese vorgenannten Publikationen liegt dieser Arbeit eine **doppelte Zielrichtung** zugrunde, der es (neben einer gesetzessystematischen Vorstellung der o. g. Normen) in fünf **Problem- schwerpunkten** um eine vertiefte Auseinandersetzung mit ausgewählten Spezialproblemen im Rahmen freiheitsbeschränkender und -entziehender Maßnahmen gegenüber Kindern und Jugendlichen geht. Ein besonderes Anliegen dieses Beitrages ist insbesondere die verbreiterte Darstellung der Inobhutnahme, um deren Bedeutung und die durch sie eröffneten Handlungsspielräume - nicht

---

1) Niepmann, MDR 1998, 565; Schwab/Wagenitz, FamRZ 1997, 1377; Diederichsen, NJW 1998, 1977;

2) Lakies, Thomas, Vorläufige Maßnahmen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen nach den §§ 42, 43 des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG), ZfJ 1992, 49 ff.

3) Busch, Manfred, Begriff, Inhalt und Umfang der Inobhutnahme nach § 42 KJHG, ZfJ 1993, 129 ff.

4) Späth, Karl, Konzeption und Praxis der Inobhutnahme nach § 42 KJHG, ZfJ 1998, 303 ff.

5) Fegert/Berger/Breuer/Deget et al., Das Dilemma zwischen familienbezogener Hilfe und staatlichem Wächteramt, ZfJ 1996, 448 ff. und 483 ff.

*nur für die Praxis - aufzuzeigen, weil der Anwendungsbedarf dieses hervorragend konzipierten Regelungsinstrumentariums evident ist und dessen Nutzbarkeit für die mit jugendrechtlichen Fragestellungen befassten Personen dringend erhöht werden muß, um primär dem Kindeswohl (und dem Schutz der Allgemeinheit) für die Zukunft - stärker als bisher - zum Durchbruch zu verhelfen.*

*Innerhalb der familienrechtlichen Unterbringung wird im **Problemschwerpunkt 2)** die Frage behandelt, ob bei der Maßnahme gem. § 1631 b BGB unter analoger Anwendung von § 1906 IV BGB originär betreuungsrechtliche Behandlungsformen (Fixierung, medikamentöse Sedierung etc.) vorgenommen werden dürfen. **Problemschwerpunkt 3)** diskutiert hieran anknüpfend die Folgefrage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Mitarbeiter der Kinder- und Jugendhilfe garantenpflichtig sind und ob infolge dieser Obhuts- und Schutzpflichten in Ausnahmefällen zwangsläufig auf Maßnahmen i.S.d. § 1906 IV BGB (analog) zurückgegriffen werden muß, um einer Bestrafung wegen eines fahrlässigen Unterlassungsdelikts zu entgehen. Außerdem setzt sich **Problemschwerpunkt 4)** mit dem Thema Sterbehilfe gegenüber Minderjährigen im verfassungsrechtlichen Kontext anlässlich einer während der Unterbringung aufgetretenen oder diagnostizierten irreversiblen Erkrankung auseinander. Auch wenn diese Problematik originär nicht mit freiheitsentziehenden bzw. -beschränkenden Maßnahmen zusammenhängt, eignet sie sich in besonderer Weise zur systematischen Darstellung der Grundrechtskonkurrenz und -kollision im Eltern-Kind-Verhältnis, welche diese Arbeit wie ein roter Faden durchzieht, weil es in nahezu allen Fragestellungen auftaucht und einer verfassungsrechtlichen Klärung bedarf.*

*Die Diskussion, ob die einstweilige Unterbringung nach § 71 II JGG in einer geschlossenen oder auch in einer nicht fluchtsicheren Einrichtung durchgeführt werden kann, schließt sich in **Problemschwerpunkt 5)** an.*

*Aufgrund der Parallelvorschriften zu diesen schwerpunktmäßig vorgestellten Normen in § 1 des Gesetzes zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit (JÖSchG) sowie im Unterbringungsgesetz (UBG) und im Polizeirecht werden diese Bestimmungen ebenfalls angesprochen.*

Diese Publikation widme ich meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner, auf dessen Idee, mich mit dem Thema der Justitiabilität von Kinder- und Jugenddelinquenz zu befassen, die Entstehung der vorliegenden Arbeit zurückzuführen ist.

Ihm verdanke ich zahlreiche und wertvolle Anregungen, die überwiegend Eingang in diesen Beitrag gefunden haben. Insbesondere sei Herrn Prof. Dr. Kerner für die sorgfältige und kritisch-konstruktive Korrektur sowie für seine weiterführenden Hinweise - vor allem im Hinblick auf die familienrechtliche Problematik der einstweiligen Unterbringung nach § 1631 b BGB - herzlich gedankt.

Ebenfalls zu großem Dank verpflichtet bin ich Herrn Hanns-Joachim Wittmann und Herrn Martin Groß, die mir jederzeit mit Rat und Tat hilfreich zur Seite standen, wenn es um technische Fragen und Probleme bei der computermäßigen Erstellung meines "Erstlingswerkes" ging. Nicht zuletzt danke ich Herrn Dr. Walter Werkmeister von der Tübinger Universitätsbibliothek für die praktische Umsetzung dieser Publikation in das Internet.

## - INHALTSÜBERSICHT -

|   |       |
|---|-------|
| TEIL A: EINLEITUNG UND PROBLEMBESCHREIBUNG . . . . .  | 1     |
| I)    Materiell- (jugend-)strafrechtliche und -verfahrensrechtliche Ausgangslage . . . . .                          | 1     |
| II)   Folgen einer Zugriffssperre . . . . .   | 2     |
| III)  Eingriffsbefugnisse für die Polizeiarbeit . . . . .   | 3     |
| IV)  Handlungsbedarf zur Bewältigung von Kinder- und Jugendkriminalität aufgrund der<br>PKS-Aussagen . . . . .      | 5     |
| V)   Lösungsansatz: Konsequente Anwendung und Umsetzung jugend(schutz)rechtlicher<br>Normen in die Praxis . . . . . | 7     |
| <br>TEIL B: DIE INOBHUTNAHME NACH § 42 SGB VIII . . . . .   | <br>9 |
| I)    Grundsätzliche Bedeutung des § 42 SGB VIII . . . . .  | 9     |
| 1) Normative Ausgangslage . . . . .   | 9     |
| 2) Anwendung der Inobhutmaßnahme in der jugendrechtlichen Praxis . . . . .  | 10    |
| II)   Ausgestaltung der Inobhutnahme . . . . .  | 11    |
| III)  Zur Selbstmeldung gem. § 42 II 1 SGB VIII . . . . .   | 13    |
| 1) Voraussetzungen . . . . .  | 13    |
| <i>Problemschwerpunkt [1]: Verfassungskonformität des § 42 II SGB VIII</i> . . . . .                                | 14    |
| a) Art. 6 II GG . . . . .   | 15    |
| b) Art. 6 III GG . . . . .  | 16    |
| c) weiterer Grundrechtsschutz in § 42 SGB VIII . . . . .  | 17    |
| 2) Rechtsfolge . . . . .  | 17    |
| a) kein Auswahlermessen innerhalb des § 42 II 3 Nr.1 SGB VIII . . . . .   | 17    |
| b) kein Auswahlermessen zwischen § 42 II 3 Nr.1 und Nr.2 SGB VIII . . . . .   | 18    |
| c) Verfahrensablauf im Falle der “forensischen Variante” nach<br>§ 42 II 3 Nr.2 SGB VIII . . . . .                  | 19    |
| d) Prozessuales zum familiengerichtlichen Verfahren gem.<br>§ 42 II 3 Nr.2 SGB VIII . . . . .                       | 19    |
| e) Beendigung der Inobhutnahme bei Selbstmeldern nach § 42 II SGB VIII . . . . .                                    | 20    |
| IV)  Zur Inobhutnahme bei dringender Gefahr gem. § 42 III SGB VIII . . . . .  | 20    |
| 1) Voraussetzungen . . . . .  | 20    |
| a) Verhältnis von § 42 II zu § 42 III SGB VIII . . . . .  | 20    |
| b) Bestehen einer konkreten Gefahr . . . . .  | 21    |
| c) Vorliegen einer dringenden Gefahr . . . . .  | 21    |
| d) Freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 42 III 2 SGB VIII . . . . .  | 22    |
| aa) Lebensgefahr . . . . .  | 24    |
| bb) Exkurs: Gefahrenverdacht bei Suizidgefährdung . . . . .   | 24    |
| cc) Leibesgefahr . . . . .  | 25    |
| dd) Lebensschutz auch in § 42 II SGB VIII? . . . . .  | 26    |
| 2) Beendigung freiheitsentziehender Maßnahmen ohne gerichtliche Entscheidung . . . . .                              | 26    |
| 3) Vormundschaftsgerichtliche Entscheidung gem. § 42 III SGB VIII i.V.m.<br>§ 70 I 3 FGG . . . . .                  | 28    |
| V)   Verfahrensrechtliches . . . . .  | 29    |
| 1) Verwaltungsverfahren . . . . .   | 29    |
| 2) Tätigwerden für andere Stellen: § 2 I PolG-BW . . . . .  | 29    |

|   |    |
|---|----|
| TEIL C: UNTERBRINGUNG DES KINDES NACH § 1631 b BGB . . . . .  | 31 |
| I)  Gesetzessystematik: §§ 1631 b, § 42 SGB VIII, 1 UBG . . . . .   | 31 |
| II)  Verfassungsrechtliche Bedeutung . . . . .  | 31 |
| III)  Materielle Unterbringungs Voraussetzungen: “Kindeswohl” als Entscheidungsgrundlage und als Grenze der elterlichen Erziehungsbefugnis . . . . .      | 31 |
| IV)  Familiengerichtliche Entscheidung . . . . .  | 32 |
| 1)  Die einstweilige Unterbringung gem. § 1631 b BGB im Kontext der elterlichen Sorge . . . . .   | 32 |
| 2)  Inhalt, Umfang und Zeitpunkt der familiengerichtlichen Unterbringungsgenehmigung in § 1631 b S.1 BGB i.V.m. § 70 f I Nr.2 FGG . . . . .               | 33 |
| 3)  Funktionelle Zuständigkeit zur Anordnung der einstweiligen Anordnung . . . . .  | 34 |
| 4)  Die Unterbringung ohne Richterbeteiligung: § 1631 b S.2 BGB . . . . .   | 34 |
| 5)  Familiengerichtliche Kontrolle während der Unterbringung und Beendigung der Maßnahme . . . . .  | 35 |
| a)  Reguläre Beendigung nach § 1631 b S.3 BGB i.V.m. § 70 i I 1 FGG . . . . .   | 35 |
| b)  Sperrwirkung der (drohenden) Gefährdung des Kindeswohls nach § 1666 BGB als Aufhebungs- und Herausgabehindernis . . . . .                             | 35 |
| V)  Vorläufige Unterbringung durch einstweilige Anordnung gem. § 1631 b BGB i.V.m. § 70 h FGG . . . . .   | 36 |
| 1)  Erlaß der einstweiligen Anordnung . . . . .   | 36 |
| 2)  Rechtsschutz gegen die einstweilige Anordnung . . . . .   | 37 |
| 3)  Eingeschränkte nachträgliche Modifikationsmöglichkeiten bzgl. der einstweiligen Anordnung gem. § 18 II bzw. § 70 i FGG . . . . .                      | 37 |
| VI)  Unterbringungsmodalitäten: Freiheitsentziehung versus Freiheitsbeschränkung . . . . .  | 37 |
| <i>Problemschwerpunkt [2]: Analoge Anwendung des § 1906 IV BGB im Rahmen des § 1631 b BGB?</i> . . . . .  | 40 |
| VII) <i>Problemschwerpunkt [3]: Garantenpflichtigkeit innerhalb der Kinder- und Jugendhilfe - Folgerungen für § 1631 b i.V.m. § 1906 IV BGB</i> . . . . . | 42 |
| VIII)  Annex: Folgerungen aus dem sog. Wittig-Urteil des BGH (St 32, 367 ff.) für die Garantenpflicht innerhalb der Kinder- und Jugendhilfe . . . . .     | 46 |
| IX)  Annex: Analoge Anwendung strafvollzugs- bzw. prozeßrechtlicher Parallelbestimmungen . . . . .  | 49 |
| 1)  § 101 StVollzG: Zwangsmaßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge . . . . .  | 49 |
| 2)  §§ 88 ff. StVollzG: Besondere Sicherungsmaßnahmen . . . . .   | 51 |
| 3)  § 119 V Nr.3 S.1 StPO: Untersuchungshaftvollzug . . . . .   | 53 |
| X) <i>Problemschwerpunkt [4]: Sterbehilfe auch gegenüber Kindern? - Zur aktuellen Diskussion in den Niederlanden und in Belgien</i> . . . . .             | 53 |
| TEIL D: MASSNAHMEN NACH DEN §§ 71, 72 JGG . . . . .   | 62 |
| I)  § 71 JGG: Vorläufige Anordnungen über die Erziehung und die einstweilige Unterbringung . . . . .  | 62 |
| 1)  § 71 I JGG . . . . .  | 62 |
| a)  Voraussetzungen des § 71 JGG . . . . .  | 62 |
| b)  Rechtsfolgen des § 71 I JGG und deren praktische Umsetzbarkeit . . . . .  | 63 |
| c)  Verfahren bzgl. § 71 I, 1. Var. JGG . . . . .   | 64 |
| d)  Rechtsschutz innerhalb des § 71 I JGG . . . . .   | 64 |

## VII

|  |        |
|--|--------|
| 2) Einstweilige Unterbringung gem. § 71 II JGG . . . . .   | 64     |
| a) Voraussetzungen . . . . .   | 64     |
| b) Rechtsfolge: <i>Problemschwerpunkt [5]: offene oder geschlossene / = flucht-sichere Heimunterbringung?</i> . . . . .                | 66     |
| c) Verfahren und Rechtsschutz . . . . .  | 70     |
| II) Die Untersuchungshaft gem. § 72 JGG . . . . .  | 70     |
| 1) Zur normativen Grundstruktur der gegenüber Jugendlichen angeordneten U-Haft   | 70     |
| 2) Untersuchungshaftzweck in § 72 JGG versus Erziehungszweck mit Bezügen zu Art. 5 Nr.1 lit. d EMRK . . . . .                          | 72     |
| 3) Verbot der U-Haft-Verhängung aus generalpräventiven Zwecken (mit Bezügen zu § 93 I JGG a.F.) . . . . .                              | 74     |
| 4) Die vorläufige Anordnung über die Erziehung bzw. die “anderen Maßnahmen” i.S.d. § 72 I JGG . . . . .                                | 76     |
| 5) Die einzelnen Haftgründe . . . . .  | 76     |
| a) Flucht- bzw. Fluchtgefahr: § 72 II JGG i.V.m. § 112 II Nr.1 und Nr.2 StPO   | 76     |
| b) Verdunkelungsgefahr: § 112 II Nr.3 StPO . . . . .   | 77     |
| c) Wiederholungsgefahr gem. § 112 a StPO . . . . .   | 77     |
| 6) Die U-Haft-Alternative des § 72 IV JGG . . . . .  | 79     |
| a) Die Ersetzungsbefugnis nach § 72 IV 1 JGG . . . . .   | 79     |
| b) Die nachträgliche Umwandlungsbefugnis des § 72 IV 2 JGG . . . . .   | 81     |
| 7) Verfahren und Rechtsschutz gegen die U-Haft-Anordnung nach § 72 JGG . . . . .   | 82     |
| 8) Die Benachrichtigungspflicht gegenüber der Jugendgerichtshilfe gem. § 72 a JGG . . . . .  | 82     |
| 9) Untersuchungshaftvollzug gem. § 93 JGG . . . . .  | 84     |
| a) Rechtsgrundlagen für die Jugend-U-Haft . . . . .  | 84     |
| b) Die Erziehung im Spannungsfeld zwischen U-Haft-Verhängung und -vollzug: über das Verhältnis zwischen § 72 und § 93 II JGG . . . . . | 84     |
| <br>TEIL E: KONKURRIERENDE FREIHEITSENTZIEHENDE MASSNAHMEN . . . . .   | <br>86 |
| I) Unterbringung gem. § 1 S.2 Nr.2, 2. Var. JÖSchG . . . . .   | 86     |
| 1) Allgemeines zum JÖSchG . . . . .  | 86     |
| 2) Unmittelbare Gefahr . . . . .   | 86     |
| 3) Jugendgefährdender Ort . . . . .  | 86     |
| a) personaler Kontext . . . . .  | 86     |
| b) Ortskontext . . . . .   | 86     |
| c) generell-konkreter Gefährdungsbegriff analog § 35 S.2 VwVfG . . . . .   | 87     |
| 4) Maßnahmen gem. § 1 S.1, S.2 Nr.1, Nr.2, 1. Var. JÖSchG . . . . .  | 87     |
| 5) Inobhutnahme gem. § 1 S.2, Nr.2, 2. Var. JÖSchG . . . . .   | 87     |
| II) Unterbringung nach § 1 UBG . . . . .   | 88     |
| III) Ingewahrsamnahme gem. § 28 I Nr.2 PolG-BW . . . . .   | 88     |
| <br>- SCHLUSSWORT - . . . . .  | <br>90 |

## - ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS -

Anstelle eines separaten Schrifttumsnachweises sind die Quellenangaben bzw. die ergänzenden Literaturhinweise der einfacheren Auffindbarkeit wegen im Fußnotenapparat vermerkt.

|   |  |
|---|--|
| aaO.:                                   | am angegebenen Ort   |
| Abs.:                                   | Absatz   |
| a.E.:                                   | am Ende  |
| ÄndG:                                   | Änderungsgesetz  |
| a.F.:                                   | alte Fassung   |
| AG:                                     | Amtsgericht  |
| Alt.:                                   | Alternative  |
| Anm.:                                   | Anmerkung  |
| AöR:                                    | Archiv des öffentlichen Rechts (zitiert nach Band, Jahr und Seite)   |
| arg. ex:                                | argumentum ex  |
| Art.:                                   | Artikel  |
| Aufl.:                                  | Auflage  |
| BayObLG:                                | Bayerisches Oberstes Landesgericht   |
| Bd.:                                    | Band   |
| Beschl.:                                | Beschluß   |
| BewHi:                                  | Bewährungshilfe; Zeitschrift für Bewährungshilfe, Gerichts- und Straffälligenhilfe (zitiert nach Jahr und Seite) |
| BGB:                                    | Bürgerliches Gesetzbuch  |
| BGBI. I/II:                             | Bundesgesetzblatt, Teil I / II   |
| BGH:                                    | Bundesgerichtshof  |
| BGH-GS:                                 | Großer Senat des Bundesgerichtshofes   |
| BGHSt:                                  | Amtliche Sammlung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)                           |
| BKA:                                    | Bundeskriminalamt  |
| BKAG:                                   | Gesetz über das Bundeskriminalamt  |
| <i>Brunner/Dölling, JGG:</i>            | Brunner, Rudolf; Dölling, Dieter; Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 1996                                |
| BT-Drucksache:                          | Bundestagsdrucksache (zitiert nach Wahlperiode und Nummer)   |
| BtG:                                    | Betreuungsgesetz   |
| <i>Bumiller/Winkler, FGG:</i>           | Bumiller, Ursula; Winkler, Karl; Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, 7. Aufl., 1999                          |
| BVerfG:                                 | Bundesverfassungsgericht   |
| BVerfGE:                                | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)                 |
| BVerfGG:                                | Bundesverfassungsgerichtsgesetz  |
| BVerwGE:                                | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)                 |
| bzgl.:                                  | bezüglich  |
| bzw.:                                   | beziehungsweise  |
| <i>Calliess/Müller/Dietz, StVollzG:</i> | Calliess, Rolf-Peter; Müller-Dietz, Heinz; Strafvollzugsgesetz, Kommentar, 7. Aufl., 1998                        |
| DAVorm:                                 | Der Amtsvormund; Monatsschrift des Deutschen Instituts für Vormundschaftswesen                                   |

## IX

|                                     |  |
|-------------------------------------|--|
| DDR:                                | Deutsche Demokratische Republik  |
| ders.:                              | derselbe   |
| d.h.:                               | das heißt  |
| <i>Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG:</i> | Diemer, Herbert; Schoreit, Armin; Sonnen, Bernd-Rüdeger; Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 1999   |
| Diss.(iur./med.):                   | Dissertation (Rechtswissenschaft / Medizin)  |
| DÖV:                                | Die öffentliche Verwaltung (zitiert nach Jahr und Seite)   |
| dpa:                                | Deutsche Presse-Agentur  |
| DRiZ:                               | Deutsche Richterzeitung; Organ des Deutschen Richterbundes, Bund der Richter und Staatsanwälte in der Bundesrepublik e.V (zitiert nach Jahr und Seite) |
| DVJJ:                               | Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfe e.V.   |
| DVJJ-Journal:                       | Mitgliederzeitschrift der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e.V. (zitiert nach Jahr und Seite)                         |
| E:                                  | Entscheidung   |
| <i>Eisenberg, JGG:</i>              | Eisenberg, Ulrich; Jugendgerichtsgesetz mit Erläuterungen, Kommentar, 8. Aufl., 2000   |
| (E)MRK:                             | (Europäische) Menschenrechtskonvention   |
| et al.:                             | und andere   |
| EuGRZ:                              | Europäische Grundrechte-Zeitung  |
| f., ff.:                            | folgende, fortfolgende   |
| FamR:                               | Familienrecht  |
| FamRefK.:                           | Familienrechtsreformkommentar (1998), bearbeitet von Dieter Bäumel; Werner Bienwald; Röse Häußermann et al.  |
| FamRZ:                              | Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (zitiert nach Jahr und Seite)  |
| FAZ:                                | Frankfurter Allgemeine Zeitung   |
| FGG:                                | Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit   |
| Fn.:                                | Fußnote  |
| FS:                                 | Festschrift  |
| GA:                                 | Goltdammer's Archiv für Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)   |
| gem.:                               | gemäß  |
| GG:                                 | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland   |
| ggf.:                               | gegebenenfalls   |
| GoA:                                | Geschäftsführung ohne Auftrag  |
| GVG:                                | Gerichtsverfassungsgesetz  |
| HansOLG:                            | Hanseatisches Oberlandesgericht  |
| HbStR.:                             | Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland; herausgegeben von Josef Isensee und Paul Kirchhof, Band VI, Freiheitsrechte, 1989            |
| HCE:                                | Herrenchiemseer Entwurf  |
| Hrsg.:                              | Herausgeber  |
| hrsg. v.:                           | herausgegeben von  |
| Hs.:                                | Halbsatz   |
| ICD-10:                             | International Classification of Diseases   |
| i.d.F.:                             | in der Fassung vom   |

|   |   |
|---|---|
| i.d.R.:                                 | in der Regel  |
| i.e.S.:                                 | im engeren Sinn   |
| i.S.d.:                                 | im Sinne des  |
| i.V.m.:                                 | in Verbindung mit   |
| i.w.S.:                                 | im weiteren Sinne   |
| JA:                                     | Juristische Ausbildung (zitiert nach Jahr und Seite)  |
| <i>Jans/Happe/Saurbier</i> , KJHG:      | Jans, Karl-Wilhelm; Happe, Günter; Saurbier, Helmut et al.; Kinder- und Jugendhilferecht, Kommentar, 3. Aufl., 13. Lieferung, Stand Dezember 1998             |
| JAVollzO:                               | Jugendarrestvollzugsordnung   |
| JGG:                                    | Jugendgerichtsgesetz  |
| JGGÄndG:                                | Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes  |
| JGH:                                    | Jugendgerichtshilfe   |
| JMBL:                                   | Justizministerialblatt  |
| JÖSchG:                                 | Jugendschutzgesetz  |
| JR:                                     | Juristische Rundschau (zitiert nach Jahr und Seite)   |
| JuS:                                    | Juristische Schulung (zitiert nach Jahr und Seite)  |
| JVA:                                    | Justizvollzugsanstalt   |
| JW:                                     | Juristische Wochenschau [Vorläufer der NJW]   |
| JWG:                                    | Gesetz für Jugendwohlfahrt [Vorläufer des KJHG bzw. des SGB VIII]   |
| JZ:                                     | Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)   |
| Kap.:                                   | Kapitel   |
| <i>Keidel/Kuntze/Winkler</i> , FGG:     | Keidel, Theodor; Kuntze, Joachim; Winkler, Karl et al.; Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, 14. Aufl., 1999   |
| KJHG:                                   | Gesetz zur Neuregelung des Kinder- und Jugendhilferechts, = Kinder- und Jugendhilfegesetz (siehe auch SGB VIII sowie die Anmerkung am Ende **)                |
| <i>Kleinknecht/Meyer-Goßner</i> , StPO: | Kleinknecht, Theodor; Meyer-Goßner, Lutz; Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, Kommentar, 44. Aufl., 1999 |
| KPD:                                    | Kommunistische Partei Deutschlands  |
| KreisG:                                 | Kreisgericht  |
| LG:                                     | Landgericht   |
| lit.:                                   | litera  |
| LK:                                     | Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, hrsg. v. Jescheck, Ruß und Willms, 5. Band, 10. Aufl., 1989   |
| LKA(-NRW/BW):                           | Landeskriminalamt (Nordrhein-Westfalen / Baden-Württemberg)   |
| LKJHG-BW:                               | (Landes)Kinder- und Jugendhilfegesetz Baden-Württemberg   |
| LPK-KJHG:                               | Frankfurter Lehr- und Praxis-Kommentar zum KJHG, 2. Aufl., 1993, hrsg. v. Johannes Münder   |
| MDR:                                    | Monatsschrift für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)   |
| m.E.:                                   | meines Erachtens  |
| MedR:                                   | Medizinrecht (zitiert nach Jahr und Seite)  |
| MiStra:                                 | Anordnung über die Mitteilungen in Strafsachen  |
| MRK:                                    | Menschenrechtskonvention (siehe auch [E]MRK)  |
| M SchrKrim:                             | Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (zitiert nach Jahr und Seite)  |

|                               |   |
|-------------------------------|---|
| MüKo:                         | Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8, Familienrecht 2; 3. Aufl., 1992   |
| m.w.N.:                       | mit weiteren Nachweisen   |
| n.F.:                         | neue Fassung  |
| NJW:                          | Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)  |
| Nr.:                          | Nummer  |
| NStZ:                         | Neue Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)   |
| o.g.:                         | oben genannt(e/r)   |
| OLG:                          | Oberlandesgericht   |
| <i>Ostendorf, JGG:</i>        | Ostendorf, Heribert; Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 4. Aufl., 1997   |
| <i>Palandt, BGB:</i>          | Palandt, Otto; Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 58. Aufl., 1999  |
| PKS:                          | Polizeiliche Kriminalstatistik  |
| Pkt.:                         | Punkt   |
| PolG-BW:                      | Polizeigesetz für das Land Baden-Württemberg  |
| PsychKG:                      | Landesgesetz(e) über die Hilfe für psychisch Kranke (siehe auch UBG)  |
| RAF:                          | Rote Armee Fraktion   |
| Rdz.:                         | Randziffer  |
| RGSt:                         | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)  |
| RiStBV:                       | Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren   |
| RLJGG:                        | Richtlinien zum Jugendgerichtsgesetz  |
| RPfLG:                        | Rechtspflegergesetz   |
| S.:                           | Satz; Seite   |
| <i>Saage/Göppinger:</i>       | Saage, Erwin; Göppinger, Horst et al.; Freiheitsentziehung und Unterbringung, 3. Aufl., 1994  |
| SGB VIII:                     | Sozialgesetzbuch, Aachtes Buch [Bestandteil des KJHG, siehe auch dort sowie die Anmerkung am Ende]**)   |
| SGB X:                        | Sozialgesetzbuch, Zehntes Buch, Verwaltungsverfahren  |
| <i>Soergel, BGB:</i>          | Soergel, Hans-Theodor; Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd.8, Familienrecht II, 12. Aufl., Stand Frühjahr 1987            |
| sog.:                         | sogenannt(e/r)  |
| <i>Staudinger/Salgo, BGB:</i> | Staudinger, J.von; Salgo, Ludwig, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, IV. Buch, Familienrecht, 12. Aufl., 1997 |
| StGB:                         | Strafgesetzbuch   |
| StPO:                         | Strafprozeßordnung  |
| StrEG:                        | Gesetz über die Entschädigung von Strafverfolgungsmaßnahmen   |
| StV:                          | Der Strafverteidiger (zitiert nach Jahr und Seite)  |
| StVollzG:                     | Strafvollzugsgesetz   |
| taz:                          | die tageszeitung  |
| <i>Tröndle/Fischer, StGB:</i> | Tröndle, Herbert; Fischer, Thomas; Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 49. Aufl., 1999  |
| TV:                           | Tatverdächtige  |

## XII

|                                    |  |
|------------------------------------|--|
| u.a.:                              | unter anderem  |
| UBG:                               | Unterbringungsgesetz für das Land Baden-Württemberg (siehe auch PsychKG)   |
| U-Haft:                            | Untersuchungshaft  |
| Urt.:                              | Urteil   |
| u.U.:                              | unter Umständen  |
| UVollzO:                           | Untersuchungshaftvollzugsordnung   |
| v.:                                | von; vom   |
| VA:                                | Verwaltungsakt   |
| Var.:                              | Variante   |
| vgl.:                              | vergleiche   |
| VormG:                             | Vormundschaftsgericht  |
| VwVfG:                             | Verwaltungsverfahrensgesetz  |
| VwGO:                              | Verwaltungsgerichtsordnung   |
| <i>Wiesner/Kaufmann, SGB VIII:</i> | Wiesner, Reinhard; Kaufmann, Ferdinand; Mörsberger, Thomas; Oberloskamp, Helga; Struck, Jutta; SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, 1995 |
| z.B.:                              | zum Beispiel   |
| ZfJ:                               | Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt (zitiert nach Jahr und Seite [in Teilen der Literatur auch mit "Zbl." abgekürzt])     |
| zit.:                              | zitiert  |
| ZPO:                               | Zivilprozeßordnung   |
| ZRP:                               | Zeitschrift für Rechtspolitik (zitiert nach Jahr und Seite)  |
| ZStW:                              | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert nach Band, Jahr und Seite)  |

---

\*\*) Im Schrifttum wird überwiegend von "§ 42 KJHG" ausgegangen. Da das KJHG als Artikelgesetz ausschließlich mit seiner ersten Norm das gesamte achte Sozialgesetzbuch inkorporiert hat und sich die übrigen Artikel 2 bis 23 KJHG zum Teil mit anderen Gesetzen bzw. mit Übergangs- und Schlußvorschriften befassen, wird folgend die in der Überschrift genannte Paragraphenbezeichnung zugrundegelegt.

## TEIL A: EINLEITUNG UND PROBLEMBESCHREIBUNG

### I) Materiell- (jugend-)strafrechtliche und -verfahrensrechtliche Ausgangslage

Sozialabweichendes Verhalten bis hin zur Beeinträchtigung von Rechtsgütern anderer Personen durch (strafunmündige bzw. deliktsunfähige) Kinder und (nur **bedingt** strafmündigen) Jugendlichen läßt sich von strafkategorialen Bestimmungen ebensowenig (oder bezogen auf Jugendliche) je nach Fallkonstellation bei fehlender Verantwortlichkeit gem. § 3 S.1 JGG bisweilen nur unzureichend erfassen wie von zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen, die durch die Rechtsgutsverletzung entstanden sind. Das Phänomen der **Kinderdelinquenz** liegt jenseits einer (ohne Zweifelhaften) (jugend-)strafrechtlichen Zugriffsmöglichkeit und entzieht sich damit vollständig einer formellen strafrechtlichen Sozialkontrolle.

Eine starre Altersgrenze auf **14 Jahre** festsetzend<sup>6</sup>, geht § 19 StGB mit seiner **unwiderlegbaren Vermutung** apodiktisch von der Schuldunfähigkeit eines **Kindes** aus. Demzufolge resultiert nach höchstrichterlicher Rechtsprechung aus der **absoluten Strafunmündigkeit** ein **Schuldausschließungsgrund**<sup>7</sup>, der wiederum zu einem (unüberwindbaren) Prozeßhindernis führt, das die Strafverfolgungsorgane zur **Verfahrensein-**

6) Daß die 14-Jahres-Grenze nicht in allen Staaten anerkannt ist, zeigt ein **internationaler Vergleich**, auf den das OLG-Schleswig in NStZ 1989, 537 hingewiesen hat: Beispielsweise verzichtet der US-amerikanische Bundesstaat Florida vollständig auf eine Strafmündigkeitsgrenze; Spanien: 6, Schweiz: 7, Israel: 9, Frankreich: 13, Schweden: 15 Jahre. In den **Niederlanden** beträgt das Mindestalter 12 Jahre. Nach der dortigen Jugendstrafrechtsreform (Gesetz vom 07.07.1994, Staatsblad [Gesetzesblatt] 528, [Nachweise in: Sagel-Grande, Irene, Das neue niederländische Jugendstrafrecht, ZfJ 1996, 48, dort Fußnoten 2, 3 und 6]) und dem Inkrafttreten der Novelle am 01.09.1995 gilt das niederländische Jugendstrafrecht bis zum Alter von 18 Jahren; ebenso wie im deutschen JGG gilt für die Altersgruppe der 18 bis 21-jährigen eine Sonderregelung (vgl. § 105 JGG für Heranwachsende), wonach auch auf sie das Jugendstrafrecht Anwendung finden kann (Art. 77 lit. c und lit. b StGB-NL). In jüngster Zeit treten die christlichen Parteien der Niederlande dafür ein, die Altersgrenze von 12 auf 10 Jahre herabzusetzen (Sagel-Grande, Irene, HALT - Die Alternative, in: IV. Potsdamer Kolloquium, Auf frischer Tat ertappt, was nun? Möglichkeiten und Grenzen der Strafverfolgung, Beiträge zum 4. Potsdamer Kolloquium am 29. und 30. April 1998 in Potsdam (Brandenburg), Hrsg.: Sicherheitskonferenz Potsdam, Gesellschaft für praxisorientierte Kriminalitätsforschung e.V., S. 54 [60]).

- Eine kriminalpolitisch sehr bedenkliche Entwicklung erfolgte in **England und Wales** (worauf Thomas Crofts in ZStW [111] 1999, 728 ff. hinweist): Nach wie vor beträgt dort die Strafmündigkeitsgrenze **10 Jahre**. Allerdings wurden bis vor Kurzem Kinder zwischen 10 und 14 Jahren trotz der 10-Jahres-Grenze grundsätzlich als **schuldunfähig** angesehen. Dies konnte nur durch den Nachweis **widerlegt** werden, daß das Kind **wußte**, „*daß es etwas tat, was unrecht [...] war - nicht nur unrecht, sondern grob unrecht, schwerwiegend unrecht*“ (Crofts, aaO. Fußnote 4). Diese sog. **doli incapax-Vermutung**, eine **widerlegbare** Vermutung zugunsten der Schuldunfähigkeit von Kindern zwischen 10 und 14 Jahren, wurde durch den *Crime and Disorder Act 1998* aufgehoben. *Section 34* dieses Reformgesetzes, das auf das *consultation paper* der neuen Labour-Regierung (nach dem 1997 erfolgten Regierungswechsel) zurückgeht, besagt: „*Die widerlegliche Vermutung des Strafrechts, daß ein Kind von 10 Jahren und darüber unfähig ist, eine Straftat zu begehen, wird hiermit abgeschafft.*“ Durch den auf Richterrecht beruhenden und nunmehr **obsoleten** doli incapax-Grundsatz, der schon zur Zeit der Regierung Edwards III. (1327-1377) [Crofts, aaO., Fußnoten 5 und 6] immer wieder der Kritik ausgesetzt war, ist die **Schuldfähigkeit** von Kindern ab 10 Jahren ausnahmslos zur **unwiderlegbaren** Vermutung geworden - eine fragwürdige Entwicklung, wenn man das Ende dieser jahrhundertalten Rechts tradition im Hinblick auf die deutsche Rechtslage nach § 3 S.1 JGG betrachtet, wonach die Schuldfähigkeit selbst für die Altersgruppe der 14 bis 18-Jährigen erst positiv festgestellt werden muß.

- Auf die Strafverantwortlichkeit Jugendlicher in **Polen** machen Stando-Kawecka und Dünkel in DVJJ-Journal 1999, 409 ff. aufmerksam

- Nach Nr. 4.1 der **Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen über die Jugendgerichtsbarkeit** (abgedruckt in ZStW 99 (1987), S.253 [260]) ist das Strafmündigkeitsalter nicht zu niedrig anzusetzen, weil hierbei die Entwicklung der emotionalen, seelischen und geistigen Reife berücksichtigt werden muß. In Übereinstimmung mit der jugend(straf)rechtlichen Praxis lehnen auch Kerner und Weitekamp (neue praxis 1997, 486 [498 f.], Entwicklungen in der Jugendkriminalität und im Jugendstrafrecht) eine teilweise geforderte Herabsetzung der Strafmündigkeitsgrenze mit guten Gründen ab.

7) BGHSt 9, 370 (382)

**stellung** gem. § 170 II 1 StPO (aus rechtlichen Gründen) bzw. gem. §§ 206 a, 260 III StPO zwingt, soweit es (warum auch immer) überhaupt zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gekommen ist.

Auch die (im **Jugendstrafverfahren positiv** festzustellende) Einsichts- und Steuerungsfähigkeit und die hieran anknüpfende **Verantwortlichkeit** Jugendlicher nach § 3 S.1 JGG macht strafrechtssystemkonform in § 1 II JGG die Altersstufe von 14 Jahren zur **absoluten** Voraussetzung jeglichen jugendstrafrechtlichen Interventions. Gegenüber vandalisierendem Zerstörungsaktivismus von 13-jährigen (oder noch jüngeren) Kindern infolge einer eruptiv-unkontrollierten “Sturm- und Drang”- Phase bietet das Jugendgerichtsgesetz aufgrund des **Fehlens** eines Schuldvorwurfs **generell keine** Zugriffsmöglichkeit, weil ein **staatlicher Strafanspruch** erst gar **nicht** zur Entstehung gelangt.

## II) Folgen einer Zugriffssperre

Nach einer Verfahrenseinstellung (§ 170 II 1 StPO, s.o.) prüft die Staatsanwaltschaft aufgrund der Richtlinie Nr.2 zu § 1 JGG, wer von dem Ereignis zu benachrichtigen ist (vgl. § 70 S.1, § 109 I 2 JGG) und “ob gegen den **Aufsichtspflichtigen** einzuschreiten ist”.

- Von der zivilrechtlichen Haftung des Aufsichtspflichtigen aus § 832 BGB abgesehen<sup>8</sup>, bleibt lediglich die Möglichkeit, ein Strafverfahren wegen Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht nach § 171 StGB gegen die Eltern (infolge der gesetzlichen Personensorge gem. §§ 1626 I, 1631 I BGB) einzuleiten. Wegen der engen Tatbestandsvoraussetzungen des § 171 StGB (“gröbliche Verletzung”, “dadurch [...] Gefahr [...] einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder psychischen Entwicklung”, “einen kriminellen Lebenswandel zu führen”, [...]) wird in der Praxis vermutlich selten ein Strafverfahren hiernach zu einer (unter Umständen ohnehin fragwürdigen) Verurteilung der Eltern führen.

Konsequenterweise **verbieten** sich auch **strafprozessuale Zwangsmaßnahmen** gegenüber **Kindern**<sup>9</sup>. Die Initiierung eines **Ermittlungsverfahrens** gegen Kinder **scheitert** bereits an deren Fähigkeit, den **Beschuldigtenstatus** zu erfüllen, weil es schon an einer **Straftat**, die neben Tatbestand und Rechtswidrigkeit im dreistufigen Deliktsaufbau auch die **Schuldfähigkeit** zur **kumulativen Strafbarkeitsvoraussetzung** erhebt, **grundsätzlich fehlt**. Nach *Frehsee*<sup>10</sup> sollen schon in einem frühen Stadium der Verdachtsbildung alle Maßnahmen unzulässig sein, die auf eine Konkretisierung und Verdichtung bis zur Beschuldigteneigenschaft abzielen. *Mayer*<sup>11</sup> konkretisiert dieses Verbot, indem sämtliche Eingriffsbefugnisse zumindest ab dem Zeitpunkt unzulässig sind (bzw. werden), ab dem feststeht, daß der/die Tatverdächtige ein Kind ist.

---

8) Analog zum Wechsel von der Geschäftsunfähigkeit zur **beschränkten** Geschäftsfähigkeit Minderjähriger (-gemäß § 2 BGB alle Personen unter 18 Jahren) nach § 104 Nr.1 und § 106 BGB lösen schädigende Handlungen i.S.d. § 823 BGB nach dem Umkehrschluß des § 828 II 1 i.V.m. Abs.1 BGB eine mögliche **Schadensersatzpflicht** bereits ab dem 7. Lebensjahr aus, **wenn** und **soweit** das Kind bei Deliktsbegehung “die zur **Erkenntnis der Verantwortlichkeit** erforderliche (intellektuelle) **Einsicht** hat”, das Unrecht seiner Handlung gegenüber den Mitmenschen und seine Verpflichtung, in irgendeiner Weise für die Folgen seines Tuns entstehen zu müssen, zu verstehen und wenn **kumulativ** hierzu das (ohnehin postulierte) **Verschulden** gem. § 276 BGB bejaht werden kann. **Andernfalls** verbleibt es bei der **Haftung der Eltern als Aufsichtspflichtige** (s.o.) gem. § **832 BGB**. Die **Billigkeitshaftung** aus § **829 BGB** ist ihrem Wortlaut nach gegenüber der Aufsichtshaftung nach § 832 BGB **subsidiär** (“sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann”), so daß Kinder in der Regel selten drohenden Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sein dürften. - vgl. hierzu: Schoof, Tessa: Die Aufsichtspflicht der Eltern über ihre Kinder i.S.d. § 832 Abs. 1 BGB, Diss. iur. Hamburg, 1999 (Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft, Bd. 2657).

9) Detlev Frehsee macht hierzu weitergehende Ausführungen in: ZStW 100 (1988), S.290 ff., “Strafverfolgung” von strafunmündigen Kindern

10) Frehsee, Detlev, ZStW 100 (1988) 290 (306 f.)

11) Mayer, Markus, Die Vernehmung von Kindern als Beschuldigte im Rechtshilfeverfahren nach dem Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, GA 1990, 508 (509)

### III) Eingriffsbefugnisse für die Polizeiarbeit

Auch wenn sich die **Polizeipraxis** unter Verweis auf die Generalklausel des **§ 163 StPO** nicht nur für berechtigt, sondern sogar für verpflichtet hält, selbst “Straftaten” von Kindern zu erforschen<sup>12</sup>, vermag dies nicht darüber hinwegzutäuschen, daß ein **Kind** aus den soeben genannten Gründen **kein Beschuldigter** i.S.d. § 163 StPO sein kann, zumal - wie *Eisenberg* zutreffend unter systematischen Verweis auf § 152 II StPO ausführt - **§ 163 StPO** ausschließlich **verfolgbare** Taten erfasst und **nicht** - hierauf weist ergänzend *Ostendorfhin* - lediglich von “rechtswidrigen Taten” i.S.d. § 11 INr.5 StGB spricht. Genau hieran fehlt es aber infolge der Strafunmündigkeit, wodurch die Strafverfolgungskompetenzen von Polizei und Staatsanwaltschaft nach **§ 160 I StPO eingegrenzt** werden. Alle über dieses strafprozessual zulässige Terrain hinausgehenden Ermittlungstätigkeiten werden von vornherein **nicht** vom Anwendungsbereich des **§ 163 StPO** abgedeckt, sie bewegen sich (zumindest auf straf[prozeß]rechtlicher Ebene) im **rechtsfreien Raum** und sind daher **unzulässig**<sup>13</sup>.

Die **Rechtsprechung**<sup>14</sup> gestattet die Durchsuchung des Zimmers eines Kindes deshalb nicht auf der Grundlage des § 102 StPO, sondern ausschließlich nach Maßgabe des **§ 103 StPO**, der im Gegensatz zur erstgenannten Norm nicht vom Verdächtigen, sondern von einer **“anderen Person”** spricht. Hierunter sind solche Personen zu verstehen, die **nicht** tat- oder teilnehmerverdächtig sind oder die wegen Vorliegens von Schuld- oder Strafausschließungsgründen **nicht** verfolgt werden können<sup>15</sup>. - Der Vollständigkeit halber sei ergänzend auf einige weitere Verfahrensbestimmungen hingewiesen, in denen **Zwangseingriffe** gegenüber **“anderen Personen”** (und damit **auch** gegenüber **Kindern**) zulässig sein können:

- § 81 c StPO: körperliche Untersuchung eines Dritten (= Zeugen);
- § 100 a S.2 StPO: Fernmeldeverkehrsüberwachung gegenüber Personen, die als “telefonischer Empfangsbote” Mitteilungen entgegennehmen (sog. Nachrichtenmittler);
- § 100 c II S. 2, 3 und 5 StPO: z.B. sog. Lauschangriff;
- § 100 c III StPO: Überwachungsmaßnahmen gegenüber einem “unvermeidbar betroffenen Dritten”;
- § 163 b II 1 StPO: erlaubt die Identitätsfeststellung gegenüber Nichtverdächtigen;
- § 163 e I 3 StPO: normiert die Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung von “anderen Personen”, die als “Verbindungsleute” des Täters in Betracht kommen.

---

12) Eisenberg, Ulrich, Zur Rechtsstellung von Kindern im polizeilichen Ermittlungsverfahren, StV 1989, 554 ff.

13) Diese Ansicht (und wenn sie auch noch so schlüssig klingt) ist bzw. war nicht immer selbstverständlich. In der kriminalistischen Literatur zu Beginn der siebziger Jahre wurde aufgrund eines Beitrages von Wieczorek, der sich für den “kindlichen Beschuldigtenstatus” ausgesprochen hatte, da “es auch die weibliche Kriminalpolizei gebe” (sic!) (Kriminalistik 1971, 374) eine leidenschaftlich geführte Diskussion zu diesem Thema entfacht, die durch Häuslers eindrucksvoll-schauerlich verfassten Bericht “Mord durch Kindeshand” (Kriminalistik 1972, 89) weiteren Auftrieb erhalten hat und in zwei weiteren Stellungnahmen (Greiner und [wiederum] Häusler, Kriminalistik 1972, 92 und 94) die Beschuldigteneigenschaft von Kindern abgelehnt wurde, bis schließlich Steinke (Kriminalistik 1972, 289) Wieczoreks unhaltbarer Argumentation widersprach und der Debatte unter Negierung des Beschuldigtenstatus von Kindern ein Ende bereitet hat.

14) OLG-Bamberg-NStZ 1989, 40 mit kritischer Anmerkung von Wasmuth, der die Anwendung des § 103 StPO unter Bezugnahme auf die Beschlagnahmenvorschriften der §§ 94 ff. StPO nur mit großen Vorbehalten billigt. Eisenberg (StV 1989, 554 [556]) und ihm folgend Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO (44. Aufl., 1999, § 103, Rdz.1) lehnen dem gegenüber generell die Heranziehung des § 103 StPO als Eingriffsbefugnisnorm gegenüber Kindern ab, weil dieses keine “andere Person” sein könne, wenn sich das Verfahren erkennbar (nur) gegen jenes richte. Zum Zwecke der Aufklärung einer tatbestandsmäßigen Handlung eines Kindes sei jede polizeiliche Durchsuchung ohne Rechtsgrundlage und daher rechtswidrig. Kinder seien nur als Zeugen vernehmbar.

15) Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, § 103, Rdz.1

Schließlich eröffnet die **Kontrollstellenregelung** in § 111 StPO einen weitestmöglichen persönlichen Anwendungsbereich, indem eine **“jedermann-Pflicht”** begründet wird, so daß bei unbefangener Lektüre auch Kinder verpflichtet sein könnten, sich dort kontrollieren zu lassen. Für diese Norm - wie für die übrigen, zuvor genannten Bestimmungen auch - gilt, daß sie ihrem Wortlaut nach (*Nichtverdächtiger, andere Person, unvermeidbar betroffener Dritter, jedermann*) zwar grundsätzlich auch Kinder mit einbeziehen, daß sie aber nach dem Rechtsgedanken des § 163 b II 2, 1. Hs. StPO aus Gründen der **Verhältnismäßigkeit** ggf. auszuscheiden haben (dies gilt insbesondere für die Kontrollstelle nach § 111 StPO<sup>16</sup>).

Aufgrund einer **Anfrage** des Bundestagsabgeordneten *Dr. Wolfgang Ullmann (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)*<sup>17</sup> antwortete die **Bundesregierung** am 20. März 1992, daß ihr die **erkennungsdienstliche Behandlung** von 113 (strafunmündigen!) **Kindern** auf der Grundlage des § 81 b StPO innerhalb kurzer Zeit durch die **Hamburger Polizei** bekannt sei; ebenso die **Einspeicherung** der gewonnenen Erkenntnisse in die Datei Erkennungsdienst des polizeilichen Informationssystems **INPOL**, die wiederum auch dem **Zugriff** von **Bundeskriminalamt** und **Bundesgrenzschutz** (BGS) ausgesetzt ist.

Die Bundesregierung stützte die Ermächtigung zur Datenaufbewahrung durch das BKA auf dessen Zentralstellenfunktion gem. § 2 I Nr.3 BKAG, wonach das BKA erkennungsdienstliche Einrichtungen für den Bund und die Länder zu unterhalten hat. 1992 waren beim BKA in dieser Datei 1986 Personen gespeichert, deren Alter bei 14 Jahren und darunter lag.

Zwar legte die **Bundesregierung** ausdrücklich dar, daß strafunmündige **Kinder nicht** nach der (bundesrechtlichen) Vorschrift des § 81 b StPO erkennungsdienstlich behandelt werden dürfen, dieses wiederum schließe jedoch die Vornahme präventiv-polizeilich intendierter erkennungsdienstlicher Maßnahmen nach den Polizeigesetzen der Länder **nicht** aus.

- Für das Land **Baden-Württemberg** gilt Folgendes:

§ 36 I Nr.2 PolG-BW gestattet **erkennungsdienstliche** Maßnahmen **nur**, wenn dies zur **vorbeugenden Bekämpfung** von Straftaten erforderlich ist, weil der **Betroffene** (Wortlaut: **nicht** Beschuldigter!) verdächtig ist, eine Straftat begangen zu haben und die Umstände des Einzelfalles die Annahme rechtfertigen, daß er **zukünftig** eine Straftat begehen wird (die textliche Fassung erinnert an § 71 II 1 JGG (einstweilige Unterbringung, dazu unten, TEIL D I 2)).

Trotz des nahezu identischen Wortlauts und des (zumindest phänomenologisch) weitgehend deckungsgleichen Anwendungsbereiches des § 36 I Nr.2 PolG-BW und des § 81 b, 2. Var. StPO bestehen erhebliche **dogmatische Unterschiede** zwischen diesen beiden Normen, die sich gegenseitig ausschließen (**Exklusivitätsverhältnis**). Davon abgesehen, daß § 81 b StPO **insgesamt** eine **repressive** Zielrichtung verfolgt und § 81 b, 2. Var. StPO (“zum Zwecke des Erkennungsdienstes”) insoweit eine **inkorporierte Polizeirechtsregelung** darstellt, geht die Zweckrichtung des § 36 I Nr.2 PolG-BW ausschließlich in die **präventive** Richtung (“zur **vorbeugenden** Bekämpfung von Straftaten”).

Des weiteren handelt § 81 b StPO - und zwar bezogen auf **beide Varianten** - ausschließlich vom **Beschuldigten**. Nach den oben gemachten Ausführungen kann aber **kein Kind Beschuldigter** im materiell- bzw. prozeßrechtlichen Sinne sein, also sind entsprechende Ermittlungsmaßnahmen sowohl nach § 81 b, 1. Var., als auch nach der 2. Var. StPO **generell ausgeschlossen**. Somit bleibt mangels “kindlichem Beschuldigtenstatus” nur der Rückgriff auf die viel allgemeinere Formulierung des **“Betroffenen”** in § 36 I Nr.2 PolG-BW, der an diesen Begriff keinerlei inhaltliche Anforderungen knüpft, außer daß der **“Betroffene”** eine Straftat (hier aber auch **schuldlos** möglich!) begangen haben soll und nun die Begehung eines weiteren Delikts (ebenfalls schuldlos denkbar) mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Der **polizeirechtliche Dispens** von einem **Schuldvorwurf** im materiell-strafrechtlichen Sinne (s.o.) hängt mit der Natur des Polizeirechts zusammen, das ausschließlich der **Gefahrenabwehr** dient, und Gefahren

16) Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, § 111, Rdz.11

17) Ullmann, Schriftliche Anfrage und Antwort der Bundesregierung, vertreten durch den Parlamentarischen Staatssekretär Eduard Lintner, BT-Drucksache 12/23 59, S. 15 f.

können in gleicher Weise von **schuldfähigen** wie von **schuldunfähigen** Personen verursacht werden, da die Gefährlichkeit **keine** Frage der Schuldfähigkeit im Sinne individuell-vorwerfbares Verhaltens ist.

#### IV) Handlungsbedarf zur Bewältigung von Kinder- und Jugendkriminalität aufgrund der PKS-Aussagen

Nach der **Zulässigkeit erkennungsdienstlicher Maßnahmen** gegenüber **Kindern** (und Jugendlichen) gem. § 36 I Nr.2 PolG-BW zur **Gefahrenabwehr** ist zu fragen, **wie** mit strafunmündigen "Tätern" umzugehen und in **justizieller Perspektive** zu verfahren ist, wenn sie beispielsweise am laufenden Band Autos aufbrechen, damit durch die Straßen rasen und (sofern sie es überlebt haben) irgendwo am Wegesrand mehr oder weniger demoliert stehen lassen (so die "Hamburger Crash-Kids" zu Beginn der 90'er Jahre) oder wenn sie regelmäßig Wohnungseinbrüche begehen und nicht selten 60 bis 70 solcher "Taten" auf ihr Konto gehen. Ein **weiterer Beispielfall** möge den tatsächlichen **Handlungsbedarf** aufzeigen: Nach Mitteilungen der **Kölner Polizei**<sup>18</sup> wurden Kinder ethnischer Minderheiten aus Osteuropa (hier aus Rumänien) in "Trainingscamps" von einer Bande zu professionellen Taschendieben "ausgebildet", bevor die 8-14-jährigen (Strafmündigkeitsgrenze!) z.T. unter massiver Gewaltandrohung und -einwirkung gezwungen wurden, in Nordrhein-Westfalen Taschendiebstähle zu begehen. Das verlangte "Tagespensum" lag bei etwa 2.000-3.000.- DM, wovon den Eltern ein Beuteanteil versprochen und ausgezahlt wurde, um deren "Bereitschaft", ihre Kinder zu "Ausbildungszwecken" an die Rumänenbande zu überlassen, zu wecken bzw. zu steigern.

- Angesichts der Armut in Osteuropa ein lukratives Angebot, dem sich die Eltern (dient deren finanzielle Teilhabe schließlich auch - zumindest mittelbar - dem "Kindeswohl") nur schwerlich hätten entziehen können. Den Kindern, die sich (strafrechtlich interpretiert) in der Rolle des **schuldlos** agierenden **Tatmittlers** (§ 25 I, 2. Var. StGB) gegenüber den dominant auftretenden mittelbaren Tätern in Gestalt der Bandenchefs befanden, kann wohl am allerwenigsten ein "sittlich-moralischer", geschweige denn ein strafrechtlicher Vorwurf gemacht werden. Und dennoch ist der Handlungsbedarf evident. Daß dieses Fallbeispiel nur exemplarisch für abweichendes Verhalten steht, belegt die **Polizeiliche Kriminalstatistik** für das Jahr **1998**<sup>19</sup>, obwohl gerade diese Statistik aufgrund ihrer **ausschließlichen** (und naturgemäßen) **Beschränkung** auf den **Hellfeldbereich** (also **nur** die **bekanntgewordenen** und **polizeilich registrierten** Fälle) wegen dieses Verzerrungsfaktors mit großer Vorsicht zu interpretieren ist. Außerdem kann sich infolge eines **veränderten Anzeigeverhaltens** und einer hieraus resultierenden **Verschiebung** vom **Dunkel-** zum **Hellfeldbereich** innerhalb der begangenen Gesamtkriminalität (Hell- und Dunkelfeld) durchaus ein **statistisch signifikanter Anstieg der Tatverdächtigenziffern** ergeben, **ohne** daß dies auf einen tatsächlichen Kriminalitätszuwachs zurückzuführen sein muß. Besonders gravierend tritt die **Intensivierung des Anzeigeverhaltens** infolge einer drastisch **erhöhten Kontrolldichte** im Bereich der Leistungsererschleichung (§ 265 a StGB) auf, wo im Berichtszeitraum 1997/98 ein **Zuwachs** von **32,7 %** (fast 40.000 Fälle mehr<sup>20</sup>) verzeichnet wurde. Insofern spiegelt die **PKS** nur einen (noch **nicht** mal "maßstabsgetreuen") **Bruchteil der Kriminalitätswirklichkeit** wider. Auf einen **dritten Verzerrungs-** bzw. **Unsicherheitsfaktor** weisen *Kerner* und *Weitekamp*<sup>21</sup> hin: hinter ein- und demselben Tatbestand (z.B. die gefährliche Körperverletzung gem. § 224 StGB) können sich - je nach Begehungsweise - stark differierende Unrechtsgehalte verbergen, deren **vielfältige Phänomenologie** in der (bloß zahlenmäßig erfassenden) **PKS nicht** zum Ausdruck kommt, so daß außer der tatbestandsspezifischen Einteilung unklar bleibt, welcher "kriminellen

---

18) mitgeteilt von Schweiß/Dieterle, Eine Variante der grenzüberschreitenden Kriminalität: "Kinder auf Beutezug", in: DIE POLIZEI 1999, 228 ff.

19) PKS 1998 (Auszug) in: BULLETIN des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, Nr. 29 vom 25. 05.1999, S. 273-320

20) PKS-Bulletin der Bundesregierung, Nr.29 v. 25.05.1999, S. 273 (275)

21) Kerner/Weitekamp, Entwicklungen in der Jugendkriminalität und im Jugendstrafrecht, neue praxis 1997, 486 (487)

Art und Güte“ das konkrete Delikt ist. Noch deutlicher tritt diese **innerdeliktische Streubreite**, die ich als **intradeliktisch-qualitative Varianz** bezeichnen möchte, beispielsweise bei dem **Mordmerkmal der Heimtücke** in § 211 StGB hervor<sup>22</sup>.

Nach der **PKS 1998** betrug der Anteil **tatverdächtiger Kinder** (bis unter 14 Jahre) 6,6 % (= 152.774 TV) am registrierten Gesamtvolumen der Kriminalität (= 2.319.895 TV bei insgesamt 6.456.996 bekanntgewordenen Fällen [1997: insges. 6.586.165 Fälle]). Gegenüber dem Vorjahr (144.260 kindliche TV, = 6,3 %) bedeutet dies einen Anstieg um 5,9 % (~ 8.500 TV) mehr Kinder als Tatverdächtige. Im Vergleich zu den Steigerungsraten von 1996-97 (um 10,1 %) und von 1995-96 (um 12,3 %) hat sich der starke Zuwachs der Anzahl tatverdächtiger Kinder - wenn auch in abgeschwächter Form - dennoch weiter fortgesetzt. Über die  **Hälfte der Tatverdächtigen im Kindesalter** (= 56,4 %) wurde wegen **Ladendiebstahls** auffällig. Hier ist nochmals auf den 2. Verzerrungsfaktor hinzuweisen, weil dieser Zahlenwert erheblich von der Kontrolldichte, dem Anzeigeverhalten des Einzelhandels und schließlich von der polizeilichen Verfolgungsintensität abhängt<sup>23</sup>. Auch die **deutliche Zunahme** der Anzahl **tatverdächtiger Kinder und Jugendlicher** (vor allem **deutscher** Herkunft und in den **alten Bundesländern**) im Bereich der **Körperverletzungsdelikte**<sup>24</sup> hängt von den soeben genannten Faktoren ab, weil die Schulen aus **versicherungstechnischen Gründen** mittlerweile **gezwungen** sind, auch kleinere Streitereien **polizeilich zu melden**, um den Versicherungsschutz nicht zu verlieren<sup>25</sup>.

Hinzuweisen ist auch darauf, daß die Zahl der tatverdächtigen **deutschen** Kinder mit einem **Anstieg** von **7,2 %** (auf 125.713 TV) **erheblich stärker zugenommen** hat, als die der nichtdeutschen Vergleichspopulation um lediglich 0,2 % (= 27.061 TV).

In der **PKS 1997** wurden fast 1.600 Kinder **bis** zu 6 Jahren als tatverdächtig verzeichnet<sup>26</sup>.

Bei **Jugendlichen** (14 bis unter 18 Jahre), deren **Anteil** an der **Gesamtkriminalität 13 %** beträgt, stieg die Tatverdächtigenzahl um 3,4 % auf 302.413 TV (1997 betrug die Steigerungsrate gegenüber dem Vorjahr 5,4 % und 1995 zu 1996 noch 9,1 %). Trotz sinkender prozentualer Zuwachsrate ist - wie auch im Bereich

---

22) So qualifiziert die höchstrichterliche Rechtsprechung die Heimtücke in einem Fall, in dem der Täter seine schlafenden Familienangehörigen mit einem Beil erschlägt (BGHSt 23, 119) genauso, wie in dem Fall, in welchem der Täter durch schwerste Beleidigungen und Todesdrohungen durch das spätere Tatopfer zu dessen heimtückischen Tötung durch 15 Schüsse während des Kartenspiels in einer Gastwirtschaft veranlaßt wird (BGH-GS 30, 105, Rechtsfolgenlösung). Gleichmaßen wurde die Heimtücke bei der Erschießung eines bereits gestellten, mit Waffen in Schach gehaltenen Flüchtlings an der innerdeutschen Grenze bei West-Berlin mit Dauerfeuer aus einer Maschinenpistole durch Grenzsoldaten der ehemaligen DDR bejaht (BGHSt 39, 353 [367 ff.]). Ebenfalls lag eine heimtückische Tötung vor, als der frühere Vorsitzende des Staatssicherheitsdienstes der DDR, Erich Mielke, am 9. August 1931 in seiner damaligen Funktion als Mitglied der KPD am Bülow-Platz in Berlin (anläßlich einer Volksabstimmung mit dem Ziel des Sturzes der sozialdemokratisch geführten preußischen Regierung) im Verlauf erwarteter Unruhen zwei Polizisten mit der Pistole erschoss und einen dritten zu töten versuchte (BGHSt 41, 72 [78 f.]). - Diese vier Beispielfälle gehen hinsichtlich ihrer jeweils zugrundegelegten Sachverhalte sehr weitauseinander und sind in phänomenologischer Hinsicht kaum miteinander zu vergleichen. Die einzige Verbindung dieser 4 Verbrechen besteht in der Feststellung einer heimtückischen Tötung - doch unabhängig hiervon wurde bzw. würde nur der Tatbestand des § 211 StGB in der PKS verzeichnet. Deshalb ist wegen der intradeliktisch-qualitativen Varianz grundsätzlich eine vorsichtige Interpretation der PKS-Daten geboten, die lediglich aus der quantitativen Perspektive erfolgt.

23) PKS-Bulletin der Bundesregierung 1999, Nr. 29, S. 273 (306)

24) PKS-Bulletin der Bundesregierung 1999, Nr. 29, S. 273 (284 ff.)

25) Weitekamp/Meier, Werden unsere Kinder immer krimineller? Kinderkriminalität im Zerrbild der Kriminalstatistik, in: Müller, Siegfried; Peter, Hilmar (Hrsg.), Kinderkriminalität, Opladen, 1998; S. 83 (104 f.)

26) Weiterhin wies die **PKS 1997** fast 5.500 tatverdächtige Kinder zwischen 6 bis unter 8 Jahren und mehr als 16.600 Kinder zwischen 8 bis unter 10 Jahren aus; 10 < 12 Jahre: knapp 36.400 Kinder, 12 < 14 Jahre: ca. 84.000 Kinder.

der Kinderdelinquenz - nach wie vor ein kontinuierlicher Kriminalitätsanstieg auch bei Jugendlichen zu registrieren.

Die Addition der **tatverdächtigen Kinder und Jugendlichen** ergibt ein **knappes Fünftel** aller Tatverdächtigen (= 19,6 % bei 455.187 TV).

Insgesamt ist seit **1989 bis 1997** (im Hellfeldsektor!) ein **kontinuierlicher Anstieg krimineller Handlungen** durch **Kinder und Jugendliche** zu verzeichnen, wobei die **Kinderdelinquenz die stärkeren Zuwachsraten** beansprucht.

Angesichts dieses zahlenmäßigen Befundes bedarf es (nicht zuletzt auch wegen des vereinzelt Rufes nach Selbstjustiz durch beeinträchtigte Bürger ("Die Polizei steht sowieso nur tatenlos daneben") eines möglichst **effektiven und schnellen Reagierens** durch die **Polizei, Staatsanwaltschaft, die Jugendämter und die Familiengerichte**, um den sozial auffälligen Kindern und Jugendlichen (neben der justiziellen "Verwaltung von Kriminalität" und der Gefahrenabwehr) insbesondere durch **erzieherische Mittel Hilfestellungen** unterschiedlicher Art zu geben, um dadurch weiterer Delinquenz oder einem drohenden "Abstieg in die Kriminalität" **vorzubeugen** ("Prävention statt Repression"). Dies gilt umso mehr, als *Kerner*<sup>27</sup> bereits 1989 unter Darlegung quantitativer Forschungsergebnisse zu Beginn, Struktur, Verlauf und Beeinflussung von Kinder- und Jugenddelinquenz zu dem Schluß gelangte, daß sich insbesondere (**spätere**) **Mehrfachtäter zwischen 8 und 11 Jahren** durch **hohe Delinquenzwerte** auszeichneten, auch wenn in prognostischer Hinsicht eher die Kombination von Häufigkeit und Schwere sowie das Anhängigwerden bei mehreren Behörden ausschlaggebend ist.

## V) Lösungsansatz: Konsequente Anwendung und Umsetzung jugendschutzrechtlicher Normen in die Praxis<sup>28</sup>

Anzusetzen ist deshalb in einem **möglichst frühen** Zeitpunkt, um **erzieherisch effektiv** einzuwirken und dem Kind bzw. Jugendlichen zu helfen, im **weiteren Entwicklungsverlauf** nicht mehr straffällig zu werden (= **tertiäre Prävention zur Rückfallverhinderung**). Synchron mit dem Verzicht auf (jugend-) strafrechtliche, repressive Reaktionen aufgrund der strafmündigkeitsbedingten Zugriffssperre erwächst

27) Kerner, Hans-Jürgen, Jugendkriminalität, Mehrfachtäterschaft und Verlauf, Bewährungshilfe (BewHi) 1989, 202 (203)

28) Die Umschau des ZfJ 1999, S. 391 f. weist auf das folgende 3-jährige **Forschungsprojekt** hin, das am 01.07. 1999 begonnen hat: "**Kinder- und Jugenddelinquenz im Spannungsfeld informeller und formeller Reaktionen insbesondere der Jugendhilfe**". Diese Untersuchung konzentriert sich auf das **Land Berlin** und steht unter der Leitung von Prof. Dr. J. Mürder. Das Projekt wird von Frau Dr. G. Bindel-Kögel und Herrn M. Heßler durchgeführt. Dazu wird in einem ersten Schritt der Frage nachgegangen, wie gegenwärtig auf Delinquenz von Kindern von Seiten der Jugendhilfe im Rahmen des KJHG reagiert wird. In einem zweiten Schritt wird untersucht, ob und inwieweit die Praxis der Jugendhilfe bei straffälligen Jugendlichen sich von Vorgehensweisen und Handlungsstrategien der Jugendhilfe bei unter 14 Jährigen unterscheidet. Verhalten und Agieren von Jugendhilfe werden vor und nach Eintritt der Strafmündigkeitsgrenze anhand der gleichen Untersuchungsgruppe mit Hilfe von Aktenanalyse, Interviews und Fragebogenerhebung erforscht.

Das Projekt kooperiert überregional mit den entsprechenden wissenschaftlichen Einrichtungen und Bundesverbänden der Kinder- und Jugendhilfe und der Jugendstrafrechtspflege.

**Kontaktadresse:** TU Berlin / Institut für Sozialpädagogik FR 4-7/G. Bindel-Kögel/M. Heßler  
Franklinstr. 28-29  
10587 Berlin (Tel.: [030] 314 732 72 / Fax: 314 211 17).

- Das **Deutsche Jugendinstitut** in München hat für das Forschungsjahr 1998 ein Untersuchungsprojekt zum Thema "**Delinquenz von Kindern - eine Herausforderung für Familie, Jugendhilfe und Politik**" ausgewiesen, das vom September 1997 bis zum März 2000 durchgeführt wird. Im Mittelpunkt dieser qualitativ angelegten Studie steht delinquentes Verhalten von 8-14-jährigen Mädchen und Jungen im Kontext ihrer Elternfamilie, die informell und selbstregulierend auf dieses Verhalten reagiert. Außerdem wird der Unterstützungsbedarf durch die Jugendhilfe eruiert, um deren Hilfsangebote längerfristig zu optimieren und an die Ost- und Westdeutschen Gegebenheiten anpassen zu können.

für die **Kinder- und Jugendhilfe** die **Aufgabe** und **Verpflichtung**, sich dem Faktum "**Kinderdelinquenz**" zu stellen und dieses Problem mit entsprechen den **Präventionskonzepten** anzugehen - und zwar schon möglichst früh auf der Ebene der **primären** wie der **sekundären Prävention**. Darüber hinaus hat sie überall dort mitzuwirken und zu helfen, wo es um die individuelle und soziale Entwicklung junger Menschen und deren Schutz vor Gefahren für ihr Wohl geht, wie es der Zielvorgabenkatalog des § 1 III Nr.1 und Nr.3 SGB VIII programmatisch formuliert.

Gemessen am soeben aufgezeigten **Handlungsbedarf**, der nicht nur in der "Kriminalprävention" gegenüber der Kinder- und Jugenddelinquenz, sondern weit darüber hinausgehend für den **gesamten** Bereich der Kinder- und Jugendhilfe besteht, ist - um das Ergebnis gleich vorweg zu nennen - folgender Befund festzustellen:

Der Ruf nach weiteren, noch differenzierteren gesetzlichen Regelungen ist **unbegründet** und beruht auf einer (vermutlich) irrumsbedingten **Verwechslung** des **Handlungsbedarfes** mit dem **Regelungsbedarf** und/oder auf bewußtem (**jugend**)**kriminallpolitischen Kalkül**. Die **gegenwärtige Rechtsordnung** stellt mit ihren **vielfältig strukturierten** und **detaillierten Interventionskonzepten** ein (in quantitativer wie qualitativer Hinsicht) **breit gefächertes Regelungsinstrumentarium** zur Verfügung, mit dem **gezielt** in jedem **konkreten Einzelfall bedarfsorientiert** reagiert werden kann und das nur darauf wartet, auch adäquat angewendet zu werden. Deshalb setzt die Deckung des Handlungsbedarfs eine **flächendeckende Inanspruchnahme** und **Ausschöpfung** dieses **Regelungskontingents** voraus, anstatt in nie ermüdendem Rufen nach neuen, "besseren" oder gar "schärferen" Gesetzen zu vergessen, wie reichhaltig der Fundus jugendschutzrechtlicher Bestimmungen de lege lata ist. Dies gilt nahezu uneingeschränkt für die Vorschriften im SGB VIII (insbesondere der § 27 ff., mit ganz geringfügigem "Verbesserungsbedarf" des § 42 III, vgl. TEIL B, IV 1 c und des Lebensschutzes in § 42 II SGB VIII, TEIL B IV 1 d, dd) sowie für die jenseits der Strafmündigkeitsgrenze eingreifenden Regelungen des JGG (dort vornehmlich die §§ 10 ff. und §§ 45, 47 [Diversion]). Lediglich im Rahmen der familienrechtlichen Unterbringung nach § 1631 b BGB hätten sowohl deren Voraussetzungen, als auch die Ausgestaltung klarer definiert werden müssen, besonders im Hinblick auf bestimmte Ausnahmefälle (vgl. TEIL C III und VI, Problemschwerpunkt 2 und Abschnitt VII, Problemschwerpunkt 3). Wenn jedoch selbst im Bereich der Jugendhilfe und der Strafverfolgung von 25 % bis zu 75 % der Praktiker beispielsweise das Instrumentarium der Inobhutnahme überhaupt **nicht** kennen (hierzu TEIL B, I 2), tritt die erhebliche Ambivalenz zwischen (nicht existierendem) Regelungsbedarf einerseits und einem sehr hohen Handlungsdefizit andererseits mehr als deutlich zutage. **Nicht** die Schaffung weiterer (überflüssiger) Gesetze bietet den richtigen Lösungsansatz, sondern die **Anwendung** und **Realisierung** des bereits bestehenden, **geltenden Rechts**. Je mehr dies von allen mit der jugendrechtlichen Praxis betrauten Personen erkannt und entsprechend umgesetzt wird, desto höher wird der **normative** und **pädagogische "Wirkungsgrad"** des vorhandenen und jetzt in den folgenden Teilen zu behandelnden Gesetzesmaterials sein.

## TEIL B: DIE INOBHUTNAHME GEMÄSS § 42 SGB VIII

### I) Grundsätzliche Bedeutung des § 42 SGB VIII

#### 1) Normative Ausgangslage

§ 42 I SGB VIII legaldefiniert die **Inobhutnahme** als “vorläufige Unterbringung des **Kindes** oder des **Jugendlichen** (bis unter 18 Jahren gem. § 7 I Nr.1, Nr.2 SGB VIII <sup>29)</sup> bei einer geeigneten Person, einer Einrichtung oder in einer sonstigen betreuten Wohnform.” Als Arbeits- und Diskussionsgrundlage bietet sich jedoch der Vollständigkeit halber die (geringfügig modifizierte) Kurzdefinition von *Jans/Happe/Saubier*<sup>30</sup> an:

*Inobhutnahme ist das vorübergehende Verschaffen von Obdach mit Betreuung, Versorgung und fachlicher Beratung für ein Kind oder einen Jugendlichen in einer dringenden Gefahren- oder bedrängenden Krisensituation bei bzw. in einer der drei in § 42 SGB VIII genannten Stellen als Krisenintervention.*

Hierbei wird die **Inobhutnahme** phänomenologisch von **zwei Komponenten** charakterisiert: einerseits zunächst durch die rein physische Obhutnahme an einem bestimmten Ort (= **locatives Element**), andererseits zugleich durch die Sicherstellung des Unterhalts und der Krankenhilfe sowie der übrigen, in Abs. I S. 3-5 genannten Schutz- und Hilfsleistungen (= **curatives Element**).

**Anknüpfungspunkt** dieser Regelung ist zunächst das Vorliegen einer **Krise**, die von *Bechtler*<sup>31</sup> als ein meistens unter hohem emotionalen Druck einhergehender Verlust des seelischen Gleichgewichts, den der Betroffene mit seinen erlernten Bewältigungsmöglichkeiten selbst nicht beheben kann, beschrieben wird. Die **Krisenintervention** stellt eine zeitlich begrenzte Behandlungsform dar, welche die **akute Krise** beheben und den Betroffenen möglichst in den funktions- und verhaltensmäßigen Zustand vor dem Eintritt dieses Zustandes versetzen soll. Mit dieser spezifischen Interventionsform erklärt § 42 SGB VIII die Weichenstellung dahingehend, daß hierbei ausschließlich eine kurzfristige Klärung von Problemlagen und keine Hilfe zur Erziehung geregelt wird<sup>32</sup>. Schlagwortartig umreißen läßt sich die **Inobhutnahme** somit als “**Initialphase**” zur Einleitung (ggf. längerfristiger) erzieherischer Hilfen.

Nach der **gesetzgeberischen Intention**<sup>33</sup> dient diese Norm insbesondere als **rechtliches Instrumentarium** für die Tätigkeit von Jugendschutzstellen, Aufnahmeheimen, Kinder- und Jugendnotdiensten und Bereitschaftspflegestellen, um deren Aufgabenbereich auf eine hinreichend solide **Ermächtigungsgrundlage**, wie Art. 104 I und II GG sie zwingend vorschreibt, zu stellen.

Durch diese **zeitlich befristete Krisenintervention** bekommt das Jugendamt das Recht und die Pflicht zum unmittelbaren Handeln zum Schutz des Kindes bzw. des Jugendlichen in Eil- und Notfällen<sup>34</sup>. Obwohl das Tatbestandsmerkmal “vorläufig” eine möglichst kurze Verweildauer in der jeweiligen Aufnahmeeinrichtung postuliert, läßt sich **kein** generelles Zeitlimit festlegen, weil der Aufenthalt auch von der Abklärung der Diagnose und der möglichen Hilfestellung abhängig ist. *Busch*<sup>35</sup> bringt es treffend auf den Punkt: Die Verweildauer hat sich nach der pädagogischen Notwendigkeit zu richten, nämlich so kurz

29) Für junge Volljährige zwischen 18 und 27 Jahren (§ 7 I Nr.3 SGB VIII) und ältere Erwachsene gelten die jeweiligen Polizeigesetze bzw. Unterbringungsgesetze (UBG / PsychKG) der Länder (vgl. TEIL E, II, III)

30) Jans/Happe/Saubier et al., Kinder- und Jugendhilferecht, (KJHG), Kommentar, 3. Aufl., 13. Lieferung, Stand Dez. 1998, § 42 Rdz.10

31) Bechtler, H., DV, Fachlexikon der sozialen Arbeit, 4. Aufl. 1997, in: Jans/Happe/Saubier, KJHG, § 42, Rdz.6

32) siehe hierzu ausdrücklich die “Empfehlungen zur Inobhutnahme gemäß § 42 KJHG” (dort Nr. 4 S.1 und 2) der Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter und Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände

33) BT-Drucksache 11/5948 v. 01.12.1989, S. 79

34) Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz.1

35) Busch, Manfred, ZfJ 1993, 129 (132)

wie möglich und so lang wie nötig. Die **Zielsetzung** der Inobhutnahme strahlt dabei temporär in **zwei** Richtungen aus: zum einen in **retrospektiver** Hinsicht, um die **Ursache** des Ausreißens des Kindes bzw. des Jugendlichen herauszufinden (= ätiologisch-anamnestische Komponente), zum anderen in **prospektiver** Hinsicht, um tragfähige Zukunftsperspektiven zu entwickeln und durch eine intensive Zusammenarbeit mit den Eltern und den beteiligten sozialen Diensten ggf. weiteren Ausbruchstendenzen entgegenzuwirken (= therapeutisch-stabilisierende Komponente). In der einschlägigen Fachliteratur<sup>36</sup> kommt der jeweiligen Jugendschutzstelle eine Drehscheibenfunktion im Netzwerk sozialer Dienste zu, damit bereits an dieser Stelle die Weichen auch im Hinblick auf spätere, längerfristige Intervention gestellt werden können, um z.B. der Gefahr des Abgleitens in eine "kriminelle Karriere" vorzubeugen (primäre bis ggf. tertiäre Prävention). Hierfür steht ein breitgefächertes rechtliches **Interventionspektrum** zur Verfügung, um auf möglichst **jede** individuell-konkrete Situation entsprechend "maßgeschneidert" eingehen und reagieren zu können. Daher reicht die umfassende Angebotspalette von der Vermittlung einer langfristigen Familienberatung (z. B. für sog. "Multiproblemfamilien") bis hin zur Gewährung eines Schutzraumes für die Kinder und Jugendlichen, die möglicherweise von Kriminalität bzw. Prostitution bedroht sind. Daß trotz des reichhaltigen Interventionskatalogs (zunächst) die **elterliche Entscheidungskompetenz** gem. § 1626 BGB im Grundsatz **erhalten** bleibt, zeigt die Pflicht zur Berücksichtigung des mutmaßlichen Willens der Sorge- bzw. Erziehungsberechtigten, sobald das Jugendamt das Recht zur Beaufsichtigung, Erziehung und Aufenthaltsbestimmung nach § 42 I 4 SGB VIII an sich gezogen hat. Mit dieser Berücksichtigungspflicht stellt § 42 I 4, 2. Var. SGB VIII klar, daß das Jugendamt während der Dauer der Inobhutnahme dieses Recht **nicht** selbst hat, sondern daß es dies i.S.d. § 1631 BGB lediglich - stellvertretend für die Eltern - vorübergehend **ausübt**, denn nur die **Eltern**, nicht aber das Jugendamt, sind alleinige **Träger** und **Inhaber** der **Personensorge** nach §§ 1626 ff. BGB. Die Rechtsprechung<sup>37</sup> weist auf das **Fortbestehen** des Elternrechts während der Dauer der Inobhutnahme hin, das sich infolge des Vorrangs dieser Maßnahme **nicht** durchzusetzen vermag (dazu auch unten, II). Die elterliche **Sorgerechterhaltung** kommt auch in § 42 II 3 Nr.1 SGB VIII zum Ausdruck, wonach das Kind bzw. der Jugendliche den Sorgeberechtigten zu übergeben ist, wenn diese(r) der Inobhutnahme widersprechen (Anlehnung an die Kindesherausgabe gem. § 1632 I BGB). Lediglich im Interesse eines effektiven und schnellen Eingreifens zum Schutze des Kindes bzw. des Jugendlichen wird der elterliche Erziehungsprimat durch die Inobhutnahme seitens des Jugendamtes **vorübergehend überlagert**.

## 2) Anwendung der Inobhutmaßnahme in der jugendrechtlichen Praxis

Praktische Bedeutung erlangt diese Vorschrift vor allem im Zusammenhang mit schwerwiegenden Eltern-Kind-Konflikten sowie in den Fällen von Kindesmißhandlung bzw. sexuellem Mißbrauch<sup>38</sup>. Angesichts hoher Zahlen von physischer, psychischer und sexueller Gewalt gegen Mädchen und Jungen und den daraus resultierenden massiven Folgeerscheinungen (psychosomatische Erkrankungen, Eßstörungen, Drogenabhängigkeit und anderen Suchterscheinungen bis hin zur Suizidgefährdung<sup>39</sup>) fordert *Busch*<sup>40</sup> die ausreichende Kontingenzierung geeigneter Zufluchtstellen für die verschiedenen Altersstufen und Problemlagen. Eine entsprechende rechtliche Verpflichtung hierzu enthält § 79 SGB VIII. Diese Bestimmung erlegt den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe die **Gesamtverantwortung** und damit eine **Garantenstellung**<sup>41</sup> gegenüber den Leistungsberechtigten für die tatsächliche Verfügbarkeit der notwendigen Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen auf (§ 79 I und II SGB VIII)<sup>42</sup>.

---

36) Noack/Pankau, Jugendschutzstelle im Wandel, Unsere Jugend, 1987, S. 117 m.w.N.

37) OLG-Zweibrücken-FamRZ 1996, 1026 (1027)

38) Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz.1; vgl. auch Problemschwerpunkt 2), Fußnote zu ICD-10, F.43.1

39) (hierzu speziell Abschnitt IV, 1 d, bb und TEIL C VI, Problemschwerpunkt 2), Abschnitt VII, Problemschwerpunkt 3)

40) Busch, Manfred, ZfJ 1993, 129 (131)

41) vgl. zur Garantenstellung TEIL C VII, Problemschwerpunkt 3) und VIII

42) Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 79, Rdz.1

Um den "Bekanntheitsgrad" des § 42 SGB VIII fünf Jahre nach Inkrafttreten des KJHG und seine Bedeutung für die Praxis zu ermitteln, konzipierten *Fegert et al.*<sup>43</sup> das von der VW-Stiftung finanzierte, **interdisziplinäre Forschungsprojekt** "*Sexueller Mißbrauch von Kindern und Jugendlichen: individuelle und institutionelle Reaktionen*", das in Berlin und Köln 1996 durchgeführt wurde<sup>44</sup>.

Bemerkenswerterweise kannten **ein Viertel** der in diesen beiden Städten (die übrigens über ein gut ausgebaut und differenziert strukturiertes Beratungssystem verfügen) tätigen **Jugendhelfer** diese Maßnahme überhaupt **nicht**; 11 % empfanden sie (gegenüber 61 %) als "wenig hilfreich"<sup>45</sup>. Mindestens genauso nachdenklich stimmt, daß auf dem Sektor der **Strafverfolgung** die Norm des § 42 SGB VIII **drei Viertel** der Befragten ebenfalls **unbekannt** war - mit anderen Worten und deutlicher pointiert: nur 25 % der Mädchen und Jungen, die Strafanzeige /-antrag wegen sexuellen Mißbrauchs stellen, werden überhaupt auf die Möglichkeit der Schutzgewährung durch § 42 SGB VIII hingewiesen - ein erschütterndes Ergebnis, wenn man bedenkt, daß das beste Regelungsinstrumentarium immer nur so gut sein kann, wie es in der Praxis beachtet und angewendet wird. Dies gilt ganz besonders für die Verankerung des **Selbstmelderechts** in § 42 II SGB VIII, wonach allein die Kinder bzw. Jugendlichen, ohne die Eltern zuvor "fragen zu müssen", darüber entscheiden können, ob sie sich in die Obhutnahme begeben wollen (hierzu Abschnitt III). Berlin und Köln sind repräsentativ für die Evaluation dieses "normativen Bekanntheitsgrades", so daß bundesweit ein **Handlungsbedarf** (vgl. TEIL A, V) aufgezeigt wurde, dessen Defizite dringend ausgeglichen werden müssen.

Weitere Anwendungsfelder bietet die Inobhutnahme obdachlosen und auf der Straße lebenden Kindern und Jugendlichen, um ihnen eine Hilfestellung zur Wiedereingliederung zu geben; ebenso soll durch diese Maßnahme der "Ausstieg" aus einer radikalierenden oder kriminellen Bezugsgruppe /Clique ermöglicht bzw. eingeleitet werden<sup>46</sup>.

In dogmatischer Hinsicht vereinigt § 42 SGB VIII sowohl eine spezifisch **sorgerechtliche** Komponente (primär in Abs. III geregelt), als auch ein **leistungsrechtliches** Element (vorwiegend in Abs. II enthalten), wobei dem Kind bzw. dem Jugendlichen die Inobhutnahme allein auf dessen Wunsch hin zu gewähren ist.

Nach § 76 I SGB VIII ist die Inobhutnahme als Funktionswahrnehmung des **staatlichen Wächteramtes** gem. Art. 6 II 2 GG prinzipiell den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe vorbehalten; doch auch nach einer Delegation dieser Aufgabe an anerkannte Träger der freien Jugendhilfe **bleiben** die Träger der öffentlichen Jugendhilfe gem. § 76 II SGB VIII für die Erfüllung der Aufgaben verantwortlich. § 69 III SGB VIII verweist auf das örtliche Jugendamt als unmittelbaren öffentlichen Träger (vgl. auch Abschnitt V).

## II) Ausgestaltung der Inobhutnahme

§ 42 I 1 SGB VIII nennt **drei Formen** der Inobhutnahme, nämlich:

- (1) durch eine **geeignete Person** (Einzelpersonen in Privatwohnungen oder Bereitschaftspflegestellen sowie frühere Pflegeeltern, welche [ggf. im Zusammenwirken mit dem Jugendamt] die Aufgaben nach Abs. I S. 3-5 wahrnehmen);
- (2) in einer **Einrichtung** (z.B. Wohnmöglichkeiten nach § 34 SGB VIII, allgemeines Kinder- bzw. Jugendheim, Kinder- und Jugendnotdienste, Jugendschutzstellen, Kinderschutzzentren und Mädchenhäuser sowie geeignete Einrichtungen der Kinder- und Jugendpsychiatrie);

---

43) Fegert/Berger/Breuer, ZfJ 1996, 448 ff., 483 ff.

44) speziell zu diesem Thema: Lidl, Claudia, Sexueller Kindesmißbrauch: der Täterkreis, 1998, Diss. med. Würzburg, 1999

45) Fegert et al., vgl. vorletzte Fußnote, S. 483 f.

46) Späth, ZfJ 1998, 303 (304)

- (3) in einer **sonstigen betreuten Wohnform** (spezielle Wohngruppen oder die Möglichkeit des betreuten Einzelwohnens, wie sie auch im Rahmen der Hilfe zur Erziehung nach §§ 34, 35 SGB VIII angeboten wird<sup>47</sup>). Unter dem Begriff der “sonstigen Wohnform” versteht die gesetzgeberische Begründung zu § 34 SGB VIII<sup>48</sup> insbesondere selbständige, pädagogisch betreute Jugendwohngemeinschaften. In der Praxis werden diese Hilfeformen sowohl als Übergangshilfe zwischen Heimerziehung und der selbständigen Lebensführung, aber auch als eigenständige Hilfsmöglichkeit angesehen (BT-Drucksache, aaO.).

§ 42 I 3 SGB VIII gibt dem Kind und dem Jugendlichen das Recht, bereits **mit** (nicht erst nach) dem **Beginn** der **Inobhutnahme** eine allein von ihm auszuwählende und zu bestimmende “Person seines Vertrauens” von dieser Maßnahme zu **benachrichtigen**. Da der Wortlaut die “**Vertrauenseinschätzung**” **ausdrücklich** und **ausschließlich** dem **Kind** bzw. dem **Jugendlichen** überläßt, trifft das Jugendamt die Benachrichtigungsermöglichungs**p**flicht **auch dann**, wenn das Jugendamt die auserkorene Person für **nicht** vertrauenswürdig hält. Falls das Kind oder der Jugendliche als “**Vertrauensperson**” allerdings jemanden aussucht, von dem die **Gefährdung selbst** ausgeht, muß der (ansonsten grundsätzliche) Entscheidungsvorrang des in Obhut Genommenen (auch notfalls **gegen** seinen Willen) **ausnahmsweise zurücktreten**<sup>49</sup>. Aufgrund der **systematischen Beziehung** des **Abs. I 3** zu den **Sätzen 4 und 5** kommt den beiden letztgenannten Vorschriften als **unmittelbarer Ausfluß** des **staatlichen Wächteramtes** nach **Art. 6 II 2 GG** in dieser (ansonsten unlösbaren) **Interessenkollision** die **unbedingte Priorität** zu. Es widerspräche Sinn und Zweck der Inobhutnahme, dem Kind bzw. dem Jugendlichen die (wenn auch nur telefonische) Kontaktaufnahme ausgerechnet mit der Person zu ermöglichen, die den **Anlaß** zu dieser Maßnahme (zumindest mit-)gegeben hat und von der aufgrund des relativ **engen zeitlichen** und **situativen Zusammenhangs** vermutlich auch eine **weitere Gefährdung** ausgehen kann. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund einer verhältnismäßig einfachen Beeinflußbarkeit von Kindern bzw. Jugendlichen durch Erwachsene, die genau dieses “Entwicklungsdefizit” bewußt ausnutzen (wollen). Insoweit ist der Rechtsgedanke des römisch-rechtlichen Grundsatzes *venire contra factum proprium nulli conceditur* entsprechend heranzuziehen, wonach sich die **Jugendhilfe** in krassem Gegensatz und unauflösbarem Widerspruch, **für** das **Kindeswohl** sorgen und ihm helfen zu müssen, setzen würde, wenn es die Benachrichtigung mit der “gefährdenden Vertrauensperson” nach § 42 I 3 SGB VIII zuließe. Trotz des pädagogisch sinnvollen Rates, dieses Problem **gemeinsam mit** dem Kind anzugehen und lösen, können die Mitarbeiter des Jugendamtes gerade in dieser Situation die drohende weitere Gefährdung vermutlich eher erkennen und objektiver einschätzen und müssen daher **im Interesse** des Kindes bzw. des Jugendlichen dafür Sorge tragen, daß es eine andere “Vertrauensperson” benachrichtigt. - An dieser Stelle sei davor gewarnt, sich ausschließlich an den “Buchstaben des Gesetzes” zu binden und teleologisch-systematische Gründe für eine (gebotene) Ausnahmeregelung contra oder para legem von vornherein auszublenden.

Während der Dauer der Inobhutnahme **übt** das Jugendamt gem. § 42 I 4 SGB VIII die **Personensorge** (§ 7 I Nr. 5 SGB VIII) **aus**. Hierzu gehört auch, daß das Jugendamt die **Ursachen** klärt, die zur Ergreifung dieser Maßnahme geführt haben. Um tragfähige Zukunftsperspektiven zu entwickeln und realisierbar zu machen, empfiehlt sich eine enge und vertrauensvolle Zusammenarbeit mit den sozialen Diensten und den Eltern<sup>50</sup>.

47) Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz. 8

48) BT-Drucksache 11/5948 v. 01.12.1989, S. 72

49) so auch Busch, Manfred, Begriff, Inhalt und Umfang der Inobhutnahme nach § 42 KJHG, ZfJ 1993, 129 (131); demgegenüber postuliert Lakies, Thomas, Vorläufige Maßnahmen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen nach den §§ 42, 43 des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG), ZfJ 1992, 49 (50) auch in dieser Problemkonstellation unter ausschließlicher Fixierung auf den Gesetzeswortlaut die **uneingeschränkte Entscheidungsautonomie** des Kindes/Jugendlichen; eine **vermittelnde Position** vertreten hierbei Jans/Happe/Saubier, KJHG, § 42, Rdz. 20, die an die Einsichtsfähigkeit des Kindes/Jugendlichen appellieren und aus pädagogischen Gründen eine **einvernehmliche Lösung** mit dem Jugendamt anstreben.

50) Kunkel, Peter-Christian: Grundlagen des Jugendhilferechts, 3. Aufl. (Rechtsstand: 01.01.1999), S. 131, Rdz. 150

Mit der Formulierung in § 42 I 4, 2.Hs. SGB VIII, der **mutmaßliche Wille** des Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten sei bei der Inobhutnahme angemessen zu berücksichtigen, sollen die elterlichen Erziehungsinteressen - wenn und soweit dem Kindeswohl zuträglich - gewahrt werden. Pointiert ausgedrückt hat dies die Literatur<sup>51</sup>, die hierbei von einer Anlehnung an die Figur der **Geschäftsführung ohne Auftrag** gem. §§ 677 ff. BGB ausgeht. Besondere Zustimmung verdient dieser treffende Vergleich insbesondere wegen der Regelung in **§ 679 BGB**, der die Unbeachtlichkeit des entgegenstehenden Willens des Geschäftsherren (= Eltern) zum Ausdruck bringt: insbesondere dann, wenn ohne die Geschäftsführung (= Inobhutnahme), deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt (= staatliches Wächteramt gem. Art. 6 II 2 GG i.V.m. § 1 II, 1 III SGB VIII), eine Pflicht des Geschäftsherren (= Erziehungsauftrag an die Eltern gem. Art. 6 II 1 GG i.V.m. §§ 1626 ff. BGB) nicht (rechtzeitig) erfüllt werden würde.

Die Inobhutnahme ist unter zwei alternativen Tatbestandsvoraussetzungen zulässig:

- entweder, wenn das Kind oder der Jugendliche **selbst** um Obhut bittet (sog. Selbstmelder), § 42 II 1 SGB VIII, oder
- wenn eine **dringende Gefahr** für das Wohl des Kindes oder des Jugendlichen die Inobhutnahme erfordert (§ 42 III 1 SGB VIII) - als Untervariante gehören hierzu auch **freiheitsentziehende Maßnahmen** nach § 42 III 2 SGB VIII.

### III) Zur Selbstmeldung gem. § 42 II 1 SGB VIII

#### 1) Voraussetzungen

Um die Inobhutnahme hiernach durchzuführen, genügt nach dem Wortlaut dieser Norm **allein** die **Bitte** des **Kindes** bzw. des **Jugendlichen** um Aufnahme. Eine **Begründung** ist demnach **nicht** erforderlich; ebenso unerheblich ist, ob eine dennoch erklärte Begründung überzeugend ist, so daß das Jugendamt grundsätzlich **jeder** Bitte Folge zu leisten hat<sup>52</sup>. Allein dessen **subjektives Schutzbedürfnis** genügt bereits<sup>53</sup>. Hieraus folgt, daß dem Minderjährigen **keine** "Beweislast" im Sinne einer vom Jugendamt "frei zu würdigenden" Darlegungspflichtigkeit nach §§ 138 I, 286 ZPO für das objektive Vorliegen einer Gefährdungssituation obliegt. **Nicht** die **Glaubhaftigkeit** der geäußerten Bitte um Aufnahme i.S.d. § 294 ZPO bzw. die **Glaubwürdigkeit** des Kindes oder des Jugendlichen (analog §§ 68 IV, 68 a II StPO, Nr. 19 II, III RiStBV) im Hinblick auf ein faktisches Gefahrenmoment steht im Mittelpunkt des § 42 II SGB VIII, sondern einzig und **allein** die **Verpflichtung** zur **Schutzgewährung** mit dem "Restrisiko" einer vielleicht tatsächlich nicht indizierten Hilfsbedürftigkeit des sog. Selbstmelders. Aus der Aufnahme**bitte** folgt die **Aufnahmepflicht**. Die Gefahr einer "über das Ziel hinausschießenden" Intervention durch das Jugendamt besteht nicht, weil diese Maßnahme ausschließlich **im Interesse des Minderjährigen** erfolgt und das weitere Procedere in Abs. II die Elternrechte hinlänglich wahrt. Die **Verweigerung** der **Inobhutnahme** durch das Jugendamt stellt eine **Amtspflichtverletzung** dar<sup>54</sup>.

Das Jugendamt entscheidet **unabhängig** von der Altersgrenze bzw. der sozialrechtlichen **Handlungsfähigkeit** (§ 36 SGB I)<sup>55</sup>. Folgerichtig spielt die **Geschäftsunfähigkeit** bzw. **beschränkte** Geschäftsfähigkeit des Kindes sowie des Jugendlichen nach §§ 104 Nr.1, 106 BGB hierbei **keine** Rolle, weil es sich **nicht** um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung mit dem Fixpunkt der Erlangung eines "lediglich rechtlichen Vorteils" i.S.d. § 107 BGB handelt, sondern um eine **Schutzmaßnahme** und **Hilfeleistung zugunsten** des Minderjährigen. Es widerspräche Sinn und Zweck dieser Regelung, hierbei eine Vretretung des Kindes aufgrund des elterlichen Sorgerechts nach § 1629 I 1 i.V.m. § 1631 I BGB zu fordern, weil dem Kind bzw. dem Jugendlichen dadurch die freie Entscheidungsmöglichkeit darüber genommen würde, ob, wann

51) Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz.13

52) Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz.21

53) OLG-Zweibrücken, FamRZ 1996, 1026 (1027); so auch Jans/Happe/Saurbier, KJHG, § 42, Rdz. 33

54) Lakies, Thomas, ZfJ 1992, 49 (51) m.w.N.

55) zu treffend Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz.3

und unter welchen Umständen es um die Inobhutnahmebittet - denn welche Eltern wären in einer derartigen Konstellation willens, ihrem Kind die Zustimmung zur Aufnahme durch das Jugendamt zu erteilen? **Systematisch** untermauern läßt sich dieses Ergebnis mit **§ 8 III SGB VIII**, wonach Kinder und Jugendliche **ohne** Kenntnis des Personensorgeberechtigten beraten werden können, wenn dies aufgrund einer Not- bzw. Konfliktlage erforderlich ist und durch die Mitteilung an die Eltern der Beratungszweck **vereitelt** würde. - Wenn dies schon für eine Beratung gilt, muß eine vorübergehende **“Ausklammerung”** des Personenberechtigten **erst recht** für den Fall der **Selbstmeldung** nach § 42 II SGB VIII zulässig sein. Nicht umsonst hat der Gesetzgeber<sup>56</sup> deshalb die vorläufige Unterbringung **ohne** oder auch **gegen** den Willen des Personen- bzw. Erziehungsberechtigten **bis** zur familiengerichtlichen Entscheidung in § 42 II SGB VIII verankert. Das Nachsuchen um Inobhutnahme beinhaltet (zumindest in der überwiegenden Zahl der Fälle) geradezu einen Hilferuf des Kindes oder des Jugendlichen um eine andere, “optimiertere” Form der Erziehung, welche die Eltern zu gewähren sich (aus deren subjektiver Sicht) zwar grundsätzlich in der Lage sehen, während der **objektive Befund** des **Selbstmeldens** ein **Hinweis** auf gewisse **Erziehungsdefizite** sein kann. Dogmatisch betrachtet stellt die Inobhutnahme eines “Selbstmelders” deshalb eine partielle Ausklammerung des elterlichen Erziehungsrechts nach Art. 6 II und III GG zugunsten der Entscheidungsautonomie des Kindes sowie des Jugendlichen dar, welche weder durch das Handlungsfähigkeitserfordernis (§ 36 SGB I), noch durch das elterliche Vertretungsrecht gem. §§ 1629 I, 1631 I BGB unterlaufen werden darf.

In den häufigen Fällen, in denen die Kindesinteressen aufgrund von Partnerschaftskonflikten und persönlichen Krisensituationen überlagert werden<sup>57</sup>, sind die Eltern oftmals nicht in der Lage, mit ihrem Kind den Canossa-Gang zum Jugendamt anzutreten, so daß ihr Kind auf sich allein gestellt sein wird und selbst die Initiative ergreifen muß. Zutreffend weist *Hinz*<sup>58</sup> auf das Leerlaufen des kindlichen bzw. jugendlichen Rechtsanspruchs auf Beistand in Krisen- und Notfällen hin, wenn hierbei die einzige Aufgabe des Jugendamtes lediglich in der physischen Rückführung des in Obhut Genommenen bestünde.

- Ein aktuelles **Fallbeispiel** aus der Praxis<sup>59</sup> mag die Selbstmeldeproblematik veranschaulichen:

Nach Beendigung der Heimerziehung ihres Sohnes gem. §§ 27, 34 SGB VIII für die Dauer eines knappen Jahres beabsichtigte die Mutter, ihr Kind wieder zu sich zu nehmen. Als sie den Sohn vom Heim abholen wollte, weigerte er sich, mit ihr zu kommen. Auch die Versuche, den weinenden, sich körperlich heftig zur Wehr setzenden Jungen mit Gewalt die Treppe herunterzuziehen, blieben erfolglos. Das daraufhin von der Heimleitung verständigte Jugendamt veranlaßte deshalb die Inobhutnahme. - Dogmatisch kann in der konsequenten Weigerung des Kindes, mit der Mutter heimzugehen, eine **konkludente Selbstmeldung** gem. § 42 II 1 SGB VIII gesehen werden, mit der er stillschweigend um die (wenigstens vorübergehende) Fortdauer des Heimaufenthaltes gebeten hat. Stützen läßt sich die Inobhutnahme auch auf (den unten zu besprechenden) § 42 III 1 SGB VIII, zumal ein demaßen renitentes Verhalten gegenüber der Mutter eine (aus welchen Gründen auch immer) vorliegende Angst und/oder Abneigung ausdrückt und die Mitnahme durch die Mutter dem Kindeswohl alles andere als förderlich wäre.

### ***Problemschwerpunkt [1]: Verfassungskonformität des § 42 II SGB VIII***

Die Bedenken von *Diederichsen*<sup>60</sup>, § 42 II SGB VIII verstoße gegen Art. 6 GG, da die Inobhutnahme allein durch die Bitte des Kindes und ohne Vorliegen irgendwelcher objektiver Anhaltspunkte für die Notwendigkeit dieser Maßnahme erfolgen könne, vermögen nicht zu überzeugen. Auch seiner Kritik, die unverzügliche Unterrichtung der Eltern gem. § 42 II 2 SGB VIII von der Inobhutnahme berücksichtige deren Rechte zu wenig und reize Kinder und Jugendliche an, Konflikten mit den Eltern auf diese Weise auszuweichen, kann nicht zugestimmt werden.

56) BT-Drucksache 11/5948, S. 80

57) Falterbaum, Johannes: Gefahrenabwehr mit Hilfe des Jugendamtes?, ZfJ 1999, 99 (104)

58) Hinz in: Münchener Kommentar, Bd. 8, Familienrecht II, 3. Aufl., 1992, § 42 SGB VIII, Rdz.4

59) aus: Der Amtsvormund (DAVorm) 1999, 390, DIV-GutA v. 19.01.1999

60) in: Palandt, BGB, 58. Aufl., Einführung vor § 1626, Rdz.39

Die apodiktische Unterstellung der Grundrechtswidrigkeit von § 42 II SGB VIII vermag einer verfassungsrechtlichen Analyse am Maßstab von Art. 6 II und III GG nicht standzuhalten.

Sinn und Zweck der Inobhutnahme sog. Selbstmelder nach § 42 II 1 SGB VIII ist nach dem eindeutigen Normtext die möglichst unbürokratische und vorbehaltlose Schutzgewährung für alle Kinder und Jugendliche, die darum bitten. Schon allein der Umstand, **daß** ein Minderjähriger um Obhut nachsucht, stellt ein **Indiz** - und somit einen von *Diederichsen* a priori geleugneten Anhaltspunkt - für die potentielle Notwendigkeit dieser Maßnahme dar. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß sie aus kindlicher Unreife, jugendlichem Leichtsinn oder einfach aus Konfliktaustragungsscheu (und selbst diese vermag u.U. die Erforderlichkeit der Inobhutnahme anzuzeigen) beim Jugendamt hierum bitten<sup>61</sup>. Das Nachsuchen um Inobhutnahme stellt eine - widerlegbare - Vermutung dar, daß möglicherweise eine problematische Familiensituation gegeben ist, um deren schnellstmögliche Klärung es im Interesse des **Kindeswohls** geht.

Die **verfassungsrechtliche Bestandsaufnahme** hat in zwei Schritten zu erfolgen:

Zunächst wird Art. 6 II GG - primär vor dem Hintergrund des staatlichen Wächteramtes als Eingriffsrechtfertigung - diskutiert, bevor die Eingriffsqualität in Art. 6 III GG untersucht wird.

#### a) Art. 6 II GG

Als **Eingriff** in den elterlichen Erziehungsprimat gem. Art. 6 II 1 GG bewertet die Kommentarliteratur<sup>62</sup> u.a. jede **staatliche** Maßnahme, die das Elternrecht im Verhältnis zum Kind beschränkt. Bereits hier zeigt sich die Schwierigkeit, einen Eingriff anzunehmen, weil nicht jede Beeinträchtigung, sondern ausschließlich die von **staatlicher** Seite evozierte Maßnahme den Schutzbereich dieser Norm zu tangieren vermag, zumal sich die Grundrechte als subjektive Abwehrrechte gegen den Staat richten. Hier erfolgt allerdings die Inobhutnahme allein aufgrund der **Initiative des Kindes** bzw. des **Jugendlichen**, während die Aufnahme durch das Jugendamt für sich genommen gem. § 31 SGB X ein **Verwaltungsakt** ist und somit eine **staatliche** (Folge-)Maßnahme darstellt. Aber nicht die Intervention des Staates, sondern allein das **Verhalten des Kindes** bzw. des **Jugendlichen selbst** führt zu einer Beeinträchtigung des elterlichen Erziehungsrechts, so daß das nachfolgende Tätigwerden des Staates lediglich als **Reflexwirkung** beurteilt und daher der Eingriffscharakter der Inobhutnahme abgelehnt werden kann. Bei Zugrundelegung dieser Argumentation wäre die Grundrechtsprüfung hinsichtlich Art. 6 II GG an dieser Stelle abgeschlossen.

- Wird dagegen bei Heranziehung einer weitergehenden Eingriffsdefinition unter isolierter Berufung auf die Verwaltungsaktsqualität gem. § 31 SGB X auch die lediglich **mittelbare Beeinträchtigung** aufgrund der staatlichen Reflexwirkung als **Eingriff** qualifiziert, stellt sich die Frage der Rechtfertigung, um eine Grundrechtsverletzung ausschließen zu können. Als **Rechtfertigungsgrund** fungiert hierbei das sog. **staatliche Wächteramt** nach Art. 6 II 2 GG, das unmittelbar mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes bzw. des Jugendlichen aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG korrespondiert, weil es letztlich die Wahrung und Umsetzung des kindlichen Persönlichkeitsrechts im Rahmen der elterlichen Erziehung zu überwachen und zu garantieren hat. Diese staatliche Kontrollaufgabe resultiert einerseits aus der **Pflicht** der Eltern zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder nach Art. 6 II 1 GG, andererseits aus der Formulierung des Satzes 1, wonach dies eine "*zuvörderst ihnen obliegende Pflicht*" beinhaltet, so daß **neben** den Eltern - wenn auch sekundär - **auch** der **Staat** den Erziehungsauftrag wahrnimmt. Das staatliche Wächteramt trägt Sorge dafür, daß das elterliche Erziehungsrecht nicht zu einem "Recht **am** Kind" denaturiert wird, sondern ausschließlich zu dessen Wohl auszuüben ist. Mit Recht betont daher das **BVerfG** in ständiger Rechtsprechung<sup>63</sup>, daß das **Elternrecht** "wesentlich ein Recht **im Interesse des Kindes**" ist. Daraus folgt

61) dieser Vermutung i.E. mit empirischen Belegen zustimmend: Wiesner/Kaufmann, § 42 SGB VIII, Rdz.22

62) Jarass/Pieroth, GG, 4. Aufl., 1997, Art. 6, Rdz.32

63) BVerfGE 61, 358(371); 72, 122(137); 75, 201(218 f.)

im Falle einer - warum auch immer gegebenen - **Interessenkollision** zwischen dem Kind bzw. dem Jugendlichen und seinen Eltern zwingend der **Vorrang der Interessen des Kindes (des Jugendlichen)**<sup>64</sup>. Zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Minderjährigen gehört insbesondere die vorbehaltlose und generelle Anerkennung des Selbstmelderechts aus § 42 II 1 SGB VIII, weil das Kind in diesem Fall regulär um Hilfe bittet, deren Gewährung durch das Jugendamt den Vorrang gegenüber den elterlichen Interessen genießen muß. Wenn die Erziehung, wie *von Münch*<sup>65</sup> es idealtypisierend postuliert, darauf gerichtet sein soll, das Kind zu einer eigenständigen, selbstverantwortlich handelnden und mündigen Person zu entwickeln (vgl. § 1 I SGB VIII), dann muß ihm konsequenterweise auch das Recht zugestanden werden, sich in Konfliktlagen vertrauensvoll und unter Ausschluß jeglicher Begründungspflicht hilfeschend an das Jugendamt zu wenden, ohne daß es sich ihm oder seinen Eltern gegenüber "rechtfertigen" muß. Konkretisierend bewertet die Literatur<sup>66</sup> § 42 II 3 Nr.2 SGB VIII als Ausdruck des staatlichen Wächteramtes, weil die notwendigen Maßnahmen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen, welche originär dem Familiengericht gem. § 1666 BGB obliegen und von diesem jedoch nicht immer und nicht sofort wahrgenommen werden können, vom Gesetzgeber<sup>67</sup> dem Jugendamt in seiner Funktion als "Feuerwehr" als ausreichende Handlungsmöglichkeiten zur vorläufigen Unterbringung bis zur gerichtlichen Entscheidung übertragen wurden, wenn und solange die Sorge- bzw. Erziehungsberechtigten ihre Zustimmung verweigern oder nicht erreichbar sind. Metaphorisch lassen sich die - wenngleich auch stark gestützten - Entscheidungskompetenzen des Jugendamtes nach § 42 II 3 Nr.2 SGB VIII als **verlängerter** bzw. **vorgelagerter Arm** des Familiengerichts i.S.d. § 1666 BGB umschreiben, wobei die (eigentlich) vom Gericht wahrzunehmenden "Vorfeldaktivitäten" (d.h. **bis** zur gerichtlichen Entscheidung) im Wege des schnellsten und effektivsten Zugriffs vom Jugendamt übernommen werden dürfen und müssen. § 42 II 3 Nr.2 SGB VIII verhilft dadurch den in § 1666 BGB genannten Maßnahmen bereits **vor** einer gerichtlichen Entscheidung (zumindest faktisch und wenn auch nur vorläufig) zum Durchbruch. Nur auf diese Weise der Ausübung des staatlichen Wächteramtes, das hierbei (dem Familiengericht vorgreifend) vom Jugendamt wahrgenommen wird, läßt sich das Grundrecht des Minderjährigen auf Entfaltung seiner Persönlichkeit und die Beachtung seiner Menschenwürde gem. Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG garantieren und in der Praxis realisieren.

Ein **Eingriff** in das elterliche Erziehungsrecht nach Art. 6 II 1 GG ist daher aufgrund des staatlichen Wächteramtes vor dem Hintergrund des Primats der Interessen des Kindes bzw. des Jugendlichen gem. Art. 6 II 2 GG i.V.m. Art. 2 I und Art. 1 I GG **gerechtfertigt**.

## b) Art. 6 III GG

Ein Eingriff in Art. 6 III GG ist zu bejahen, wenn ein Kind gegen den Willen der Erziehungsberechtigten von der Familie **getrennt** wird. Unter **Trennung** versteht das BVerfG<sup>68</sup> die tatsächliche **Wegnahme** unter Fortbestand der rechtlichen Eltern-Kind-Beziehung. Die historische Auslegung ergibt, daß sich der Parlamentarische Rat mit dieser Norm gegen die Wegnahme der Kinder von ihren Eltern zum Zwecke der staatlichen Zwangserziehung, wie sie in totalitären Staaten üblich ist (Staatsjugend, Zwangsinternate, Schulungslager), wenden wollte<sup>69</sup>.

Wie bereits erörtert, kommt die Aktivierung der staatlichen Intervention allein aufgrund der Initiative des Minderjährigen zustande, der sich **freiwillig** in die Inobhutnahme begibt. Es liegt also **keine Wegnahme** des Kindes oder des Jugendlichen durch das Jugendamt vor, die eine Trennung von den Erziehungs-

64) BVerfGE 24, 119(144); 61, 358(378); 72, 122(137); 75, 201(218); 79, 203(211)

65) Eva Marie v. Münch in: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1994, hrsg. v. Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, § 9, Rdz.17

66) Hinz in: Münchener Kommentar, B d. 8, Familienrecht II, § 42, Rdz.4

67) BT-Drucksache 11/5948, S. 80

68) E 24, 119(139), vgl. Arnulf Schmitt-Kammler in: Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 1999, hrsg. v. Michael Sachs, Art.6, Rdz.78

69) BVerfGE 24, 119 (142)

berechtigten herbeiführen könnte. Mangels “Trennung” ist somit **kein Eingriff** in das durch Art. 6 III GG verbürgte Elternrecht gegeben.

### c) weiterer Grundrechtsschutz in § 42 SGB VIII

Des weiteren bietet die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des § 42 SGB VIII eine hinreichende Garantie dafür, daß der durch die Inobhutnahme verursachte Eingriff nicht zu einer Grundrechtsverletzung wird, zumal das Jugendamt gem. § 42 II 2 SGB VIII den Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten **unverzüglich** (§ 121 I BGB) von der Inobhutnahme zu unterrichten hat. Diese Regelung dient gerade dem Schutz und der weitestmöglichen Beibehaltung des elterlichen Erziehungsrechts, wie auch das weitere Procedere nach einem Widerspruch des Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten (§ 42 II 3 SGB VIII) zeigt: das Jugendamt **hat** in diesem Fall - wiederum unverzüglich - entweder das Kind bzw. den Jugendlichen dem Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten zu übergeben (vgl. § 1632 BGB), oder es hat eine Entscheidung des Familiengerichts über die erforderliche Maßnahme zum Wohle des Kindes bzw. des Jugendlichen herbeizuführen.

Schließlich gewährt die **Berücksichtigungspflicht** hinsichtlich des **mutmaßlichen Willens** des Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten während des Andauerns der Inobhutnahme einen effektiven Schutz vor einer Behandlung des Minderjährigen durch das Jugendamt, die dem elterlichen Erziehungsinteresse zuwiderlaufen könnte (= GoA-Prinzip des § 42 I 4, 2.Hs. SGB VIII als Eingriffsreduktion in das elterliche Sorgerecht).

*Diederichsens* Zweifel an der Verfassungskonformität des § 42 II SGB VIII im Hinblick auf das elterliche Erziehungsrecht gem. Art. 6 II und III GG sind daher im Ergebnis unbegründet.

## 2) Rechtsfolge

Da sich das Jugendamt im Falle des **Widerspruchs** des Personensorgeberechtigten nach § 42 II 3 SGB VIII für eine der beiden Varianten in Nr.1 oder Nr.2 entscheiden muß, sollte es (trotz der verhältnismäßig kurzen Zeit zur Informationsbeschaffung) darum bemüht sein, zumindest soviel über den Minderjährigen und dessen familiäre Situation in Erfahrung zu bringen, daß es seine Entscheidung auf eine hinreichend solide Grundlage stellen kann.

### a) kein Auswahlermessen innerhalb des § 42 II 3 Nr.1 SGB VIII

Zu beachten ist, daß dem Jugendamt nach dem zweideutigen **Wortlaut** des § 42 II 3 SGB VIII **kein Auswahlermessen** darüber zusteht, ob es im Falle des Widerspruchs der Personensorge- bzw. der Erziehungsberechtigten gegen die Inobhutnahme entweder das Kind an die erst- **oder** an die letztgenannten Personen gemäß der Nr.1 übergibt. Denn nach § 7 I Nr.5 SGB VIII i.V.m. §§ 1626, 1631 BGB genießen die **Personensorgeberechtigten** wegen ihrer **umfassenderen Rechtsposition** aus Art. 6 II 1 GG (Pflege und Erziehung sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht) gegenüber den Erziehungsberechtigten (z.B. erwachsene Haushaltsmitglieder [Großeltern, nichtehelicher Lebenspartner etc.]), die ihre Rechte gem. § 7 I Nr.6 SGB VIII lediglich von den Personensorgeberechtigten (jederzeit widerruflich) ableiten<sup>70</sup>, einen **vorrangigen Anspruch** auf die **Übergabe** des **Kindes** bzw. des **Jugendlichen** nach § 42 II 3 Nr.1 SGB VIII.

---

70) Insbesondere in § 67 JGG, der die “Stellung des **Erziehungsberechtigten** und des **gesetzlichen Vertreters**” regelt, kommt diese begriffliche Unterscheidung zum Ausdruck. Anstelle des “Personensorgeberechtigten” (i.S.d. § 42 II 3 SGB VIII i.V.m. § 1626 IBGB) spricht § 67 JGG jedoch vom “**gesetzlichen Vertreter**”, womit aber im Hinblick auf § 1629 I i.V.m. § 1626 I BGB das Gleiche gemeint ist (= **Synonymität** von Personensorgeberechtigten und gesetzlichem Vertreter).

b) kein Auswahlermessen zwischen § 42 II 3 Nr.1 und Nr.2 SGB VIII

Ebensowenig besitzt das Jugendamt die freie Entscheidungsbefugnis darüber, ob es den Minderjährigen nach Nr.1 wieder an die Eltern übergibt, oder ob es das Familiengericht gem. Nr.2 einschaltet.

Ist sich die Literatur<sup>71</sup> hinsichtlich der **Ablehnung** eines **“freien Auswahlermessens”** insoweit noch einig, gehen die Ansichten, **wann** und unter **welchen Voraussetzungen** das Familiengericht nach Nr.2 zu beteiligen ist, auseinander. Diese kontroverse Diskussion beruht darauf, daß sich der Meinungsstreit an dem (nach wie vor ungeklärten) Verhältnis des § 42 II 3 zu § 50 III SGB VIII entzündet.

Nach der Argumentation von *Lakies*<sup>72</sup> erfolgt die Einschaltung des Familiengerichts (getreu der Regel *lex specialis derogat legi generali*) **nicht** nach der allgemeinen Bestimmung des § 50 III<sup>73</sup>, sondern **ausschließlich** aufgrund des **§ 42 II 3 Nr.2 SGB VIII**. Deshalb ist - als Konsequenz dieser Meinung - die (ansonsten durch das Familiengericht vorzunehmende) **Einschätzungsprärogative** hinsichtlich der Erforderlichkeit der Abwehr einer Gefährdung des Wohls des Kindes bzw. des Jugendlichen i.S.d. **§ 50 III SGB VIII ausgeschlossen**, weil **§ 42 II 3 N.2 SGB VIII die Involvierung des Familiengerichts unabhängig** von den Voraussetzungen des § 50 III SGB VIII vorliegend allein beim **Widerspruch des Personenberechtigten** gegen die Inobhutnahme **zwingend anordnet**.

Diese Auffassung ist schon im Ansatz verfehlt, denn § 42 II 3 Nr.2 SGB VIII beantwortet eben **nicht** die Frage, **wann** das Familiengericht einzuschalten ist - im Gegenteil: diese Alternative setzt die Entscheidung zugunsten der “forensischen Lösung” nach Nr.2 **bereits voraus** und besagt lediglich, **daß** das Gericht dann zu beteiligen ist. Der methodische Fehler von *Lakies* (aaO.) liegt also darin, daß seine Argumentation **nicht** an der (hier aber gerade erst zu klärenden) Tatbestands**voraussetzung** anknüpft, sondern daß auf der **Rechtsfolgenseite** unter **irrtümlicher Annahme** eines **fixen Konditionalsatzes** in Abs. II **S.3** schon **allein** der **Widerspruch** des Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten **automatisch** zu **Nr.2** führen soll. Mit der voreiligen Exklusion des § 50 III SGB VIII unter Berufung auf die “lex specialis”-Regel hat sich *Lakies* den weiteren Lösungsweg abgeschnitten, weil sich dieses Problem **nicht** allein durch die Rechtsfolge des § 42 II 3 Nr.2 SGB VIII lösen läßt.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Frage der familiengerichtlichen Beteiligung wie folgt zu beantworten:

Zunächst stehen dem Jugendamt nach dem Widerspruch der Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten gem. § 42 II 3 SGB VIII **beide** Alternativen zur Disposition. Da beide Varianten (vom Widerspruch abgesehen) **keinerlei** Tatbestands**voraussetzungen** enthalten, sondern vielmehr an deren Feststellungen anknüpfen, handelt es sich hierbei um zwei ausschließliche, alternative **Rechtsfolgen**. Die dieses Problem entscheidende Frage muß also lauten, in **welchen** Fällen - d.h. **unter welchen Voraussetzungen** - der sog. Selbstmelder nach Nr.1 rückübergeben werden darf - und **nur** dann stellt sich die Frage nach der Einschaltung des Familiengerichts. Wie die Entscheidungsdichotomie des § 42 II 3 SGB VIII zeigt, führt **allein** der **Widerspruch** noch **nicht** automatisch zur Übergabe. Das **Jugendamt** hat also vielmehr zunächst zu **prüfen**, welche der beiden Alternativen es für **geboten** hält. - Unproblematisch ist vorab der Fall, bei dem sich aus dem Widerspruch keinerlei Bedenken in Bezug auf das Kindeswohl ergeben. Hier ist der Minderjährige (in Übereinstimmung mit einem Teil der Literatur<sup>74</sup>) gemäß der Variante Nr.1 an die Eltern zu übergeben. Der von *Lakies* infolge seiner “Automatik-Lösung” evozierten “Hypertrophie” des staatlichen Wächteramtes durch **unbedingte** gerichtliche Beteiligung ist deshalb entgegenzutreten, weil dessen Einschaltung nicht nur unnötig, sondern u.U. kontraindiziert wäre. Denn für den Fall, daß der Minderjährige aufgrund einer mehr oder weniger unüberlegten, spontanen Kurzschlußreaktion von zu Hause fortgelaufen ist, sich in die Obhutnahme begeben hat und nun nach einer klärenden Aussprache mit den Eltern “die Wogen geglättet” sind, so daß eine Gefährdung ausgeschlossen werden kann, ist **kein Handlungsbedarf**

71) Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz.34

72) Lakies, Thomas, ZfJ 1992, 49 (51)

73) so aber (im Ergebnis zutreffend) Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz.34

74) Jans/Happe/Saubier, KJHG, § 42, Rdz.41

(und somit auch kein gesetzlicher Regelungsbedarf) für eine gerichtliche Entscheidung gegeben (vgl. speziell hierzu auch TEIL A, V).

Da sich (wie soeben festgestellt) aus der (Spezial-)Regelung des § 42 II 3 SGB VIII **keine Entscheidungsmaßstäbe** ableiten lassen, **wann** diese Bedenken zur Kindesrückgabe nach Nr.1 vorliegen können, ist insoweit auf die allgemeine Vorschrift des **§ 50 III SGB VIII** zurückzugreifen<sup>75</sup>, der die **Voraussetzungen** definiert, **wann** das **Familiengericht** anzurufen ist: nämlich wenn das Jugendamt dessen Tätigwerden **zur Abwendung einer Gefährdung** des Wohles des Minderjährigen für **erforderlich** hält. Mit dieser **Bezugnahme** auf **§ 1666 BGB** konstituiert **§ 50 III SGB VIII** eine **Entscheidungsgrundlage** dahingehend, daß das Familiengericht gem. Nr.2 nach erfolgtem Widerspruch **immer** - aber auch **nur** dann - einzuschalten ist, wenn das Jugendamt hinsichtlich der Rückgabe nach Nr.1 das gerichtliche Tätigwerden **im Interesse des Kindeswohls** gem. **§ 50 III SGB VIII i.V.m. § 1666 BGB** für **erforderlich** hält. Diese, auf § 50 III SGB VIII gestützte Ansicht gewährleistet im Wege der **praktischen Konkordanz** den schonendsten Ausgleich zwischen der Wahrung des Kindeswohls durch Eröffnung der forensischen Variante einerseits (= Ausdruck des staatlichen Wächteramtes i.S.d. § 6 II 2 GG) und der Berücksichtigung des elterlichen Erziehungsrechts aus Art. 6 II 1 GG i.V.m. §§ 1626 ff. BGB andererseits (= Ausdruck des elterlichen Erziehungsprimats).

Diese Lösung wird der ratio legis des § 42 II 3 SGB VIII am meisten gerecht, weil die **forensische Variante** kein Selbstzweck sein darf, sondern **nur** bei einer **drohenden Gefährdung** des Wohles des Selbstmelters **geboten** - und damit im Hinblick auf das elterliche Erziehungsrecht - auch **verhältnismäßig** ist. Einer darüber hinausgehenden (und somit **unverhältnismäßigen**, weil **nicht** erforderlichen) Intensivierung des staatlichen Wächteramtes bedarf es nicht.

#### c) Verfahrensablauf im Falle der "forensischen Variante" nach § 42 II 3 Nr.2 SGB VIII

Kommt es in diesem Fall zur Weiterbehandlung durch das Familiengericht, so hat es **nicht** die Rechtmäßigkeit der Inobhutnahme zu überprüfen (argumentum e contrario § 42 II 3 Nr.2 SGB VIII), sondern es muß die jeweils notwendigen sorgerechtlichen (Folge-)Maßnahmen treffen. In Betracht zu ziehen sind dabei insbesondere (vorläufige oder endgültige) Regelungen in Bezug auf § 1666 BGB, also z.B. die Verpflichtung der Eltern, bestimmte Hilfen in Anspruch zu nehmen oder die Entziehung bestimmter Angelegenheiten der elterlichen Sorge und ihre Übertragung auf einen Ergänzungspfleger (§ 1909 BGB)<sup>76</sup>. Im übrigen gilt **§ 1628 BGB**, wonach das Familiengericht diese Entscheidung auf **einen Elternteil** übertragen kann, wenn die Eltern sich **nicht** gemeinsam über die Fortsetzung und Ausgestaltung der Inobhutnahme einigen können bzw. wollen.

#### d) Prozessuales zum familiengerichtlichen Verfahren gem. § 42 II 3 Nr.2 SGB VIII

**Sachlich** zuständig für die nach § 42 II 3 Nr.2 SGB VIII zu treffende Entscheidung ist gem. § 64 I FGG das **Amtsgericht als Familiengericht**. § 64 III 1 FGG erklärt die Geltung der §§ **621-630 ZPO** für diese Familiensache (vgl. § 23 b I Nr.12 GVG). § 621 a I 1 i.V.m. § 621 I Nr.1 ZPO verweist hinsichtlich des Verfahrens betreffend die elterliche Sorge wiederum zurück auf die Normen des FGG (§ 64).

Die **örtliche** Zuständigkeit folgt aus den §§ 36, 43 FGG und knüpft damit an den Wohnsitz des Minderjährigen gem. § 7 i.V.m. § 11 BGB (= Wohnsitz der personensorgeberechtigten Eltern nach §§ 1626 ff. BGB) an.

75) so auch zutreffend von Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz.34 gelöst

76) nach Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz.33

### e) Beendigung der Inobhutnahme bei Selbstmeldern nach § 42 II SGB VIII

Während das **Initiativrecht** der Inobhutnahme gem. § 42 II 1 SGB VIII zur **Disposition** des Kindes bzw. des Jugendlichen steht, kann es die Maßnahme **nicht** selbständig beenden<sup>77</sup>. Mit dem Beginn der Inobhutnahme entwickelt diese eine Eigendynamik, worauf der weitere Verfahrensablauf nach § 42 II 2 - 4 SGB VIII hinweist. Erst, wenn die **Prüfung** durch das **Jugendamt** ergibt, daß **keine** **“dringende Gefahr”** i.S.d. § 42 **III** (!) SGB VIII vorliegt, ist die Inobhutnahme beendet<sup>78</sup> (vgl. auch Abschnitt IV 1 d, dd und Punkt 2).

Der Ansicht von *Busch*<sup>79</sup>, der die Inobhutnahme sog. Selbstmelder bereits dann als beendet betrachtet, wenn und sobald der Betreffende die Fortsetzung dieser Maßnahmen nicht mehr wünscht, (= rein subjektive Entscheidung wie zu Beginn, vgl. Abschnitt III, 1), ist eine Absage zu erteilen. Die Ausübung des **staatlichen Wächteramtes** i.S.d Art. 6 II 2 GG, das durch §§ 42 I 4, 1. Var. und Satz 5 mit dem Beaufsichtigungs-, Erziehungs- und Aufenthaltsbestimmungsrecht sowie der damit korrelierenden Sorgspflicht zum Ausdruck kommt, **verbietet** eine **automatische Beendigung** der Inobhutnahme **allein** aufgrund der (aus welchen Gründen auch immer abgegebenen) **Erklärung** des Betreffenden. Dem Minderjährigen **analog** zum **subjektiven Initiativrecht** zugleich das **“Pendant”** des **subjektiven Beendigungsrechts** zuzugestehen, kann zur **Gefährdung seines Wohles** führen, insbesondere dann, wenn das Kind bzw. der Jugendliche bei einer Auseinandersetzung mit den Mitarbeitern des Jugendamtes aus Konfliktaus-tragungsunfähigkeit oder -scheu unüberlegt fortlaufen will. Hier **überlagert** das **staatliche Wächteramt** im Interesse des Minderjährigen das insoweit **eingeschränkte Selbstbestimmungsrecht** des Selbstmelders. Vielmehr ist das Jugendamt deshalb **erst** (und **nur** dann) zur **Beendigung** befugt, wenn es die persönliche und familiäre Situation des Minderjährigen hinreichend geklärt hat und durch das Ende der Inobhutnahme **keine Gefährdung** i.S.d. § 42 III SGB VIII zu befürchten ist.

Zu beenden ist sie ebenfalls, wenn entweder die **Zustimmung** des **Personensorgeberechtigten / Erziehungsberechtigten** oder die **familiengerichtliche Anordnung** für die **Fortdauer** der Inobhutnahme **nicht erteilt** wurde (argumentum ex § 42 II 3 SGB VIII).

## **IV) Zur Inobhutnahme bei dringender Gefahr gem. § 42 III SGB VIII**

### **1) Voraussetzungen**

Gem. § 42 III 1 SGB VIII trifft das Jugendamt die Pflicht zur Inobhutnahme, wenn eine **dringende Gefahr** für das Wohl des Minderjährigen dies erfordert.

Im Gegensatz zum Abs. II erfolgt hierbei die Inobhutnahme nicht aufgrund der Initiative des Kindes bzw. des Jugendlichen, sondern durch eine **dritte Person** (z.B. durch die Eltern oder die Polizei) wegen Bestehens einer (im Gegensatz zu Abs. II) **objektiven** Gefahrenlage und i.d.R. gegen den Willen des Minderjährigen. Die Zuführung gem. § 42 III SGB VIII ist nur dann von Bedeutung, wenn sich der Aufgegriffene an dem Ort ohne oder gegen den Willen des Sorgeberechtigten aufhält (z.B. im **“Milieu”**)<sup>80</sup>.

### a) Verhältnis von § 42 II zu § 42 III SGB VIII

In systematischer Hinsicht ist darauf zu achten, daß die Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. III **nicht** in Abs. II hineingelesen werden dürfen (Gleiches gilt auch umgekehrt), so daß einerseits die Inobhutnahme des Selbstmelders in Abs. II **gefahrenunabhängig** zu erfolgen hat (d.h. keine Gefahr nach Abs. III voraussetzt), andererseits bei Bestehen einer dringenden Gefahr i.S.d. Abs. III eine Selbstmeldung nach Abs. II **nicht**

77) so auch zutreffend Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz.24

78) Jans/Happe/Sauerbier, KJHG, § 42, Rdz.29

79) Busch, Manfred, ZfJ 1993, 129 (133 f.)

80) Frankfurter Lehr- und Praxis-Kommentar zum KJHG (= LPK-KJHG), 2. Aufl. 1993, hrsg. v. Johannes Münder, § 42, Rdz.13

erforderlich ist. Um einen vollumfänglichen Schutz zu gewährleisten, besteht die Möglichkeit der Selbstmeldung erst recht bei Vorliegen einer Gefahrenlage (vgl. Abschnitte III 2 e, IV 1d,dd, Pkt.2).

### b) Bestehen einer konkreten Gefahr

Eine Anleihe im Polizeirecht machend, setzen *Jans/Happe/Saurbier*<sup>81</sup> vorab das **ungeschriebene** Tatbestandsmerkmal einer **konkreten** Gefahr voraus, die sie bei der Feststellung von Tatsachen bejahen, welche eine **erhebliche Gefährdungsintensität** erkennen lassen, so daß eine lediglich (subjektiv) vermutete Gefahr bzw. eine weniger bedeutsam erscheinende Gefährdung oder bloße, auch hochgradige Angst (!) des Minderjährigen **nicht** ausreiche. - Diese Definition der erforderlichen Gefahrenqualität ist **problematisch** und nach der hier zugrundegelegten Auffassung **nicht primär** mit polizeirechtlichen Topoi zu beschreiben, sondern eher im Hinblick auf die potentielle Gefährdung des von § 42 III SGB VIII erfassten Rechtsgutes, nämlich das **Kindeswohl** nach Maßgabe des **§ 1666 BGB** (siehe hierzu auch d, dd).

### c) Vorliegen einer dringenden Gefahr

Eine Legaldefinition bzw. Regelbeispiele, wann und unter welchen Voraussetzungen eine **dringende Gefahrenlage** gegeben ist, enthält § 42 III 1 SGB VIII nicht. Angesichts der Eingriffsintensität und im Interesse der Bestimmtheit freiheitsentziehender Maßnahmen (vgl. Art. 104 I 1 GG und das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit) wäre hierbei eine gesetzliche Regelung z.B. mit Verweis auf § 1666 BGB wünschenswert gewesen. Doch auch die Kommentarliteratur<sup>82</sup> hilft nur bedingt weiter: anstatt aus naheliegenden Gründen die einschlägigen Gefährdungsmodalitäten des § 1666 BGB heranzuziehen, macht sie eine Anleihe im Verfassungsrecht und bemüßigt das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (!) nach Art. 13 III GG (a.F., jetzt Art. 13 VII n.F.), um aus den dort genannten dringenden Gefahren zum Schutz gefährdeter Jugendlicher eine "dringende Gefahr" i.S.d. § 42 III 1 SGB VIII dann zu bejahen, wenn der Eintritt eines erheblichen Schadens unmittelbar bevorsteht und ein Tätigwerden keinen weiteren Aufschub duldet. Dabei sei die Inobhutnahme **auch unterhalb** dieser Gefahrenschwelle zulässig - **welche** "Gefahrenschwelle" dabei unterschritten werden darf, bleibt allerdings unklar. Zu bemängeln ist, daß diese Erläuterung keine konkreten Anhaltspunkte zur Beschreibung der spezifischen Gefahrenlage im Hinblick auf das Kind bzw. den Jugendlichen liefert. Anknüpfungspunkte für das Dringlichkeitserfordernis sind lediglich neben dem Unmittelbarkeitskriterium (als zeitliche Gefahrennähe) das Handlungserfordernis (**daß** möglichst schnell [re-]agiert werden muß).

Präziser wäre statt dessen (von der Bezugnahme auf § 1666 BGB abgesehen) die Implementation der auf § 42 III 1 SGB VIII zuzuschneidenden Rechtsprechung des BVerwG<sup>83</sup> zur **dringenden** Gefahr gewesen. Diesen Gefahrentypus bejaht das Gericht, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein **wichtiges** Rechtsgut schädigen wird. Dabei seien an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts aus Gründen der Verhältnismäßigkeit um so geringere Anforderungen zu stellen, je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist - m.a.W.: je **höher** der zu erwartende **Schaden** ist (= Wie), desto **niedriger** ist der geforderte **Wahrscheinlichkeitsgrad** (= Ob), so daß ein geringeres Schadensrisiko (= Ob) durch eine höhere Schadensintensität (= Wie) kompensiert wird.

Hier ist der dogmatische Anknüpfungspunkt für § 42 III 1 SGB VIII, dessen geschütztes Rechtsgut - und damit der potentielle Schadensposten, nämlich die Wahrung des **Kindeswohls** - einen Höchstwert der Verfassung beinhaltet, worauf die Figur des staatlichen Wächteramtes in Art. 6 II 2 GG eindringlich hinweist (und die aus diesem Grunde wortgleich in den Zielvorgabekatalog des § 1 II SGB VIII übernommen wurde). Eine Gefährdung des Kindeswohls impliziert wegen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus

---

81) Jans/Happe/Saurbier, KJHG, § 42, Rdz.53

82) Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz.40; Jans/Happe/Saurbier, KJHG, § 42, Rdz.53 unter Bezugnahme auf die entsprechende polizeirechtliche "Gefahrenterminologie"

83) BVerwGE 47, 31 (40)

Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG **regelmäßig** jene vom BVerwG postulierte qualitative Steigerung der Schadensfolgen, die eine weitere ungehinderte Entwicklung des Minderjährigen nachhaltig und langfristig beeinträchtigen können. Folgerichtig gebietet sich daher im Interesse einer vorrangig am Kindeswohl orientierten Gesetzesanwendung im Zweifel die Unterstellung **hoher** Schadensausmaße im Falle einer Gefährdung des Kindeswohls bei gleichzeitig **niedrigschwelligem** Wahrscheinlichkeitsgrad, **ob** es überhaupt zum Eintritt einer Gefahrensituation kommt. Doch auch hier läßt sich die grundsätzliche Frage, **ab wann** mit einer Beeinträchtigung des Kindeswohls gerechnet werden muß, nicht abstrakt-generell beantworten. Einerseits bedingt nicht jede Kindeswohlgefährdung eine “dringende” Gefahr, andererseits stellt das Wohl des Kindes einen höchst sensiblen Bereich gefahrenabwehrrechtlicher Maßnahmen dar. Diese Prüfung kann vielmehr nur **individuell-konkret** unter Berücksichtigung aller Umstände des **Einzelfalles** erfolgen, wobei das betreffende Kind bzw. der Jugendliche als Zentralfigur den Maßstab für diese Überlegungen bildet. Als **Kriterien** hierzu gelten: je jünger, unselbständiger und abhängiger das Kind ist, und je instabiler dessen Familienverhältnisse bzw. das soziale Nahfeld sind, desto eher wird sich eine Gefährdung des Kindeswohls zu einer “dringenden Gefahr” i.S.d. § 42 III 1 SGB VIII verdichten, die eine Inobhutnahme durch das Jugendamt notwendig macht.

#### d) Freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 42 III 2 SGB VIII

Bereits der Wortlaut des § 42 III 2 SGB VIII beschreibt den ultima-ratio-Charakter dieser Vorschrift, wonach im Rahmen einer Inobhutnahme nach Satz 1 eine **Freiheitsentziehung** - d.h. eine **geschlossene Unterbringung** - **nur** dann zulässig ist, wenn es um die Abwendung einer **Lebens- oder Leibesgefahr** des Kindes, eines Jugendlichen bzw. eines Dritten geht. Weil bislang mitunter noch immer die irriige Auffassung bestand, daß die Jugendämter z.B. nach dem JÖSchG (TEIL E I) oder im Rahmen der Heimerziehung aufgrund der seit 1991 obsoleten Fürsorgeerziehung (dazu sogleich) das Recht hätten, Minderjährige **geschlossen unterbringen** zu dürfen<sup>84</sup>, stellt § 42 III 2 SGB VIII aus Gründen der Normenklarheit eine rechtsstaatlich dringend gebotene Optimierung dar, die den Erfordernissen des Art. 104 I GG Rechnung trägt und für die Jugendämter eine ausreichende Legitimation freiheitsentziehender Maßnahmen bietet. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, daß **§ 42 III 2 SGB VIII die einzige Norm im SGB VIII (und auch im KJHG insgesamt) ist, die freiheitsentziehende Maßnahmen i.S.d. Art. 2 II 3 i.V.m. Art. 104 I GG im Rahmen des Kinder- und Jugendhilferechts legitimiert.** Art. 20 KJHG schränkt hierzu u.a. das Grundrecht der Freiheit der Person gem. Art. 2 II 2 GG ein. Als eine der wenigen AutorInnen (neben *Münder*) wies die Leiterin des Amtes für Jugend der Freien und Hansestadt Hamburg, *Gitta Trauernicht*<sup>85</sup> darauf hin, daß freiheitsentziehende Maßnahmen durch die Jugendhilfe **ohne** richterlichen Beschluß mit dem ab 1. Januar 1991 geltenden KJHG **definitiv nicht mehr zulässig** sind. Mit **Abschaffung** der

---

84) hierauf weist Münder, Johannes, Das neue Kinder- und Jugendhilfegesetz der BRD, Jugendhilfe 1990, S. 177 (183) hin; siehe auch nächste Fußnote

85) Trauernicht, Gitta, Eine erneute Positionsbestimmung zu einem alten Thema: Geschlossene Unterbringung von Kindern und Jugendlichen, ZfJ 1991, 520 (521)

**Fürsorgeerziehung**<sup>86 87</sup> (§§ 64 ff. i.V.m. § 69 III 1 JWG) ist ein autonom (d.h. ohne Richterbetätigung) jugendamtlich durchgeführter Freiheitsentzug **obsolet** geworden.

Eine **Freiheitsentziehung** liegt vor, wenn der Minderjährige überwacht wird, seine Bewegungsfreiheit durch Sicherungsmaßnahmen begrenzt ist, so daß er seinen gegenwärtigen Aufenthaltsort nicht ohne Überwindung von seinen Bewegung einschränkenden Mitteln verändern kann<sup>88</sup>. Charakteristisch für die geschlossene Unterbringung ist nach einer von der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege 1982 erarbeiteten Definition das Vorhandensein besonderer Eingrenzungs- und Abschlußvorrichtungen bzw. anderer Sicherungsmaßnahmen, die ein Entweichen (d.h. unerlaubtes Verlassen des abgeschlossenen oder gesicherten Bereichs) verhindern (oder zumindest erschweren), um dadurch die Anwesenheit des in Obhut Genommenen für die notwendige pädagogisch-therapeutische Arbeit mit ihm sicherzustellen<sup>89</sup>. Dabei erfordert die Restriktion des Satzes 2 in den dort genannten Ausnahmefällen eine gegenüber Satz 1 **deutlich erhöhte** Gefahrenlage.

Die Gefahrenqualität hinsichtlich der Rechtsgüter "Leib oder Leben" ist systematisch aus den §§ 34, 35, 177 I Nr. 2, 249 I, 252, 255 StGB ableitbar. Nach Ansicht der Kommentarliteratur<sup>90</sup> besitzen beide Varianten in § 42 III 2 SGB VIII (Selbst- oder Fremdschädigung durch den Minderjährigen) nur verhältnismäßig wenig praktische Relevanz. "Erhöhter" Bedarf zur Durchführung freiheitsentziehender Maßnahmen besteht am ehesten bei psychisch kranken Jugendlichen (Gefahr selbstschädigenden Verhaltens bis hin zum Suizid, vgl. hierzu unten, bb).

86) Potrykus, Gerhard, Jugendwohlfahrtsgesetz, 2. Aufl. 1972, § 64, S. 374, bezeichnet die (damalige) **Fürsorgeerziehung** als "öffentliche Zwangserziehung ohne Strafcharakter" zum Zwecke der "Verhütung oder Beseitigung der Verwahrlosung". - Der Begriff der "Verwahrlosung" wurde im Rahmen einer gemeinsamen Veranstaltung des DVJJ und des Bundesjugendministeriums am 4.7.1997 in Bonn von der seinerzeitigen Bundesjugendministerin **Angela Merkel** (wieder) aufgegriffen, als sie die **geschlossene Unterbringung** "jugendlicher Rechtsbrecher, die noch nicht strafmündig, aber verwahrlost sind" gefordert hat (Zitat in: Sonnen, Bernd-Rüdeger, Geschlossene Unterbringung von Kindern und Jugendlichen im Rahmen pädagogischer Intervention - Versuch einer Bestandsaufnahme, DVJJ-Journal 1994, 281 mit Hinweis auf einen Bericht in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (FAZ) v. 2.9.1993). Mit dieser "Hommage" an "die gute alte Zeit", als die Redewendung "...und folgst Du nicht willig, so brauch' ich Gewalt" auch im Jugendwohlfahrtsgesetz das (inzwischen längst in Vergessenheit gewähnte) obsolete Erziehungskonzept "wohlmeinenden Zwangs" charakterisiert, **etikettiert** und **stigmatisiert** Merkel delinquente Kinder und Jugendliche (vgl. hierzu TEIL A) zu "hoffnungslosen Fällen", die man mit dieser Legitimationsbegründung beruhigt "verwalten und wegschließen" kann. Den **Labeling-approach-Ansatz** vor Augen, sei aber vor dem Folgephänomen einer **self-fulfilling-prophecy** gewarnt: man muß den Jugendlichen nur oft genug einreden, **daß** sie verwahrlost sind: irgendwann werden sie daran glauben und internalisieren - und sich dementsprechend verhalten.

87) - Vergleichsweise aktuell ist diese Form der **Zwangserziehung** i.S.d. §§ 64 ff. JWG in den **Niederlanden**, wo sich der dortige Ministerpräsident Lubbers im April 1993 für die Einrichtung von **Erziehungslagern** (sog. Kampementen) für jugendliche (insbesondere für heranwachsende) Straftäter ausgesprochen hat, in denen "**Disziplin, Zucht und Ordnung**" herrschen sollen (vgl. van der Laan, Peter H., Erziehungslager ("Kampementen") in den Niederlanden, DVJJ-Journal 1994, 40 ff.). - Die Assoziation an das US-amerikanische Modell der **Boot Camp Prisons** mit ihrem (para-)militärischen Drill, die als "Alternative" zum konventionellen (und längerfristigen) Strafvollzug konzipiert sind, liegt nahe, wobei dort (zumindest in einigen Einrichtungen) eher von "Dressur" als von Erziehung gesprochen werden müßte. In den Niederlanden wird nun versucht, neben dieser "law and order"- bzw. "zero tolerance"- Haltung vor allem durch die systematische Hinführung zum **geregelten Arbeiten** eine Eingliederung des Delinquenten in die Gesellschaft zu forcieren (van der Laan, aaO. S. 44). Hierbei soll, um primär den **Resozialisierungs- und Präventionsaspekt** zu akzentuieren, besonderer Wert auf die Vermittlung bzw. Erweiterung der Allgemeinbildung, der sozialen Kompetenz und der "Anerziehung von Selbstdisziplin" gelegt werden. Nach dieser 6-monatigen Phase, die in einer **geschlossenen** Einrichtung erfolgen soll, schließt sich der ambulante Abschnitt unter zeitweiser Betreuung durch einen Bewährungshelfer an, um eine feste Arbeitsstelle zu finden - und diese vor allem zu behalten -, um einem erneuten "Ableiten in die Kriminalität" **vorzubeugen**. (Speziell zu den amerikanischen Boot-Camps: Gescher, Norbert, Boot-Camp-Programme in den USA: ein Fallbeispiel zum Formenwandel in der amerikanischen Kriminalpolitik, Diss. iur. Greifswald, 1997/98, Schriften zum Strafvollzug, Jugendstrafrecht und zur Kriminologie, Bd. 3) - vgl. auch das Konzept der Glen Mills Schools bei Philadelphia / USA in TEIL D II 6 a.

88) Frankfurter LPK-KJHG 1993, § 42, Rdz.13

89) Trenczek, Thomas, Geschlossene Unterbringung oder Inobhutnahme?, DVJJ-Journal 1994, 288 (291)

90) Jans/Happe/Saubier, KJHG, § 42, Rdz.61

### aa) Lebensgefahr

Demnach liegt eine **Lebensgefahr** bei der Gefahr der Fremd- oder Selbsttötung vor. Nach der Kommentarliteratur<sup>91</sup> soll hierbei der bloße Verdacht **nicht** genügen, sondern nur das Vorliegen **objektiver** Anhaltspunkte. Dem ist zunächst auf den ersten Blick zuzustimmen: einerseits wird diese Art der restriktiven Tatbestandsinterpretation dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht, indem sie alle übrigen (rein subjektiv bedingten) Verdachtsgrade ausfiltert und somit der u.U. stigmatisierenden Wirkung der Inobhutnahme entzieht, die andernfalls irrtümlich aufgrund der vergleichbaren Situation eines "Erlaubnistatbestandsirrtums", also der irrigen Annahme einer in Wirklichkeit nicht gegebenen Lebensgefahr, hervorgerufen werden kann.

### bb) Exkurs: Gefahrenverdacht bei Suizidgefährdung<sup>92</sup>

Problematisch ist hierbei allerdings, daß sich nicht in jedem Fall objektive Anhaltspunkte für das Vorliegen **selbstschädigenden Verhaltens**, insbesondere für die **Suizidgefahr**, finden lassen, sondern daß sich Kinder und Jugendliche in pubertären Konfliktlagen häufig isolieren und von der Außenwelt abschotten, ohne daß die dahintersteckende Motivation nach außen erkennbar wird.

An dieser Stelle sei auf die **Suizidproblematik** von **Kindern** und **Jugendlichen** eingegangen, zumal sie infolge verminderter Problemlösungskompetenzen<sup>93</sup> eine besondere Suizidanfälligkeit aufweisen und bei nichttödlich endenden Suizidhandlungen (= **Parasuizid**) überrepräsentiert sind<sup>94</sup>.

Vom Kindersuizid, der sehr selten auftritt, wird in der Literatur<sup>95</sup> kaum berichtet. Die vor dem 7. Lebensjahr abgegebenen "Suiziderklärungen" enthielten i.d.R. keine Realisierungstendenz, sondern beinhalteten primär den Ruf nach Zuwendung ("cry for help")<sup>96</sup>. So suizidierten sich in Nordrhein-Westfalen beispielsweise 1996 drei Kinder unter 14 Jahren und die Zahl der jugendlichen Suizidenten (zwischen 14 und 18 Jahren) lag bei 29<sup>97</sup>. Für das Land Baden-Württemberg wurden im Jahr 1997 sieben Selbsttötungen von Kindern zwischen 10 und 14 Jahren gemeldet, während die Suizidzahl der 15- bis 19jährigen 36 betrug<sup>98</sup>. Somit liegt das "suizidale Mischungsverhältnis" in diesen beiden Bundesländern von Kindern zu Jugendlichen im Durchschnitt bei 1 : 6,5. Auch wenn Kinder nach fachlicher Ansicht (noch) nicht zu einer rationalen Selbstreflexion über den Tod hinaus in der Lage sind<sup>99</sup>, ist bei einer vorschnell-unkritischen Annahme eines Unfalls aufgrund von "alterstypischen Gefahrenlagen beim Spielen" Zurückhaltung geboten<sup>100</sup>, weil ansonsten latente Suizidgefährdungen allzuleicht übersehen werden können. Einigkeit besteht im

91) Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz.44

92) als Literaturempfehlung speziell hierzu ist der Aufsatz von Manfred Busch, Suizidprophylaxe - ein Tabu oder Aufgabe der Jugendhilfe?, Unsere Jugend 1990, 442 ff. zu nennen; vgl. hierzu auch Seiffert, Matthias: Suizid nach Parasuizid: eine katamnestische Studie anhand von 2623 Parasuizidenten und Möglichkeiten für die Prädiktion rezidivierenden suizidalen Verhaltens, 1997, Diss. med. Dresden, Technische Universität, 1999

93) Klosinski, Gunther: Wenn Kinder Hand an sich legen - Selbstzerstörerisches Verhalten bei Kindern und Jugendlichen, 1999, S.63

94) so zeigte die prozentuale Altersverteilung von Suizidpatienten in einer medizinischen Klinik einen Scheitelpunkt bei über 35 % bei den 16-25jährigen - Wedler/Reimer/Wolfersdorf in: Psychiatrie, hrsg. v. Volker Faust, 1995, Kap.25, S.399 f.

95) Tölle, Rainer, Psychiatrie, 9. Aufl., S.124

96) Tölle, Rainer, Psychiatrie, S. 124

97) PKS-NRW 1997, III / 5

98) LKA-BW, Jugendkriminalität und Jugendgefährdung in Baden-Württemberg, Jahresbericht 1998, Abschnitt 3.2, S. 69

99) so Klosinski, aaO., S.62

100) nach Michael Witte, Suizidalität bei Kindern und Jugendlichen, in: Schierholz, Henning: Suizid und Suizidgefährdung bei Kindern und Jugendlichen, Loccumer Protokolle, 17/94, S.21 (26)

Schrifttum<sup>101</sup> darüber, daß das Erkennen einer Selbstmordgefährdung (schon bei Erwachsenen) schwierig ist, weil die Tabuisierung den Betroffenen daran hindert, seine Probleme offen anzusprechen und der versteckte Hilferuf überhört wird. Die von *Erwin Ringel*<sup>102</sup> beschriebene “**Präsuizidale Syndromatik**” mag zwar eine brauchbare Hilfestellung für erwachsene Suizidgefährdete bieten, allerdings begegnet die Übertragbarkeit des “Ringel’schen Symptomkomplexes” auf Kinder und Jugendliche erheblichen Bedenken, zumal in der Früh- bzw. Entwicklungsphase weder von einer situativen, dynamischen, zwischenmenschlichen, noch von einer “Wertewelt-Einengung” ausgegangen werden kann.

Wenn schon die Beurteilung des Suizidrisikos zu den schwersten Aufgaben des Arztes gehört<sup>103</sup> - um Wieviele schwieriger ist dann die hinreichend **objektive** Verdachtsbegründung bei den Eltern bzw. Dritten, welche dem kindlichen/jugendlichen Verhalten zwischen Trotz und Ablehnung, Impulsivität Aggression und häufigen Stimmungsschwankungen die unterschiedlichsten Deutungen zugrundelegen?

Dieser Exkurs zeigt, daß die pauschale Forderung objektiver Gefährdungskriterien rechtsdogmatisch zwar wünschenswert ist, die jedoch in nicht wenigen Fällen an der Lebenswirklichkeit vorbeigeht, indem sie real vorliegende, aber bislang “nur” **subjektiv** vermutete Leib- oder Lebensgefährdungen von vornherein ausblendet und somit einer Hilfestellung durch die Inobhutnahme vorenthält. Daher sollten an den “objektiven Verdachtsgrad” nicht allzuhohe Anforderungen gestellt werden, um eine Intervention durch das Jugendamt auch in den Fällen zu ermöglichen, in denen die Eltern bzw. Dritte sich tendenziell eher auf subjektive Verdachtsmomente stützen - denn so wenig die bloße **Intuition** rational begründbar und dem Beweise zugänglich ist - so sehr kann gerade sie in diesen Fällen der faktisch kaum zu stellenden Suizidprognose eine rechtzeitige Krisenintervention bei latent suizidgefährdeten Kindern und Jugendlichen gewährleisten, deren parasuizidales oder sonstiges selbstschädigendes Verhalten nichts anderes als einen Appell nach Hilfe und Zuwendung zum Ausdruck bringt.

Zu fordern ist deshalb ein **kombinierter Gefahrenverdacht**, der sich entweder ausschließlich auf **objektive** Anhaltspunkte stützt, oder ein **subjektiver Verdacht**, der sich - zumindest ansatzweise - **objektivieren** läßt, um den oben beschriebenen Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Rechnung zu tragen.

Mit Recht weist dagegen die Literatur<sup>104</sup> darauf hin, daß bei Vorliegen des Suizidverdachts eine **intensive sozialpädagogische Einzelbetreuung** gem. § 35 SGB VIII geeigneter sein wird als die bloße Freiheitsentziehung nach § 42 III 2 SGB VIII.

### cc) Leibesgefahr

Für die Annahme einer **Leibesgefahr** genügt nicht jede “einfache” grundtatbestandliche Körperverletzung i.S.d. § 223 StGB, wie zum einen die Verknüpfung mit dem Rechtsgut “Leben” und zum anderen das postulierte Gefahrenmaximum zeigt. Nur durch die enge Auslegung der Leibesgefahr sind die Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu wahren. Somit wird i.d.R. die Gefahr einer **gefährlichen** oder **schweren Körperverletzung** gem. §§ 224 bzw. 226 StGB die Leibesgefahr in § 42 III 2 SGB VIII indizieren.

---

101) Bründel, Heidrun, Suizidgefährdete Jugendliche: theoretische und empirische Grundlagen für die Früherkennung, Diagnostik und Prävention, 1993, S.138; W edler/Reimer/Wo lfersdorf, Psychiatrie, S.409 f.; Witte, Michael, S.29;

102) E. Ringel in: Margret Brehm, Der Suizid - eine epidemiologische Studie auf der Basis kriminalpolizeilicher Untersuchungsakten, Diss. med. Ulm, 1990, S.36 f.

103) Tölle, Psychiatrie, S.125

104) Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz. 45, 47

dd) Lebensschutz auch in § 42 II SGB VIII?

Die Literatur<sup>105</sup> propagiert anstelle der jetzigen Gesetzssystematik eine **Verselbständigung** des § 42 III 2,3 SGB VIII zu einem neuen Absatz IV, weil sich bei der Fassung de lege lata die Zulässigkeit **freiheitsentziehender** Maßnahmen ausschließlich auf **Abs. III**, nicht aber auf Abs. II bezögen, so daß das **Rechtsgut Leben** im Rahmen der Inobhutnahme nach Abs. II **nicht** in gebotenem Umfang **geschützt** werde. Dieser Ansicht kann aus systematischen Erwägungen **nicht** uneingeschränkt zugestimmt werden: Zwar legt der Wortlaut des Abs. III 2 mit der Formulierung “dabei” nahe, daß sich die **Freiheitsentziehung** auf **Abs. III 1** bezieht, jedoch verkennt sie den Zusammenhang zwischen Abs. II und III, denn sobald ein Minderjähriger, der sich als sog. **Selbstmelder** nach **§ 42 II 1 SGB VIII** in die Obhut des Jugendamtes begibt, einer **Leibes- oder Lebensgefahr** ausgesetzt ist oder eine andere Person dieser Gefahr aussetzt, sind **automatisch** die Tatbestandsvoraussetzungen des **Abs. III Satz 2** eröffnet, so daß das Jugendamt in dieser erhöhten Gefahrenlage die Freiheit des Kindes bzw. des Jugendlichen entziehen darf (bzw. muß), um die Gefahr abzuwenden. In einer derartigen Situation wird **§ 42 III 2 SGB VIII lex specialis** gegenüber Abs. II und die lebensschützenden Maßnahmen sind **ausschließlich** auf die erstgenannte Ermächtigungsgrundlage zu stützen. Eine andere methodische Lösung dieses Problems könnte in der **analogen Anwendung** des **§ 42 III 2 SGB VIII** im Rahmen der Inobhutnahme des Selbstmelders liegen (vgl. Pkt. 1a, Pkt.2), zumal das Fehlen lebensschützender Regelungen in Abs. II als eine planwidrige Regelungslücke des Gesetzes aufzufassen ist. Im übrigen wird eine Freiheitsentziehung in Abs. II **nicht notwendig** und daher **unverhältnismäßig** sein, weil sich der sog. Selbstmelder (zumindest anfangs) ohnehin **freiwillig** und auf eigenen Wunsch in die Obhut begeben hat, so daß es eines darüber hinausgehenden Freiheitsentzuges i. d. R. **nicht** bedarf. Schließlich ist hierbei bereits begrifflich das Vorliegen eines **Freiheitsentzuges** (vgl. § 239 StGB) fraglich, weil der Selbstmelder sich weder ohne, noch gegen seinen Willen in Obhut befindet. Allerdings ist im Ergebnis aufgrund des **gleichgelagerten Regelungsbedarfs** in Abs. II wie in Abs. III hinsichtlich einer dringenden Gefahrenlage **de lege ferenda** eine **Beseitigung** dieses “**systematischen Kunstfehlers**” anzuregen, zumal es hierbei um die Zulässigkeit **freiheitsentziehender** Maßnahmen geht. Mit dem **allgemeinen Gleichheitssatz** in **Art. 3 I GG** läßt sich jedenfalls eine sachliche **Ungleichbehandlung** im Sinne einer zwischen Selbstmeldern und Drittgemeldeten **differenzierenden** Schutzgewährung definitiv **nicht** vereinbaren. Im Zweifel gebührt einer deutlicheren, unmißverständlichen Gesetzesfassung der Vorrang vor einer (behelfsmäßigen) verfassungskonformen Auslegung des § 42 II SGB VIII.

**2) Beendigung freiheitsentziehender Maßnahmen ohne<sup>106</sup> gerichtliche Entscheidung**

Wenn die Beendigung der Inobhutnahme schon nach § 42 II SGB VIII durch das Kind bzw. den Jugendlichen unzulässig ist (vgl. Abschnitt III 2 e), gilt dies erst recht für die Maßnahme nach **Abs. III**, um einen effektiven und umfassenden Schutz für den oder die in Obhut Genommenen - ggf. **auch gegen** dessen Willen - zu gewährleisten. Dies gilt **auch** für die Inobhutnahme des Selbstmelders, bei dem zwischenzeitlich die Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. III vorliegen (vgl. Abschnitt IV 1 a, d, dd).

Wie auch bei den Selbstmeldern (s.o., Abschnitt III 2 e) ist hier der **Freiheitsentzug** zu **beenden**, wenn entweder die Zustimmung des Personenberechtigten der Erziehungsberechtigten oder die **vormundschaftsgerichtliche**<sup>107</sup> Anordnung für die Fortsetzung der Inobhutnahme **nicht** gegeben wurde.

---

105) Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz.51; Lakies, Thomas, ZfJ 1992, 49 (53) negieren apodiktisch die Zulässigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen bei sog. Selbstmeldern; ebenso auch Busch, Manfred, ZfJ 1993, 129 (133)

106) zur zulässigen Zeitdauer **mit** gerichtlicher Entscheidung siehe das “Zwei-Phasen-Modell” (= Anfangs- und Fortführungsphase) von Jans/Happe/Saubier, KJHG, § 42, Rdz.64; vorliegend wird die Initialphase behandelt.

107) Für Maßnahmen nach § 42 III SGB VIII ist nicht das Familiengericht, sondern das **Vormundschaftsgericht** gem. **§ 70 I 3 FGG** zuständig (vgl. Pkt. 3)

Die (zunächst) **ohne** gerichtliche Entscheidung erfolgte Freiheitsentziehung muß gem. § 42 III 3 SGB VIII **spätestens** mit Ablauf des Tages nach ihrem Beginn beendet werden und beträgt daher **maximal** 24 Stunden (des Folgetages) zuzüglich der Restzeit des Tages, an dem die Freiheitsentziehung begonnen hat. Diese Regelung entspricht den Vorgaben des **Art. 104 II 2 GG**, wonach bei jeder **nicht** auf richterlicher Anordnung beruhender Freiheitsentziehung **unverzüglich** eine **richterliche Entscheidung** herbeizuführen ist. Sie darf somit die Dauer von insgesamt 48 Stunden **nicht** erreichen<sup>108</sup>, soll sie keine rechtswidrige Freiheitsentziehung darstellen. Aus dem **Umkehrschluß** des § 42 III 3 SGB VIII folgt, daß eine Inobhutnahme zwar erst ab einer Dauer von 48 Stunden der vormundschaftsgerichtlichen Zustimmung gem. § 70 I 3 FGG bedarf, um über diesen Zeitpunkt hinaus fortgesetzt werden zu dürfen, damit sie nicht in einer Freiheitsberaubung gem. § 239 StGB mündet. Allerdings soll auch die formale Beachtung der Herbeiführung einer familiengerichtlichen Entscheidung unmittelbar vor Fristablauf (z.B. nach 40 Stunden) nicht darüber hinwegtäuschen, daß hierbei eine rechtsmißbräuchliche Behandlung des von der Inobhutnahme betroffenen Kindes bzw. des Jugendlichen vorliegen kann. Die Formulierung in § 42 III 3 SGB VIII *“ohne gerichtliche Entscheidung”* ist **kein** Freibrief für Freiheitsentziehungen für eine Verweildauer von bis zu 48 Stunden unter Ausschluß der vormundschaftsgerichtlichen Beteiligung. Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist daher eine **teleologische Reduktion** vorzunehmen: § 42 III 3 SGB VIII gestattet eine Freiheitsentziehung **ohne** Richterbeteiligung nur dann, wenn der mit dieser Maßnahme verfolgte Zweck nicht anders erreichbar ist. Das BVerfG<sup>109</sup> erlaubt eine nachträgliche richterliche Zustimmung, wenn die mit dem Freiheitsentzug beabsichtigte Gefahrenabwehr andernfalls ernsthaft gefährdet wäre. Nur diese enge Auslegung des § 42 III 3 SGB VIII am Maßstab des Art. 104 II 2 GG vermag dem Anspruch der Verfassungskonformität gerecht zu werden. Deshalb ist diese Norm **immer** im Zusammenhang mit **Satz 4** zu lesen, der wiederum auf **Abs. II Satz 3 Nr.2** verweist, so daß in jedem Fall der **ohne** gerichtliche Entscheidung erfolgten Freiheitsentziehung das Vormundschaftsgericht baldmöglichst einzuschalten ist, um dessen Entscheidung unverzüglich nachzuholen.

Wenn schon der qualifizierte Gesetzesvorbehalt des Art. 104 II GG nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht<sup>110</sup>, dann verbietet sich erst recht eine großzügige Handhabung des Richtervorbehalts in § 42 III 3 SGB VIII, der in untrennbaren Zusammenhang mit Art. 104 II 1 und Art. 2 II 2, 3 GG steht. Um die **objektive Wertentscheidung** des Art. 2 II 2 GG<sup>111</sup> nicht zu unterlaufen, fordert die Literatur<sup>112</sup> grundsätzlich die vorherige richterliche Entscheidung i.S.d. Art. 104 II 1 GG, weil der Richtervorbehalt eine zusätzliche verfahrensmäßige Freiheitsgarantie gewährleistet, die der besonderen Eingriffsintensität Rechnung trägt. Der Parlamentarische Rat hätte sich in Art. 104 II 2 GG niemals für eine Freiheitsentziehung ohne gerichtliche Entscheidung ausgesprochen, wenn diese nicht unter dem ausdrücklichen Vorbehalt des Nachgeholtwerdens stehen würde.

**Unabhängig** davon, ob mit der Abwendung der Leibes- oder Lebensgefahr bis zum Ablauf des Folgetages gerechnet werden kann oder nicht, ist somit eine vormundschaftsgerichtliche Entscheidung **unverzüglich** nach Beginn der **Freiheitsentziehung** zu bewirken.

Nur **ausnahmsweise** wird - **entgegen** dem Wortlaut des § 42 III 3 SGB VIII - eine auch **über** 48 Stunden dauernde Freiheitsentziehung **ohne** gerichtliche Entscheidung **zulässig** sein, vornehmlich dann, wenn die Entscheidung (was in praxi faktisch nahezu ausgeschlossen ist) nicht eingeholt werden kann (vgl. § 245 ZPO: Stillstand der Rechtspflege) **und** die Leibes- bzw. Lebensgefahr nach wie vor andauert. In dieser Konstellation wird der **Eingriff** in die Freiheit der Person nach Art. 104 I 1 i.V.m. Art. 2 II 2 GG

---

108) anders Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz.49, die auch einschließlich 48 h für zulässig erachten, was jedoch Art. 104 I 1, II GG i.V.m. § 42 III 3 SGB VIII widerspricht

109) nach BVerfGE 21, 311 (317); vgl. auch Jarass/Pieroth, GG, Art. 104, Rdz.13

110) H. Hill in: Handbuch des Staatsrechts (HbStr), Hrsg. v. Josef Isensee und Paul Kirchhof, Bd. VI, Freiheitsrechte, § 156, Rdz. 77, 78

111) Jarass/Pieroth, GG, Art. 2, Rdz.58

112) Degenhart in: Grundgesetz-Kommentar, Hrsg. v. Michael Sachs, 2. Aufl., 1999, Art. 104, Rdz.19

durch **kollidierendes Verfassungsrecht**, nämlich durch das höherrangige Rechtsgut der körperlichen Integrität des Kindes, des Jugendlichen oder eines Dritten, **gerechtfertigt**. Entsprechendes gilt für eine tatbestandlich gegebene Freiheitsberaubung gem. § 239 StGB, die ihre Rechtfertigung durch die Nothilfe- bzw. Notstandsfrage nach § 32 bzw. § 34 StGB findet<sup>113</sup>.

### 3) Vormundschaftsgerichtliche Entscheidung gem. § 42 III SGB VIII i.V.m. § 70 I 3 FGG

Die **sachliche Zuständigkeit** für die Maßnahme nach Abs. III des § 42 SGB VIII ist - da es sich gegenüber Abs. II um eine **freiheitsentziehende** Vorschrift handelt - in den Bestimmungen über die Unterbringungssachen nach **§ 70 I 3 FGG**<sup>114</sup> geregelt. Allerdings ergibt sich dies erst aus dem Umkehrschluß dieser Norm, weil dort die Zuständigkeit des **Vormundschaftsgerichts** für Unterbringungsmaßnahmen - mit Ausnahme solcher nach § 163 I b BGB<sup>115</sup> - begründet wird. Für die gem. § 42 III 3 und Satz 4 SGB VIII einzuholende Entscheidung ist aber **nicht** (wie in Abs. II) das **Familiengericht** (vgl. Abschnitt III, 2 d), sondern das **Vormundschaftsgericht** zuständig. Der Grund hierfür soll darin liegen, daß die **freiheitsentziehenden** Maßnahmen nach Abs. III 2 **“nicht zum Schutz des Kindeswohls”** (und damit nicht der Ausübung des elterlichen Personensorgerechts), sondern des Rechtsguts **“Leib und Leben u.zw. auch dritter Personen dienen”**<sup>116</sup>.

Zumindest bei unbefangener Lektüre dieser Begründung drängt sich der Eindruck auf, daß der **Gesetzeszweck** des § 42 III SGB VIII bei dieser sachlichen Zuständigkeitsaufteilung vermutlich nicht im Mittelpunkt der Kindschaftsrechtsreform gestanden haben dürfte. Anders ist nämlich diese **Zuständigkeitsdichotomie** bzgl. Abs. II und Abs. III des § 42 SGB VIII nicht nachzuvollziehen. Ihre Fragwürdigkeit ergibt sich (jedenfalls nach der o.g. Erläuterung bzgl. des Kindeswohls) schon allein daraus, daß § 42 III SGB VIII **neben** - und eben **nicht** ausschließlich (!) - der Gefahrenabwehr gegenüber Dritten (§ 42 III 2, 2. Var.) insbesondere (um nicht zu sagen: in erster Linie) auf den Schutz vor Gefahren für den Minderjährigen (§ 42 II 2, 1. Var.) zugeschnitten ist. Dieses gefahrenabwehrende Moment in § 42 III 2 SGB VIII ist also nichts anderes als eine spezifiziertere / qualifizierte Form des **Schutzes des Kindeswohls** i.S.d. § 42 III 1 SGB VIII. Wozu sonst - wenn nicht zum **Schutz des Minderjährigen** und damit zu **seinem Wohl** - hätte der Gesetzgeber ausnahmsweise in **Abs. III Satz 2** **freiheitsentziehende** Maßnahmen zugelassen? Die gesetzgeberische Entscheidung ließ sich vermutlich eher (oder ausschließlich?) davon leiten, daß § 42 III 2 SGB VIII eine **Unterbringungsmaßnahme** darstellt, für die - wenigstens dem Wortlaut nach - die **Unterbringungsregelungen** der §§ 70 ff. FGG einschlägig sind (bzw. sein sollen). Eine entsprechende **Assoziation zur klinischen Unterbringung** nach den PsychKG's der Länder (in Baden-Württemberg das UBG [Dürig Nr. 109], dazu TEIL E II gem. § 70 I 2 Nr. 3 FGG bzw. zur **Betreuung** nach §§ 1896 ff. BGB i.V.m. § 70 I 2 Nr. 1 b FGG) ist mehr als augenscheinlich. Doch selbst unter diesem Aspekt ist die **nur teilweise Zuständigkeitsverlagerung** bzgl. des § 42 II 3 (Nr.2) SGB VIII vom Vormundschafts- auf das Familiengericht<sup>117</sup> nicht nachvollziehbar. Auch wenn es sich bei den Maßnahmen nach § 42 III 2 SGB VIII **nicht** um eine sorgerechtliche Regelung i.S.d. §§ 23 b I 2 Nr.2,3,4 GVG, 621 I Nr.1,2,3 ZPO handeln soll, ist aufgrund des **systematischen Zusammenhangs** des Abs. II mit Abs. III

113) Abzulehnen ist daher der Standpunkt von Frankfurter LPK-KJHG, § 42, Rdz.17 sowie von Busch, ZfJ 1993, 129 (133), die sich auf die strikte Einhaltung der Fristenregelung in § 42 III 3 SGB VIII berufen. Die Konsequenz dieser Ansicht führt dazu, daß das Kind/Jugendlicher um jeden Preis aus der Obhut entlassen wird, **obwohl** es sich in akuter Leibes- bzw. Lebensgefahr befindet und mißachtet eines der zentralsten Anliegen der Jugendhilfe: nämlich den Minderjährigen gem. § 1 III Nr. 3 SGB VIII vor Gefahren für deren Wohl zu schützen. Der **“Chrono-Formalismus”** in bezug auf § 42 III 3 SGB VIII unter Berufung auf Art. 104 II 2 GG stellt eine gefährliche Hypertrophie des Richter vorbehalts dar, dessen (im **“Normalfall”**) grundsätzlich gebotene Beachtung und Einhaltung kein Selbstzweck zu Lasten der Gefahrenabwehr sein darf.

114) Jans/Happe/Saubier, KJHG, § 42, Rdz.65

115) für die Genehmigung von Unterbringungen gem. § 163 I b BGB ist wiederum das Familiengericht zuständig (§ 70 I 2 Nr.1a FGG i.V.m. § 23 b I 2 Nr. 2,3,4 GVG, § 621 I Nr. 1,2,3 ZPO)

116) Jans/Happe/Saubier, KJHG, § 42, Rdz.65

117) BGBI. I 2942, v. 16.12.1997, Art. 13 Nr.7, S. 2963

(vgl. Abschnitt IV 1 a, d, dd, Pkt.2) fraglich, ob sich im Interesse eines **einheitlichen Verfahrensablaufs** und der **Rechtsklarheit** durch Transparenz des Rechtsweges de lege ferenda nicht möglicherweise eine Festlegung der sachlichen Zuständigkeit bzgl. § 42 III 2, 3 SGB VIII zugunsten des **Familiengerichts** (hierzu Abschnitt III, 2 d) empfiehlt. Problematisch wird es infolge der geltenden Rechtslage dann, wenn ein sog. Selbstmelder nach Abs. II (Zuständigkeit des Familiengerichts) wegen akuter Suizidgefahr gem. § 42 III 2 SGB VIII (Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts) zwecks Krisenintervention vorübergehend geschlossen untergebracht werden soll. **Welcher Amtsrichter** ist in diesem Fall **gesetzlicher Richter** i.S.d. **Art. 101 I 2 GG?** (- zumal das AG in seiner sachlichen Funktion als Gericht der **freiwilligen Gerichtsbarkeit** den Regelungen des Art. 101 I 2 GG unterfällt<sup>118</sup>; daraus folgt, daß in jedem Einzelfall **kein** anderer tätig werden und entscheiden soll als derjenige Richter, der nach dem jeweiligen Geschäftsverteilungsplan gem. § 23 b GVG dafür vorgesehen ist. Könnte es nach dem Grundsatz der **statischen (Erst-)Zuständigkeit** im Falle des zwischenzeitlichen Eintritts einer dringenden Gefahr i.S.d. Abs. III des § 42 SGB VIII während der Inobhutnahme des Selbstmelders (Abs. II) bei der Zuständigkeit des **Familiengerichts** verbleiben (argumentum ex § 18 I FGG), **oder** evoziert der Gefahren Eintritt i.S.d. § 42 III SGB VIII im Wege eines **dynamischen Zuständigkeitsübergangs** deren **Verlagerung** vom Familien- auf das Vormundschaftsgericht?

## V) Verfahrensrechtliches

### 1) Verwaltungsverfahren

Die Inobhutnahme gem. § 42 SGB VIII ist nach § 31 S.1 SGB X ein **Verwaltungsakt**, dessen Tenor inhaltlich hinreichend bestimmt sein muß (§ 33 I SGB X). Dazu ist erforderlich, daß der VA Regelungen darüber enthält, bei wem, wo und wie lange der Minderjährige vorläufig untergebracht wird<sup>119</sup>.

Vor der Anordnung der Inobhutnahme hat eine **Anhörung** gem. § 24 I SGB X zu erfolgen (Ausnahme: § 24 II Nr.1 SGB X).

Der VA ist des weiteren nach Maßgabe des § 35 I SGB X zu **begründen** und mit einer **Rechtsbehelfsbelehrung** zu versehen (§ 36 SGB X).

Die **Wirksamkeit** der Inobhutnahmeverfügung hängt gem. § 39 SGB X von deren **Bekanntgabe** an den Personensorgeberechtigten (§ 7 I Nr.5 SGB VIII i. V.m. §§ 1626 ff. BGB) ab. In den Fällen des § 42 III SGB VIII erfolgt die Bekanntgabe an den Minderjährigen selbst. Empfehlenswert ist die **Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit** des VA nach **§ 80 II und III VwGO**<sup>120</sup>.

Die Befugnis zum Erlass eines VA **verbleibt** auch nach einer möglichen Delegation der Inobhutnahme auf anerkannte Träger der freien Jugendhilfe (§ 76 SGB VIII, vgl. Abschnitt I 2) beim Jugendamt<sup>121</sup>.

Gemäß § 26 II LKJHG-BW leistet die **Polizei** in den Fällen des § 42 SGB VIII auf Ersuchen des Jugendamtes **Vollzugshilfe**.

### 2) Tätigwerden für andere Stellen: § 2 I PolG-BW

In nicht wenigen Fällen werden kindliche/jugendliche Ausreißer von der Polizei auf der Straße aufgegriffen. Das **Jugendamt** wird - sofern nicht die Eltern bereits eine Vermißtenmeldung aufgegeben haben - hiervon zu diesem Zeitpunkt noch **keine Kenntnis** haben. Weil in dieser Situation eine **Gefahr für die öffentliche Sicherheit** vorliegt (mögliche Gesundheitsrisiken, Obdachlosigkeit des Ausreißers), ist die **Polizei** nach der Aufgabenzuweisung in § 1 PolG-BW zur Gefahrenabwehr berufen. Die Pflicht zum **sofortigen Einschreiten i.S.d. § 2 I PolG-BW** resultiert mittelbar aus § 18 I Nr.1 LKJHG-BW, wonach

118) BVerfGE 21, 139 (144 f.)

119) Kunkel, Peter-Christian, Grundlagen des Jugendhilferechts, 3. Aufl. 1999, S.132, Rdz.151

120) Lakies, Thomas, Vorläufige Maßnahmen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen nach den §§ 42, 43 des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG), ZfJ 1992, 49 (50) m.w.N.

121) Jans/Happe/Saubier, KJHG, § 42, Rdz.7

das Jugendamt nicht zu den Polizeibehörden gehört und somit eine “andere Stelle” i.S.d. § 2 I PolG-BW ist. Da das Jugendamt nicht so schnell eingreifen kann, ist **Gefahr im Verzug** gegeben (indem der Ausreißer seine “Reise” fortsetzt), so daß die **Polizei** die notwendigen **vorläufigen Maßnahmen** zu treffen hat. Diese Maßnahmen bestehen grundsätzlich in der Einschaltung des Jugendamtes und der Überstellung des Minderjährigen an das Amt. Danach läuft - wie in Abschnitten I bis IV dargestellt - das Verfahren gem. § 42 SGB VIII ab.

## TEIL C: UNTERBRINGUNG DES KINDES NACH § 1631 b BGB

### I) Gesetzssystematik: §§ 1631 b BGB, 42 SGB VIII, 1 UBG

**Alternativ** zu der im vorigen Teil (B IV 1 d) behandelten Form der Freiheitsentziehung existiert die **Unterbringung des Kindes nach § 1631 b BGB** aufgrund einer familiengerichtlichen Zustimmung, allerdings ist § 42 III 2 SGB VIII **lex specialis** zu § 1631 b S.2 BGB, auch wenn das Jugendamt im (mutmaßlichen) Interesse der Personensorgeberechtigten handelt<sup>122</sup>. Über die systematische Verknüpfung des § 1631 b BGB mit der in § 34 SGB VIII kodifizierten Heimerziehung kommt der ultima-ratio-Charakter der Unterbringung zum Ausdruck: aufgrund der hohen Eingriffsintensität und der kontextuellen Stellung des § 34 SGB VIII am Ende des ersten Unterabschnitts genießen die zuvor aufgeführten “Hilfen zur Erziehung” gem. §§ 27 ff. SGB VIII den Vorrang gegenüber der Heimerziehung (**Subsidiaritätsprinzip**). Gegenüber der klinischen Unterbringung psychisch kranker Kinder und Jugendlicher nach den (spezielleren) PsychKG’s der Länder (vgl. TEIL E II) erlangt § 1631 b BGB nach Ansicht der Literatur<sup>123</sup> als bundes-einheitliche Regelung eine zunehmende Relevanz.

### II) Verfassungsrechtliche Bedeutung

Während § 42 SGB VIII ausführliche Regelungen zur Inobhutnahme enthält, sind die **Unterbringungs-vorschriften** des § 1631 b BGB demgegenüber sehr knapp gehalten. So wird die Unterbringung ebensowenig legaldefiniert wie deren Voraussetzungen (siehe aber III ). § 1631 b BGB - der (abgesehen von der Zuständigkeitsverlagerung vom Vormundschafts- auf das Familiengericht) von der Kindschaftsrechtsreform (zum 01.07.1998) unbehelligt geblieben ist - stellt dem Wortlaut nach lediglich verfahrenstechnische Anforderungen an diese Maßnahme - aber dies mit vollem Impetus: denn alle drei Sätze dieser Norm befassen sich **ausschließlich** mit der **Genehmigung durch das Familiengericht**. § 1631 b BGB qualifiziert sich deshalb als “Ausführungsgesetz” zum Richtervorbehalt nach Art. 104 II GG auf dem Gebiet des Sorgerechts. Auf diese Weise trägt § 1631 b BGB zwei Rechtsgütern mit **Verfassungsrang** Rechnung: zum einen schützt der auf einfachgesetzlicher Ebene vorbildlich umgesetzte Richtervorbehalt die Unverletzlichkeit der physischen Bewegungsfreiheit des Minderjährigen gem. Art. 104 II, 2 II 2 GG im Rahmen seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, zum anderen garantiert § 1631 b BGB - trotz seiner Einschränkung - die prinzipielle Aufenthaltsbestimmungsbefugnis und somit die Wahrung des **elterlichen Erziehungsprimates** aus **Art. 6 II 1 GG**.

Nur das staatliche Wächteramt in Art. 6 II 2 G (vgl. TEIL B III 1, Problemschwerpunkt 1 a) sowie die “Trennungsregelung” in Art. 6 III GG vermögen einen Eingriff in diese beiden Grundrechtssphären innerhalb des Eltern-Kind-Verhältnisses zu rechtfertigen. § 1631 b BGB setzt (neben §§ 1666, 1666 a BGB) diese verfassungsrechtlichen Schranken auf einfachgesetzlicher Ebene um und stellt dem Familiengericht somit unmittelbar geltende Kontroll- und Eingriffsbefugnisse zur Verfügung.

### III) Materielle Unterbringungs-voraussetzungen: “Kindeswohl” als Entscheidungsgrundlage und als Grenze der elterlichen Erziehungsbefugnis

Um eine “Abschiebung” ungeliebter Sprößlinge in ein Heim **durch die Eltern** zu verhindern, bedarf die Unterbringung stets der **Genehmigung des Familiengerichts** - so verlangt es § 1631 b BGB.

Die von § 1631 b BGB nicht ausdrücklich formulierten Unterbringungs-voraussetzungen lassen sich nur **mittelbar** erschließen: aus der Regelung in **Satz 3**, nach der das Gericht die Genehmigung zurückzuziehen hat, wenn das “Wohl des Kindes” die (i.d.R. durch die Eltern veranlasste) Unterbringung nicht mehr

122) Wiesner/Kaufmann, SGB VIII, § 42, Rdz.43

123) Staudinger/Saigo, BGB, Viertes Buch, Familienrecht, 12. Aufl. 1997, § 1631 b, Rdz.3

erfordert, ist abzuleiten, daß das **Kindeswohl** (neben der später zu behandelnden Genehmigung) die conditione-qua-non für diese Maßnahme ist.

Auch wenn die einstweilige Unterbringung im Zusammenhang mit dem elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrecht aus § 1631 I BGB steht (dazu sogleich Abschnitt IV 1), dient sie **nicht** dem (worauf auch immer beruhenden) Interesse der Eltern, ihr Kind mit freiheitsentziehender Wirkung an einem bestimmten Aufenthaltsort bzw. in einer entsprechenden Einrichtung unterbringen zu lassen. Insoweit ist die Systematik des § 1631 b BGB im Hinblick auf § 1631 I BGB leicht mißzuverstehen:

**§ 1631 b BGB dient ausschließlich der (einfachgesetzlichen) Sicherung des Kindeswohls und nimmt damit die Aufgabe des staatlichen Wächteramtes gem. Art. 6 II 2 GG wahr, das Kind vor rechtswidrigen (d.h. für das Kindeswohl nicht notwendigen) Grundrechtseingriffen seitens der Eltern zu schützen.**

In Bezug auf die soeben angesprochene verfassungsrechtliche Tragweite des Elternrechts gem. Art. 6 II 1 GG resultiert aus der **Entscheidungsmaxime** zugunsten des **Kindeswohls** zugleich die **Pflichtbindung**<sup>124</sup> der Eltern, deren Erziehungsrecht hierdurch **eingeschränkt** wird. Deshalb wird vielfach der Begriff der **Elternverantwortung** dem des "Elternrechts" vorgezogen<sup>125</sup>. Das **staatliche Wächteramt** in **Art. 6 II 2 GG** unterstreicht bereits auf verfassungsrechtlicher Ebene die u.a. in § 1631 b BGB familienrechtlich umgesetzte **Grenze** der elterlichen Erziehungsbefugnis.

Normative Anknüpfungspunkte für die inhaltliche Bestimmung des **Kindeswohls**<sup>126</sup> finden sich auf einfachgesetzlicher Ebene beispielweise in §§ 1626, 1631 I, II, 1632 IV, 1684 IV, 1685, 1687 BGB. Angesichts der **evidenten Grundrechtsrelevanz** der Unterbringung (siehe oben, II) ist eine Konkretisierung des "Kindeswohls" zu fordern, zumal sich der Gefährdungskatalog aus § 1666 BGB - der sich auf das Verhalten der Eltern bzw. von Dritten bezieht - nicht unproblematisch auf § 1631 b BGB übertragen läßt. Wünschenswert ist deshalb eine vergleichbar bestimmte Regelung, wie sie § 1906 I BGB für das Wohl der Unterbrachten im Rahmen der Betreuung (nach § 1896 ff. BGB) vorsieht.

Unter dem Aspekt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes postuliert die Literatur<sup>127</sup> eine Unterbringung nur in besonderen Ausnahmefällen, namentlich bei Vorliegen einer **Selbst- oder Fremdgefährdung**<sup>128</sup> des Kindes.

#### **IV) Familiengerichtliche Entscheidung**

##### **1) Die einstweilige Unterbringung gem. § 1631 b BGB im Kontext der elterlichen Sorge**

§ 1631 b BGB ist systematisch im Fünften Titel - betreffend die elterliche Sorge - kodifiziert. Unter diesem Blickwinkel kann diese Maßnahme als eine (wie auch immer zu bewertende) **Ausgestaltungsform** des **Sorgerechts** angesehen werden. Weil dies nach der Restriktion durch das staatliche Wächteramt gem. Art. 6 II 2 GG (verfassungsrechtlichen und demzufolge) einfachgesetzlichen Grenzen unterliegen muß, enthalten die §§ 1626 ff. BGB - neben ihrer Sorgerechtsgewährleistung - entsprechende **Einschränkungen**,

124) Jarass/Pieroth, GG, Art. 6, Rdz.28, 30

125) Jarass/Pieroth, GG, Art. 6, Rdz.28

126) Um einen recht detaillierten systematischen Gesetzes- und Rechtsprechungsüberblick hinsichtlich der mit dem Kindeswohl befassten Bestimmungen des BGB hat sich Dieter Wilhelm Weyhardt (Die familienrechtliche Regelung der elterlichen Verantwortung, in: ZfJ 1999, 268 [274 ff.] ) verdient gemacht, der zugleich 11 Konkretisierungsmerkmale zur inhaltlichen Ausfüllung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes entwickelt und anschaulich dargestellt hat.

127) Saage, Erwin; Göppinger, Horst et al.: Freiheitsentziehung und Unterbringung, 3. Aufl., 1994, § 1631 b, Rdz.5; Soergel/Strätz, BGB, Familienrecht II (§§ 1589-1921), 1987, § 1631 b, Rdz.9

128) gegen die Einbeziehung der Fremdgefährdung in § 1631 b (vermutlich wegen des Wortlauts in Satz 3 dieser Norm, "Wohl des Kindes"), Staudinger/Salgo, BGB, Viertes Buch, Familienrecht, § 1631 b, Rdz.17

z.B. die Berücksichtigungspflicht in § 1626 II 1 BGB sowie das gemeinsame und einvernehmliche Ausübungsrecht zum Wohle des Kindes nach § 1627 bzw. § 1626 a BGB. Schließlich begrenzt § 1631 II BGB das Sorgerecht durch das Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen (vgl. auch § 1631 lit. a und lit. c BGB als weitere Einschränkungen).

Das **Aufenthaltsbestimmungsrecht** in § 1631 I BGB als eine **Ausprägungsvariante** der **Personensorge** nach § 1626 I BGB unterliegt somit der **Beschränkung** des § 1631 b BGB, der eine **elterlich initiierte Unterbringung** des Kindes mit **freiheitsentziehender** Wirkung der **richterlichen Kontrolle** unterwirft - ein Freiheitsentzug **ohne** Zustimmung des Gerichts ist daher grundsätzlich **unzulässig** (Ausnahme: § 1631 b S.2 BGB, dazu Pkt. 4). Der **Richtervorbehalt** ist unmittelbarer Ausfluß des **staatlichen Wächteramtes** gem. Art. 6 II 2 GG und soll verhindern, daß die Eltern "still und heimlich" ihr "unbequemes" Kind unterbringen (lassen), ohne daß dessen Wohl<sup>129</sup> (arg. ex § 1631 b S.3 BGB) diese grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahme überhaupt notwendig macht. Eine **kontraindizierte** und demnach **nicht genehmigungsfähige** Unterbringung geht über das noch zulässige Maß des Aufenthaltsbestimmungsrechts des § 1631 I BGB hinaus und stellt einen **Mißbrauch** des elterlichen Sorgerechts dar. Damit ist die einstweilige Unterbringung zunächst von der einvernehmlichen, gemeinsamen elterlichen Entscheidung nach § 1627 bzw. § 1626 a (ggf. i.V.m. § 1628) BGB **und** von der familiengerichtlichen Zustimmung abhängig.

## 2) Inhalt, Umfang und Zeitpunkt der familiengerichtlichen Unterbringungsgenehmigung in § 1631 b S.1 BGB i.V.m. § 70 f I Nr.2 FGG

Um dem Anspruch des staatlichen Wächteramtes in Art. 6 II 2 GG zu genügen, besteht die **richterliche Kontrolle nicht** lediglich in einer "**formalen Bestätigung**" des elterlichen Unterbringungsbegehrens, sondern es hat am **Maßstab des Kindeswohls** (arg. ex § 1666 BGB) eine **inhaltliche Überprüfung** vorzunehmen, bei der **nicht** das Interesse der Eltern an der Freiheitsentziehung zu berücksichtigen ist<sup>130</sup> ("Kindeswohl statt Elternwohl").

Nochmals ist darauf hinzuweisen, daß **nicht** das Gericht aus eigener Initiative die Unterbringung nach § 1631 b BGB anordnet, sondern daß es nach Prüfung der materiellen Unterbringungs Voraussetzungen auf der Basis des Kindeswohls diese - **allein von den Eltern** als **Aufenthaltsbestimmungsberechtigte beschlossene** - Freiheitsentziehung **genehmigt**.

Die "**Genehmigung**" in § 1631 b S.1 BGB ist (im eigentlichen Sinne) **untechnisch**, also **nicht** als nachträgliche Zustimmung i.S.d. § 184 I BGB, zu verstehen, sondern sie hat grundsätzlich **vor** der Heimweisung zu erfolgen (arg. ex § 1631 b S.2 BGB, der die Pflicht zum unverzüglichen Nachholen verlangt). Nur auf diese Weise sind die zwingenden verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 104 II GG gewahrt. Werden Kinder bzw. Jugendliche **ohne** gerichtliche Genehmigung in einer Einrichtung untergebracht, machen sich die dafür verantwortlichen Personen gem. § 239 StGB wegen **Freiheitsberaubung** strafbar, sofern nicht der Ausnahmetatbestand des § 1631 b S.2 BGB gegeben ist, dessen "Gefahrenverhinderung bzw. -beseitigung" als **Notstandshilfe** gem. § 34 StGB anzusehen ist, welche die Rechtswidrigkeit der Freiheitsberaubung eliminiert (wobei es keinerlei Bedenken begegnet, daß das Erhaltungsgut [körperliche Unversehrtheit] und das Eingriffsgut [körperliche Fortbewegungsfreiheit] ein- und demselben Rechtsgutträger, dem betroffenen Kind, zustehen). Aber nach dem soeben Ausgeführten "paßt" wiederum der Wortlaut in § 1631 b S.1 BGB hinsichtlich der "Genehmigung" als **nachträgliche** Zustimmung gem. § 184 I BGB insofern, als das Familiengericht "im Nachhinein" eine von den **Eltern bereits zuvor beschlossene** Maßnahme für zulässig erklärt und bestätigt.

**Inhalt** und **Umfang** der zu treffenden Entscheidung sind vom Familiengericht nach Maßgabe des § 70 f I Nr.2 FGG "näher" zu bezeichnen. Gemessen an der **grundrechtlichen Eingriffsintensität** hinsichtlich des betroffenen Kindes wird sich das Gericht eingehend mit der Frage zu befassen haben, **ob** das Kindeswohl eine derart einschneidende Maßnahme überhaupt notwendig macht und ob die **Freiheitsentziehung** infolge

129) auf den Unterbringungszweck des Kindeswohls macht insbesondere das AG-Gluckstadt, FamRZ 1980, 824, aufmerksam

130) Staudinger/Salgo, BGB, Viertes Buch, Familienrecht, § 1631 b, Rdz.22

ihrer **ultima-ratio**-Funktion dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** Rechnung trägt. Dessen drei Prüfungselemente der **Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit** garantieren eine optimale und effektive richterliche Entscheidung, die (neben dem Kindeswohl als oberste Richtschnur) sowohl dem Subsidiaritätsprinzip (Vorrang milderer Mittel gem. §§ 27 ff. SGB VIII, vgl. Abschnitt I), als auch der Berücksichtigung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts aus § 1631 I BGB in diesem Ausnahmefall gerecht wird. Das Tatbestandsmerkmal **“näher”** (zu bezeichnen) in § 70 f I Nr. 2 FGG deutet darauf hin, daß hier keine stichpunktartige, floskelhafte **“Formalbestätigung in Textbausteinform”** zu erfolgen hat, sondern daß das Familiengericht in dem zu treffenden Beschluß die o.g. Verhältnismäßigkeitskriterien inklusive der Subsidiaritätsklausel zu erörtern und entsprechend zu würdigen hat. Dabei muß das Gericht die Maßnahme in örtlicher und zeitlicher Hinsicht angeben<sup>131</sup>. Demgegenüber darf das Gericht keine bestimmte Einrichtung im Beschluß vorgeben<sup>132</sup>, vielmehr wird die konkrete Unterbringungsinstitution von den Eltern festgelegt<sup>133</sup>.

Die Genehmigung ist gem. § 70 I 2 Nr. 1 a i.V.m. § 70 c FGG erst **nach** einer **Anhörung** des Betroffenen zu erteilen. Das **Jugendamt** ist **vor** der Unterbringung vom Familiengericht gem. § 49 a I Nr. 5 FGG **anzuhören**.

### 3) Funktionelle Zuständigkeit zur Anordnung der einstweiligen Unterbringung

Funktionell zuständig für den Erlass der einstweiligen Unterbringung i.S.d. § 1631 b BGB ist der (Familien-) **Richter**. Zwar könnte aus § 3 Nr. 2 a i.V.m. § 14 RPfLG die Zuständigkeit des Rechtspflegers abgeleitet werden, da § 14 RPfLG in seinem Katalog die ausschließlich dem Richter vorbehaltene Verfügung der Maßnahme nach § 1631 b BGB **nicht** nennt<sup>134</sup>, allerdings **untersagt** § 4 II Nr. 2 RPfLG dem Rechtspfleger die Anordnung von Freiheitsentziehungen, die die gem. Art. 104 II 1, 2 GG **ausschließlich** einer **richterlichen** Entscheidung unterliegen.

### 4) Die Unterbringung ohne Richterbeteiligung: § 1631 b S. 2 BGB

Lediglich in **besonderen Ausnahmefällen**, z. B. bei Suizidgefahr des Kindes oder bei unmittelbarer Gefahr des Begehens schwerer Straftaten<sup>135</sup> gestattet § 1631 b 2 BGB die Unterbringung **ohne** richterliche Zustimmung, die aber unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern i.S.d. § 121 I BGB, **nachzuholen** ist. Diese - **zunächst** zustimmungsfreie - Unterbringung ist also dann zulässig, wenn **infolge** der **Gefahr** i.S.d. § 1631 b S. 2 BGB eine **einstweilige Anordnung** der **vorläufigen Unterbringung** gem. § 70 h FGG (dazu V) **nicht** mehr **rechtzeitig** getroffen werden kann. Somit ist **§ 1631 b S. 2 BGB gegenüber § 70 h FGG subsidiär**.

Diese nachträgliche richterliche Genehmigungsmöglichkeit (bzw. -pflicht) stellt jedoch keinen **“Freibrief”** für materiell-rechtlich kontraindizierte (cave: Kindeswohl!) freiheitsentziehende Maßnahmen dar, die nach deren Beendigung **“pro forma”** genehmigt werden könnten. *Hinz*<sup>136</sup> hebt mit Recht hervor, daß ein (schon anfänglich rechtswidriger) und im Nachhinein genehmigter Freiheitsentziehung dennoch [materiell] **rechtswidrig bleibt** (trotz Genehmigung i.S.d. § 1631 b S. 2 BGB), **wenn** mit dem Aufschub **keine** Gefahr i.S.d. § 1631 b 2 BGB verbunden war - denn die richterliche Genehmigung sei **“Kontrollakt ohne Rück-**

131) Bumiller, Ursula; Winkler, Karl, FGG, 7. Aufl., 1999, § 70 f, Rdz. 1

132) BayObLG-FamRZ 1993, 600; FamRZ 1994, 320 (322); OLG-Düsseldorf-FamRZ 1995, 118

133) Keidel/Kuntze/Winkler/Kayser et al., FGG, 14. Aufl., 1999, § 70 f, Rdz. 3

134) vor Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes (BtG) am 01.01.1992 war die dem Richter obliegende Unterbringung gem. § 1631 b BGB in § 14 I Nr. 10 RPfLG geregelt, der jedoch mit Geltungsbeginn des BtG aufgehoben worden ist (FamRefK-Meyer-Stolte, § 14 RPfLG, Rdz. 17)

135) Saage/Göppinger, Freiheitsentziehung und Unterbringung, § 1631 b, Rdz. 7

136) nach Hinz (der mißverständlich die Rechtswidrigkeit bejaht, **“obwohl”** mit dem Aufschub keine Gefahr verbunden war) in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8, Familienrecht II, 3. Aufl. 1992, § 1631 b, Rdz. 8 m.w.N.

wirkung". Diese Argumentation überzeugt neben verfassungsrechtlichen auch aus **strafrechtsdogmatischen** Erwägungen, da der Anknüpfungspunkt für die Rechtswidrigkeitsbeurteilung ex post **nicht** in der formalen, verfahrensmäßigen Bestätigung durch den Richter besteht, sondern einzig und allein in der Feststellung des Vorliegens der **materiellen Tatbestandsvoraussetzungen** zum Zeitpunkt der Unterbringung.

## 5) Familiengerichtliche Kontrolle während der Unterbringung und Beendigung der Maßnahme

### a) Reguläre Beendigung nach § 1631 b S.3 BGB i.V.m. § 70 i I 1 FGG

Mit der Formulierung, daß das Gericht die Genehmigung **zurückzunehmen** hat, wenn das Wohl des Kindes die Unterbringung nicht mehr erfordert, impliziert **§ 1631 b S.3 BGB i.V.m. § 70 i I 1 FGG** indirekt eine **regelmäßige Überprüfungsspflicht** hinsichtlich des Vorliegens der Unterbringungsvoraussetzungen. Denn nur auf diese Weise besteht die Möglichkeit, jederzeit unverzüglich und adäquat auf die sich ändernden Bedingungen der (psycho-)sozialen Situation des Kindes zu reagieren und die Unterbringungsbestimmung an die jeweilige tatsächliche Entwicklung anpassen zu können.

Aufgrund dieser **immanenten Prüfungspflicht** in § 1631 b S.3 BGB bedarf es **keines** Rückgriffs auf die - demgegenüber allgemeinere - Regel des § 1696 III BGB, der nach grammatikalischer und systematischer Interpretation ausschließlich für gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls gem. § 1666 BGB bzw. des Kindesvermögens i.S.d. § 1667 BGB Geltung beansprucht. Deshalb gelangt hierbei das Einschätzungs- und Bewertungsproblem, **ab wann** die Unterbringung i.S.d. § 1696 III BGB "länger dauert", **nicht** zur Entstehung, weil die (für diesen Normalfall) **abschließende Spezialregelung** des **§ 1631 b S.3 BGB** eine in jeder Phase der Unterbringung **von Amts wegen** zu prüfende Frage aufwirft, **ob** das Kindeswohl diese Maßnahme **auch weiterhin** noch erfordert. Durch die Zuständigkeit des Familiengerichts bzgl. § 1631 b BGB wird die sachliche Alternativzuständigkeit des Vormundschafts- bzw. Familiengerichts in § 1696 BGB ebenfalls **nicht** bedeutsam. Darüber hinaus können das Kind, die Eltern, die Unterbringungseinrichtung sowie die Kinder- und Jugendbehörde **jederzeit** eine **Überprüfung** anregen. Als Pendant zur elterlichen Entscheidung zugunsten der Unterbringung (s.o., Pkt. 1, 2) haben sie dementsprechend das Recht, die Freiheitsentziehung **jederzeit** wieder zu **beenden**<sup>137</sup> - hier kommt wiederum das **Aufenthaltsbestimmungsrecht** aus § 1631 I BGB i.V.m. dem **Herausgabeanspruch** gem. § 1632 BGB zum tragen.

### b) Sperrwirkung der (drohenden) Gefährdung des Kindeswohls nach § 1666 BGB als Aufhebungs- und Herausgabebehinderung

Eine objektive Grenze der elterlichen Unterbringungsauflösungsbefugnis markiert allerdings eine zu befürchtende **Gefährdung des Kindeswohls** gem. **§ 1666 BGB**, die den Leiter der Einrichtung u.U. zur **Verweigerung der Kindesherausgabe** nach **§ 1632 I BGB** und zur Erwirkung einer gerichtlichen Entscheidung zwingt<sup>138</sup>. Hier **überlagert** der **Gefährdungstatbestand** des § 1666 BGB und das dadurch hervorgerufene gerichtliche Veto als Ausdruck des **staatlichen Wächteramtes** nach **Art. 6 II 2 GG** das elterliche Erziehungs- bzw. Aufenthaltsbestimmungsrecht nach Art. 6 II 1 GG i.V.m. § 1631 I BGB und **kassiert** somit die (unter Pkt. a) beschriebene **Aufhebungsbefugnis** nach § 1631 b S.3 BGB. Konsequenterweise **verbietet** sich bei Vorliegen einer derartigen Situation i.S.d. **§ 1666 BGB** - trotz ausdrücklichen elterlichen Verlangens auf Beendigung der Freiheitsentziehung - die Unterbringungsauflösung, da der **Herausgabeanspruch** nach **§ 1632 I BGB** wegen der **Widerrechtlichkeitsklausel** erst gar **nicht** entsteht, weil die **Gefährdung des Kindeswohls** einen **Rechtfertigungsgrund** für die "Vorenthaltung" des Kindes darstellt.

Bei Bejahung einer **Gefährdungssituation** darf - im Gegensatz zur regulären elterlichen Aufhebungsbefugnis nach § 1631 b S.3 BGB (s.o., Pkt. a) - diese Entscheidung nur vom **Gericht** getroffen werden,

137) Staudinger/Salgo, BGB, Viertes Buch, Familienrecht, § 1631 b, Rdz.28

138) Staudinger/Salgo, BGB, Viertes Buch, Familienrecht, § 1631 b, Rdz.28

da im Interesse des Kindeswohls **nicht** die Eltern darüber befinden sollen, **ob** und unter welchen Voraussetzungen eine **Gefährdung** nicht mehr zu besorgen ist. Schon allein der Umstand, **daß** sie überhaupt während der einstweiligen Unterbringung mit der zwangsläufigen Intervention des Gerichts aufgrund der Voraussetzungen des **§ 1666 BGB** konfrontiert werden mußten, indiziert die (wenn auch widerlegbare) Vermutung, daß die Eltern zur Personensorge - und synchron dazu zur Aufenthaltsbestimmung nach § 1631 I BGB - (wenigstens zum gegenwärtigen [Entscheidungs-]Zeitpunkt) **nicht** oder **nur bedingt** in der Lage sind. Ihnen aufgrund eines falsch verstandenen Verfassungsverständnisses aus Art. 6 II 1 GG die Entscheidungsautonomie über den Wegfall der Gefährdung nach § 1666 BGB zugestehen zu wollen, hieße das staatliche Wächteramt zu unterlaufen und das Kindeswohl zur freien Disposition der Eltern zu stellen.

Gegen den Unterbringungsbeschluß des Familiengerichts ist der **Rechtsbehelf** der **Beschwerde** gem. § 621 e I ZPO zulässig.

## V) Vorläufige Unterbringung durch einstweilige Anordnung gem. § 1631 b BGB i.V.m. § 70 h FGG

### 1) Erlaß der einstweiligen Anordnung

§ 70 h FGG i.V.m. § 70 I 2 Nr.1 a FGG ermöglicht in **besonderen Eilfällen** die **vorläufige** Unterbringung im Wege der **einstweiligen Anordnung** auf Ersuchen der Eltern (arg. ex §§ 1631 I, 1631 b BGB)<sup>139</sup> sowie von Amts wegen nach Maßgabe des Amtsermittlungsgrundsatzes gem. § 12 FGG<sup>140</sup>.

**Ob** ein Unterbringungs**antrag** durch die **Eltern** erforderlich ist, wird unterschiedlich geregelt: Während die Genehmigung der **regulären Unterbringung** i.S.d. § 70 I 2 Nr.1 bis Nr.3 FGG eines **Antrags** bedarf, wenn diese Maßnahmen endgültig sein sollen, wird für die **Genehmigung der vorläufigen Unterbringung** des Kindes i.S.d. **§ 70 h FGG kein** Antrag vorausgesetzt, auch wenn die Eltern i.d.R. einen entsprechenden Antrag stellen werden<sup>141</sup>. Daß diese **Freiheitsentziehung auch ohne** den elterlichen Unterbringungsantrag (von Amts wegen) zulässig sein muß, zeigt die (in Abschnitt III behandelte) **materiell-rechtliche Zielvorgabe des § 1631 b BGB**: Wenn das **Kindeswohl** ohne die vorläufige Unterbringung ernstlich gefährdet wäre, **zwingt** das **staatliche Wächteramt** aus **Art. 6 II 2 GG** als **“Hüter des Kindeswohls”** das Vormundschaftsgericht dazu, stellvertretend für die (aus welchen Gründen auch immer) untätig bleibenden oder möglicherweise auch mit dieser Maßnahme **nicht** einverständenen Eltern die Genehmigung der vorläufigen Unterbringung zu erteilen. Durch den **“Antragsverzicht”** wird deutlich, daß die **einstweilige Anordnung auch gegen** den Willen der Eltern vom Vormundschaftsgericht genehmigt und veranlasst werden kann.

- Bedingung für diese Maßnahme ist das Vorliegen der in **§ 69 f I FGG** genannten Voraussetzungen, namentlich **dringende** Gründe für die Annahme, daß die materiell-rechtlichen Vorgaben des **§ 1631 b BGB** zu bejahen sind und **kumulativ** hierzu, daß mit einem Aufschub der Entscheidung eine **Gefahr** für das Kind verbunden wäre (§ 69 f I 1 Nr.1 FGG analog i.V.m. § 70 h I 2 FGG). Diese Gefahr muß durch **konkrete Tatsachen** begründet sein und muß für **wichtige Rechtsgüter** bestehen; weiterhin muß sie sich mit **Wahrscheinlichkeit** realisieren, **wenn** bis zur **endgültigen** Entscheidung abgewartet wird<sup>142</sup>.

Darüber hinaus muß ein **ärztliches Zeugnis** über den Zustand des unterzubringenden Kindes vorliegen, aus dem sich die entsprechenden Gründe (= Befundtatsachen) ergeben, ebenso hat dessen Anhörung zu erfolgen (§ 69 f I Nr.2, Nr.4 FGG).

---

139) Daß der durch die Eltern beantragte Erlaß der einstweiligen Anordnung durch das Gericht auch abgelehnt werden kann, zeigt das (in Pkt. 2 zu besprechende) elterliche Beschwerderecht gem. § 22 FGG.

140) Staudinger/Salgo, BGB, Viertes Buch, FamR., § 1631 b, Rdz. 43 m.w.N.

141) Keidel/Kuntze/Kayser, FGG, § 70 h, Rdz.4

142) Keidel/Kuntze/Kayser, FGG, § 70 h, Rdz.5

Gemäß § 70 h I 3 i.V.m. § 70 d II FGG sollen - sofern nicht Gefahr im Verzug ist - auch die Eltern des Kindes vor der vorläufigen Unterbringungsmaßnahme vom Familiengericht angehört werden. Hierdurch soll (auch für den Fall des Antrags durch die Eltern) einerseits deren **Erziehungsrecht** aus Art. 6 II 1 GG Rechnung getragen werden, andererseits soll aber zugleich eine **Mißbrauchskontrolle** für **nicht** indizierte, d.h. dem **Kindeswohl** nicht dienende Unterbringungsmaßnahmen vorgeschaltet werden (= **Grenze des elterlichen Erziehungsprimats** durch das **Vormundschaftsgericht** als **Funktionsträger** des **staatlichen Wächteramtes**).

Die **Dauer** der **vorläufigen** Unterbringung darf eine Zeitspanne von **6 Wochen** nicht überschreiten (§ 70 h II 1 FGG) und endet mit Fristablauf oder mit deren Aufhebung. Falls dieser Zeitraum nicht ausreicht, kann die vorläufige Unterbringung gem. § 70 h II 2 FGG nach Anhörung eines Sachverständigen durch eine **weitere einstweilige Anordnung** bis zu einer Gesamtdauer von **drei Monaten** verlängert werden. Bei Nichterreichbarkeit einer vorläufigen Unterbringungsmaßnahme nach § 70 h FGG aufgrund einer dringenden Gefahrenlage kommt die vorläufige Unterbringung **ohne** Richterbeteiligung durch die Eltern oder auch durch den Kinder- bzw. Jugendpsychiater<sup>143</sup> gem. § 1631 b S.2 BGB zum Zuge (vgl. auch Abschnitt IV 4), wobei die Eltern (ggf. auch der Mediziner) die richterliche Genehmigung **unverzüglich nachzuholen** haben.

## 2) Rechtsschutz gegen die einstweilige Anordnung

Sowohl die einstweilige Anordnung als auch deren Ablehnung können mit der befristeten (weiteren) Beschwerde gem. § 22 FGG angefochten werden, dasie erst mit Eintritt der **Rechtskraft** wirksam werden: § 70 h I 2 FGG verweist auf diesen Zeitpunkt der Wirksamkeit der Entscheidung in § 70 g III 1 FGG und § 70 m FGG wiederum erklärt unmittelbar hieran anknüpfend die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde gegen erst mit Rechtskraft wirksam werdende Beschlüsse.

Der Kreis der Beschwerdeberechtigten ergibt sich aus § 70 d FGG, auf den § 70 m II FGG verweist und entspricht somit derselben Personengruppe, der vor Durchführung einer Unterbringungsmaßnahme Gelegenheit zur Äußerung gegeben ist.

## 3) Eingeschränkte nachträgliche Modifikationsmöglichkeiten bzgl. der einstweiligen Anordnung gem. § 18 II bzw. § 70 i FGG

Weil die einstweilige Anordnung i.S.d. § 70 h FGG mit der sofortigen Beschwerde gem. § 70 m I i.V.m. § 70 g III 1 FGG angreifbar ist (s.o., Pkt. 2), kann diese Verfügung gem. § 18 II FGG **nicht** mehr nachträglich geändert werden. Allerdings gestattet § 70 i FGG i.V.m. § 1631 b S.3 BGB neben der Aufhebung der Unterbringungsmaßnahme auch deren **Verlängerung** (§ 70 i II FGG).

## VI) Unterbringungsmodalitäten: Freiheitsentziehung versus Freiheitsbeschränkung

“Unterbringung” bedeutet Fremdplazierung des Kindes außerhalb des Elternhauses, wobei es auf die zeitliche Ausdehnung der Freiheitsentziehung **nicht** ankommt, so daß **auch** nur **kurzfristige** oder **vorübergehende** Maßnahmen dieser Art genehmigungspflichtig sind<sup>144</sup>. Angesichts des Freiheitsverlusts können auch kurze Momente sprichwörtlich zu einer “Ewigkeit” werden - **Art. 2 II 2 i.V.m. Art. 104 I 1, Abs. II 1, 2 GG** gebietet **zwingend** diese richterliche Kontrolle, um **Mißbrauchstendenzen** einer angeblich “ohnehin nur kurzen Unterbringung” ohne dessen Überprüfung von vornherein **entgegenzuwirken** (vgl. Abschnitt IV 1, 2).

Weil § 1631 b BGB ausschließlich die mit einer Freiheitsentziehung i.S.d. Art. 104 II 1 GG verbundene Unterbringung erfasst und mit einer Genehmigungspflicht überzieht, unterfallen die lediglich freiheits-

143) Staudinger/Salgo, BGB, Viertes Buch, FamR., § 1631 b, Rdz.19

144) Staudinger/Salgo, BGB, Viertes Buch, FamR., § 1631 b, Rdz.11

**beschränkenden** Maßnahmen **nicht** dem Anwendungsbereich dieser Norm<sup>145</sup>. Eine Freiheitsentziehung liegt vor, wenn die Heiminsassen auf einem bestimmten, beschränkten Raum festgehalten werden, ihr Aufenthalt ständig überwacht und die Aufnahme von Kontakten mit Personen außerhalb des Raumes durch Sicherungsmaßnahmen verhindert wird (z.B. bei einer Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung [Heim, Anstalt oder Abteilung], u.U. auch in einer halboffenen Einrichtung<sup>146</sup> oder bei einer stationären Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt)<sup>147</sup>.

Mitumfasst wird ebenfalls die Heimerziehung bzw. eine sonstige betreute Wohnform nach § 34 SGB VIII, soweit sie mit freiheitsentziehenden (und nicht lediglich -beschränkenden) Folgen einhergeht (auch hier besteht - wie in § 1631 b BGB - die Möglichkeit der Unterbringung in einem **geschlossenen Heim**, wobei als Ermächtigungsgrundlage für die Freiheitsentziehung gem. Art. 104 I GG **nicht** § 34 SGB VIII, sondern **allein § 1631 b BGB** unter den dort genannten Voraussetzungen in Betracht kommt). Mangels erforderlicher Freiheitsentziehung unterfällt der Aufenthalt in einem Erziehungs**internat nicht** dieser Bestimmung<sup>148</sup>. Ebenso wenig werden lediglich unterbringungs**ähnliche** Maßnahmen wie die Fixierung, Fesselung oder die medikamentöse Sedierung von § 1631 b BGB erfasst<sup>149</sup>; sie sind nach dem Willen des Gesetzgebers ausschließlich für die untergebrachten Betreuten unter den Voraussetzungen des § 1906 IV BGB zulässig<sup>150</sup>.

Zwar weisen diese unterbringungsähnlichen Maßnahmen in phänomenologischer Sicht eine große Ähnlichkeit zu den freiheitsentziehenden Maßnahmen nach § 1631 b BGB auf, so daß deren Genehmigungspflichtigkeit nicht außer Zweifel stehen kann - allerdings weder auf der einen, noch auf der anderen Ermächtigungsgrundlage (dazu sogleich Problemschwerpunkt 2).

- **Nicht** zur Unterbringung i.S.d. § 1631 b BGB gehört ebenfalls die nur vorläufige Unterbringung gem. § 42 SGB VIII. Des weiteren findet der soeben diskutierte § **1906 BGB** - und nicht § 1631 b BGB - Anwendung, wenn es um die Unterbringung einer **volljährigen** Person geht.

Schließlich liegt **keine** Freiheitsentziehung (trotz Unterbringung!) vor, wenn der Minderjährige in diese Maßnahme **eingewilligt** hat und er über ein hinreichendes und altersentsprechendes Erkenntnis- und Entscheidungsniveau verfügt<sup>151</sup>. Hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit dürften dieselben Kriterien heranzuziehen sein, wie sie für die Körperverletzung nach § 228 StGB gelten. Der nach der Einwilligung

145) Die Beschlußempfehlung und der Bericht des Rechtsausschusses begründen die fehlende Freiheitsentziehung im Rahmen von Unterbringungen mit Freiheitsbeschränkungen, die bei dem betreffenden Kind altersüblich sind (BT-Drucksache 8/2788 v. 27.04.1979, S. 51)

146) so das AG-Kamen, FamRZ 1983, 299; a.A.: Damrau, Anmerkung zum vorgenannten Urteil, FamRZ 1983, 1060 f., der vorliegend eine lediglich freiheitsbeschränkende (und damit nicht genehmigungspflichtige) Maßnahme annimmt; ebenso auch das KreisG Schwedt/Oder-FamRZ 1993, 601 f.

147) Münchener Kommentar zum BGB, Bd.8, Familienrecht II, § 1631 b, Rdz.2, bearbeitet von Hinz; Palandt/Diederichsen, BGB, § 1631 b, Rdz.2;

148) Palandt/Diederichsen, BGB, § 1631 b, Rdz.3

149) LG-Essen, FamRZ 1993, 1347 (1348): da § 1631 b BGB keine unterbringungsähnlichen Maßnahmen regelt, sind sie nach dieser Norm nicht genehmigungsfähig, so daß auf § 1906 IV BGB zurückzugreifen ist; Soergel, BGB-Nachtrag, 12. Aufl., zu § 1631 b, Rdz.6;

differenzierend: Hinz in Münchener Kommentar, § 1631 b, Rdz.2, der bei einer längerandauernden Fixierung (auf einem Stuhl oder Bett) eine (genehmigungspflichtige) Freiheitsentziehung annimmt, die bei fehlender Indikation bzw. bei Nichtvorliegen einer rechtfertigenden Notstandslage i.S.d. § 34 StGB zugleich eine Freiheitsberaubung gem. § 239 StGB darstellen kann.

150) Nach der gesetzgeberischen Begründung zum Entwurf des BtG (BT-Drucksache 11/4528 v. 11.05.1989, S. 82) sind folgende Maßnahmen (lediglich) als Freiheits**beschränkungen** anzusehen:

- Festbinden mit einem Leibgurt am Bett bzw. auf einem Stuhl
- Anbringen von Bettgittern
- ungewöhnlich komplizierte Schließmechanismen, um am Verlassen der Einrichtung zu hindern
- zeitweiliges Verschließen der Eingangstür
- Verabreichen von Schlafmitteln
- Verhinderung des Verlassens der Anstalt durch den Pförtner oder durch andere Personen.

151) Saage/Göppinger, Freiheitsentziehung und Unterbringung, § 1631 b, Rdz.4

erfolgte **Widerruf** ist beachtlich und führt zur Beendigungspflicht der Unterbringung bzw. zur Herbeiführung einer familiengerichtlichen Entscheidung.

Da die soeben beschriebenen **freiheitsbeschränkenden** bzw. **-entziehenden** Maßnahmen stets mit der Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit einer **Freiheitsberaubung** durch **Einsperren** oder durch **“andere Mittel“** i.S.d. § 239 StGB einhergehen, ist ein Ausblick auf diese Norm hilfreich. **“Einsperren“** bedeutet, eine Person durch äußere, meist mechanische Vorrichtungen oder Vorkehrungen daran zu hindern, sich nach ihrem potentiellen Willen aus dem Raum, in dem sie sich befindet, fortzubewegen<sup>152</sup>.

In Teilen der Literatur<sup>153</sup> wird das **“Einsperren“** als Mittel der Freiheitsberaubung in geschlossenen Einrichtungen bzw. Abteilungen **nicht** als tatbestandsmäßig angesehen, weil den Patienten auch in den nach außen geschlossenen Stationen ein so erheblicher Freiheitsraum verbleibe, daß von einer **vollständigen** Aufhebung der Bewegungsfreiheit **nicht** gesprochen werden könne, weshalb dem **“Eingesperrtsein“** die nach wie vor erhaltene Freiheitssphäre **innerhalb** der Station bzw. der Abteilung entgegenstehe. *Sack* und *Denger* (aaO.) begründen ihre Auffassung mit der eingangs definierten **Freiheitsentziehung**. - Dieser **Gleichsetzung** der **Freiheitsberaubung** i.S.d. § 239 StGB mit der **Freiheitsentziehung** gem. § 1631 b BGB ist **nicht** zuzustimmen, weil dadurch der von § 239 StGB intendierte Schutzzweck, die verfassungsrechtlich garantierte **Freiheit der Person** i.S.d. **Art. 2 II 1 und 2 und Art. 104 I, II GG**, auf ein teleologisch unhaltbares Maß reduziert würde. Entscheidend ist **nicht** eine bestimmte Angriffsmodalität, sondern unter Berücksichtigung der Rechtsgutsverletzung der tatbestandliche **Erfolg**<sup>154</sup>, der nach dem Wortlaut des § 239 StGB **keine** zusätzlichen Überwachungs- und Kontaktverhinderungsmöglichkeiten voraussetzt<sup>155</sup>. Mit Recht weisen *Amelung* und *Brauer*<sup>156</sup> darauf hin, daß die Freiheit **innerhalb** einer geschlossenen Abteilung irrelevant sei, wenn der Betreffende sie nicht verlassen könne. Hinsichtlich der Zulässigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen gem. **Art. 5 Nr.1 lit. c EMRK** bejaht auch *Peukert*<sup>157</sup> einen **-entzug** ebenfalls dann, wenn sich die Person innerhalb der Anstalt frei bewegen kann.

Schon das **Reichsgericht**<sup>158</sup> verlangte für die Feststellung einer Freiheitsberaubung **keine** **“absolute Einsperrung“**, es genüge, wenn die Benutzung der zum Ausgang bestimmten Vorrichtungen für den Betroffenen ausgeschlossen ist, so daß die von *Sack* und *Denger* (aaO.) postulierte Synonymität von Freiheitsberaubung und -entziehung (i.S.d. § 1631 b BGB) unzulässig ist. Auch **innerhalb** einer nach außen geschlossenen Einrichtung kann somit eine Einsperrung vorliegen. Die Kommentarliteratur<sup>159</sup> bejaht konsequenterweise eine Freiheitsberaubung **“auf andere Weise“**, wenn jemand durch gewaltsames Festhalten oder durch Blockieren der Ausgänge eines großen Gebäudekomplexes, innerhalb dessen Bewegungsfreiheit besteht, am Verlassen der Einrichtung gehindert wird. Des weiteren erfasst § 239 StGB über eine bloße Freiheitsentziehung hinaus auch weitergehende Maßnahmen i.S.d. § 1906 IV BGB, weil durch diese **unterbringungsähnliche** Maßnahmen ein qualitativ wie quantitativ noch **höherer Grad** der Einschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit erfolgt<sup>160</sup> (= totale Fixierung auf kleinstem Raum).

---

152) Leipziger Kommentar, StGB, 5. Bd., 10. Aufl., 1989 (LK-Schäfer), § 239, Rdz. 16

153) Sack, Hans-Jürgen; Denger, Burkhard, Freiheitsberaubung bei ungenehmigter Unterbringung von Kindern in jugendpsychiatrischen Kliniken?, MDR 1982, 972 (973)

154) Bloy, René, Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie?, ZStW 98 (1984), 703

155) so auch Schumacher, Ulrich, Freiheitsberaubung und **“Fürsorglicher Zwang“** in Einrichtungen der stationären Altenhilfe, Stree/Wessels-FS, 1993, S. 431 (440) m.w.N.

156) Amelung/Brauer, Anmerkung zum Beschluß des OLG-Schleswig v. 15.06.1984, 1 Ws 366/84, JR 1985, 474 (475)

157) EMRK-Kommentar/Frowein/Peukert, 2. Aufl., 1996, Art. 5, Rdz. 11

158) RGSt 8, 210 (211); RG-JW 1929, 2729 mit Zustimmung von Graf zu Dohna

159) Leipziger Kommentar, StGB, (LK-Schäfer), § 239, Rdz. 19

160) so auch zutreffend von Schumacher, Ulrich, Rechtsstaatliche Defizite im neuen Unterbringungsrecht, FamRZ 1991, 280 (281), bewertet

**Problemschwerpunkt [2]: Analoge Anwendung des § 1906 IV im Rahmen des § 1631 b BGB?**

Der Meinungsstreit, ob für die nach § 1631 b BGB untergebrachten Kinder unter analoger Anwendung des § 1906 IV BGB die dort genannten "Behandlungsformen" angewendet werden dürfen<sup>161</sup>, verfügt über eine besondere rechtsstaatliche Brisanz: es würde - **ohne** explizite **Ermächtigungsgrundlage** - noch massiver, als § 1631 b BGB es ohnehin gestattet - in den Privat- bzw. Intimbereich der Untergebrachten eingegriffen werden. Zahlreiche, bislang nur marginal geklärte Probleme werden aufgeworfen, die mit dem folgenden Fragenkomplex nur skizzenhaft umrissen werden sollen:

Welche Auswirkungen könnten die Maßnahmen gem. § 1906 IV BGB aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht bei Kindern haben?

Steht einer analogen Anwendung von § 1906 IV BGB nicht das in § 1631 II BGB verankerte (und unmittelbar mit der Menschenwürde des Kindes verwurzelte) Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen, insbesondere körperliche und seelische Mißhandlungen (als potentielle "Folgeschäden") entgegen?

Berücksichtigt diese Zwangsbehandlung die wachsende Fähigkeit und das wachsende **Bedürfnis des Kindes zu selbständigem und verantwortungsbewußtem Handeln** - oder konterkariert sie die Zielvorgaben des § 1626 II 1 BGB zu Lasten des Minderjährigen und der Eltern?

Wie sind die Maßnahmen in harmonischen Einklang mit dem **Recht des Kindes auf Förderung** seiner **individuellen und sozialen Entwicklung** und auf Erziehung zu einer **gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit** i.S.d. § 1 I, III Nr.1 SGB VIII zu bringen?

Widerspricht dies nicht dem Gebot der Jugendhilfe in § 1 III Nr.3 SGB VIII, Kinder vor Gefahren für ihr Wohl zu schützen, indem Minderjährige (wenn auch "nur" vorübergehend) faktisch entmündigt und sprichwörtlich ruhiggestellt werden können und wie sind potentielle "Spätfolgen" jener Maßnahmen zu beurteilen?

Stellt die Freiheitsentziehung durch "mechanische Vorrichtungen" bzw. durch Medikamente in § 1906 IV BGB etwa die Umsetzung dessen dar, was das GG in Art. 6 II 2 mit dem "staatlichen Wächteramt" meint?

Oder statuiert das **staatliche Wächteramt** in bestimmten Gefahrenlagen nicht eine Obhuts- und Schutzpflicht, aus welcher die Mitarbeiter der Kinder- und Jugendhilfe **garantenpflichtig** werden und deshalb in Notsituationen als letztes Mittel zu Maßnahmen nach § 1906 IV BGB greifen **müssen**, um sich nicht wegen eines fahrlässigen Unterlassungsdelikts strafbar zu machen (hierzu Problemschwerpunkt 3, Abschnitt VII)?

Liefe eine derartige "Erziehung" nicht sämtlichen liberal-aufgeklärten Erziehungskonzepten des 20. Jahrhunderts zuwider?

- Vorweg ist zunächst die Frage zu klären (um deren Beantwortung die Befürworter sich nicht bemüßigen), **ob** überhaupt die Voraussetzungen zur **Analogiebildung** erfüllt sind. Die Unterstellung einer "planwidrigen Regelungslücke" erscheint fragwürdig, zumal der Gesetzgeber § 1631 b BGB bei der Novellierung des Entmündigungs- bzw. Betreuungsrechts und schließlich bei der letzten großen Familienrechtsreform vom 01.07.1998 vermutlich nicht "übersehen" haben wird. Wenn der Gesetzgeber es schon für notwendig erachtet hat, allein die Freiheitsentziehung bei einem Kind gesetzlich festzulegen (arg. ex Art. 104 II 1 GG), dann hätte er - argumentum a minore ad maius - dies erst recht für die noch mehr einschneidenden Maßnahmen i.S.d. § 1906 IV BGB geregelt. Daß er genau dies **nicht** wollte<sup>162</sup>, zeigt (neben dem Wortlaut des § 1631 b BGB, der ausschließlich von "Unterbringung" spricht) der unmittelbare systematische Zusammenhang

161) Palandt/Diederichsen, BGB, § 1631 b, Rdz.3 und § 1906, Rdz.23 der sich für eine analoge Anwendung des § 1906 IV BGB gegenüber Kindern unter familiengerichtlicher Beteiligung ausspricht; ebenso Schwab, Das neue Betreuungsrecht, FamRZ 1990, 681 (687) und Staudinger/Salgo, BGB, Viertes Buch, Familienrecht, § 1631 b, Rdz.15

162) so i.E. auch LG-Essen, FamRZ 1993, 1347 (1348) sowie Dodegge, Anm. zum vorgenannten Judikat, S. 1348

des § 1631 b BGB: so nehmen §§ 1631 lit.a und lit.c BGB lediglich Bezug auf Ausbildung und Beruf sowie auf die Sterilisation des Kindes. Deshalb muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß jene in § 1906 IV BGB aufgeführten Eingriffsbefugnisse **abschließend** für die dort genannte Klientel bestimmt sind. Sehr aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang ein Blick in den **Gesetzesentwurf** der Bundesregierung zum **Betreuungsrecht**<sup>163</sup>. Dort heißt es ausdrücklich, daß die in § 1906 BGB enthaltenen Regelungen **nur** für **Betreute**, also **volljährige** Personen, vorgesehen sind. Die materiellen Bestimmungen der Unterbringung von Kindern nach § 1631 b BGB würden hiervon **nicht** berührt. Bezeichnenderweise beurteilt der Entwurf die Einbeziehung unterbringungsähnlicher Maßnahmen in die für Kinder geltende Regelung aus Sachgründen als "höchst problematisch." Im weiteren Begründungsverlauf wird jedoch deutlich, welche Zielgruppe der Gesetzesentwurf (aaO.) bei dieser Frage vor Augen hatte, weil er sich auf den Genehmigungsverzicht unproblematischer Sorgerechtsmaßnahmen (Verschließen der Wohnungstür, Anbringen von Bettgittern) gegenüber **Kleinkindern** bezieht. Aber gerade auf **diese** Personengruppe zielt § 1631 b BGB **nicht** ab, der primär von (zumindest situativ) verhaltensauffälligen Kindern ausgeht, so daß in dieser Frage ein dringender Regelungsbedarf indiziert ist (vgl. TEIL AV).

Darüber hinaus bestehen m.E. unüberwindbare dogmatische und praktische Einwände gegenüber der entsprechenden Anwendung des § 1906 (IV) BGB, weil diese Regelung **ausschließlich** dem Schutz vor **selbstschädigenden** Verhalten dient, während die drohende **Fremdschädigung nicht** hiervon, sondern vom Unterbringungsgesetz (UBG-BW bzw. PsychKG der Bundesländer) erfasst wird (vgl. auch Problemschwerpunkt 3 a.E.).

Eine weitere systematische Stütze findet diese Argumentation in **§ 1908 a BGB**, wonach ausschließlich für Minderjährige ab **17 Jahren** einzelne Maßnahmen nach §§ 1896, 1903 BGB getroffen werden können, so daß mit einem argumentum e contrario zu folgern ist, daß der Gesetzgeber bestimmte betreuungsrechtliche Normen für jüngere Kinder bzw. Jugendliche **nicht** regeln wollte.

Aus diesen Gründen hält die analoge Anwendung des § 1906 IV BGB i.R.d. § 1631 b BGB auch einer **verfassungsrechtlichen** Überprüfung **nicht** stand. Was von *Diederichsen* und *Schwab* als "Rechtsfortbildung" deklariert wird, stellt de iure eine vom geltenden Recht nicht mehr getragene Überdehnung des verfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmens dar. Durch diese Analogie - mag sie im Einzelfall noch so dringend geboten sein - wird der soeben beschriebene Wille des Gesetzgebers beiseite geschoben und durch eine vom eindeutigen Normtext gelöste "freie Rechtsschöpfung" ersetzt. Jenes Konglomerat aus Sorgerechts-elementen einerseits und Betreuungsrechtskomponenten für Volljährige andererseits wird dem Grundsatz des **Vorbehalts des Gesetzes** aus Art. 20 III GG, vorliegend konkretisiert in Art. 104 I, II 1, II 2 i. V.m. Art. 2 II 2, 3 GG, nicht gerecht, weil durch die Analogie zusätzliche, zumindest **faktisch** wirkende **freiheitsentziehende** Maßnahmen getroffen werden, die § 1631 b BGB für Kinder und Jugendliche in **dieser** Ausprägung eben **nicht** normativ abdeckt.

Es soll nicht geleugnet werden, daß für manche Kinder derartige Behandlungsmethoden das allerletzte Mittel sein können (oder müssen), um eine von ihnen drohende Selbst- oder Fremdschädigung abzuwenden, insbesondere bei Vorliegen schwerwiegendster psychischer Störungen. Aus der **klinischen Praxis**<sup>164</sup> wird berichtet, daß sozialverhaltensgestörte und "verwahrloste" Jugendliche **häufig** im Zusammenhang mit einer **suizidalen Syndromatik geschlossen** stationär aufgenommen werden, um schlimmste Eigengefährdungen mit letalem Ausgang zu verhindern. In der **Kinder- und Jugendpsychiatrie** sind (i.d.R. durch die Eltern initiierte) **freiheitsentziehende** Maßnahmen auf der Grundlage des § 1631 b BGB regulär bei **akuten schizophrenen Psychosen** und bei **Manien** erforderlich; des weiteren ist eine geschlossene Unterbringung in einer stationären Einrichtung der Jugendhilfe vorwiegend bei Jugendlichen indiziert, die **schwere Persönlichkeitsstörungen** aufweisen, welche wiederum Folgezustände massiver früherer

---

163) BT-Drucksache 11/4528, v. 11.05.1989, S. 82 f.

164) Gollwitzer/Rüth, Die geschlossene Unterbringung Minderjähriger aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, FamRZ 1996, 1388 (1390)

Bindungsstörungen darstellen<sup>165</sup>. Diese Krankheitsbilder können u.U. eine Sedierung oder sonstige "Beruhigung" des jugendlichen Patienten innerhalb einer intensiven psychiatrischen Behandlung und Pflege erforderlich machen. Eine bloße Unterbringung **ohne** die Maßnahmen i.S.d. § 1906 IV BGB wäre in einer derartigen Fallkonstellation mehr als kontraindiziert. Allerdings bedarf ein solch intensiver Grundrechtseingriff einer ebenso klar umrissenen **Ermächtigungsgrundlage** in § 1631 b BGB (z.B. durch einen Verweis in Satz 4 auf § 1906 IV BGB - über das Erfordernis einer eindeutigen Rechtslage unter dem Aspekt der Garantenstellung Problemschwerpunkt 3, Abschnitt VII).

**VII) Problemschwerpunkt [3]: Garantenpflichtigkeit in der Kinder- und Jugendhilfe<sup>166</sup> -  
Folgerungen für § 1631 b i.V.m. § 1906 IV BGB**

Die im Problemschwerpunkt 2 thematisierte analoge Anwendbarkeit der in § 1906 IV BGB genannten Maßnahmen im Rahmen des § 1631 b BGB soll im folgenden Abschnitt erneut aufgegriffen werden - allerdings unter **strafrechtlichen** Vorzeichen, nämlich der Frage, ob und inwieweit die an die Kinder- und Jugendhilfe gestellten Aufgaben im Einzelfall zugleich **Garantenpflichten** begründen können, durch welche die Jugendhilfe in besonderen Gefahrensituationen Vorkehrungen i.S.d. § 1906 IV BGB treffen müßten, um eine dem Minderjährigen drohende Gefahr abzuwenden - m.a.W.: **zwingt** eine möglicherweise bestehende **Garantenpflicht** nicht zu einer **analogen** Anwendung des § 1906 IV BGB im Notfall? - Um die Dringlichkeit einer eindeutigen Rechtslage zu verdeutlichen, sei das folgende Fallbeispiel zur Veranschaulichung dargestellt:

*Ein hochgradig depressiv-verstimmter 16-jähriger Jugendlicher wird von der Polizei auf der Hamburger Köhlbrand-Brücke im letzten Augenblick aufgegriffen, als er bereits das Gelände überstiegen hat, um in die Elbe hinabzuspringen. Der ihn zurückhaltenden Polizei berichtet der völlig verstörte Junge von "großen Problemen zu Hause" und daß er dorthin nicht mehr zurückkehren könne. Zur Erstversorgung verbringt ihn die Polizei in die kinder- und jugendpsychiatrische Abteilung einer städtischen Klinik und nimmt den Kontakt mit den Eltern des Jugendlichen auf. Nach deren Anhörung erläßt das Familiengericht gem. § 1631 b BGB einen Unterbringungsbeschluß, da sich diese Maßnahme für die ratlosen und überforderten Eltern (zumindest vorübergehend) als die beste Hilfsmöglichkeit für ihren Sohn darstellt. Zugleich ordnet das Gericht in Absprache mit den Eltern die geschlossene Heimunterbringung gem. § 34 SGB VIII an, weil das Vorliegen einer depressiven Erkrankung mit drohender Suizidgefahr eine absolute Indikation zur stationären Aufnahme darstellt<sup>167</sup>. Während der Unterbringung versucht der Jugendliche erneut, sich das Leben zu nehmen, indem er sich in der Küche beim Spüldienst die Pulsadern aufschneidet. - Aus therapeutischer Sicht ist - nach bzw. neben der notfallmedizinischen Erstversorgung - die Verab-*

---

165) Fegert, Jörg M., Geschlossene Unterbringung als Maßnahme der Jugendhilfe?, DVJJ-Journal 1994, 309 (311 f.). - Insbesondere gehören nach dem von der **Weltgesundheitsorganisation** (WHO) entwickelten psychiatrischen Klassifikationssystem **International Classification of Diseases (ICD-10)** hierzu folgende (zusätzliche) Diagnosen:

- F 60.2 : Dissoziale Persönlichkeitsstörung,
- F 60.3 : Emotional instabile Persönlichkeitsstörungen, spezielle Unterformen:
  - F 60.30 : Impulsiver Typus,
  - F 60.31 : Borderline-Syndromatik,
- F 43.1: Posttraumatische Belastungsstörungen (z.B. nach jahrelanger Kindesmißhandlung oder sexuellem Mißbrauch) - vgl. hierzu TEIL B I 2

166) an dieser Stelle sei nochmals (vgl. TEIL B, IV 1 d, bb) auf die Literaturempfehlung hingewiesen: Manfred Busch, Suizidprophylaxe - ein Tabu oder Aufgabe der Jugendhilfe?, Unsere Jugend 1990, 442 (insbesondere dort Abschnitte IV und V, S. 449 ff.).

- Zur Frage, ob die Mitarbeiter des Jugendamtes bei Verdacht auf sexuellen Kindesmißbrauch zur Strafanzeige verpflichtet sind, siehe Ollmann, Rainer, ZfJ 1999, 195 ff., der eine entsprechende Pflicht gem. § 1 III Nr.3, 1 II S.2 SGB VIII grundsätzlich ablehnt und nur ausnahmsweise - bei einer Ermessensreduzierung auf Null, wenn das Kindeswohl nicht auf andere Weise geschützt werden kann - annimmt.

167) Hoehne/Wolf, Stationäre Psychotherapie mit Jugendlichen, S. 333 (334), in: Laux/Reimer (Hrsg.), Klinische Psychiatrie II

*reichung von Antidepressiva angezeigt, um den Parasuizidenten zunächst zu sedieren und längerfristig seine depressive Verstimmung zu mindern. Da bis zum Wirkungseintritt der Psychopharmaka etwa 8 - 14 Tage vergehen können<sup>168</sup>, haben der behandelnde Arzt und die Heimleitung in Ermangelung entsprechender gesetzlicher Bestimmungen Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit dieser Therapieform.*

- Mangels analoger Anwendbarkeit des § 1906 IV bei der Unterbringung nach § 1631 b BGB kann die gewählte Pharmakotherapie hierauf **nicht** gestützt werden [Problemschwerpunkt 2]. § 1908 a BGB scheidet ebenfalls aus, da der Jugendliche das 17. Lebensjahr noch nicht erreicht hat. Stellen sich die behandelnden Ärzte bzw. die Heimleitung auf den formaljuristischen Standpunkt, **ohne** entsprechende Ermächtigungsgrundlage bestimmte, originär § 1906 IV BGB unterfallende Maßnahmen an Kindern und Jugendlichen bis zum Beginn des 17. Lebensjahres (argumentum ex § 1908 a BGB) **prinzipiell nicht** durchzuführen, laufen sie Gefahr, sich u.U. wegen fahrlässiger Tötung (bzw. fahrlässiger Körperverletzung im Falle selbstschädigenden Verhaltens) durch Unterlassen gem. §§ 222, 13 (bzw. §§ 229, 13) StGB strafbar zu machen, weil sie es trotz bestehender Garantenpflicht unterlassen haben, medizinisch indizierte und gebotene Kriseninterventionsmaßnahmen (wie § 1906 IV BGB sie zur Verfügung stellt) zu ergreifen. - Ein befremdliches Ergebnis: für ein Eingreifen fehlt es (von der [dogmatisch recht "dünnen"] Notstandsregelung in § 34 StGB abgesehen) an einer Ermächtigungsgrundlage und über der Nichtvornahme der Maßnahmen nach § 1906 IV BGB schwebt das Damoklesschwert eines fahrlässigen Unterlassungsdelikts. Diese strafrechtliche Problematik der Garantenstellung der in der Kinder- und Jugendhilfe Beschäftigten soll nun näher beleuchtet werden.

Entstehungsgrund und Reichweite der Garantenstellung bzw. -pflichten im Rahmen des SGB VIII werden in Rechtsprechung und Literatur kontrovers diskutiert.

In Diktion und dogmatischer Begründung zurückhaltend, folgert das **OLG-Oldenburg**<sup>169</sup> aus dem Rechtsanspruch auf Hilfe i.S.d. KJHG eine Verpflichtung zur Schutzgewährung - aus dieser wiederum resultiere die Garantenpflicht der unmittelbar tätigen staatlichen Gewährsträger. Normativer Anknüpfungspunkt hierfür sei § 1 II 2 SGB VIII, der die staatliche Schutzpflicht statuiere, und diese gelte für alle Maßnahmen nach dem KJHG.

Dagegen lehnte das dem OLG-Oldenburg vorgelegte Berufungsurteil der 7. Strafkammer des **LG-Osnabrück**<sup>170</sup> jegliche Garantenpflicht kategorisch ab. Im Rahmen des hier interessierenden SGB VIII negiert das LG eine Garantenpflicht, weil dem KJHG keine Vorschrift zu entnehmen sei, die immanent dem Beruf des Sozialarbeiters in der Kinder- und Jugendhilfe derartige Pflichten aufbürde. Insbesondere seien weder aus § 1 III Nr.3 SGB VIII (Kinder und Jugendliche vor Gefahren für ihr Wohl zu schützen), noch aus § 42 SGB VIII und schließlich auch nicht aus § 50 III SGB VIII (wonach das Jugendamt das Gericht anzurufen hat, wenn es dessen Tätigwerden zur Gefahrenabwehr für erforderlich hält), entsprechende Garantenpflichten ableitbar. Zuguterletzt wird auch die Entstehung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit aufgrund tatsächlicher Übernahme in einem Nebensatz geleugnet - obwohl genau an dieser Stelle einer der beiden Ansatzpunkte zur Lösung des Problems liegt. Den Schlußpunkt jenes zu Recht vom OLG-Oldenburg aufgehobenen und an eine andere Strafkammer des LG-Osnabrück zurückgewiesenen Urteils bildet der vom LG zugrundegelegte Handlungsmaßstab, der sich im Rahmen von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen auf der Basis einer Einschätzungsprärogative orientiere.

- Während dem OLG-Oldenburg zumindest insoweit zuzustimmen ist, **daß** aus den Vorschriften des SGB VIII **überhaupt** Garantenpflichten entstehen können, zählt das LG-Osnabrück zwar die althergebrachten garantenpflichtbegründenden Umstände auf, diskutiert sie und erwähnt sogar die im neueren Schrifttum entwickelte Figur des Beschützergaranten, jedoch ohne sich auch nur ansatzweise damit auseinanderzusetzen, denn sonst hätte es im konkret zu entscheidenden Fall anders urteilen müssen - nämlich

168) Nissen, Gerhard, Suizidversuche und Suizide, S. 301 (309), in: Eggers/Lempp/Nissen/Strunk (Hrsg.), Kinder- und Jugendpsychiatrie, 5. Aufl., 1989

169) OLG-Oldenburg, NStZ 1997, 238

170) LG-Osnabrück, NStZ 1996, 437 f.

unter Annahme einer **dichotomen Garantenstellung** kraft **tatsächlicher Übernahme** und **kraft Gesetzes**. Die zuerst genannte Garantenpflicht folgt aus den Obhuts-, Schutz- und Beistandspflichten, die dem Garanten für ein bestimmtes Rechtsgut obliegen, für dessen Bestand und Sicherheit er zu sorgen hat, z.B., weil er diese Pflichten (freiwillig) übernommen hat<sup>171</sup>. Zutreffend konstruiert *Bringewat*<sup>172</sup> die Garantenpflicht - abweichend vom tradierten "Garantenquartett" (Vertrag/Gesetz//Ingerenz/enge Lebensgemeinschaft) - allein "aufgrund eines Realaktes, nämlich dann und deshalb, wenn und weil es der Verpflichtete tatsächlich übernimmt, für den Schutz des gefährdeten Rechtsgutes zu sorgen, wobei es unerheblich ist, aus welchen Gründen jemand in diese Garantenposition "tatsächliche Schutzübernahme" eingerückt ist." Diese "Bringewat'sche Garantenformel" überzeugt durch ihre klare Dogmatik, mit der sich sowohl der Entstehungsgrund, als auch die Reichweite des "Beschützergaranten kraft faktischer Übernahme" präzise bestimmen lassen.

Außerdem besteht **alternativ** hierzu die **Garantenpflicht** aufgrund **gesetzlicher Vorgaben**. Fraglich ist nur, **woraus** sich diese **gesetzliche** Pflicht (ausgehend vom SGB VIII) normativ ableiten läßt. Nicht zuzustimmen ist dem OLG-Oldenburg<sup>173</sup> und *Bringewat*<sup>174 175</sup>, daß die Obhutspflichten (und damit die Garantenpflicht) **unmittelbar** aus dem kinder- und jugendhilferechtlichen Aufgabenspektrum gem. § 1 II, 1 III i.V.m. § 1 I sowie § 2 SGB VIII resultieren. Bei diesen Vorschriften handelt es sich lediglich um **programmatische Zielvorgaben** des SGB VIII, welche den **allgemeinen Aufgabenbereich** des Kinder- und Jugendhilferechts umschreiben. In diesen Aufgabenkatalog (insbesondere in § 1 III Nr.3, § 2 III Nr.1 [Inobhutnahme gem. § 42 SGB VIII], § 2 III Nr.2 [Herausnahme gem. § 43 SGB VIII] bzw. § 2 III Nr.6 SGB VIII [bzgl. § 50 III SGB VIII], der primär [aber **nicht ausschließlich**] eine **Leistungs**beschreibung beinhaltet) gleichzeitig und ausnahmslos eine Garantenpflicht hineinzuinterpretieren, hieße die Obhuts- und Schutzpflichten der Jugendarbeit um ein Vielfaches des real überhaupt Machbaren zu überdehnen. Insoweit greift der Einwand des LG-Osnabrück<sup>176</sup>, von *Cramer*<sup>177</sup> und von *Oehlmann-Austermann*<sup>178</sup> durch, daß jene vorgenannten Normen im Falle ihrer Nichtanwendung bzw. Nichtbeachtung nicht automatisch eine Strafbarkeit evozieren können. Völlig verfehlt ist dagegen die Annahme des LG-Osnabrück<sup>179</sup>, daß das gesamte SGB VIII aufgrund seiner Konzeption und Ausgestaltung als Leistungs- (und nicht als Eingriffs-)gesetz nach dem Willen des Gesetzgebers keinerlei Garantenpflichten begründe. Welchen Sinn hätte dann die Figur des staatlichen Wächteramtes in Art. 6 II 2 GG, die in § 1 II 2 SGB VIII nicht umsonst an den Anfang gestellt worden ist. Es fragt sich, warum (um nur wenige Bestimmungen zu nennen) das Jugendamt im Falle der Selbstmeldung gem. § 42 II 1 SGB VIII (TEIL B III) unter Ausschluß jeglicher Ermessensspielräume **verpflichtet** ist, das Kind bzw. den Jugendlichen in seine Obhut zu nehmen und warum sich die gleiche **Verpflichtung** in § 42 II 1 SGB VIII bei Vorliegen einer dringenden Gefahr ergibt und warum das Jugendamt im Falle des § 50 III SGB VIII das Gericht anzurufen **hat**, wenn es dessen Tätigwerden zur Gefahrenabwehr für erforderlich hält. Der Gesetzgeber hätte diese Regelungen nicht als **gebundene (= Muß-)Entscheidungen** ausgestaltet, wenn er damit nicht zugleich unmittelbar strafbewehrte Obhuts- und Schutzpflichten hätte statuieren wollen. Auch die Zuerkennung einer Einschätzungsprärogative auf der Tatbestandsseite (z.B. ab wann eine bestimmte Gefahrensituation vorliegt) und ggf. von Ermessensfreiräumen auf der Rechtsfolgenseite darf nicht dazu führen, daß sich das Nicht-

---

171) Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl., 1999, § 13, Rdz.5 b, 7, 8; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 59 IV, S. 621 f.; Bringewat, Anm. zum Urte. d. LG-Osnabrück, NStZ 1996, 440

172) Bringewat, NStZ 1996, 440 (441); ders., Anm. zum Urte. d. OLG-Oldenburg, StV 1997, 135; ders., NJW 1998, 944 (945), Kommunale Jugendhilfe und strafrechtliche Garantenhaftung

173) OLG-Oldenburg, NStZ 1997, 238

174) Bringewat, NStZ 1996, 440 (441 f.); NJW 1998, 944 (946)

175) in seiner Anm. zum OLG-Urteil in StV 1997, 135 kritisiert Bringewat wiederum die pauschale Herleitung aus § 1 SGB VIII und postuliert die Begründung unter Zuhilfenahme des "Beschützergaranten"

176) LG-Osnabrück, NStZ 1996, 437 (438)

177) Cramer, Anm. zum vorgenannten LG-Urteil, NStZ 1997, 238 (239)

178) Oehlmann-Austermann, ZfJ 1997, 57 (58), Anm. zum Urte. d. OLG-Oldenburg, der strafrechtliche Konsequenzen auch ggf. ohne Bejahung einer Garantenpflicht für möglich hält

179) LG-Osnabrück-NStZ 1996, 437 (438)

eingreifen des Jugendamtes unter Aberkennung garantenbegründender Kategorien im mehr oder weniger (straf-)rechtsfreien Raum abspielt, der gerichtlich nur begrenzt justitiabel ist<sup>180</sup>. Doch ebensowenig, wie § 242 BGB als Anspruchsgrundlage zur Übereignung einer gekauften Sache oder wie Art. 1 GG als Rechtsgrundlage für die Meinungs- oder Demonstrationsfreiheit herangezogen werden können, kann sich die Garantspflicht hierbei aus den allgemeinen Zielbestimmungen der §§ 1 und 2 SGB VIII ergeben. Vielmehr ist nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* im Einzelfall die konkrete Bestimmung aus dem SGB VIII zugrunde zu legen, welche die konkreten Pflichten des im Jugendamt Beschäftigten festlegt. Dabei fordert die Zielvorgabe des staatlichen Wächteramtes in Art. 6 II 2 GG aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Kindes bzw. des Jugendlichen aus Art. 1 I i. V. m. Art. 2 I GG (vgl. TEIL B III 1, Problemschwerpunkt 1 a) seine unmittelbare Umsetzung und graduell unterschiedlich intensive Ausprägung in den jeweiligen Spezialvorschriften des SGB VIII.

Der genau umschriebene Pflichtenkodex, aus dem die Garantpflicht folgt, läßt sich im Wege **systematischer Auslegung** der Spezialnorm in Verbindung mit der allgemeinen Norm aus § 1 bzw. § 2 SGB VIII ableiten.

In unserem Beispielfall des 16-jährigen depressiv-verstimmten Parasuizidenten würde sich die konkrete Garantpflicht aus der Spezialregelung des § 34 SGB VIII ergeben, weil er in einem Heim untergebracht ist. Die inhaltliche Ergänzung der Garantpflicht ergäbe sich aus § 1 III Nr.3 SGB VIII, wonach die Jugendhilfe den suizidgefährdeten Jugendlichen vor Gefahren für sein Wohl zu schützen hat.

Durch **welche Mittel** dies am optimalsten umgesetzt werden muß, ist wiederum eine Frage des Einzelfalles. Sollten möglicherweise Maßnahmen i.S.d.§ 1906 IV BGB erforderlich werden (Sedierung mit Antidepressiva und ggf. längerfristige Pharmakotherapie), stellt sich die anfangs diskutierte Problematik der analogen Anwendbarkeit des § 1906 IV BGB während der Unterbringung gem. § 1631 b BGB für die garantenpflichtige Heimleitung und die behandelnden Ärzte um so dringlicher, die auf der Suche nach einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage für ihre Therapie sind. Noch problematischer wäre die analoge Anwendung des § 1906 IV BGB, wenn es sich nicht - wie vorliegend - um selbstschädigendes, sondern um **fremdschädigendes Verhalten** handeln würde, das (wie in Problemschwerpunkt 2 dargestellt), § 1906 BGB **nicht** unterfällt. Sollte im Falle der entsprechenden Heranziehung die **Exklusivitätsklausel** des § 1906 BGB zugunsten der Einbeziehung fremdschädigenden Verhaltens **durchbrochen** werden, oder müßte die Selbstschädigungsgefahr bei Kindern und Jugendlichen nach § 1906 IV BGB, die Fremdschädigungsgefahr (auch wiederum durch Kinder und Jugendliche) dagegen nach dem UBG (TEIL E II) behandelt werden (so die jetzige Rechtslage)?

---

180) Im August / September 1999 hat die Frage der Garantpflichtigkeit innerhalb der Kinder- und Jugendhilfe an Aktualität gewonnen, als vor dem Stuttgarter LG der Fall der 2 1/2-jährigen Jennifer (**"Jenny"**) verhandelt wurde (vgl. FAZ v. 07.09.1999, Nr. 207, S.15), die am 15 März 1996 von deren Mutter und einem Bekannten zu Tode gequält wurde, weil das Kind abends nicht einschlafen wollte. Hierunterließ es ein Sozialarbeiter aus Lüneburg, das Jugendamt Stuttgart nach dem Umzug der Mutter und des Kindes über die ihm bekannte problematische Beziehung zu informieren, weil er davon ausging, daß dies bereits durch die Wirtschaftsabteilung des Lüneburger Jugendamtes erfolgt sei, welche die Weiterleitung des Kindes und der Mutter organisiert habe, wobei das Sozialamt Lüneburg als Kostenträger zuständig gewesen sei - und jenes hätte das Jugendamt Stuttgart informieren müssen. Deshalb habe der Lüneburger Sozialarbeiter "die Akte zur Seite gelegt und gewartet, daß sich das Jugendamt Stuttgart meldet". Zu Recht erfolgte dessen Verurteilung am 17.09.1999 (allerdings wegen fahrlässiger Körperverletzung, vgl. Südwestpresse, ST v.18.09.1999). Da sowohl sein Verteidiger, als auch die Staatsanwaltschaft Revision gegen die Entscheidung des Stuttgarter LG eingelegt haben, bleibt abzuwarten, wie die Revisionsinstanz diesen Fall beurteilen wird. - Doch unabhängig hiervon liegt es auf der Hand, daß sich Mitarbeiter der Kinder- und Jugendhilfe in ihrer Funktion als staatliches Wächteramt i.S.d. Art. 6 II 2 GG nicht auf diese Weise aus ihrer Verantwortung stehlen können, wenn sie um die gefährliche Situation für das Kind wissen. Sobald derartige Informationen über Kindesmißhandlung dem zuständigen Sachbearbeiter bekannt werden, verbietet ihm der staatliche Schutzauftrag zugunsten des Kindes jene Formen des "amtlichen Wegsehens", bis der Fall sich ("cum mortem") erledigt. Der Staat widerspricht sich andernfalls selbst, wenn er einerseits in die elterlichen Erziehungsrechte korrigierend eingreift, und andererseits infolge unentschuldbarer bürokratischer Zuständigkeitsregelungen und angeblicher "Mißverständnisse" meint, für sich rechtsfreie Räume in Anspruch nehmen zu dürfen, die er den Eltern - mit Recht - niemals zugestehen würde.

De lege ferenda ist diesbezüglich eine baldige Regelung durch den Gesetzgeber notwendig (siehe auch TEIL C VI, Problemschwerpunkt 2 und TEIL A V).

### VIII) Annex: Folgerungen aus dem sog. Wittig-Urteil des Bundesgerichtshofs (BGHSt 32, 367 ff.)<sup>181</sup> für die Garantenpflichtigkeit innerhalb der Kinder- und Jugendhilfe

Bevor an die bisherigen Ausführungen systematisch anknüpfend parallele Rechtsnormen zur zwangsweisen Behandlung von Kindern und Jugendlichen erörtert werden, ist zunächst speziell auf ein kontrovers diskutiertes BGH-Urteil, den sog. Wittig-Fall (BGHSt 32, 367 ff.) einzugehen, weil sich aus dieser Entscheidung wichtige Konsequenzen für die Garantenpflichtigkeit auch im Hinblick auf die Kinder- und Jugendhilfe ergeben. In **methodischer** Sicht begegnet dieses Urteil zunächst dogmatischen Verständnisschwierigkeiten, weil der BGH permanent vom unechten zum echten Unterlassungsdelikt (und umgekehrt) wechselt, worunter die klare Unterscheidbarkeit dieser beiden exklusiven Unterlassungsgruppierungen zu leiden hat.

Zwar konterkariert dieses Judikat die gesetzgeberische Entscheidung, die Teilnahme am Suizid mangels akzessorietätsfähiger Haupttat straflos zu lassen (obwohl der 3. Senat des BGH dies grundsätzlich anerkennt, BGH aaO., S.371), indem (aufgrund der eingetretenen Bewußtlosigkeit) neben dem Wechsel der Tatherrschaft vom Suizidenten auf den hinzutretenden Dritten auch der Übergang vom **unechten** Unterlassungsdelikt auf das **echte** Unterlassungsdelikt gem. § 323 c StGB erfolgen soll (BGH aaO., S. 375). Und zurecht moniert *Ranft*<sup>182</sup> in seiner Besprechung zu dieser Entscheidung die Paralyse der Straflosigkeit der Beihilfe zur Selbsttötung durch Anwendung des § 323 c StGB - anders ausgedrückt: was aus Akzessorietätsgründen eben nicht mit dem **unechten** Unterlassungsdelikt strafrechtlich focussiert werden kann (aber nach der Zielvorstellung des BGH doch nicht ungesühnt bleiben soll), muß dann wenigstens über das dogmatische Hintertürchen der "Jedermann-Pflicht" aus § 323 c StGB wieder eingeführt werden. Dabei dient der argumentative Wechsel vom **unechten** zum **echten** Unterlassungsdelikt ausschließlich dazu, eine soeben noch totgesagte Haupttatstrafbarkeit über dogmatisch fragwürdige Konstruktionen wiederum zu reanimieren, zumal das **echte** Unterlassungsdelikt nun dafür herhalten muß, daß der BGH sich mit der unumstößlichen Akzessorietätsnotwendigkeit nicht abzufinden vermag - eine nicht ohne Schwierigkeiten nachvollziehbare und eklektizistisch anmutende Metamorphose innerhalb der Unterlassungskategorien.

- Doch auch von dieser Problematik abgesehen, begegnet ein anderer Problempunkt des BGH einigen Vorbehalten: nämlich die Konsequenzen, die der **automatische Übergang der Tatherrschaft** auf den hinzukommenden Dritten entfaltet, der - je nach gewählter Todesart und jeweiligem Suizidverlaufsstadium - sprichwörtlich des Lebens seidenen Faden in der Hand hält und noch als einziger den drohenden Todeseintritt abwenden kann. Die Argumentation des BGH zugunsten des **Tatherrschaftsübergangs** vom Suizidenten auf den hinzutretenden Dritten hält (zumindest für den hier zu behandelnden Fall) noch nicht einmal seiner eigenen Begründung stand, nach welcher aufgrund der "Erkenntnisse der neueren Suizidforschung" (BGH aaO., S.376) ein anfänglich "durchaus ernsthafter" Selbsttötungswille nach

---

181) **Sachverhalt:** Der Angeklagte war der Hausarzt der 76-jährigen Frau U. Durch den Tod ihres Ehemannes und aufgrund ihrer altersbedingten Erkrankung sah sie in ihrem Leben keinen Sinn mehr und äußerte mehrfach u.a. auch gegenüber dem Angeklagten ihre Absicht, aus dem Leben scheiden zu wollen. Dieser hatte vergeblich versucht, sie von ihren Selbstmordgedanken abzubringen. Bei einem Hausbesuch entdeckte der Hausarzt Frau U., die bewußtlos auf der Couch lag und die in ihren Händen einen Zettel hielt, auf dem sie vermerkt hatte: "An meinen Arzt - bitte kein Krankenhaus - Erlösung! - 28.11.1981 - U." Anhand zahlreicher Medikamentenpackungen und dieses Abschiedsbriefes erkannte der Arzt, daß sie eine Überdosis Morphinum und Schlafmittel in Selbsttötungsabsicht eingenommen hatte. Sie zeigte nur noch sehr schwache Lebenszeichen und ihr Puls war nicht mehr fühlbar. Der Angeklagte ging davon aus, daß sie nicht oder nur mit schweren Dauerschäden zu retten sein werde. Im Wissen um ihren immer wieder geäußerten Sterbewunsch und die vorgefundene Situation unternahm er nichts zu ihrer Rettung. Am nächsten Morgen verstarb die Patientin. - Im Nachhinein hat sich nicht klären lassen, ob das Leben von Frau U. bei sofortiger notfallmedizinischer Versorgung hätte gerettet werden können (vgl. auch Abschnitt X, die Fußnote betreffend die [übrigen] BGH-Entscheidungen des 3. Strafsenates hinsichtlich der Sterbehilfe).

182) Ranft, Anm. in JZ 1987, 911 (913)

Beendigung des Suizidversuchs oftmals nicht mehr vorhanden sei; vielmehr handele derjenige, der seine suizidale Situation so einrichtet, daß zwischen Selbstmordhandlung und Todeseintritt eine längere Latenzperiode liegt, geradezu mit dem Wunsch auf Rettung und menschlichen Beistand (vgl. hierzu TEIL B IV 1 d, bb, X). Genau so war es aber im vorliegenden Fall **nicht**. Bei Frau U. einen "latenten Rettungswillen" annehmen zu wollen, hieße ihren Wunsch, in Würde sterben zu können, auf das Größlichste zu mißachten und sich über ihren eindeutigen, endgültigen und vielfach - bis zuletzt - geäußerten Willen, **ohne** intensivmedizinische Lebensverlängerung ihr Lebensende **selbst** bestimmen zu dürfen, hinwegzusetzen. Für diese Patientin stellte sich die **eigen- und freiverantwortliche** Selbsttötung nach monatelangem Abwägen als das "geringere Übel" gegenüber der hoffnungslosen Aussicht auf Besserung ihres Zustandes dar. Es wäre lebensfremd, diesem **Bilanzselbstmord** einen plötzlich aufkeimenden Sinneswandel bzw. Überlebenswillen "in der Stunde des Todes" entgegensetzen zu wollen, der für Frau U. im wahrsten Sinne des Wortes die Erlösung von ihrem als unerträglich und qualvoll empfundenen Dasein verhieß. Einen derartigen Entschluß respektierend, erklärte bereits BGHSt 6 (147 [153]): "*Wäre der Wille des Selbstmörders zu seinem eigenen Tode überhaupt zu achten, so wäre er auch dann noch zu achten, wenn der Selbstmörder hilflos oder bewußtlos geworden ist*". - Insofern verdient die Entscheidung des BGH (St 32, [381]) wenigstens im Ergebnis Zustimmung, weil sie in dieser "Grenzlage" aufgrund der ärztlichen Gewissensentscheidung des Dr. W. die Zumutbarkeit von Rettungsmaßnahmen verneinte. Allerdings hätte der BGH zuvor **nicht apodiktisch** und **abstrakt-generell** die "Erkenntnisse der neueren Suizidforschung", die **nicht** auf alle Selbstmordfälle zutreffen, auf diesen Sachverhalt **übertragen** dürfen. Denn auf einen "latenten Lebenswunsch" ("cry for help") der Frau U. läßt sich der Tatherrschaftswechsel nach der vom BGH vertretenen Ansicht **definitiv nicht** stützen.

- Daß mit diesem Tatherrschaftswechsel außerdem **synchron** eine **Garantenpflicht** in der Person des Dritten aufkeimen soll, stellt einen bemerkenswerten Paradigmenwechsel dar. So vermag die Auffassung des BGH ebenfalls nicht zu überzeugen, aufgrund derer der behandelnde Mediziner eine (zusätzliche?) Garantenpflicht innehaben soll: daß jene einerseits auf dem Arzt-Patient-Verhältnis<sup>183</sup> beruht (BGH aaO. S. 374, 377), ist selbstverständlich<sup>184</sup>, aber daß diese **Pflicht** auch dadurch **begründet** werden soll, daß Frau U. und ihr Hausarzt für den nächsten Tag einen **erneuten Besuch** vereinbart hatten, ist nur schwerlich nachzuvollziehen, weil der BGH hierdurch den ausdrücklichen Suizidwunsch ignoriert und unterläuft, indem sich der Arzt darüber hinwegsetzt und - entgegen ihrem letzten Willen - die notfallmedizinische Versorgung hätte einleiten sollen. Wie der BGH diesen **evidenten Widerspruch** zu seiner Auffassung, es gebe "**keine** Rechtsverpflichtung zur Erhaltung eines erlöschenden Lebens um jeden Preis" (BGH aaO., S. 379) zu lösen gedenkt, bleibt ungeklärt. Das höchstrichterliche Schweigen hierzu wiegt umso schwerer, als der BGH dieses Problem mit einem (für sich genommen außerordentlich guten und "humanen") Argument zugunsten der **passiven Sterbehilfe** abschließt: "*Angesichts der bisherigen Grenzen überschreitenden Fortschritts medizinischer Technologie bestimmt nicht die Effizienz der Apparatur, sondern die an der Achtung des Lebens und der Menschenwürde ausgerichtete Einzelfallentscheidung die Grenze ärztlicher Behandlungspflicht*" (BGH aaO., S. 380; vgl. hierzu Abschnitt X, Problemschwerpunkt 4, 2. Ebene). Dogmatisch erklären und begründen läßt sich diese Auffassung vermutlich nur damit, daß der BGH der **Garantenpflicht** gegenüber dem Akzessorietätspostulat den **unbedingten Vorrang** einräumt, indem sich die (wie auch immer geartete und jetzt ausnahmsweise untechnisch gemeinte) "Beteiligung"

---

183) Schmidhäuser, Eberhard; Alwart, Heiner, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1984, Kap. 12, Rdz. 27

184) Einen äußerst interessanten und diskussionswürdigen Argumentationsansatz hinsichtlich eines möglichen **Wegfalls** der ärztlichen Versorgungspflicht aufgrund einer konkludenten Kündigung des zuvor bestehenden Behandlungsvertrages durch die Abschiedsbriefe bietet Christoph Sowada (Strafbares Unterlassen des behandelnden Arztes, der seinen Patienten nach einem Selbstmordversuch bewußtlos auffindet?, in: Jura 1985, 75 [82 f.] - eine sehr lesenswerte und gründliche Auseinandersetzung mit diesem Judikat). Sowada (aaO.) räumt angesichts der Freiverantwortlichkeit der Entscheidung die sich möglicherweise aus § 105 II BGB (Nichtigkeit der im Zustande einer vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit abgegebenen Willenserklärung) ergebenden Bedenken aus. Schließlich stelle die zwischenzeitlich eingetretene Bewußtlosigkeit der Frau U. gem. § 130 II BGB kein Wirksamkeitshindernis dar ("Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluß, wenn der Erklärende nach Abgabe der Erklärung [...] geschäftsunfähig wird").

eines Garantenpflichtigen gegenüber der fehlenden Haupttat durchsetzt bzw. deren Fehlen kompensiert, um eine Bestrafung aus dem **unechten** Unterlassungsdelikt auch **ohne** (sic!) Haupttat und **allein aufgrund der Garantenpflicht** zu ermöglichen.

Daß dem BGH eine denkbare Verurteilung auf der Basis des **unechten** Unterlassungsdelikts eher zusagt als aufgrund der unterlassenen Hilfeleistung, zeigt er mit seiner Abwägung der beiden Unterlassungskategorien. Sprachlich wird dies freilich nicht in jener Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, um den von ihm letztlich **beabsichtigten Akzessorietätsverzicht** nicht ex pressis verbis zugestehen zu müssen: *“Denn auch dann haben bei wertender Betrachtung der Untätigkeit des Garanten die auf **Täterschaft** hinweisenden Elemente das Übergewicht gegenüber den Gesichtspunkten, die lediglich für eine Beihilfe zur straflosen ‘Haupttat’ des Opfers und damit für die Straflosigkeit sprechen könnten”* (BGH, aaO., S. 373 f.).

- Dieser Ansicht des BGH - verdient sie doch eigentlich aus den eben angesprochenen Einwänden Ablehnung, weil sie das **Herzstück der Teilnahmelehre**, die **Akzessorietät von der Haupttat**, durch eine “hypertrophierte Garantenpflicht” ersetzt bzw. durch ein Umschwenken auf § 323 c StGB umgeht - ist im vorliegenden Bereich der **Kinder- und Jugendsuizidalität** dennoch (zumindest im Ergebnis) zuzustimmen.

Die im TEIL B IV 1 d, bb angesprochene Suizidgefährdung von Kindern und Jugendlichen besitzt (von einigen wenigen Ausnahmen abgesehen) vielmehr Appellfunktion und den Hilferuf um Zuwendung als die wirklich und ernsthaft gewollte Absicht eines “Bilanzselbstmordes”. So wies *Geilen*<sup>185</sup> bereits vor 25 Jahren auf die unterschwellige Hoffnung des Parasuizidenten auf Erhörung seines Verzweiflungsschreies hin - um wieviele mehr muß dies erst recht für Kinder bzw. Jugendliche gelten, deren “Tat” motivationspsychologisch nichts anderes beinhaltet als den unbedingten Wunsch nach **“mehr Leben”!**

Für die **Garantenpflichtigkeit** ergeben sich hieraus unmittelbare und zwingende Konsequenzen. Denn die **erheblichen Zweifel** an der **Eigenverantwortlichkeit** sowie der **Freiwilligkeit** der Suizidentscheidung des (noch) unreifen und in seiner natürlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit unterentwickelten Kindes bzw. Jugendlichen - und zwar ungeachtet dessen, ob diese beiden Kriterien nach den Exkulpationsregelungen der §§ 20, 35 StGB bzw. § 3 JGG oder nach der Einwilligungstheorie beurteilt werden - lassen die Garantenpflicht der Jugendsozialarbeiter (neben den ohnehin gegebenen gesetzlichen Obhuts- und Fürsorgepflichten) grundsätzlich bestehen, so daß hierbei in jedem Fall aufgrund der Nichtverhinderung einer **nicht** eigenverantwortlichen Entscheidung des nur **vermeintlich** lebensmüden Kindes bzw. Jugendlichen (zumindest) wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen gem. §§ 222, 13 StGB oder u.U. sogar wegen Fremdtötung in mittelbarer Täterschaft gem. § 212, 25 I, 2. Alt. StGB zu bestrafen ist, wenn der Heimbetreuer nach Suizidbeginn Kenntnis hiervon erlangt und dennoch untätig bleibt, weil hierbei stets der vom BGH propagierte **Tatherrschaftswechsel** - und damit zugleich auch die Garantenpflicht - auf den Jugendsozialarbeiter übergeht bzw. entsteht. Ergänzend sei darauf hingewiesen, daß an die beiden o.g. von der Rechtslehre entwickelten Grundsätze zur Bewertung der Eigenverantwortlichkeit und Freiwilligkeit des Suizidentschlusses - soweit dies überhaupt einer empirischen Verifizierung zugänglich ist - umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je jünger das Kind bzw. der Jugendliche ist, so daß die Ernsthaftigkeit des Sterbenwollens i.S.d. § 216 StGB (quantitativ ausgedrückt) linear mit zunehmendem Alter ansteigt und in umgekehrter Hinsicht der “Todeswille” eines Kindes **definitiv unbeachtlich** ist.

Um das strafrechtsdogmatisch relevante Substrat der Formel von der “Respektierung fremden Selbsttötungswillens” zu erfassen, äußert *Bringewat*<sup>186</sup> erhebliche Bedenken, ob und wann generell (und altersunabhängig) der angeblich freiwillig-ernsthafte Suizidwille tatsächlich “frei” ist. Und zutreffend deutet

---

185) Geilen, Suizid und Mitverantwortung, JZ 1974, 145 (148, 153, 154)

186) Bringewat, “Tötung auf Verlangen” und der sog. “Erweiterte Selbstmord”- OLG-Düsseldorf, NJW 1973, 2215, in JuS 1975, 155 (159), Bsp. zu OLG-Düsseldorf, NJW 1973, 2215; ders., Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik, ZStW 87 (1975), S.623 (632 f.)

Herzberg<sup>187</sup> das zugrundeliegende Problem **aller** Suizidentscheidungen an, das sich umso mehr auf das Terrain der Kinder- und Jugend(para)suizidalität erstreckt, nämlich diejenigen Mängel der Entscheidung festzulegen, die den an der Selbsttötung äußerlich nur Teilnehmenden so dominant erscheinen lassen, daß ihm in wertend-normativer Sicht die Rolle eines Täters an einer Fremdtötung zufällt. Deshalb kommt nirgendwo die Nähe des **unechten** Unterlassungsdelikts zur **Tötung in mittelbarer Täterschaft** stärker zum Ausdruck als bei den Personen, die infolge ihrer entwicklungsbedingten Unreife Art und Ausmaß ihres nicht selten spontanen, impulsiv-übersteuerten Kurzschluß-Suizids nicht umfassend abzuschätzen vermögen. Der originär pubertäre, häufige Stimmungswechsel von "Himmel hoch jauchzend zu Tode betrübt" spricht Zeugnis für den Affektcharakter - und damit **gegen** die Eigenverantwortlichkeit - parasuizidalen Verhaltens bei Kindern und Jugendlichen. In **zivilrechtlicher** Hinsicht fallen folgerichtig die Regelungen über die (beschränkte) Geschäftsfähigkeit gem. § 104 Nr.1 und § 106 BGB auf, weil die Geschäftsunfähigkeit eine **unwiderlegbare** und die beschränkte Geschäftsfähigkeit eine widerlegbare Vermutung dahingehend beinhalten, daß u.a. die freie Willensbildung (noch) nicht im ausreichenden Umfang ausgeprägt ist, um eigenverantwortlich entscheiden und handeln zu können. Und nicht zuletzt deshalb verlangt § 3 S.1 JGG im **Jugendstrafverfahren** eine **positive** Feststellung der **Einsichts- und Steuerungsfähigkeit** des Jugendlichen.

- Doch unabhängig davon, wie eine dogmatische Konzeption des (un-)echten Unterlassungsdelikts im jeweiligen Einzelfall ausgestaltet sein mag: auf einen der gerichtlichen Kontrolle mehr oder weniger entzogenen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum werden sich die Mitarbeiter der Kinder- und Jugendhilfe wegen des sehr dicht gewobenen Netzes der Garantenpflicht jedenfalls **nicht** berufen können (vgl. hierzu den Fall "Jenny" in Abschnitt VII, Problemschwerpunkt 3 a.E.)

Selbst bei **Negierung** einer Garantenpflicht aufgrund einer (**ausnahmsweise**) eigenverantwortlichen und freiwilligen Suizidentscheidung und der nach dem BGH damit eröffneten **echten** Unterlassungsstrafbarkeit ist eine Verantwortlichkeit des Kinder- bzw. Jugendhelfers nach § 323 c StGB gegeben, weil der Selbstmordversuch eines Minderjährigen **stets** einen **Unglücksfall** darstellt - sei es, daß er auf der (noch) unterentwickelten Fähigkeit zu sozial tragfähigen und emotional stabilisierenden Beziehungen oder auf dem Versagen der Eltern bzw. der peer-group beruht. **Wenn** ein Kind oder ein Jugendlicher zu solch gefährlichen Mitteln greift (oder gar greifen muß), um seinem Ruf nach Zuwendung und Fürsorge endlich das gewünschte Gehör zu verschaffen, dann ist dies **immer** ein Unglücksfall, der im Falle der Nichtintervention gem. § 323 c StGB zu bestrafen ist, sofern nicht regulär die Strafbarkeit aus dem unechten Unterlassungsdelikt gem. § 212 bzw. § 216 StGB einschlägig ist.

## **IX) Annex: Analoge Anwendung strafvollzugs- bzw. prozeßrechtlicher Parallelbestimmungen**

Es liegt nahe, daß für die Lösung eines theoretisch wie praktisch dermaßen bedeutenden Problems nichts unversucht bleiben darf, um eine normativ tragfähige Basis für die in Ausnahmefällen notwendige Zwangsbehandlung von Kindern und Jugendlichen zu finden. Befasst hat sich der Gesetzgeber mit dieser Materie insbesondere im Rahmen der "öffentlich-rechtlichen Unterbringung", namentlich im Strafvollzugsrecht. Anhand der einschlägigen Normen des StVollzG (§§ 101, 88 ff. ) und des § 119 V Nr.3 S.1 StPO soll deren analoge Anwendbarkeit im Hinblick auf das vorliegende Problem überprüft werden.

### **1) § 101 StVollzG: Zwangsmaßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge**

Der Überschrift nach scheint § 101 StVollzG nahezu maßgeschneidert für Zwangsmaßnahmen (auch) gegenüber Kindern und Jugendlichen zu sein, zumal Abs.1 ein Spektrum von medizinischer Untersuchung und Behandlung sowie die zwangsweise Ernährung umfasst. Unter systematischer Perspektive könnte diese Norm über § 178 I StVollzG, der die Anwendung unmittelbaren Zwanges **auch außerhalb** des

---

187) Herzberg, Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt (Teil 4), JA 1985, 131, 336

materiellen Geltungsbereiches des StVollzG erlaubt, auf den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe übertragen werden (siehe auch unten, 2).

Allerdings ist der entsprechenden Heranziehung dieser Vorschrift für das Terrain der Kinder- und Jugendhilfe mit größter Skepsis zu begegnen, weil diese Regelung zum einen nach dem Stand der Praxis auf extreme **Ausnahmefälle** beschränkt ist<sup>188</sup> - so bildet die Zwangsernährung als gesetzgeberische Reaktion auf die kollektiven Hungerstreiks der 27 inhaftierten Terroristen der (ehemaligen) RAF (Baader-Meinhof-Gruppe) in den 80er Jahren mit dem Ziel der "Initiierung antifaschistischer Initiative"<sup>189</sup> den wichtigsten (aber auch nahezu ausschließlichen) Anwendungsbereich des § 101 StVollzG<sup>190</sup> - und weil zum anderen die jeweiligen **Tatbestandsvoraussetzungen** für die Einleitung von Zwangsmaßnahmen für den Sektor der Kinder- und Jugendhilfe entschieden **zu eng gefasst** sind.

Im normativen Kontext ist zu differenzieren zwischen der **Eingriffsermächtigung** in § 101 I 1 StVollzG, wonach die Vollzugsbehörde (lediglich) **berechtigt** ist, einzugreifen, und der **Eingriffsverpflichtung** in § 101 I 2 StVollzG, die ausschließlich dann zur Intervention zwingt, sobald nicht mehr von der freien Willensbestimmung des Betroffenen ausgegangen werden kann.

In beiden Fällen - der **Eingriffsermächtigung** wie der **-verpflichtung** - ist (bzgl. der Kinder- und Jugendhilfe) die jeweilige **Eingriffsschwelle deutlich zu hoch** angesetzt. Es ist undenkbar, daß eine bloße **Ermächtigung** (und **keine** Verpflichtung) zum staatlichen Zugriff erst und nur bei einer **Lebensgefahr**, also der Gefahr des konkreten, "unmittelbar drohenden" Eintritts des unerwünschten Todes<sup>191</sup>, gegeben sein soll bzw. bei **schwerwiegender Gefahr für die Gesundheit** des Untergebrachten, die von der Kommentarliteratur<sup>192</sup> erst dann angenommen wird, wenn schwerwiegende gesundheitliche Folgen drohen, also wichtige Funktionen des Körpers ganz oder teilweise von einer dauerhaften Schädigung bedroht sind - die Nähe zur schweren Körperverletzung i.S.d. § 224 StGB ist augenscheinlich. Daß die Vollzugsbehörde auch bei **Bejahung** der freien Willensbestimmung des Gefangenen sich aus Gründen der **sozialstaatlichen Fürsorgepflicht** über dessen **entgegenstehenden Willen** hinwegsetzen und bei Vorliegen der Voraussetzungen i.S.d. § 101 I 1, 1.Hs. StVollzG grundsätzlich eingreifen darf<sup>193</sup>, vermag nichts an der Unanwendbarkeit dieser Bestimmung im Hinblick auf das Kinder- und Jugendhilferecht zu ändern. Obwohl bei systematischer Betrachtung auch die (unter Punkt 2 zu besprechende) Zulässigkeit besonderer Sicherungsmaßnahmen gem. § 88 StVollzG als qualifizierte Eingriffsbefugnis gegenüber den allgemeinen Regeln der Gesundheitsfürsorge nach §§ 56 ff. StVollzG eigentlich analogieförderlich sein müßte, da § 56 I 2 StVollzG die Anwendung unmittelbaren Zwangs i.S.d. § 101 StVollzG auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge erlaubt, stehen der entsprechenden Anwendbarkeit dennoch unüberwindbare Hindernisse im Wege.

Für das Terrain des **Strafvollzugs** ist diese extreme Zugriffsrestriktion sinnvoll, zumal sie in der Gemengelage widerstreitender Interessen zwischen Staat und inhaftiertem Bürger im Wege der praktischen Konkordanz den schonendsten Ausgleich durch weitestmögliche Aufrechterhaltung des Selbstbestimmungsrechts gestattet. Im **Strafvollzug** ist dies aber nur deshalb möglich, weil hierbei im Regelfall von einer **freien Willensbestimmung** des **Gefangenen** auszugehen ist, was aus dem Umkehrschluß des § 101 I

188) Calliess/Müller-Dietz, StVollzG, 7. Aufl. 1998, § 101, Rdz.3

189) Weis, Kurt, Freitod in Unfreiheit, ZRP 1975, 83 (91)

190) Nöldeke/Weisbrodt, Hungerstreik und Zwangsernährung - muß § 101 Strafvollzugsgesetz reformiert werden?, NStZ 1981, 281; Herzberg, Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, dargestellt am Beispiel des Gefangenen-suizids und der strafrechtlichen Verantwortung der Vollzugsbediensteten, ZStW 91 (1979), 557 (558); Schwind/Böhm/Müller, StVollzG, 3. Aufl. 1999, § 101, Rdz.27; - Gerade der (inzwischen angeblich obsolete) Ausnahmecharakter des § 101 StVollzG veranlaßte Zieger (Stellungnahme zum Gesetz zur Änderung des § 101 StVollzG (Zwangsernährung), StV 1985, 127, 129) zum Vorschlag seiner tabula-rasa-Lösung, nämlich der ersatzlosen Streichung dieser Norm, die keinerlei Regelungsgehalt (mehr) enthalte.

191) Calliess/Müller-Dietz, StVollzG, § 101, Rdz.7

192) vgl. die vorgenannte Fußnote

193) Ostendorf, Das Recht zum Hungerstreik, GA 1984, 308 (316, These 9), (320, These 13); Schwind/Böhm/Müller, StVollzG, § 101, Rdz.20; Calliess/Müller-Dietz, StVollzG, § 101, Rdz.3; Herzberg, ZStW 91 (1979), S.557 (578), der zutreffend auch von der Unbeachtlichkeit einer entgegenstehenden freiverantwortlichen Suizidentcheidung ausgeht.

2 StVollzG herausgelesen werden kann. Bei der Unterbringung von **Kindern bzw. Jugendlichen** i.S.d. **§ 1631 b BGB** ist aber im Regelfall **keine** freie Willensbestimmung anzunehmen (vgl. Abschnitt VIII a.E.). Diese vorliegend trotzdem zu unterstellen und dadurch die Verpflichtung des Vollzugsstabes zum Eingreifen gem. Abs.1 S.2 faktisch ausschalten zu können, läuft der Zielsetzung der Kinder- und Jugendhilfe, insbesondere unter den Vorgaben des **staatlichen Wächteramtes** nach **Art. 6 II 2 GG** und den Bestimmungen in § 1 III (Nr.3) SGB VIII, vollständig zuwider. Eine so ausgestaltete Kinder- und Jugendhilfe entspräche einem *Haus ohne Hüter* und würde den **normativen Wirkungsgrad** des **staatlichen Wächteramtes** bis zur Bedeutungslosigkeit **marginalisieren**.

Aufgrund der für den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe **nicht analogiefähigen Eingriffsbefugnisse** des § 101 StVollzG erübrigt sich eine weitere Prüfung der kumulativen Zulässigkeitsvoraussetzung der Zumutbarkeitsklausel in § 101 I 1, 2. Hs. StVollzG.

Im übrigen bestehen darüber hinaus noch weitere, **grundsätzliche Bedenken** gegen die entsprechende Anwendung strafvollzugsrechtlicher Vorschriften auf diesem Gebiet (dazu jetzt Punkt 2).

## 2) §§ 88 ff. StVollzG: Besondere Sicherungsmaßnahmen

Als "besondere Sicherungsmaßnahmen" gestattet § 88 II StVollzG beispielsweise neben dem Entzug oder dem Vorenthalten von Gegenständen, der Beobachtung bei Nacht, dem Entzug bzw. der Beschränkung des Aufenthalts im Freien, sowie der Unterbringung in einem besonders gesicherten Haftraum ohne gefährliche Gegenstände auch die Fesselung, für die wiederum § 90 StVollzG eine weitere Spezialregelung parat hält - alles Maßnahmen, die prima facie zur Lösung des nach wie vor ungeklärten Problems hinsichtlich der Zulässigkeit bestimmter Zwangsmaßnahmen gegenüber Kindern und Jugendlichen in Ermangelung der analogen Anwendbarkeit des § 1906 IV BGB im Rahmen des § 1631 b BGB zu passen scheinen. Ebenso lassen die in § 88 I StVollzG genannten Tatbestandsvoraussetzungen die entsprechende Heranziehbarkeit dieser Norm vermuten, benennt sie doch aufgrund des Verhaltens des Betreffenden oder infolge seines seelischen Zustandes **ausdrücklich die Gefahr des Selbstmordes** und der **Selbstverletzung**, so daß - unter Beachtung des in § 88 V StVollzG explizit aufgeführten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes - der Analogie nichts im Wege zu stehen scheinen dürfte. Außerdem enthält die Norm in Abs.2 eine **abschließende** Regelung der jeweiligen Eingriffsbefugnisse<sup>194</sup>, so daß der numerus-clausus zulässiger Maßnahmen diese Vorschrift transparenter macht und jene deshalb wegen des Bestimmtheitsgebots zu befürworten wäre. Schließlich konkretisieren diese Maßnahmen die allgemeinen Regeln über die Gesundheitsfürsorge nach §§ 56 StVollzG (auch wenn § 88 von § 56 I 2 StVollzG nicht genannt wird) und betonen somit die im Strafvollzugsrecht wie im Kinder- und Jugendhilfebereich spezifische sozialstaatliche Fürsorgepflicht.

Und dennoch sind die soeben genannten Maßnahmen - auch unter strikter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes - einer Analogie **nicht** zugänglich. Warum also kann § 88 StVollzG nicht entsprechend mit einbezogen werden, **obwohl** diese Norm gegenüber den inkompatiblen Tatbestandsvoraussetzungen des § 101 StVollzG die weitaus geringeren Implementationsschwierigkeiten bereitet?

Dabei ist dies weniger ein normanwendungsspezifisches, als vielmehr ein strukturell-dogmatisches Problem, das mit der besonderen Eigenart des Strafvollzuges zusammenhängt und das auch nicht dadurch zu lösen ist, daß die in §§ 81-93 StVollzG aufgeführten Sicherungsmaßnahmen keinen repressiven, sondern **präventiven** Zwecken<sup>195</sup> dienen (sollen<sup>196</sup>).

194) Callies/Müller-Dietz, StVollzG, § 88, Rdz.1; Schwind/Böhm/Müller, StVollzG, § 88. Rdz.2

195) Schwind/Böhm/Müller, StVollzG, § 88, Rdz.1

196) Bei isolierter, ausschließlich auf das Vollzugsziel der Resozialisierung (§ 2 StVollzG) orientierter Auslegung wird der präventive Charakter der o.g. Maßnahmen zweifellos zu bejahen sein, allerdings steht das StVollzG auch im Ensemble anderer Strafvorschriften und **anderer** Strafzwecke, zu denen **auch** die **absolute Straftheorie der Vergeltung** (Kant/Hegel, punitur, quia peccatus est) gehört. Definiert man den **Strafvollzug** als das "**Wie**" der **Strafvollstreckung**, dient die Gesunderhaltung des Inhaftierten und dessen Bewahrung vor selbstschädigendem Verhalten (zumindest **mittelbar**) **auch** der konsequenten Durch- und Umsetzung des staatlichen Strafanspruchs, so

Auch wenn vorliegend lediglich die **analoge** Anwendbarkeit diverser strafvollzugsrechtlicher Bestimmungen auf dem Prüfstand steht, kann über deren originäre und spezifische Eigenart - auch nicht im Wege "bloß" **entsprechender** Heranziehung - nicht hinweggegangen werden, da sie **alle** gem. § 1 StVollzG **ausschließlich** dem Zweck der Vollziehung von **Freiheitsstrafen** in Justizvollzugsanstalten gem. § 38 StGB sowie dem Vollzug der freiheitsentziehenden **Maßregeln der Besserung und Sicherung** i.S.d. §§ 61 ff. StGB dienen, also der Art und Weise der Durchführung freiheitsentziehender **Kriminalstrafen**. Der **Umkehrschluß** des § 1 StVollzG ergibt demnach, daß sich die Maßnahmen des StVollzG (mögen sie auch [primär] präventiv orientiert sein) **nicht** auf andere freiheitsentziehende Maßnahmen übertragen lassen. Dieses "**Übertragungsverbot**" gilt insbesondere für:

die zu Jugendstrafe Verurteilten (wenn sie nicht nach der Rechtsfolgenverweisung des § 92 II JGG aus dem Jugendstrafvollzug herausgenommen sind), da für den Jugendstrafvollzug die §§ 91, 92 I und 115 JGG sowie die §§ 176 und 178 StVollzG gelten; - a maiore ad minus folgt hieraus, daß das StVollzG erst recht **keine** Anwendung auf "vollzugsexternen" Freiheitsentzug finden soll, wenn schon der Jugendstrafvollzug nur sehr punktuell mit strafvollzugsrechtlichen Bestimmungen überzogen wird.

den Jugendarrest gem. §§ 16, 90 II JGG i.V.m. § 1 II JAVollzO, wonach Jugendarrestanstalten bzw. Freizeitarresträume nicht (gleichzeitig) dem Strafvollzug dienen dürfen;

den Vollzug der Untersuchungshaft gegenüber Jugendlichen gem. § 93 I JGG;

den Vollzug der Untersuchungshaft gem. § 119 StPO i.V.m. § 122 StVollzG i.V.m. Nr. 22, 23 und Nr. 11 UVollzO.

Dieses **Trennungsprinzip** wird explizit lediglich in **§ 178 I StVollzG** im Hinblick auf die Anwendbarkeit unmittelbaren Zwangs (§§ 94-101 StVollzG) **durchbrochen**, der - abweichend von § 1 StVollzG - diese Zwangsmaßnahmen **auch außerhalb** des Strafvollzugsrechts für zulässig erklärt (s.o. Pkt. 1, § 101 StVollzG). Aus dieser Analogieklausel des § 178 I StVollzG wiederum ist zu folgern, daß die besonderen Sicherungsmaßnahmen gem. §§ 88-93 StVollzG **nicht analog** außerhalb des StVollzG angewendet werden sollen, so daß neben der Heimerziehung gem. § 34 SGB VIII auch die Unterbringung nach § 1631 b BGB **nicht** mit den besonderen Sicherungsmaßnahmen der §§ 88 ff. StVollzG kombiniert werden darf (= Trennungsprinzip i.w.S. aufgrund der Exklusivitätswirkung der Analogieklausel in § 178 I StVollzG). Insoweit resultiert aus dem **Umkehrschluß** des **§ 178 I StVollzG** eine **Analogieinsuffizienz** der **§§ 88-93 StVollzG**, deren **absolute Sperrwirkung** gegenüber **anderen** freiheitsentziehenden Regelungen **prinzipiell keinen Rückgriff** auf diese Normen gestattet.

Grund hierfür ist in substantieller Hinsicht der "**Makel der Kriminalstrafe**", der den Bestimmungen der §§ 88 ff. StVollzG wesenseigen und untrennbar anhaftet und deren "**repressives Image**" auch nicht durch eine (u.U. noch so dringend gebotene) Analogie zu beseitigen ist. Es wäre ein legislatorisches Armutszeugnis, wenn das Familiengericht in Ermangelung einschlägiger Spezialregelungen auf die besonderen Sicherungsmaßnahmen des Strafvollzugsrechts (sic!) zurückgreifen müßte, die nach eindeutiger grammatikalischer, systematischer und teleologischer Konzeption ausschließlich für die Realisierung von **Kriminalstrafen** - und eben **nicht** für das Gebiet der Kinder- und Jugendhilfe - bestimmt sind. Schließlich stimmte es verwunderlich, wenn den Sicherungsmaßnahmen des StVollzG gegenüber den zuvor abgelehnten Behandlungsmethoden des § 1906 IV BGB (die zumindest der zivilrechtsdogmatischen Spur nach - trotz aller geäußerten Bedenken - näherliegen) der Vorzug gewährt werden würde.

---

daß den primär (aber **nicht ausschließlich**) präventiv ausgerichteten Sicherungsmaßnahmen nach §§ 81 ff. StVollzG auf der Sekundärebene **auch** eine **mittelbare, indirekt-repressive** Komponente zukommt.

### 3) § 119 V Nr.3 S.1 StPO: Untersuchungshaftvollzug

§ 119 V Nr.3 S.1 StPO erlaubt die **Fesselung** eines **Untersuchungshäftlings**, wenn die **Gefahr** des **Selbstmordes** oder der **Selbstbeschädigung** besteht und wenn die Gefahr durch keine andere, weniger einschneidende Maßnahme abgewendet werden kann.

Doch ebenso wie auf dem Terrain des Strafvollzuges scheidet die analoge Heranziehung dieser prozessualen Norm daran, daß sie (die eine Folge der Garantenstellung gegenüber U-Häftlingen beinhaltet<sup>197</sup>) trotz bestehender Unschuldvermutung nach Art. 6 II EMRK während dieses Verfahrensabschnitts in gleicher Weise einen “punitiven Makel” in sich birgt, weil sie ihrer systematischen Stellung nach im neunten Abschnitt über die Verhaftung und die vorläufige Festnahme primär der Verfahrenssicherung zum Zwecke der Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs durch Verhinderung einer potentiellen “Flucht ins’ Jenseits” dient. Insofern resultieren hieraus die gleichen Bedenken wie aus den §§ 101, 88 StVollzG.

Daher lassen sich im Ergebnis weder aus dem StVollzG, noch aus der StPO analog anwendbare Regelungen hinsichtlich der Zulässigkeit bestimmter Zwangsmaßnahmen im Rahmen freiheitsentziehender Normen nach § 1631 b BGB heranziehen.

#### *X) Problemschwerpunkt [4]: Sterbehilfe auch gegenüber Kindern? - Zur aktuellen Diskussion in den Niederlanden und in Belgien -*

Aufgrund der derzeit anhaltenden und (verständlicherweise) sehr kontrovers geführten Debatte um die Zulässigkeit der Sterbehilfe auch gegenüber Kindern ab 12 Jahren in den Niederlanden und in Belgien sei in diesem Zusammenhang auf die politische Diskussion in den beiden Nachbarstaaten eingegangen, um eine eventuelle Übertragbarkeit vor dem Hintergrund bundesdeutschen Verfassungsrechts zu skizzieren. Problematisch könnte ein derartiger Wunsch eines untergebrachten Minderjährigen im Falle seiner unheilbaren Erkrankung sein, so daß sich (wenn auch nur **anläßlich** seiner Unterbringung) neben den bereits erörterten strafrechtlichen Gesichtspunkten (Abschnitte VII und VIII) vor allem **verfassungsrechtliche** Fragestellungen hierdurch aufwerfen.

Nach entsprechenden Pressemitteilungen der dpa / AP<sup>198</sup> eines am 11.08.1999 vorgestellten Gesetzesentwurfs der **niederländischen Regierung** soll künftig auch **schwerkranken Kindern** ab 12 Jahren das Recht auf **Sterbehilfe** gewährt werden dürfen. Dabei werde die Euthanasie nach den Richtlinien an vier kumulative Zulässigkeitsvoraussetzungen geknüpft:

- (1) Vorliegen einer **unheilbaren Krankheit**;
- (2) Erleiden **unerträglicher Schmerzen**;
- (3) erfolgloses Ausschöpfen **aller** verfügbaren medizinischen Mittel und
- (4) **freiwilliges** Vorbringen der Bitte um Gewährung um Sterbehilfe.

Bezeichnenderweise sollen sich Minderjährige auch **gegen** den Willen ihrer Eltern gemeinsam mit einem Arzt für ihren vorzeitigen Tod entscheiden können.

Sich auf diesen niederländischen Gesetzesvorschlag stützend, fordert nun auch die belgische Kinderrechtskommissarin *Ankie Vanderkerckhove* die Ausdehnung der Sterbehilfe auf Minderjährige in ihrem Land, weil Kinder, die mit einem ihr Leben in Frage stellenden ärztlichen Befund konfrontiert würden, genauso handelten wie Erwachsene. Demgegenüber kritisierte der Vorsitzende der größten holländischen Anti-Sterbehilfe-Organisation “Schrei nach Leben”, *Bert Dorenbos*, daß ein 12-jähriges Kind noch nicht einmal über triviale Dinge entscheiden könne, so daß es absurd sei, ihm die Entscheidung über sein eigenes Leben oder seinen Tod aufzuerlegen. Auch Vertreter des belgischen Ärzteverbandes halten es für sehr fraglich,

197) Kleinknecht/ Meyer-Goßner, StPO, § 119, Rdz.41

198) dpa/AP in: taz, die tageszeitung, 12.08.1999, Nr. 5910, S.5; vgl. auch Südwestpresse (ST), 13.08.1999, S.2

ob ein Kind in dieser Altersstufe überhaupt begreifen könne, was Tod sein bedeute, da ein Erwachsener mit gleichlautendem Krankheitsbefund über einen weit umfassenderen Erfahrungshorizont verfüge.

Sollte es in der Bundesrepublik zu einer derartigen Diskussion kommen, kann - neben einer eng am Wortlaut orientierten Auslegung des Art. 2 i.V.m. Art. 1 GG - nur das Axiom des "Strafrechts als ethisches Minimum"<sup>199</sup> den Gesetzgeber davor bewahren, auf einfachgesetzlicher Ebene (§ 216 StGB) das anzuerkennen, was *Wagner*<sup>200</sup> 1975 gefordert hat: ein **Grundrecht auf Suizid** i.S.d. Art. 2 I GG, wonach auch die Selbsttötung zum Kernbereich der Entfaltungsfreiheit gehöre.

Nach geltendem Verfassungsverständnis wirft diese Argumentation auf unterschiedlichen Ebenen **vier Fragen** mit grundsätzlicher Bedeutung auf:

1. Ebene: Wie groß ist die Tragweite eines Grundrechts**verzichts** im verfassungsrechtlichen Spannungsfeld zwischen (verzichtsermöglichten) **subjektiv-rechtlichen Abwehrrsprüchen** einerseits und der (verzichtseinschränkenden) **objektiven Wertordnung** andererseits? (= grundrechtstheoretische Frage des Grundrechts**verzichts**)?

2. Ebene: Kann das **Recht auf Leben** i.S.d. Art. 2 II 1 GG aufgrund der **Grundrechtskonkurrenz** mit der **allgemeinen Handlungsfreiheit**, dem **allgemeinen Persönlichkeitsrecht** aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG sowie der **Menschenwürde** in Art. 1 I GG infolge dieser **vier**, sich (zumindest partiell) **überschneidenden** Schutzbereiche überhaupt hinter die allgemeine Handlungsfreiheit bzw. hinter das allgemeine Persönlichkeitsrecht zurücktreten, oder überlagert das Lebensrecht als umfassenderes Recht das (insoweit subsidiäre) Selbstbestimmungsrecht? (= Frage des Grundrechts**verzichts** innerhalb **konkurrierender Grundrechte**)?

3. Ebene: Wie wirkt sich das **elterliche Erziehungsrecht** aus Art. 6 II 1 GG auf das **Selbstbestimmungsrecht** des Minderjährigen nach Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG (und umgekehrt) aus? (= Frage der Grundrechts**kollision**)?

4. Ebene: Können Kinder bzw. Jugendliche einen derartigen Grundrechts**verzicht wirksam ausüben**? (= Frage der Grundrechts**mündigkeit**).

Zunächst birgt die Anerkennung eines Grundrechts**verzichts** einerseits die Gefahr, den Grundsatz des Lebensschutzes in Art. 2 II 1 GG durch eine "hypertrophierte Entfaltungsfreiheit" nach Art. 2 I GG im Kern aufzuweichen und zu eskamotieren - und zwar unabhängig davon, ob es um die Reichweite der allgemeinen Handlungsfreiheit von Kindern, Jugendlichen oder Erwachsenen geht. Genau diese Gefahr voraussehend, prägte der damalige sozialdemokratische Abgeordnete des Parlamentarischen Rates, *Dr. Carlo Schmid* (1896-1979), den genialen Aphorismus, die Reichweite des grundrechtlich geschützten Bereichs dürfe nicht soweit gehen, daß die Grundrechte dadurch die Voraussetzung für ihre eigene Beseitigung schaffen (= Schmid's "Plädoyer" für die **objektive Wertordnung** als notwendiges **Korrektiv** im Sinne einer grundrechtserhaltenden **teleologischen Reduktion** für den status negativus [vgl. Ebene 1]). - Ohne die Frage der Sterbehilfe gegenüber Minderjährigen abschließend beantworten zu wollen, ist die drohende Erosion dieses hochsensiblen Grundrechtsbereichs ein Faktum, dem sich die Diskussion - wie auch immer sie geführt wird - zu stellen hat. Auf der anderen Seite können sich bestimmte **Grenz-**

---

199) eine **moraltheologische** Auseinandersetzung mit der Thematik Euthanasie bietet Zimmermann-Acklin, Markus: Euthanasie: eine theologisch-ethische Untersuchung; Studien zur theologischen Ethik; 79; Diss. theol. Fribourg, 1997

200) Wagner, Joachim, Selbstmord und Selbstmordverhinderung, Karlsruhe, 1975, S. 93 f.; in der Diktion gleich: Wassermann, Rudolf, Das Recht auf den eigenen Tod, DRiZ 1986, 291 (293 f.) unter Berufung auf Wagner

und **Ausnahmefälle** schwerster, irreversibler Krankheitsbilder zu einem verfassungsrechtlich verbürgten **Anspruch** auf ein baldiges Sterbendürfen verdichten.

Um diese Problematik zumindest annähernd einer ethisch wie rechtlich vertretbaren Lösung zuzuführen, seien zunächst einige **grundrechtstheoretische Überlegungen** auf einer ersten Ebene vorangestellt.

Vorab ist jedoch mit *Wassermann*<sup>201</sup> festzuhalten, daß aus **Art. 2 II 1 GG** kein Recht auf den eigenen Tod ableitbar ist. Während über die körperliche Unversehrtheit (begrenzt) verfügt werden darf (vgl. § 228 StGB), da sie i.d.R. ausheilen kann, ist ein **Analogieschluß** bzgl. des Schutzgutes **“Leben”** in Art. 2 II 1, 1. Var. GG **nicht** zulässig, weil die beiden zugrundeliegenden Sachverhalte wesensverschieden sind (reversible körperliche Integrität versus irreversibler Verlust des Lebens) und das **“Recht auf den eigenen Tod”** analog bzw. argumentum ex Art. 2 II 1, 1. Var. GG **nicht** vom Schutzbereich dieser Norm erfasst wird. Konsequenterweise **verbietet** sich demzufolge der Versuch einer **“negativen Schutzbereichsbestimmung”** durch eine e-contrario-Umkehrschlußbildung.

- Zur ersten Ebene: Mag die Zulässigkeit eines Grundrechtsverzichts auch der **klassischen Grundrechtsdoktrin** des 19. Jahrhunderts entsprechen, wonach der Verzicht als ein Akt der **Freiheitsausübung** und als **Grundrechtsgebrauch** qualifiziert wird<sup>202</sup> - mit einem **modernen** und vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung postulierten **Grundrechtsverständnis**<sup>203</sup>, das - **neben** dem subjektiven Abwehrcharakter gegenüber dem Staat - stärker die **objektiv-rechtliche** Dimension von Grundrechten akzentuiert, ist diese absolute Betonung des status negativus nicht (mehr) aufrechtzuerhalten, weil nach der neueren Lehre der Einzelne aufgrund der (auch für ihn als Grundrechtsinhaber) **verbindlichen Wertentscheidung** des Grundrechtskatalogs nicht (mehr) völlig frei über **“seine”** Grundrechte disponieren bzw. hierauf verzichten kann. Aus der **objektiven Wertordnung** resultiert in Bezug auf das Lebensrecht in Art. 2 II 1 GG konsequenterweise nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>204</sup> unter positiven Vorzeichen eine **staatliche Schutzpflicht**, sich schützend und fördernd vor dieses Grundrecht zu stellen und es insbesondere vor Angriffen von seiten anderer zu bewahren - dies gilt a maiore ad minus auch gegenüber Angriffen durch den Grundrechtsträger **selbst**, weil die **objektiv-rechtliche Wertentscheidung**, aus der sich der status negativus ableiten läßt, **weiter** reichen kann als der rein subjektiv-rechtliche Abwehrensanspruch. Der janusköpfige Charakter der Grundrechte als **subjektive Abwehrrechte** und **zugleich** als spiegelbildlicher **Teilausschnitt** der **objektiven Wertordnung** führt zu einer grundrechtsimmanenten Schutzbereichs**begrenzung**, die von vornherein einen **Angriff** auf dessen **objektiv-rechtliches** Substrat durch zu weitreichende subjektive Ansprüche **ausschließt**. Insofern bildet die objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte sprichwörtlich einen Schutzmantel vor subjektiv-rechtlichen Angriffen des Grundrechtsinhabers - und damit letztlich einen **Schutz - vor sich selbst**. Auf eine Kurzformel gebracht: Der subjektiv-rechtliche Abwehrensanspruch findet seine Grenze in der objektiven Wertordnung der Verfassung. Daraus folgt, daß auch bei prinzipieller Anerkennung eines Grundrechtsverzichts der **objektiv-rechtliche** Gehalt eines Grundrechts einer **Einwilligung** i.S.d. klassischen Lehre **entgegenstehen** kann, insbesondere dann, wenn

---

201) Wassermann, Rudolf, Das Recht auf den eigenen Tod, DRiZ 1986, 291 (292)

202) Dürig, Günter, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), S.117 (152) unter Berufung auf den römisch-rechtlichen Grundsatz **“volenti non fit iniuria”** und auf John Locke, *Two treatises of civil government*, 1690, Book II, XI, 138, der - modern formuliert - die eigene Zustimmung bzw. Einwilligung als ausreichende Legitimationsgrundlage für einen Grundrechtseingriff ansehen würde.

203) Schon ansatzweise vertreten von Sturm, Gerd, Probleme des Verzichts auf Grundrechte, in: Festschrift für Willi Geiger, *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung*, S.173 f., 188, 190, 195, 198; vgl. auch Jarass, Hans Dieter, AöR 110 (1985), Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des BVerfG, S. 363 ff., 378 f., 394 f.; Lorenz, Dieter, in: *Handbuch des Staatsrechts (HbStR)*, Bd. VI, Freiheitsrechte, § 128, S.3 (26), Rdz.43; Erichsen, Hans-Uwe, in: *HbStr*, Bd. VI, Freiheitsrechte, § 152, S.1185 (1189), Rdz.9 f.; BVerfGE 7, 198 (205) - Lüth-Entscheidung; BVerfGE 39, 1 (41 f.) - Fristenlösung; E 46, 160 (164) - Schleyer; E 49, 89 (142) - Kalkar-Beschluß; E 53, 30 (57) - Mülheim-Kärlich-Beschluß

204) Nachweise in der vorgenannten Fußnote

die Beeinträchtigung von besonderer Dauer und Schwere ist<sup>205</sup>. Bezogen auf die Sterbehilfe gegenüber Kindern bedeutet diese existentielle und unumkehrbare Entscheidung, daß - ungeachtet der Grundrechtsmündigkeit - deren **Dispositionsfreiheit** gemäß der klassischen Grundrechtstheorie durch die zweite Grundrechtsdimension der **objektiv-rechtlichen Wertordnung eingeschränkt** werden kann. Eine systematische Absicherung erhält dieser verfassungsrechtliche Befund durch das Verhältnis des Art. 2 II 1 zu Art. 2 I GG: das (im Vergleich zu Art. 2 I GG) absolutere Lebensrecht des Art. 2 II 1 GG und die objektive Wertordnung des GG setzen als Elemente des **Schrankentrias** in Art. 2 I GG der (demgegenüber) relativen Handlungsfreiheit **Grenzen** (die allerdings nicht unüberwindbar sein müssen, dazu unten). Sieht man das Grundrecht auf Leben in Art. 2 II 1 GG in unmittelbarem Zusammenhang mit der Menschenwürde in Art. 1 I GG und betrachtet man das Lebensrecht als deren originärsten und vitalsten Ausdruck, impliziert die von Art. 79 III GG geschützte **Unveräußerlichkeitsklausel des Art. 1 II GG** zugleich ein **Unverzichtbarkeitsaxiom**, das ein **“Grundrecht auf den eigenen Tod”** e contrario Art. 2 II 1 bzw. nach Art. 2 I GG - jedenfalls **nicht** mit diesem Absolutheitsanspruch - zuläßt. Dieses erste Zwischenergebnis findet seine **strafrechtliche** Entsprechung in der Ansicht von *Schmidthäuser*<sup>206</sup>, nach welcher das geschützte Rechtsobjekt des 16. Abschnitts des StGB jeder einzelne (lebende) Mensch ist, der **nicht** dergestalt über “sein” Leben verfügen könne, daß der von diesem Rechtsgut ausgehende Achtungsanspruch entfiele. In Anlehnung an die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB betont *Schmidthäuser* die Unbeachtlichkeit einer “Einwilligung”. Auch die **zielgerichtete Selbsttötung** verletze den Achtungsanspruch, **solange** - von dieser **Bedingung** macht *Schmidthäuser* seine Bewertung abhängig - dem Suizidentschlossenen sein Leben nicht eine **unerträgliche Belastung** auferlege. *Schmidthäuser* konstatiert demnach zwar die **grundsätzliche Unverfügbarkeit** menschlichen Lebens (durch den Rechtsgutsträger selbst) und befindet sich somit im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben, die aus der **objektiven Wertordnung** der Grundrechte resultieren. Allerdings läßt *Schmidthäuser* (aaO.) von dieser prinzipiellen **“Unverfügbarkeitsregel”** auch **Ausnahmen** zu, wenn das Leben für den Betroffenen zu einer **unerträglichen Belastung** geworden ist, die das Weiterleben u.U. **unzumutbar** werden lassen kann, z.B. bei einer unheilbaren, schweren Erkrankung, wobei der Rechtsgutsanspruch nicht auf jede medizinisch-technisch machbare Lebensverlängerung gerichtet sei<sup>207</sup>. *Schmidthäusers* Abgrenzungskriterium hinsichtlich der Dispositionsbefugnis über das eigene Leben besteht also in der Beantwortung der Frage nach der **Zumutbarkeit** des Weiterlebens. Bei dessen Bejahung sei die mit dem Ziel der Selbsttötung vorgenommene Handlung insoweit **tatbestandlich-rechtsgutsverletzend** (- hier spiegelt sich die Ausprägung der **objektiven Wertordnung** wider) mit der Möglichkeit eines **Rechtsschuld-Ausschlusses**. Im Falle des Selbsttötungsversuches sei von einem **besonderen gesetzlichen Entschuldigungsgrund** auszugehen, da der sich selbst Tötende in einer **notstandsähnlichen Lage** (vgl. § 35 StGB) der subjektiv empfundenen Ausweglosigkeit befinde. Grundrechtsdogmatisch anerkennt *Schmidthäuser* für den **Ausnahmefall** der **Unzumutbarkeit** des Weiterlebens die **Durchbrechung der “Unverfügbarkeitsmaxime”** im Rahmen der objektiven Wertordnung zugunsten eines **ausnahmsweise** vorrangigen **Dispositionrechts** vor dem Hintergrund der **klassischen Grundrechtsdoktrin**.

Nach dieser grundrechtstheoretischen Betrachtung unter der Perspektive des objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalts ist auf der **zweiten Ebene** die durch die objektive Wertordnung bzw. durch die “verfassungsmäßige Ordnung” als Element des Schrankentrias in Art. 2 I GG eröffnete **Konkurrenzproblematik** der betroffenen Grundrechte (Art. 2 II 1 GG: Recht auf Leben; Art. 2 I GG: allgemeine Handlungsfreiheit; Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG: allgemeines Persönlichkeitsrecht; Art. 1 I GG: Menschenwürde) zu untersuchen, da sämtliche Schutzbereiche dieser vier Grundrechte mehr oder weniger intensiv von einem autonom bedingten Suizidverlangen beeinträchtigt sein können.

---

205) vgl. Jarass/Pieroth, GG, 4. Aufl., Vorb. vor Art. 1, Rdz.27 m.w.N.

206) Schmidthäuser, Eberhard; Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., 1983, Kap. 2, Rdz.1,2,7,9

207) vgl. hierzu auch die insoweit gleichlautende Auffassung des BGHSt 32, 367 (379) im sog. Wittig-Urt., siehe Abschnitt VIII

Unter der Chiffre “**Grundrechtskonkurrenz**” bezeichnet die Literatur<sup>208</sup> den Fall, daß das Verhalten **eines** Grundrecht**sinhabers** vom Schutzbereich **mehrerer** Grundrechte erfasst wird. Werden die Schutz-bereiche untereinander **nicht** verdrängt, da sich infolge der jeweils gleichgewichtigen spezifischen Grundrechtsgehalte **keine** den anderen vorrangige Spezialnorm ermitteln läßt, liegt - dem Strafrecht vergleichbar - eine **Idealkonkurrenz** vor mit der Folge, daß dann **alle** einschlägigen Grundrechte **glei-chermaßen** zur Anwendung gelangen (= parallele/synchrone Schutzbereichseröffnung). Hieran anknüpfend ergibt sich die Frage, **welche** der unterschiedlichen Grundrecht**sschranken** in diesem “**Grundrechtsen-semble**” heranzuziehen ist.

Auch bei der Qualifizierung der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG als “subsidiäre Generalklausel der Freiheitsrechte”<sup>209</sup> mit der methodischen Konsequenz, daß die speziellen Freiheitsrechte zuerst zu prüfen sind<sup>210</sup>, kann vorliegend **nicht** vom lex-specialis-Charakter des Lebensrechts aus Art. 2 II 1 GG bzw. des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, geschweige denn der Menschenwürde gegenüber der allgemeinen Handlungsfreiheit ausgegangen werden. Vielmehr stehen diese **vier** Grundrechte in einem **unauflösbaren** inneren und sich wechselseitig beeinflussenden **Zusammenhang**, weil das Recht auf Leben nicht ohne die anderen drei Grundrechte definiert werden kann, ohne seinen dogmatischen Kern-bereich zu verlieren. Somit ist ein Fall der **grundrechtlichen Idealkonkurrenz** gegeben, der die soeben erwähnte Frage der einschlägigen **Grundrechtsschranke** aufwirft. Der hierzu in der Literatur<sup>211</sup> unterbreitete “Lösungsansatz” ist ebenso kurz wie trivial (und vielleicht gerade deshalb besonders pragmatisch): es gebe keine allgemeinen, rein formellen Regeln, vielmehr sei für die Bestimmung des Verhältnisses der Grundrechte zueinander “*immer nur die Auslegung dieser Grundrechte im Einzelfall*” entscheidend. Durch seine systematische Verknüpfung mit Art. 1 I GG weist das allgemeine Persönlichkeitsrecht als eines der beiden in Art. 2 I GG enthaltenen Teilrechte einen noch weitergehenden Schutzbereich auf als die allgemeine Handlungsfreiheit. Kennzeichnend für das allgemeine Persönlichkeitsrecht als freiheitsrechtliche Ausprägung der Menschenwürde ist nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>212</sup> ein “*autonomer Bereich privater Lebensgestaltung, in welchem der Grundrechtssinhaber seine Individualität entwickeln und wahren kann.*” Jarass<sup>213</sup> spricht in diesem Zusammenhang von “*Person-Sein*” und “*sozialer Identität*”. Hierzu gehört auch im Falle des Leidens schwerstkranker, unheilbarer Menschen - und dies müssen nicht ausschließlich alte Menschen sein - das Recht auf ein würdiges Sterben. Die gesellschaftspolitische wie

---

208) Bleckmann/Wiethoff, Zur Grundrechtskonkurrenz, DÖV 1991, 722

209) die se treffend-po intierte Kurz formel stammt t von Jarass, in Jarass/Pieroth, GG, Art.2, Rdz.1

210) Jarass/Pieroth, GG, Art. 2. Rdz.3

211) Bleckmann/Wiethoff, Zur Grundrechtkonkurrenz, DÖV 1991, 722 (724, 729)

212) BVerfGE 79, 256 (268)

213) Jarass, Hans Dieter, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857 (859)

juristische Akzeptanz<sup>214</sup> der **passiven Sterbehilfe** (= **Verzicht** auf lebenserhaltende Maßnahmen<sup>215</sup> bzw. deren **Abbruch**, wobei die Behandlungsmaßnahmen [lediglich] den Verlauf des natürlichen Sterbeprozesses verzögern) und der **aktiv-indirekten Sterbehilfe** (= [intensiv-]medizinische Behandlung unter schmerzstillender bzw. -lindernder Medikation mit der **unbeabsichtigten** und **unvermeidbaren**, aber letztlich in Kauf zu nehmenden Konsequenz eines **dadurch beschleunigten** Todeseintritts) unterstreicht dieses Menschenrecht. *Wassermann*<sup>216</sup> betont mit Recht, daß sich Lebensschutz und Sterbensfreiheit verfassungsrechtlich **nicht** ausschließen.

Der von der niederländischen Regierung vorgelegte Kriterienkatalog zeigt in den Punkten 1-3, daß es hierbei um die Frage des "Lebenmüssens" versus "Sterbendürfens" inoperabler, medizinisch untherapierbarer und unheilbarer, sich entsetzlich und unvorstellbar quälender Kinder geht, denen ein weiteres Dahinvegetieren im Sinne rein physisch-biologischer Existenz "um jeden Preis" unter keinen ethischen und rechtlichen Gesichtspunkten zugemutet werden kann. Ihrem - verständlichen - Sterbewunsch statt dessen die "objektive Wertordnung" des Grundgesetzes mit dem freundlichen wie mitfühlenden Hinweis auf die "generelle Unverfügbarkeit menschlichen Lebens" entgegenzuhalten, ist blanker Zynismus gegenüber diesen (jungen) Moribunden. Insbesondere die grauenhaften Erfahrungen des Genozids während des Nationalsozialismus, die das GG entscheidend mitgeprägt haben, zwingen zu einer inhaltlichen Ausfüllung der **objektiven Wertordnung**, welche die Respektierung des menschlichen Willens auch am Ende seines (möglicherweise noch jungen) Lebens in den Mittelpunkt stellt. Wo die pauschale Berufung auf das "Recht auf Leben" und die Verbarrikadierung hinter die "objektive Wertordnung" der Verfassung zum Alibi für ein Recht auf ein menschenwürdiges und selbstbestimmtes Sterben wird, desavouiert sich eine an-thropozentrisch orientierte Rechtsordnung zu einem inhumanen Machtinstrumentarium obrigkeitstaatlicher Herrschaftsansprüche. - Deshalb formulierte der **Verfassungskonvent von Herrenchiemsee** im August 1948 für die Vorarbeiten zum Entwurf des späteren Grundgesetzes in seinem "Verfassungsentwurf" in **Art. 1 I HCE**, daß der Staat um des Menschen willen, und nicht der Staat um des Staates willen da ist. Der Philosoph und Staatstheoretiker *Leonard Nelson* (1882-1927)<sup>217</sup> artikuliert diese Erkenntnis, indem es **nicht** Sache unseres Willens sei, der Person positiv die **Würde** erst **geben** zu müssen, wir können die **Würde** nur **anerkennen**. Das **GG** geht ebenfalls von diesem Menschenbild aus: die **Menschenwürde** wird in Art. 1 I GG **nicht** erst **konstituiert**, sondern bereits kraft des Person-Seins als schon gegeben **vorausgesetzt**, und unmittelbar hieran knüpft das Selbstbestimmungsrecht (auch von Kindern) an.

Je mehr sich menschliches Leben durch unheilbare, schmerzvolle Krankheit dem unentrinnbaren Tode nähert, umso stärker wandelt sich das Recht auf Selbstbestimmung nach Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG in seine

---

214) BGHSt 42, 301 (305) - In diesem Judikat befürwortet der 3. Strafsenat ausdrücklich die Zulässigkeit der aktiv-indirekten Sterbehilfe in der o.g. Form, weil die Ermöglichung eines würdigen Todes ein höheres Rechtsgut darstelle, als die Aussicht, unter schwersten Vernichtungsschmerzen noch kurze Zeit länger leben zu müssen.

Im Urteil gegen den "Todesengel von Wuppertal" (der Krankenschwester M. Röder) bewertet der 3. Senat (BGHSt 36, 376 (378) die Ausschöpfung intensivmedizinischer Technologie gegen den erklärten bzw. mutmaßlichen Willen des Patienten als rechtswidrig und respektiert damit expressis verbis die passive Sterbehilfe (wenn auch nicht in der durch die verurteilte Krankenschwester vorgenommenen Art und Weise...). Auch im zuvor bereits kritisierten Wittig-Urteil (BGHSt 32, 367 [378 ff.]) anerkennt der 3. Senat grundsätzlich die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, weil es keine Rechtsverpflichtung eines Arztes zur Erhaltung eines erlöschenden Lebens um jeden Preis gebe (vgl. auch BGHSt 40, 257 [260]). Nicht die Effizienz der Apparatur, sondern die an der Achtung der Menschenwürde ausgerichtete Einzelfallentscheidung bestimmten die Grenze ärztlicher Behandlungspflicht. - Nach diesen begrüßenswerten Ausführungen des BGH stellt sich lediglich die Frage, warum der 3. Senat trotzdem nichts unversucht gelassen hat, um den behandelnden Mediziner Dr. Wittig einer Bestrafung aus dem unechten bzw. dem echten Unterlassungsdelikt zuzuführen, wobei die Letztere nur wegen der "besonderen Umstände des Einzelfalls" zum Scheitern verurteilt war und der Annahme eines versuchten unechten Unterlassungsdelikts vermutlich Probleme im Rahmen einer umfassenderen Sachverhaltsaufklärung (vor allem hinsichtlich der inneren Tatseite [vgl. BGHSt 32, 367 [370]]) entgegenstanden.

215) zu den lebenserhaltenden Maßnahmen gehören künstliche Wasser- und Nahrungszufuhr, Sauerstoffversorgung, künstliche Beatmung, Medikation, Bluttransfusion und Dialyse

216) Wassermann, Rudolf, Das Recht auf den eigenen Tod, DRiZ 1986, 291 (293)

217) Nelson, Leonard, Fortschritte und Rückschritte der Philosophie (1919/26) in: Lektüre zwischen den Jahren, ausgewählt von Hans-Joachim Simm, Insel-Verlag, 1997, S.78

Kehrseite der (zumindest partiellen) Dispositionsbefugnis des Grundrechtsinhabers in Richtung einer autonomen Euthanasieentscheidung um.

Deshalb kann aus dem **allgemeinen Persönlichkeitsrecht** und der **allgemeinen Handlungsfreiheit** innerhalb des “Grundrechtsensembles” zwar **kein** “Wagner’sches Grundrecht auf Selbstmord”, aber immer-hin ein Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben abgeleitet werden, das in Gestalt der **passiven** wie der **aktiv-indirekten Sterbehilfe** dem Junktim der **objektiven Wertordnung** der Verfassung entspricht, so daß sich der anfangs erwähnte status negativus und der objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalt auf diese Weise in harmonischen Einklang bringen lassen.

Ihre **medizinische Umsetzung** findet dieses Ergebnis in den nach intensiven und unter erstmaliger Beteiligung der Öffentlichkeit geführten Diskussion vom Vorstand der Bundesärztekammer (BÄK) am 11.09.1998 beschlossenen **“Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung”**<sup>218</sup>:

In der Präambel dieser Grundsätze wird die ärztliche Verpflichtung zur Lebenserhaltung für bestimmte Situationen abgelehnt, insbesondere dann, wenn eine ansonsten angemessene Diagnostik und Therapie nicht mehr indiziert sind. Hier tritt dann die palliativ-medizinische Versorgung<sup>219</sup> in den Vordergrund, wobei der Wille des Patienten vom Arzt zu berücksichtigen ist.

Die **aktiv-direkte**, d.h. **final** auf den Todeseintritt abzielende Sterbehilfe, wird sowohl in der Präambel, als auch in Abschnitt I ausdrücklich unter Berufung auf die Strafbewehrung (§ 216 StGB) und auf das ärztliche Ethos **verboten**, auch wenn der Patient dies verlangt.

Für **zulässig** erklärt wird die **aktiv-indirekte Sterbehilfe** unter den vom 3. Strafsenat des BGH aufgestellten Voraussetzungen, so daß eine möglicherweise unvermeidbare Lebensverkürzung im Interesse einer vorrangigen Leidensmilderung hingenommen wird.

Ebenfalls **erlaubt** ist die **passive Sterbehilfe** in Übereinstimmung mit dem Willen des Patienten, wenn die Behandlung nur den ohnehin bevorstehenden Todeseintritt künstlich verzögern und den Krankheitsverlauf nicht aufhalten würde.

Auch bei Patienten mit **infauster** (= aussichtslose, ungünstige) **Prognose**, die sich (noch) **nicht** im Sterben befinden, tritt an die Stelle der bisherigen medizinischen Versorgung eine **Palliativbehandlung** sowie pflegerische Maßnahmen, wenn die Krankheit weit fortgeschritten ist, eine lebenserhaltende Versorgung das Leiden nur verlängert und der Patient mit dieser Therapiezieländerung einverstanden ist (= antezipierte passive Sterbehilfe).

Gegenüber **schwerstfhegebildeten** bzw. **schwer stoffwechselgestörten Neugeborenen**, bei denen **keine** Aussicht auf Heilung oder Besserung besteht, kann nach hinreichender Diagnostik und im Einvernehmen mit den Eltern eine lebenserhaltende Behandlung, die ausgefallene oder ungenügende Vitalfunktionen ersetzt, unterlassen oder nicht weitergeführt werden (= postnatale passive Sterbehilfe). Gleiches gilt für “extrem unreife Kinder” (was darunter zu verstehen ist, lassen die Grundsätze offen), deren un- ausweichliches Sterben abzusehen ist sowie für Neugeborene, die schwerste Zerstörungen des Gehirns erlitten haben.

Ergänzend hierzu ist aus **rechtsvergleichender** Sicht hinzuzufügen, daß die “Medizinisch-ethischen Richtlinien für die ärztliche Betreuung sterbender und zerebral schwerst geschädigter Patienten” der *Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften* (SAMW)<sup>220</sup> inhaltlich nahezu identisch sind.

- Zur **dritten Ebene**: Wenn schon **mehrere** Grundrechte in der Person **eines** Grundrechtsträgers zu **Konkurrenzproblemen** führen, muß dies erst recht für den Fall gelten, in dem sich ein oder mehrere

---

218) abgedruckt in: Deutsches Ärzteblatt 95, H.39, 29.09.1998, S. C-1690 f.

219) Palliativbehandlung = Linderung der (Schmerz-)Folgen eines unheilbaren Krankheitsverlaufs unter Beibehaltung der therapieresistenten Grunderkrankung (“Symptomtherapie” anstelle einer Ursachenbehandlung)

220) abgedruckt in NJW 1996, 767 f. mit Kurzkommentierung

Grundrechte **mehrerer** Grundrechtsträger (also mindestens zwei) gegenüberstehen - dann liegt eine Grundrechts**kollision** vor. Nochmals zur Abgrenzung:

Grundrechts**konkurrenz** = **intrapersonale** Grundrechtsvielfalt;

Grundrechts**kollision** = **interpersonale** Grundrechtsvielfalt.

Das Dilemma der Grundrechts**kollision** liegt darin, daß die Grundrechtsausübung eines Grundrechtsträgers mit der Grundrechtsausübung eines **anderen** Grundrechtsinhabers nicht vereinbar ist, da sich **mehrere** Grundrechtss**phären** überschneiden. *Jarass*<sup>221</sup> benennt die Folgen dieser Kollision: die an diesem Konflikt beteiligten Grundrechte werden zur Schranke des bzw. der anderen Grundrechte.

Innerhalb unserer Diskussion stehen sich das **Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen** aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und das **elterliche Erziehungsrecht** gem. Art. 6 II 1 GG gegenüber. Das Selbstbestimmungsrecht des Kindes wird durch das elterliche Erziehungsrecht **begrenzt** und dieses wiederum findet seine Schranken im Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen - ein scheinbar unlösbares Problem infolge **wechselseitiger Schutzbereichsbeschränkungen**. Bei dieser Kollision darf man es sich nicht zu leicht machen und unter Heranziehung höchstrichterlicher Entscheidungen<sup>222</sup> bei Zweifeln an der konkreten Grundrechtspriorität innerhalb der Interessenkollision "Eltern-Kind" apodiktisch auf den grundsätzlichen Vorrang der Kindesinteressen verweisen. Das Ergebnis dieser Argumentation bestünde in einem verfassungsrechtlich unvertretbaren Trugschluß, weil hierdurch das **elterliche "Vetorecht"** umgangen würde.

Seine besondere Schwierigkeit erhält dieses Problem dadurch, daß die hier kollidierenden Grundrechte eine verhältnismäßig große "Schnittmenge" hinsichtlich der beteiligten Schutzbereiche aufweisen: das Elternrecht aus Art. 6 II 1 GG ist **kein** primäres Recht **für** die Erzieher, sondern ein Recht **auf** Erziehung seitens des Minderjährigen, also ein **treuhänderisches Recht**, das die Eltern **im Interesse** und stellvertretend **für** ihre Kinder wahrzunehmen haben, worüber die "staatliche Gemeinschaft wacht" (Art. 6 II 2 GG, siehe TEIL B III 1, Problemschwerpunkt 1 a). Analog zum oben zitierten Art. 1 I des Verfassungsentwurfs von Herrenchiemsee ließe sich dies aus dem Blickwinkel des Art. 6 II 1 GG in den Aphorismus "Nicht die Kinder sind für die Eltern, sondern die Eltern sind für ihre Kinder da" fassen. Allerdings unterliegt das **Selbstbestimmungsrecht** des Minderjährigen einer **dreifachen Beschränkung**: zunächst aus dem **Schrankentrias** hinsichtlich der **objektiven Wertordnung** (vgl. Ebene 1 und 2), des weiteren aus dem **elterlichen Erziehungsrecht** und schließlich dem **staatlichen Wächteramt**. Auch bei grundsätzlicher Anerkennung eines möglichst umfassend gewährten Selbstbestimmungsrechts, das mit zunehmenden Alter linear ansteigt und mit Eintritt der Volljährigkeit seinen Höhepunkt erreicht, sind die soeben genannten Schranken **umso enger** zu ziehen, je **jünger** der Minderjährige ist und je **nachhaltiger** und **unumkehrbarer** sich eine Entscheidung auf sein Leben auswirken kann. Dies gilt insbesondere für die **irreversible Entscheidung** in Bezug auf die **Sterbehilfe**. Nach dem Grundsatz der **praktischen Konkordanz** läßt sich der schonendste Ausgleich dieser Kollisionslage nur dadurch erzielen, wenn **auch** das Elternrecht aus Art. 6 II 1 GG berücksichtigt und in den Entscheidungsprozeß über die Gewährung der Euthanasie mit einbezogen wird. Diese verfassungsrechtliche Wertentscheidung zugunsten der elterlichen Beteiligung würde durch eine ausschließlich autonom getroffene Sterbehilfeentscheidung des Minderjährigen (wie das der niederländische Gesetzesentwurf vorsieht) jedoch vollständig ausgeklammert - eine mit bundesdeutschem Verfassungsverständnis **nicht** haltbare Gesetzeslage.

Somit sind dem Minderjährigen an der Ausübung eines derart **folgeschweren Grundrechtsverzichts** insoweit wegen des elterlichen Erziehungsrechts **unüberwindbare Grenzen** gesetzt, weil das **kindliche** bzw. **jugendliche Selbstbestimmungsrecht** gem. Art. 2 I GG seine Schranken im **elterlichen** bzw. **staatlichen Erziehungsauftrag** findet, der wiederum die allgemeine Handlungsfreiheit - und damit ein potentielles Recht des Kindes sowie des Jugendlichen auf Sterbehilfe - als Bestandteil der **verfassungsmäßigen Ordnung** innerhalb des **Schrankentrias** überlagert.

221) Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1, Rdz.37

222) BVerfGE 61, 358 (378); E 72, 122 (137); E 75, 201 (218 f.); E 79, 203 (210 f.)

Sollten die Eltern in einer derartigen Situation dem Sterbewunsch des moribunden Kindes entsprechen, stellt sich allerdings dann auf der vierten Ebene das nächste Problem, daß ein **wirksamer** Grundrechtsverzicht eine **freiwillige** und hinreichend konkretisierte Entscheidung erfordert, damit der Betreffende die Folgen abzuschätzen vermag<sup>223</sup> - womit das zuvor (in Pkt. VIII) diskutierte Problem der **frei- bzw. eigenverantwortlichen Suizidentscheidung bei Kindern und Jugendlichen** - jetzt unter der Chiffre der Grundrechts**mündigkeit** - wieder an den Ausgangspunkt dieser Überlegungen zurückführt.

Zu lösen ist die Frage der Grundrechtsmündigkeit jedoch **nicht** auf der (jugend-) straf- bzw. zivilrechtlichen Schiene analog der §§ 3 S.1 JGG, 20 bzw. 35 StGB, 104 Nr.1 und 106 BGB, weil eine wirksame Ingebrauchnahme eigener, elementarer Grundrechte durch den (noch jungen) Grundrechtsinhaber weder von seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit, geschweige denn von seiner Geschäftsfähigkeit abhängt. Im Gegenteil: der Verfassungsauftrag verpflichtet dazu, die **wirksame Inanspruchnahme** und **Ausübung** der Grundrechte zum **frühestmöglichen** Zeitpunkt anzuerkennen und zu garantieren, und dies läßt sich **nicht** mit der privatrechtlichen Frage nach der Gültigkeit eines Fahrrad(ver)kaufs durch den beschränkt Geschäftsfähigen i.S.d. § 107 BGB beantworten. - Minderjährigen eine Entscheidung von solch **existentieller Bedeutung** über "Leben und Tod" eigenverantwortlich zuzugestehen, stimmt jedoch skeptisch und läßt (berechtigte) Zweifel aufkommen, ob sie sich wirklich über das **Ausmaß** und die **definitive Unabänderbarkeit** der einmal getroffenen Entscheidung für die Sterbehilfe bewußt sind, so daß der Ruf nach den soeben abgelehnten einfachgesetzlichen Normen (hinsichtlich ihrer Analogiefähigkeit für dieses Problem) nur allzu verständlich ist.

Einen Ausweg bietet daher nur der "Ausstieg auf der dritten Ebene", indem die **verfassungsrechtliche Kollisionslage** zu einem **Überwiegen der Schrankenbestimmungen** und damit zum **Zurücktreten** des **Selbstbestimmungsrechts** des Kindes bzw. Jugendlichen gegenüber dem Schrankentrias und dem elterlichen Erziehungsrecht führen muß.

---

223) Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art.1, Rdz.27 m.w.N.

## TEIL D: MASSNAHMEN NACH DEN §§ 71, 72 JGG

In den §§ 71 und 72 enthält das JGG für die Durchführung des Jugendstrafverfahrens zwei Bestimmungen, die sich u.a. mit der einstweiligen Unterbringung des jugendlichen Delinquenten befassen. Während § 71 JGG die Zulässigkeit **vorläufiger Anordnungen** über die Erziehung bzw. die Anregung von Leistungen nach dem SGB VIII sowie die einstweilige Unterbringung **bis** zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils regelt (d.h. auch für die Dauer des **Rechtsmittelverfahrens**, vgl. §§ 316 I, 343 I StPO), bezieht sich § 72 JGG auf die Verhängung der **Untersuchungshaft** gegenüber Jugendlichen und deren Vermeidbarkeit durch mildere Mittel, wodurch die enge Wechselbeziehung beider Normen zueinander zum Ausdruck kommt.

### I) § 71 JGG: Vorläufige Anordnungen über die Erziehung und die einstweilige Unterbringung

Ausgehend von den beiden Prämissen, daß das **Jugendstrafrecht** primär als **Erziehungsstrafrecht** konzipiert ist und daß mit der Erziehung aus Anlaß einer ein Erziehungsdefizit offenbarenden Straftat sprichwörtlich nie früh genug begonnen werden kann (“Die Strafe folgt auf dem Fuße”), eröffnet § 71 I JGG dem Jugendrichter die Möglichkeit, noch **im laufenden Jugendstrafverfahren vor Eintritt der Rechtskraft** bestimmte Erziehungsmaßnahmen zu treffen bzw. anzuregen. Dieses grundsätzlich begrüßenswerte Prinzip der frühestmöglichen pädagogischen Intervention ist allerdings vor dem Hintergrund der auch im Jugendstrafrecht geltenden **Unschuldsvermutung** gem. **Art. 6 II EMRK**, welcher allerdings § 71 JGG zeitlich vorgelagert ist, problematisch, zumal ein erzieherischer Effekt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit **nicht** eintreten wird, wenn sich (erst) im Urteil die **Unschuld** des Jugendlichen erweisen sollte, woran auch die nach § 2 I, II Nr.1 StrEG zu gewährende Entschädigung für zu Unrecht erlittene einstweilige Unterbringung (vermutlich) nichts ändern wird. Dogmatisch begründen läßt sich dieser mögliche Verstoß gegen Art. 6 II EMRK nur damit, daß der jugendstrafrechtsspezifische Erziehungsprimat die Unschuldsvermutung überlagert<sup>224</sup>.

#### 1) § 71 I JGG

##### a) Voraussetzungen des § 71 JGG

Der **persönliche Anwendungsbereich** des § 71 JGG erfasst ausschließlich **Jugendliche**, da Heranwachsende nach dem Umkehrschluß des § 109 I 1 JGG hiervon ausgeklammert werden.

Weil § 71 JGG eine **Urteilerwartung**<sup>225</sup> impliziert (“bis zur Rechtskraft des Urteils”), muß zunächst der Verdacht einer Straftat vorliegen. Über einen bestimmten Verdachts**grad** sagt § 71 JGG nichts aus, so daß - um mit dem “erzieherischen Einwirken” möglichst früh (d.h. mit dem Beginn des Ermittlungsverfahrens) anfangen zu können - hierzu der **Anfangsverdacht**, also *zureichende tatsächliche Anhaltspunkte* gem. **§ 152 II StPO**, genügt. Warum *Ostendorf* contra legem einen *hinreichenden* Tatverdacht i.S.d. § 203 StPO verlangt, ist unverständlich, da § 71 JGG weder einen Eröffnungsbeschluß, noch eine Anklageerhebung nach § 170 I StPO voraussetzt. *Ostendorfs* Begründung, nur ab dieser Verdachtsintensität seien die vorläufigen Anordnungen zu rechtfertigen, greift nicht durch, da dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch eine restriktive Auslegung auf der Tatbestands- wie auf der Rechtsfolgenseite sowie durch die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips hinreichend Rechnung getragen wird.

Mit dem Zweck dieser Norm, noch **vor** Rechtskraft des Urteils pädagogisch intervenieren zu dürfen, korrespondiert ein **evidentes Erziehungsdefizit** des Jugendlichen, das ein Abwarten bis zur Rechtskraft

224) vgl. hierzu auch Art. 5 Nr.1 lit. d EMRK in Abschnitt II 2 a.E.

225) dies schließt bereits begrifflich die Anwendung des § 71 JGG aus, wenn eine Verfahrenseinstellung aufgrund diversionsrechtlicher Bestimmungen gem. §§ 45, 47 JGG in Betracht kommt.

nicht zuläßt. Weil es sich bei den nach § 71 I JGG zu treffenden vorläufigen Anordnungen um freiheitsbeschränkende (nicht -entziehende) Maßnahmen handelt, fordert *Ostendorf* eine enge Tatbestandsauslegung dahingehend, daß eine kriminelle Gefährdung vorliegen muß.

Das **elterliche Zustimmungserfordernis** bzgl. der in § 71 I JGG genannten Maßnahmen wird in der Kommentarliteratur<sup>226</sup> uneinheitlich bewertet, überwiegend jedoch richtigerweise verneint. Es ist verfehlt, hierbei vom Vorrang des Elternrechts aus Art. 6 II 1 GG (bzw. Abs.3) auszugehen, da die Maßnahme(n) nach § 71 I JGG einfachgesetzlicher Ausfluß des **staatlichen Wächteramtes** i.S.d. Art. 6 II 2 GG darstellen, die das elterliche Zustimmungsrecht insoweit verdrängen bzw. ersetzen.

#### b) Rechtsfolgen des § 71 I JGG und deren praktische Umsetzbarkeit

Die **vorläufigen Anordnungen** nach § 71 I JGG über die Erziehung des Jugendlichen umfassen gem. § 9 Nr.1 JGG die Erteilung von Weisungen i.S.d. § 10 I 3, II JGG<sup>227</sup>, aus dessen Katalog die folgend aufgeführten Gebote bzw. Verbote des § 10 I 3 JGG **zulässig** sind:

**Nr.1:** Bestimmung des Aufenthaltsortes;

**Nr.2:** Wohnen in einer Familie oder in einem **offenen** Heim (arg. e contrario § 71 II JGG), d.h. **keine** Einrichtung i.S.d. § 34 SGB VIII, da der Jugendrichter diese Maßnahme gem. § 71 I, 2. Var. JGG lediglich **anregen** darf;

**Nr.3:** Annahme einer Ausbildungs- oder Arbeitsstelle;

**Nr.5:** Betreuungsweisung;

**Nr.6:** Teilnahme an einem sozialen Trainingskurs<sup>228</sup>;

**Nr.8:** Umgangsverbote bzgl. bestimmter, schädlichen Einfluß ausübender Personen.

Alle diese Weisungen besitzen eine mehr oder weniger starke erzieherische und **präventive** Intention. Deshalb sind die **Arbeitsweisung** gem. **Nr.4** sowie der **Täter-Opfer-Ausgleich** nach **Nr.7** des § 10 I 3 JGG **nicht** über § 71 I JGG anzuordnen, da diesen Maßnahmen ein **“Sanktionsetikett”** anhaftet und für den Jugendlichen faktisch als Strafe für eine Tat empfunden werden können, deren gesetzlicher Nachweis (noch) überhaupt nicht erbracht ist (argumentum ex Art. 6 II EMRK).

Alternativ zu dieser **Anordnungskompetenz** in § 71 I, **1. Var.** JGG besitzt der Jugendrichter nach § 71 I, **2. Var.** JGG eine **Anregungskompetenz** hinsichtlich der Gewährung von Leistungen aus dem Spektrum des SGB VIII, insbesondere nach dessen §§ 27 ff., wenn und soweit diese gem. § 7 I Nr.2 SGB VIII auf den Jugendlichen anwendbar sind.

Sowohl die **Anordnungen** nach § 71 I, **1. Var.**, als auch die **Anregungen** gem. § 71 I, **2. Var.** JGG sind **nicht erzwingbar** und damit **nicht vollstreckungsfähig**<sup>229</sup>, so daß auch die Verhängung von “Ungehorsamsarrest” mangels gesetzlicher Grundlage (arg. ex § 16 JGG) zu deren Durchsetzung ausscheidet. Als **letztes Mittel** bleibt dem Jugendrichter zur Verwirklichung der in § 71 I, **1. Var.** genannten Anordnungen lediglich die Verfügung der einstweiligen Unterbringung gem. § 71 II JGG oder die Verhängung der Untersuchungshaft nach § 72 JGG, sofern dessen Voraussetzungen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfüllt sind.

Die vom Jugendrichter **angeregte Leistungsgewährung** i.S.d. § 71 I, **2. Var.** JGG wird vom sachlich und örtlich zuständigen **Jugendamt** (§§ 85 ff. SGB VIII) in “eigener Regie” geprüft und **durchgeführt**.

226) Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, 3. Aufl., 1999, § 71, Rdz.4 und Ostendorf, JGG, § 71, Rdz.3 verzichten auf die elterliche Zustimmung; Eisenberg, JGG, 8. Aufl., 2000, § 71, Rdz.4 hingegen fordert deren Zustimmung

227) Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 71, Rdz.6; Ostendorf, JGG, § 71, Rdz.6

228) Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 71, Rdz.6 lehnen Nr.6 ab, da diese Weisung die Zeit bis zur Rechtskraft des Urteils nicht erzieherisch überbrücke - es fragt sich allerdings, welche Aufgaben der soziale Trainingskurs dann erfüllen soll

229) Ostendorf, JGG, § 71, Rdz.10; Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 71, Rdz.6

### c) Verfahren bzgl. § 71 I, 1.Var. JGG

Die **vorläufigen Anordnungen** gem. § 71 I, 1.Var. JGG trifft der Jugendrichter nach Anhörung der Staatsanwaltschaft (§ 33 II StPO), der Jugendgerichtshilfe (§ 38 III JGG) und des Erziehungsberechtigten bzw. des gesetzlichen Vertreters (§ 67 I JGG, § 33 III StPO - hiervon kann gem. Nr.1 Satz 2 RLJGG zu § 71 JGG abgesehen werden, wenn die Anordnung keinen Aufschub duldet) durch einen von ihm gem. § 34 StPO zu begründenden **Beschluß**.

Bis zu ihrer **förmlichen Aufhebung** - wiederum durch **Beschluß** nach Anhörung der Staatsanwaltschaft (§ 33 II StPO) - bestehen die vorläufigen Anordnungen fort. Sie entfallen **nicht automatisch** mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils<sup>230</sup>, weil die Rechtskraft lediglich deren Anordnung ab diesem Zeitpunkt für unzulässig erklärt. Aufgrund dieses Bescheidungserfordernisses sind sie aufzuheben, sobald sie entbehrlich, unzweckmäßig, durch eine andere Anordnung ersetzt worden oder das Urteil rechtskräftig geworden ist.

### d) Rechtsschutz innerhalb des § 71 I JGG

Dieser Anordnungsbeschluß des § 71 I, 1.Var. JGG ist mit der (einfachen) Beschwerde gem. § 304 StPO angreifbar, welche jedoch den in § 55 JGG aufgeführten Einschränkungen unterliegt. Die weitere Beschwerde hiergegen wird durch § 310 II StPO ausgeschlossen.

## **2) Einstweilige Unterbringung gem. § 71 II JGG**

### a) Voraussetzungen

§ 71 II 1 JGG gibt dem Jugendrichter die Ermessensentscheidung auf, ob er den Jugendlichen **anstelle** der Maßnahmen nach Abs.1 **statt dessen** in einem (möglicherweise geschlossenen) **Heim** der Jugendhilfe unterbringen läßt. Diese Unterbringungsentscheidung steht aber **nicht** alternativ zur Vorgehensweise in Abs.1, sondern sie erfordert **zusätzlich** zu den dort genannten Tatbestandsvoraussetzungen, daß diese u. U. freiheitsentziehend wirkende Anordnung **auch** im Hinblick auf die zu erwartenden Maßnahmen **geboten** ist, um den Jugendlichen vor einer weiteren Gefährdung seiner Entwicklung zu bewahren. Beispielhaft wird für diese **“Entwicklungsgefährdung”** die **Begehung neuer Straftaten** genannt (= Wiederholungsgefahr, vgl. unten).

Berücksichtigt man, daß diese Entscheidung dem Jugendrichter schon in einem **allerfrühesten Verfahrensstadium** (Abschnitt I 1 a) abverlangt werden kann, **ohne** daß er überhaupt die Möglichkeit gehabt hat, sich auch nur annähernd mit der Persönlichkeit des Jugendlichen und seiner momentanen Situation zu befassen, wird offenbar, auf welcher dünnen und **ungesicherten**, bisweilen gar fragwürdigen **Entscheidungsgrundlage** die **Prognose** hinsichtlich der **zu erwartenden Maßnahmen** steht. Besonders gravierend kann sich diese Einschätzungsproblematik vor allem im Bereich der U-Haft-Anordnung auswirken (vgl. Abschnitt II 1). Deshalb knüpft der Gesetzgeber an die **unsichere Prognostizierbarkeit** des **Verfahrensausgangs** die **kumulative** Voraussetzung der **Entwicklungsgefährdung**, um die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angesichts des Freiheitsentzuges zu garantieren.

Da § 71 II 1 JGG **nicht** ausdrücklich von der **Jugendstrafe**, sondern generalisierend von den **“zu erwartenden Maßnahmen”** spricht, kommt **neben** der **Jugendstrafe** gem. § 17 JGG auch die Verhängung von **Jugendarrest** nach § 16 JGG hierfür in Betracht. Im **Umkehrschluß** hat dies zur Konsequenz, daß die einstweilige Unterbringung nach § 71 II JGG **ausgeschlossen** ist, wenn **voraussichtlich keine freiheitsentziehende** Maßnahme verhängt werden wird.

Hinsichtlich der **Wiederholungsgefahr** ist die deutlich **weitere** und unspezifisch-allgemeine **Fassung** des **§ 71 II 1 a.E. JGG** gegenüber den wesentlich konkreteren und engeren Haftgrundvoraussetzungen in § 112 a I bzw. in § 453 c StPO auffällig. So sagt § 71 II JGG **nichts** darüber aus, ob **“bestimmte Tatsachen”**

---

230) Brunner/Dölling, JGG, § 71, Rdz.13

oder “hinreichende Gründe” die Wiederholungsgefahr in Bezug auf “weitere erhebliche Straftaten gleicher Art” als naheliegend erscheinen lassen müssen, oder ob die **Gefahrenprognose** mangels näherer Umschreibung in § 71 II JGG bereits bei einem niedrigeren Verdachtsgrad (als § 112 a StPO ihn verlangt) zu bejahen ist. Angesichts dieses - zumindest dem Wortlaut nach - **niedrigschwelligen** Wiederholungsgefahr-Verdachtsgrades regen sich erneut die Bedenken, die sich aus der **Unschuldsvermutung** nach Art. 6 II EMRK ergeben (vgl. Abschnitt I ), die nun in **doppelter** Weise zusätzlich durch eine erst künftige, **potentielle Straferwartung** (**neben** den zu erwartenden Maßnahmen) beeinträchtigt ist. Insofern ist *Eisenbergs*<sup>231</sup> **Rechtsfolgenbeschränkung** des § 71 II JGG **ausschließlich** auf eine zu erwartende **Jugendstrafe** (unter Ausschluß eines denkbaren Jugendarrests) nachvollziehbar, da diese **teleologische Reduktion** eher als der Gesetzeswortlaut des § 71 II JGG dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und (zumindest mittelbar) der Unschuldsvermutung entgegenkommt.

Die durch den **vergrößerten Einzugsbereich** der Unterbringungsvoraussetzungen in § 71 II JGG gegenüber Jugendlichen resultierende **Ungleichbehandlung** i.S.d. **Art. 3 I GG** kann ihre (verfassungsrechtliche) **Rechtfertigung** nur darin finden, daß diese Freiheitsentziehung **primär** aus **erzieherischen Gründen** (im Vergleich zu Abs.1 indiziert § 71 II JGG ein **noch höheres** Erziehungsbedürfnis) und **erst sekundär** (wenn überhaupt) dem **Schutz der Allgemeinheit** vor der Begehung weiterer Straftaten dient (vgl. Pkt.b). Weil die Erziehungsbedürftigkeit Jugendlicher erfahrungsgemäß erst einige Zeit nach Eintritt ihrer Volljährigkeit zurückgehen wird, stellt die **pädagogische Intervention** während der einstweiligen Unterbringung eine hinreichende **Kompensation** für den vorübergehenden Freiheitsverlust dar, so daß aufgrund der **wesensverschiedenen** Sachverhalte (Unterbringung Jugendlicher versus Haftgründe für Erwachsene gem. §§ 112 ff. StPO zur Verfahrenssicherung) die **Ungleichbehandlung** hierdurch **ausgeglichen** wird und eine **Grundrechtsverletzung** i.S.d. Art. 3 I GG **auszuschließen** ist.

Die **Beeinträchtigung** der **Unschuldsvermutung** durch die **Fiktion** einer **noch nicht begangenen Straftat** durch den Jugendlichen wird in dieser **Kollisionslage** (Freiheit des Jugendlichen versus Schutz der Allgemeinheit vor weiterer Deliktsbegehung) zugunsten der **letztgenannten Alternative gerechtfertigt**<sup>232</sup>.

Eine **Entwicklungsgefährdung** hat der Gesetzgeber<sup>233</sup> angenommen, wenn der **schlechte Einfluß** der **Gruppe**, mit welcher der Jugendliche seine Freizeit verbringt, zu **nicht unerheblichen Straftaten** geführt hat und es **deshalb (Kausalitätspostulat !)** **notwendig** erscheint (ex-ante-Wertung), den Jugendlichen zumindest für einen gewissen Zeitraum (= “einstweilen”) aus dieser Umgebung herauszunehmen. Demnach wird eine **einmalige, episodenhafte** Deliktsbegehung zur Anwendung dieser Maßnahme i.d.R. **nicht** ausreichen (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz!). Nach **Art. 5 Nr.1 lit. c EMRK** berechtigt die Annahme der Begehung einer strafbaren Handlung zur sog. “Präventivhaft”. § 71 II JGG kann deshalb aus vergleichbaren Erwägungen als “einstweilige Präventivunterbringung” bezeichnet werden.

**Alternativ** zu den bisher aufgeführten Voraussetzungen berechtigt auch das Vorliegen der Bedingungen zum Erlaß eines **Haftbefehls** gem. **§ 72 IV 1 JGG** (i.V.m. Nr.3 RLJGG zu § 71) **statt der Untersuchungshaft** zur **einstweiligen Unterbringung** nach § 71 II JGG (vgl. Abschnitt II 6 a). In **umgekehrter Richtung** kann der Jugendrichter gem. § 72 IV 2 JGG (i.V.m. Nr.4 RLJGG zu § 71) die einstweilige **Unterbringung** nach § 71 II JGG in einen **Haftbefehl umwandeln**, wenn dies erforderlich ist (vgl. Abschnitt II 6 b), weil sich die einstweilige Unterbringung im Nachhinein als **undurchführbar** bzw. **ungeeignet** erweist und die Haftvoraussetzungen fortbestehen.

---

231) Eisenberg, JGG, § 71, Rdz.7

232) vgl. hierzu auch Art. 5 Nr.1 lit. d EMRK in Abschnitt II 2 a.E.

233) BT-Drucksache 11/5829, S. 30

b) Rechtsfolge: Problemschwerpunkt [5]: offene oder geschlossene / = fluchtsichere Heimunterbringung?

Bei Feststellung der o.g. Voraussetzungen kann der Jugendrichter die **einstweilige Unterbringung** in einem "geeigneten" **Heim der Jugendhilfe** gem. § 34 SGB VIII anordnen. "Geeignet" sind alle **Heime (nicht sonstige Einrichtungen)**<sup>234</sup>, die entsprechend der ratio legis des § 71 JGG einer weiteren **Entwicklungsgefährdung** oder "kriminellen Verfestigung" **entgegenwirken** können. Die Literatur<sup>235</sup> definiert das "geeignete Heim" i.S.d. § 71 II 3 JGG als eine Einrichtung über Tag und Nacht gem. § 34 SGB VIII. Der Meinungsstreit darüber, ob dieses (geschlossene) Heim **fluchtsicher** sein muß oder nicht<sup>236</sup>, ist (mit der überwiegenden Ansicht) dahingehend zu lösen, daß prinzipiell **keine zusätzlichen** Vorkehrungen (neben den bereits vorhandenen) gegen Entweichen gegeben sein müssen. Anderenfalls würde die Alternativentscheidung zugunsten der Untersuchungshaft in § 72 IV JGG jeglicher Grundlage entbehren. Der **Gesetzgeber** hat sich bewußt und gezielt für **beide unterschiedlichen** Varianten der **Freiheitsbeschränkung** und des **-entzuges** gegenüber Jugendlichen ausgesprochen: einmal für die (flucht-verhindernde) **Untersuchungshaft** gem. § 72 JGG, zum anderen für die (mildere) Form der **Heimunterbringung**, die - **vergleichbar** mit den Grundsätzen zum **offenen Strafvollzug** in § 10 I i.V.m. § 141 II StVollzG - entweder **keinen** oder nur **verminderten** Schutz vor einer möglichen Flucht bietet. Außerdem wird von dem Verweisungskatalog des § 71 II 2 JGG die Vorschrift des § 119 StPO nicht genannt, so daß der Gesetzgeber eine U-Haft-ähnliche einstweilige Unterbringung nicht beabsichtigt hat. Schließlich macht das Schrifttum<sup>237</sup> darauf aufmerksam, daß die nach § 71 II JGG einstweilig Untergebrachten **keine** "Verwahrten" i.S.d. § 120 IV StGB seien (anderer Ansicht ist die entsprechende Kommentarliteratur).

Die **Gesetzesmaterialien** zur Entstehung des jetzigen § 71 II JGG (= 1. JGGÄndG)<sup>238</sup> helfen hinsichtlich der Frage der Fluchtsicherheit nur bedingt weiter. Die Begründung des Gesetzgebers beschränkt sich darauf, daß das Erfordernis der zu erwartenden Jugendstrafe aus Gründen der kaum möglichen Prognostizierbarkeit und aus Verhältnismäßigkeitserwägungen beseitigt wurde. Des weiteren sei kein Grund ersichtlich, für die einstweilige Unterbringung die Jugendstrafeerwartung zu verlangen, wenn nicht einmal im Haftrecht für Erwachsene etwas Vergleichbares gelte. - Der parlamentarischen Argumentation kann zumindest soviel entnommen werden, daß im Mittelpunkt des § 71 II JGG der **Erziehungsaspekt** dominiert (vgl. Abschnitt II 2 a.E., Art. 5 Nr.1 lit. d EMRK).

Die **historisch-grammatikalische Interpretation** anhand der **früheren** Fassung des § 71 II JGG führt zur Bestätigung des eingangs vorangestellten Befundes einer **nicht** notwendigen Fluchtsicherheit. Während die **jetzige Fassung** dieser Norm von den zu erwartenden "**Maßnahmen**" ausgeht und somit ein **heterogenes Rechtsfolgenspektrum** (angefangen von den Erziehungsmaßnahmen bis zur Jugendstrafe) eröffnet, bezog sich **§ 71 II JGG a.F.** ausschließlich auf die zu prognostizierende **Jugendstrafe**. Demgemäß hätte sich nach dieser **Altfassung** die Forderung nach einer **fluchtsicheren** Einrichtung argumentativ mit dem Vorgriff auf die später nachfolgende Jugendstrafe begründen lassen. - Und dennoch regten sich schon in jenen frühen Zeiten die kritisch-liberalen Stimmen im Schrifttum<sup>239</sup>, die in der fluchtsicheren Heimunterbringung **keine** U-Haft-Alternative zu erkennen vermochten, zumal sich die Stabilisierung des Jugendlichen oft auch ohne

234) OLG-Hamm-NJW 1999, 230 (dazu Abschnitt II 6 a zu § 72 IV 1 JGG)

235) Heßler/Raabe/Schruth, Das "Heim" als betreutes Wohnangebot der Jugendhilfe zur Vermeidung von Untersuchungshaft, ZfJ 1997, 35 ff.

236) siehe in Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 71, Rdz.14 mit etlichen Nachweisen über den Streitstand

237) Heßler/Raabe/Schruth, ZfJ 1997, 35 (40, 42)

238) BT-Drucksache 11/5829 v. 27.11.1989, S. 29

239) Böhm, Alexander, Zur Reform der Untersuchungshaft an jungen Gefängenen, Dünnebier-FS (1982), S. 677 (680)

Verwendung von Gittern und Schlössern erzielen lasse. Aus der jugendrichterlichen Praxis<sup>240</sup> wurde bereits zu Beginn der 80er Jahre unter Bezugnahme auf die seinerzeit geltende Rechtslage darauf hingewiesen, daß Wortlaut und Begründung des § 71 II JGG (a.F.) es offenließen, **wie sicher** das Heim sein muß - es müsse lediglich **geeignet** sein, um "dem Mißbrauch der Freiheit zu neuen Straftaten entgegenzuwirken" bzw. "den Jugendlichen vor einer weiteren Gefährdung seiner Entwicklung zu bewahren" - eine Zielsetzung, die (von den syntaktischen und sprachlichen Änderungen abgesehen) auch heute in gleicher Weise grundsätzlich gilt.

- Auf die soeben angesprochene textliche Änderung des § 71 II JGG ist in diesem Zusammenhang nochmals besonders hinzuweisen: mit der **obsoleten** Formulierung "... wenn dies geboten ist, um einem Mißbrauch der Freiheit zu neuen Straftaten entgegenzuwirken **oder** um den Jugendlichen vor einer weiteren Gefährdung seiner Entwicklung zu bewahren" stellte die **Altfassung** den **Schutz der Allgemeinheit** vor weiterer Deliktsbegehung durch den Jugendlichen (strukturell entsprach dies der Wiederholungsgefahr i.S.d. § 112 a StPO) **gleichrangig** und **alternativ neben** dessen potentieller Entwicklungsgefährdung. Auch wenn de lege lata diese beiden Unterbringungszwecke fortgelten, hat ihre syntaktische **Neufassung** auch zu einem wichtigen **dogmatischen Kurswechsel** geführt. Mit der **geltenden Gesetzesfassung** des § 71 II JGG "wenn dies auch im Hinblick auf die zu erwartenden Maßnahmen geboten ist, um den Jugendlichen vor einer weiteren Gefährdung seiner Entwicklung, **insbesondere** vor der Begehung neuer Straftaten, zu bewahren", hat der Gesetzgeber den **Paradigmenwechsel** dahingehend vollzogen, daß der **bislang dichotome** Unterbringungszweck nunmehr zu einem **einzigem, einheitlichen Unterbringungsgrund** zusammengelegt worden ist, nämlich einer **drohenden Entwicklungsgefährdung entgegenzuwirken**, wobei sich die **potentielle Deliktsbegehung** jetzt **nicht** mehr auf den Schutz der Allgemeinheit bezieht, sondern als eine **spezielle Unterform** bzw. **Ausprägungsvariante** der Entwicklungsgefährdung anzusehen ist. Die Formulierung "**insbesondere**" belegt die Funktion der "Begehung neuer Straftaten" als deren Unter- bzw. Beispielsfall.

Deshalb heißt es im *Runderlaß des Hessischen Justizministers* vom 13.04.1993 unter Ziffer 2 hierzu: "Zusätzliche bauliche Sicherungen können von der Einrichtung nicht verlangt werden. Das Entweichen soll im Rahmen des nach der pädagogischen Zielsetzung der Einrichtung Möglichen durch pädagogisch legitimierte Kontrollmaßnahmen verhindert werden". Dementsprechend hält *Ostendorf* sogar die Unterbringung in einem **offenen** Heim für zulässig, wenn aus **sozialpädagogischer Sicht** eine geschlossene Unterbringung zur Zweckerreichung nicht geeignet ist bzw. erscheint. Mag diese weitgehende Auslegung des § 71 II JGG durch *Ostendorf* in methodischer Hinsicht zumindest para, wenn nicht gar contra legem sein, immerhin stellt sie das **Primärziel** dieser Norm, mit einem **möglichst hohen "pädagogischen Wirkungsgrad"** effizient zu intervenieren, **über** das **Sekundärziel** einer "um jeden Preis" **geschlossenen** einstweiligen Unterbringung. Unter **teleologisch-funktionalen** Gesichtspunkten ist diese **Extension** jedenfalls nicht zu beanstanden. Eine entsprechende Vorreiterfunktion übernahmen bereits **Mitte der 70er Jahre** die beiden Bundesländer **Hamburg** und **Nordrhein-Westfalen**, die sich im Einzelfall auch für ein **offenes** Heim ausgesprochen haben. In zwei unveröffentlichten Beschlüssen des **LG**<sup>241</sup> und des **OLG-Hamburg**<sup>242</sup> hielt auch die Rechtsprechung eine Unterbringungseinweisung in eine offene Einrichtung für möglich. Des weiteren begegnet die Forderung nach einer "**fluchtsicheren Heimunterbringung**" unter **Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten** Bedenken, weil dieser "**verschärfte Freiheitsentzug**" gegenüber einem möglicherweise zu erwartenden Jugendarrest gem. § 16 JGG **nicht** geradezu als "**an-gemessen**"

240) Lüthke, Albrecht, Vorläufige Maßnahmen nach §§ 71, 72 JGG, insbesondere die Unterbringung in offenen Einrichtungen als Alternative zur Untersuchungshaft bei Jugendlichen, ZfJ 1982, 125 (129 f.)

241) (87) Qs 24/81 vom 12. Mai 1981, S. 2 - zitiert in Giehring, Heinz, Gewährleistungspflicht der öffentlichen Träger der Jugendhilfe für geschlossene Einrichtungen als "geeignetes Erziehungsheim" i.S.d. §§ 71 Abs.2 72 Abs.3 JGG?, ZfJ 1981, 461 (462, dort Fußnote 12)

242) 1 Ws 253/81 vom 31. Juli 1981, S.3 - zitiert in Giehring, ZfJ 1981, 461 (462, dort Fußnote 13)

zu bezeichnen ist. In diesem Kontext warnt der Pädagoge *Hans Thiersch*<sup>243</sup> vor den möglichen "Nebenwirkungen" für den in einer geschlossenen Institution untergebrachten Jugendlichen, weil das Eingesperrtsein die pädagogische Nutzung individuell begründbarer Einschränkungen zunichte machen könne. Aus **erzieherischer** Sicht - und eben dieser dient § 71 II JGG - kann sich deshalb eine fluchtsichere Einrichtung u.U. eher kontraproduktiv auf die weitere Entwicklung des Jugendlichen auswirken. Mit Hinweis auf den schweizer Pädagogen *Johann Heinrich Pestalozzi* (1746-1827), wonach "*die Gefangenen nicht an ihrer Strafe verwildern dürfen*", führt *Thiersch* (aaO.) weiter aus, daß die Profilierung von Normen keine Gegenwirkung der Verhärtung, des Trotzes und der Verweigerung erzeugen dürfe, welche die Vermittlung zwischen Normen und Lebensplänen unmöglich machen. *Trauernicht*<sup>244</sup> beschreibt eindrücklich die Entwicklung einer "Insassen- und Knast-Mentalität" im Rahmen einer geschlossenen Unterbringung, die zur Ablehnung der Betreuer als "Einschließer" führe und alle Energie auf den Ausbruch konzentriere. In Übereinstimmung mit *Pestalozzi* und *Thiersch* erklärt *Trauernicht*, daß sich auf dieser Basis keine für positive pädagogische Ergebnisse vertrauensvolle Beziehung zwischen Betreuer und Betreuten entwickeln lasse ("*Erziehung unter Einschluß ist Einübung von Stehen im Sitzen*"). *Eisenberg*<sup>245</sup> betont die Gefahr einer Konzentration und Stigmatisierung der Jugendlichen, die eine besonders ausgeprägte Benachteiligung aufweisen, so daß die Erziehungsarbeit durch die zu erwartende **wechselseitige negative Beeinflussung** und Verstärkung belastet wird.

Als **Ergebnis** der Streitfrage "**pro oder contra fluchtsichere Heimunterbringung**" kann aber dennoch - trotz aller geäußerten und berechtigten Kritik an der "Einschließ-Lösung" **kein** eindeutiges Votum zugunsten einer ausnahmslos offenen Unterbringungseinrichtung abgegeben werden. Sprechen die (bisweilen vordergründig-einseitig ausgerichteten) pädagogischen und systematischen Argumente der nachträglichen Umwandlungsbefugnis aus § 72 IV 2 JGG (vgl. Pkt. 6 b) **für** eine **unterschiedliche** Reaktionsform in Gestalt der **Freiheitsbeschränkung** (§ 71 II JGG) **sowie** der **Freiheitsentziehung** in § 72 JGG (Ausnahme: Abs. IV 1), erheben sich unüberwindbare Zweifel an der Richtigkeit jener (grundsätzlich begrüßenswerten liberal-progressiven) Lösung im Hinblick auf bestimmte jugendliche "Problem-" d.h. **Intensiv-** bzw. **Serientäter**<sup>246</sup>, denen gerade mit dieser "weichen" Intervention **nicht** in ausreichendem Maße geholfen werden kann. Die Kritiker der geschlossenen Heimunterbringung müssen sich dem Phänomen stellen, daß es auch **Ausnahmefälle** gibt, in denen jugendliche Straftäter unmittelbar nach ihrem Aufgegriffenwerden jede Fluchtmöglichkeit nutzen, um sich jeglicher (von ihnen selbst in dieser Situation nicht so wahrgenommenen) erzieherischen Hilfestellung so schnell wie möglich zu entziehen - um danach in der wiedergewonnen Freiheit nach wie vor Delikte zu begehen (das in TEIL A beschriebene Beispiel der zahllosen Tageswohnungeinbrüche bzw. der sog. "Crash-Kids" läßt sich ebenso auf Jugendliche übertragen). Die idealistischen Verfechter einer rigiden "Freiheitsapologetik" übersehen, daß sie für diese (wenn auch statistisch nicht signifikant in's Gewicht fallenden) "Sonderfälle" neben dem von ihnen (aus bisweilen "sozialromantisch" anmutenden Gründen) abgelehnten Freiheitsentzug **kein geeignetes Alternativmittel** gegen das (im Einzelfall hohe) Risiko erneuter baldiger Straffälligkeit aufzubieten vermögen, zumal es eben nicht immer helfen kann, "mit dem Jugendlichen ganz offen darüber zu reden". Vielmehr gleicht deren Argumentation einer "Freiheitstautologie", die das gewünschte Ergebnis einer um keinen Preis geschlossenen Unterbringung bereits vorwegnimmt, **ohne** eine andere geeignete Interventionsform zu

---

243) Thiersch, Hans, Kinderkriminalität und die Frage nach Normen und Abweichungen, in: Müller, Siegfried; Peter, Hilmar (Hrsg.), Kinderkriminalität, Opladen 1998, S. 27 (43)

244) Trauernicht, Gitta, ZfJ 1991, 520 (522)

245) Eisenberg, Ulrich, Möglichkeiten und Grenzen der Heimunterbringung nach §§ 71 Abs. 2, 72 Abs. 3 JGG, ZfJ 1987, 325 (330)

246) **Intensivtäter**: wer mindestens 2 Mal pro Erfassungsjahr polizeilich in Erscheinung getreten ist und mehr als 5 Straftaten begangen hat;

**Serientäter**: wer mindestens 1 Mal pro Erfassungsjahr polizeilich registriert worden ist und dabei mindestens 99 Straftaten begangen hat (Definition des LKA-Nordrhein-Westfalen, Az. 34.2-2753, in: Schwind, Hans-Dieter, Kriminologie, 8. Aufl., § 3, Rdz.22)

benennen, mit der die Spontanrückfälligkeit effektiv verhindert oder zumindest auf ein vertretbares “Restrisiko” heruntergefahren werden könnte.

Eine konsequente Umsetzung des in § 71 II JGG vorgegebenen Gesetzesziels zwingt - wie jede andere staatlich-hoheitliche Maßnahme auch - zur Beachtung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**, dessen **Kehrseite** des **Übermaßverbotes** auf der zweiten und dritten Ebene (Erforderlichkeit und Angemessenheit) das **Untermaßverbot** impliziert. Demnach darf ein **milderes Mittel** neben der geschlossenen Unterbringung **nicht** angewendet werden, wenn es zum Schutz vor einer weiteren Entwicklungsgefährdung des Jugendlichen (und hierzu zählt beispielsweise die Gefahr weiterer Taten) **nicht** oder nicht in gleicher Weise geeignet ist, weil hierdurch die staatliche Pflicht zur ausreichenden Interventions**intensität unterschritten** werden würde. Hierbei dennoch aus falsch verstandenem “Erziehungsidealismus” eine **offene** Heimunterbringung anzuordnen, widerspräche nicht nur der unmißverständlichen Aufgabe des § 71 II JGG, den Jugendlichen “insbesondere vor der Begehung neuer Straftaten zu **bewahren**” (- und dies kann als **letztes Mittel** auch die **Entziehung** seiner Freiheit erforderlich machen), sondern es würde zugleich die (mutmaßlichen) Interessen des jugendlichen Delinquenten, eine möglichst konflikt- und straffreie Adoleszenz zu durchleben, unter den Augen des Staates erheblich erschweren oder sogar vereiteln. Es kann nicht das Ergebnis einer übermäßig liberal-zwanglosen Jugendkriminalpolitik sein, in derartigen Fällen Jugendliche nach deren Belieben aus einer (halb-)offenen Einrichtung kommen und gehen zu lassen, wie es ihnen gefällt, um sie weiterhin ungestört Delikte begehen zu lassen. Es reicht hierbei **nicht** aus, so lange abwarten zu müssen, bis die (restriktiven) Voraussetzungen zum Erlaß eines **Haftbefehls** nach § 72 JGG i.V.m. §§ 112 ff. StPO vorliegen, um erst dann eine freiheits**entziehende** Maßnahme verhängen zu dürfen - eine so geartete Praxis würde das **erzieherische Ziel** dieser Regelungen unterlaufen, weil es in diesem Stadium bereits “zu spät” sein kann. Jugendstrafrecht ist ein Erziehungsstrafrecht, und **Erziehung** lebt primär von der **Prävention**, vom frühestmöglichen **effektiven** Eingreifen, und nicht vom “Abwarten”, bis es infolge mehrfacher Delinquenz einer intensiveren und repressiv ausartenden Intervention bedarf. In diesen Fällen gilt es, den Jugendlichen in seinem **eigenen Interesse** und zu seinem eigenen Schutz vor weiterer Straffälligkeit zu bewahren, um dem **Präventionsgedanken** ausreichend gerecht zu werden.

Trotz allem wünschenswerten Bemühen um eine **möglichst niedrigschwellige** Eingriffsausprägung darf nicht darüber hinweggetäuscht werden, daß sich die Frage der “**Geeignetheit**” der Heimunterbringung **nicht abstrakt-generell**, sondern nur **individuell-konkret** unter Berücksichtigung **jedes Einzelfalles** und der **persönlich-situativen Umstände** des betreffenden Jugendlichen beantworten läßt.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist deshalb eine “**Kompromißlösung**” unter Einbeziehung der **offenen, halboffenen und der geschlossenen Unterbringung** anzustreben, die von einem **Regel-Ausnahme-Verhältnis** geprägt sein sollte:

**Regelprinzip:** Grundsätzlich sollen Jugendliche **nicht** in fluchtsicheren, sondern in **(halb-) offenen** Heimen untergebracht werden, **wenn** sich die Verwirklichung der erzieherischen Programmvorgabe des § 71 II JGG in diesen Einrichtungen voraussichtlich gewährleisten läßt.

**Ausnahmeprinzip:** Nur in **bestimmten Einzelfällen**, in denen das **Risiko** erneuter Delinquenz (z.B. unmittelbar nach Beendigung der Maßnahme) das gewünschte Maß pädagogischer Hilfestellung **überragt**, muß dementsprechend eine **geschlossene** Unterbringungsvariante als “geeignet” i.S.d § 71 II JGG bezeichnet werden, um der drohenden Entwicklungsgefährdung mit einem ebenso geeigneten Mittel gemäß dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz effektiv entgegenzuwirken. Dabei ist zu beachten, daß diese “Ausnahmelösung” der Freiheitsentziehung **ultima ratio** im Interventionsspektrum des § 71 JGG ist - und bleiben muß.

In allen **Fällen** ist der **Jugendrichter** daher besonders aufgerufen zu prüfen, **ob** die einstweilige Unterbringung wirklich in einer **fluchtsicheren, geschlossenen** Einrichtung erfolgen muß, oder ob nicht

vielmehr eine (mit einem [jugend]kriminalpolitisch wie rechtsstaatlich vertretbaren “Restrisiko” der niemals völlig auszuschließenden Flucht) **offene** oder **halboffene** Institution auszuwählen ist, die dem Primärziel des § 71 II JGG im oben beschriebenen Regelfall näher kommen wird als das (bloße) “Wegschließen”.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß die Jugendhilfe bei der einstweiligen Unterbringung nach § 71 II JGG eine die **Garantenpflicht** begründende öffentlich-rechtliche **Aufsichtspflicht** innehat<sup>247</sup>.

### c) Verfahren und Rechtsschutz

Die **verfahrenstechnische Umsetzung** der **einstweiligen Unterbringung** regelt § 71 II JGG unter **Bezugnahme** auf die einschlägigen **strafprozessualen Bestimmungen** (§§ 114-115 a, 117-118 b, 120, 125 und 126 StPO analog). Die Vorschrift über den **Vollzug der Untersuchungshaft (§ 119 StPO)** wird in dieser Verweisungskette **nicht** genannt, an dessen Stelle tritt die “jugendrechtsspezifische” Regelung des § 71 II 3 JGG, die hinsichtlich der Ausführung der einstweiligen Unterbringung auf die entsprechende Norm des SGB VIII (insbesondere § 34) verweist.

Anders als bei § 72 IV JGG gilt das **Haftprüfungsverfahren** gem. § 121, 122 StPO infolge seiner Ausnahme aus dem § 71 II 2 JGG **nicht** für die einstweilige Unterbringung. Es erfolgt somit **keine** Haftprüfung von Amts wegen nach Ablauf von 6 Monaten.

Anstelle einer Unterbringungsprüfung gem. § 117 II 1 StPO analog (i.V.m. § 71 II 2 JGG) ist die **einfache Beschwerde** gem. § 304 StPO zulässig, gegen welche wiederum (anders als in § 71 I JGG) die **weitere Beschwerde** nach § 310 I, 2. Var. StPO (i.V.m. § 2 JGG) statthaft ist<sup>248</sup>. Die Rechtsmittelbeschränkung des § 55 I JGG gilt in § 71 II JGG **nicht**<sup>249</sup>.

## **II) Die Untersuchungshaft gem § 72 JGG**

### **1) Zur normativen Grundstruktur der gegenüber Jugendlichen angeordneten U-Haft**

Die Untersuchungshaft in § 72 JGG knüpft über die Verweisung des § 2 JGG in begrifflicher wie in tatbestandlicher Perspektive an die für Erwachsene geltende Regelung in § 112 StPO an. Ebenso wie jene dient die gegenüber Jugendlichen angeordnete U-Haft der Verfahrens- und der Vollstreckungssicherung<sup>250</sup>. Während dort in den Absätzen I und II deren kumulative Voraussetzungen - nämlich **dringender Tatverdacht** und Bestehen eines **Haftgrundes** - beschrieben werden, schränkt Abs. II des § 72 den **Haftgrund** der **Fluchtgefahr**, die sich auch gegen unter 16-jährige Jugendliche richten und dementsprechend verhängt werden darf, erheblich ein. Der Besonderheit des Jugendtrafrechts Rechnung tragend, gehört zur Feststellung des **dringenden Tatverdachts** i.S.d. § 112 I StPO auch dessen Erstreckung auf das Vorliegen der (positiv zu prüfenden) **Verantwortlichkeit** nach § 3 S.1 JGG.

---

247) Busch, Manfred, Aufsichtspflicht und Haftung in der Jugendhilfe, ZfJ 1996, 456 (460)

248) HansOLG-NJW 1963, 1167 f.; NJW 1964, 605 f. unter Berufung auf Art. 2 II 2, 3 i.V.m. Art. 104 GG

249) Eisenberg, JGG, § 71, Rdz. 16; Brunner/Dölling, JGG, § 71, Rdz. 11

250) Heftiger Polemik wird die verfahrenssichemde Zielrichtung von Weidemann (Jugend und Freiheitsentzug, ZfJ 1989, 111 [112]) unterzogen, weil diese Zweckbestimmung keine Untersuchungshaft rechtfertige - vielmehr solle es ausreichen, “im Notfall eine Einrichtung der Jugendhilfe anzubieten”, zumal “jeder, oft vorgeschobene Haftgrund” bei jungen Straftätern “im Widerspruch zum gesetzlichen Verbot der Unverhältnismäßigkeit bei der Anordnung von U-Haft” stehe. In seiner Unter-Überschrift fordert der Autor plakativ: “Für Jugendliche keine U-Haft mehr!”. - Bei einer auch nur annähernd sachlichen Auseinandersetzung mit den gesetzlichen Voraussetzungen der U-Haft und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wäre Weidemann (trotz aller berechtigten Kritik an der gleich zu behandelnden Haftpraxis) aufgefallen, daß seine ideologisch-einseitige Argumentation bereits daran scheitert, daß der Staat infolge des Strafmonopols eine entsprechende Verpflichtung zur Strafverfolgung hat, die in bestimmten Fällen einer Verfahrenssicherung bedarf, um den Strafanspruch - auch Jugendlichen gegenüber - durchsetzen zu können. Und dazu gehört - als letztes Mittel - die U-Haft.

Im übrigen ist der gesamte § 72 JGG der klassische Prototyp für die differenziert strukturierte Ausformung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** (insbesondere durch die **Subsidiaritätsklausel**), und dies aus zwei elementaren Gründen: zum einen geht es um die **Entziehung der Freiheit einer Person** (Art. 2 II i. V. m. Art. 104 I, II GG), zum anderen besteht die Zielgruppe jener Vorschrift ausschließlich aus **Jugendlichen** (**keine** Heranwachsenden, arg. ex § 109 I 1 JGG), bei denen mit noch schärferen Argusaugen darauf zu achten ist, daß sie nach Möglichkeit überhaupt nicht, und wenn unumgänglich, dann so kurzfristig als notwendig in **U-Haft** verbracht werden, um deren **negativen Auswirkungen** (Stigmatisierungseffekt [der sich auch trotz der Unschuldsvermutung nach Art. 6 II EMRK emotional einstellen wird]; plötzliches, traumatisches Herausgerissenwerden aus dem vertrauten sozialen Umfeld, Gefahr des Einstiegs in eine "kriminelle Karriere") - soweit wie möglich - entgegenzuwirken. Deshalb schließt sich in § 72 I JGG nach der in Satz 1 verankerten Erforderlichkeitsprüfung (= 2. Verhältnismäßigkeitsstufe) sogleich eine hierauf aufbauende weitere Restriktion in Satz 2 an, wonach im Kontext der Verhältnismäßigkeit gem. § 112 I 2 StPO vor allem die **besonderen Belastungen des Vollzuges** für den Jugendlichen zu berücksichtigen sind.

Um die Einhaltung dieser doppelten Prüfung abzusichern, zwingt § 72 I 3 JGG den Jugendrichter zur Begründung, **warum** mildere Mittel (z.B. die einstweilige Unterbringung in einem Heim der Jugendhilfe nach § 71 II JGG) **nicht** ausreichen - gleichzeitig muß er **positiv** darlegen, daß die U-Haft-Anordnung **nicht unverhältnismäßig** ist. Damit geht § 72 I 3 JGG über die in § 114 II StPO aufgeführten Haftbefehlsangaben noch weiter hinaus. Die nur auf Verlangen des Beschuldigten gem. § 114 III StPO vorzunehmende **Verhältnismäßigkeitsbeurteilung** ist in § 72 I 3 JGG zur **ausnahmslosen Pflicht** erhoben. Nur in diesen ganz engen und im jeweiligen Einzelfall ggf. schwierig zu begründenden Entscheidungsfreiräumen kann sich der Jugendrichter auf das **allerletzte Mittel** der U-Haft-Verhängung stützen.

Vor diesem Hintergrund offenbart sich die besondere Problematik der **Tatverdachtsfeststellung** gem. § 112 I StPO im Bereich des Jugendstrafrechts. Einerseits geht es um die momentane (d.h. zum gegenwärtigen Ermittlungs- und Entscheidungszeitpunkt) Einschätzung, ob der jugendliche Beschuldigte mit hoher Wahrscheinlichkeit als Täter oder Teilnehmer einer Straftat anzusehen ist. Andererseits dürfen aus den dargestellten **Verhältnismäßigkeitskriterien** die möglichen Folgen des U-Haft-Vollzuges auch nicht unberücksichtigt bleiben. Dem ersten Anschein nach hat die **prospektive Frage potentiell schädlicher U-Haft-Auswirkungen** überhaupt **nichts** mit der **retrospektiv** zu beurteilenden Feststellung des **dringenden Tatverdachts** zu tun, denn dessen Bejahung hängt einzig und allein davon ab, **ob** der Jugendliche die betreffende Tat begangen hat oder nicht. Allerdings wird aufgrund der U-Haft-Risiken und der drastisch eingeschränkten Haft-Voraussetzungen (neben der gründlichen Prüfung der Haftgründe) auch ein besonderes Augenmerk auf die Eruiierung des dringenden Tatverdachts gelegt werden müssen, denn hier ist bereits der **erste Selektionsfilter** zur Ausscheidung einer möglicherweise nicht indizierten U-Haft-Verhängung. Der Jugendrichter steht in dieser **Initialphase** des **Ermittlungsverfahrens** vor der Schwierigkeit, zum **höchsten** (!) Tatverdachtsgrad Stellung beziehen und dies auch noch möglichst "wasserdicht" begründen zu müssen, obwohl er sich zu diesem frühen Zeitpunkt lediglich auf eine (noch) recht unsichere (und jederzeit veränderliche) Entscheidungsgrundlage stützen kann.

Ergänzend ist hinsichtlich des unauflösbaren Widerspruchs im januskopffartigen Gebilde "**dringender Tatverdacht - Unschuldsvermutung**" auf den von *Jehle*<sup>251</sup> eruierten **statistischen Befund** zur Annahme des **dringenden Tatverdachts** aufmerksam zu machen, der die Bedenken aus dem Blickwinkel der Unschuldsvermutung erheblich relativiert: Unter Berücksichtigung der in der Strafverfolgungsstatistik nicht ausgewiesenen Verfahrenseinstellungen (gem. §§ 170 II, 153 [a], 154 StPO) beträgt die Quote **nicht Verurteilter** lediglich **10 %**. Anders ausgedrückt: bei etwa **90 %** der jugendlichen Untersuchungsgefangenen hat die Evaluierung der Tatverdachtsfeststellung i.S.d. § 112 I StPO die sich aus der Unschuldsvermutung ergebenden rechtsstaatlichen Zweifel **nicht** bestätigen können. Angesichts dieser U-Haft-

---

251) Jehle, Jörg-Martin, Voraussetzungen und Entwicklungstendenzen der Untersuchungshaft, Bewährungshilfe 1994, 373 (378)

Katamnese die Unschuldsvermutung als "rechtsstaatlichen Schnörkel" zu bezeichnen, wie dies im älteren Schrifttum<sup>252</sup> geschehen ist, klingt nicht nur polemisch, sondern diffamiert und mißachtet die Bedeutung dieses zentralen Verfahrensgrundsatzes<sup>253</sup>.

Eine **Alternative** eigener Art zur U-Haft bietet allerdings § 72 IV JGG, der - trotz Vorliegens der Haftvoraussetzungen - statt dessen den Richter zur **einstweiligen Unterbringung** nach § 71 II JGG befugt (bzw. verpflichtet kann)<sup>254</sup>.

Schließlich hat die in **Art. 6 I EMRK** kodifizierte Beschleunigungsmaxime Eingang in § 72 V JGG gefunden mit der adjektivischen Steigerung, daß das Verfahren mit "**besonderer**" Beschleunigung durchzuführen ist, um die o.g. Folgen so weit als realisierbar zu minimieren.

## 2) Untersuchungshaftzweck in § 72 JGG versus Erziehungszweck mit Bezügen zu Art. 5 Nr. 1 lit. d. EMRK<sup>255</sup>

Von der (später in Pkt. 5 c anzusprechenden) Vermeidung der Wiederholungsgefahr gem. § 112 a StPO abgesehen, besteht die **ausschließliche** Bestimmung der Untersuchungshaft nach § 72 JGG in der **Sicherstellung der Verfahrensdurchführung**, um den staatlichen Strafanspruch umsetzen zu können. Aufgrund dieser sehr schmalspurigen Zielrichtung **verbietet** sich eine U-Haft-Verhängung aus **erzieherischen** Erwägungen<sup>256</sup>: zum einen, weil sich hierbei (wie auch in § 71 JGG) Bedenken aus der **Unschuldsvermutung** gem. Art. 6 II EMRK ergeben (vgl. Pkt. 1 und Abschnitt I 2 a), zum anderen, weil sonst die Gefahr der Schaffung eines in §§ 112 ff. StPO **nicht** vorgesehenen und somit **verfahrensfremden** "apokryphen" Haftgrundes "Erziehungsdefizitkompensation" zu befürchten wäre, die einer **uferlosen U-Haft-Anordnung** gegenüber Jugendlichen Tür und Tor öffnen würde, da der Delinquent aus Anlaß der (erst noch rechtskräftig festzustellenden Tat) "nie früh genug Erziehung verabreicht bekommen könne". Die Exklusion des Erziehungsgedankens aus dem Regelungsbereich des § 72 JGG ist nicht zuletzt auch deshalb geboten, um den Anteil der jugendlichen U-Häftlinge durch die bereits angedeutete Tatbestandsrestriktion möglichst

---

252) so die Bezeichnung durch Mey (Gestaltung der Untersuchungshaft, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Tagungsberichte der Jugendstrafvollzugskommission IX, 1979, S. 1 ff., 3, 23: "Die Unschuldsvermutung ist eine praktisch bedeutungslose Hypothese. An ihr kann der Untersuchungsgefangene nur die Vergewaltigung der Wirklichkeit durch rechtliche Postulate erkennen lernen." (Zitat in: Böhm, Alexander, Dünnebier-FS [1982], S. 677 [681, dort Fußnote 25]). - Mag die Unschuldsvermutung auch als rechtliche Fiktion oder als "juristische Konstruktion der Wirklichkeit" angesehen werden, so stellt sie eines der wichtigsten Rechte des (jugendlichen) Beschuldigten dar, deren Abschaffung oder die von Mey intendierte Nichtbeachtung zugleich den Abschied vom rechtsstaatlichen Strafprozeß beinhalten würde. Dieser "verfahrenstechnische Artefakt" ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Nationalsozialismus zu einer "Ikone des Rechtsstaats" avanciert und hat deshalb seinen Niederschlag in der Europäischen Menschenrechtskonvention gefunden.

253) vgl. Art. 5 Nr.1 lit. d EMRK in Pkt. 2 a.E.

254) Gabriele Kawamura (Zur Praxis der Vermeidung von Untersuchungshaft durch die Angebote der Sozialarbeit, Bewährungshilfe 1994, 409 ff.) beschreibt sehr instruktiv zahlreiche Heime bzw. Einrichtungen i.S.d. §§ 71, 72 JGG für das gesamte Bundesgebiet

255) Die **Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten** ([E]MRK) vom 4. November 1950 wurde am 7. August 1952 durch das "Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten" (BGBl. 1952, Teil 2, S. 685 ff.) von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert. Am 3. September 1953 trat die EMRK innerstaatlich in Kraft (BGBl. 1954, Teil 2, S. 14).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann eine mögliche Verletzung der EMRK **nicht** mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden (BVerfG-EuGRZ 1986, 439 mit zahlreichen Nachweisen). Grund hierfür ist die **fehlende Beschwerdebefugnis** gem. § 90 I BVerfGG i.V.m. Art. 93 I Nr.4 a GG i.V.m. § 13 Nr. 8 a BVerfGG, welche die Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verlangt (vgl. zu diesem prozessualen Vollzugsdefizit auf nationaler Ebene Pkt. 2 a.E.). Daher bleibt in derartigen Fällen lediglich die Möglichkeit einer sog. **Individualbeschwerde** gem. **Art. 25 ff. EMRK**.

256) Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 72, Rdz.5

niedrig zu halten. Dies ist umso vordringlicher, als *Ostendorf*<sup>257</sup> eine in den letzten Jahren **kontinuierlich ansteigende** Zahl junger U-Häftlinge festgestellt hat, wobei lediglich 30 - 40 % überhaupt eine vollstreckbare Jugendstrafe erhalten haben (vgl. hierzu Pkt. 3). Angesichts des Umstandes, daß Jugendliche (und Heranwachsende) zahlenmäßig im Bereich der Untersuchungshaft **stärker** repräsentiert sind als unter den Strafgefangenen und daß sie in **geringerem** Maße zu vollstreckbaren Jugend- (bzw. Freiheits-)strafen verurteilt werden als Erwachsene, kritisiert *Jehle*<sup>258</sup> diese Haftpraxis zu Recht als Instrumentarium zur "Krisenintervention".

Für die Einbeziehung **erzieherischer** Gesichtspunkte verbleibt es daher bei den Maßnahmen nach § 71 bzw. § 72 IV 1 i.V.m. § 71 II JGG. Sollten diese bereits zur Verfahrenssicherung ausreichen, **verbietet** sich ohnehin die Verhängung von U-Haft aus Gründen der Verhältnismäßigkeit (§ 72 I JGG, vgl. Pkt. 1). - Gemessen daran, daß § 72 JGG **sehr enge** U-Haft-Voraussetzungen aufstellt und die Justiz**praxis** dennoch **zunehmend inhaftiert**, ergeben sich hieraus neben den bereits genannten rechtsstaatlichen auch besondere (jugend)kriminalpolitische Bedenken. *Eisenberg* und *Tóth*<sup>259</sup> beklagen, daß ca. 50 % der von der U-Haft Betroffenen, die zum Zeitpunkt der Inhaftierung in einem Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis gestanden haben, nicht mehr an diese Stelle zurückkehren konnten. Ihre geäußerten Zweifel an dieser Haftpraxis reichen sogar bis zur Vermutung der **Freiheitsberaubung in mittelbarer Täterschaft** (§§ 239, 25 I, 2. Alt. StGB) sowie der **Verfolgung Unschuldiger** (§ 344 StGB)<sup>260</sup>.

Die soeben (und in Abschnitt I 2 a) angesprochenen Zweifel hinsichtlich einer möglichen Verletzung der **Unschuldsvermutung** gem. **Art. 6 II EMRK** sind allerdings zu relativieren, wie der systematische Zusammenhang dieser Norm mit **Art. 5 Nr. 1 lit. d EMRK** zeigt. Hiernach darf die **Freiheit** eines Menschen nur auf die **gesetzlich vorgeschriebene Weise** entzogen werden, "wenn es sich um die **rechtmäßige Haft eines Minderjährigen** handelt, die zum Zwecke **überwachter Erziehung** angeordnet ist, **oder** um die **rechtmäßige Haft eines solchen, die zum Zwecke seiner Vorführung** vor die zuständige Behörde verhängt ist".

Dieser **Wortlaut** verdeutlicht die **Alternativität** und **Gleichrangigkeit** der beiden Haftzwecke "überwachte Erziehung" bzw. "Vorführungssicherung". Da die **EMRK** als **formelles und zugleich materielles Bundesgesetz** denselben Geltungsrang<sup>261</sup> bekleidet wie das JGG, kann durch die weiterreichende Zulässigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen gegenüber Minderjährigen aufgrund der divergierenden Zweckbestimmungen des Art. 5 Nr. 1 lit. d EMRK ein **Konkurrenzproblem** mit dem enger gefassten § 72 JGG auftreten, der die U-Haft-Anordnung aus erzieherischen Motiven **untersagt**; lediglich mit der **einstweiligen Unterbringung** in § 71 II JGG, die genau **diesen** Zweck verfolgt, ist Art. 5 Nr. 1 lit. d EMRK bedenkenlos vereinbar.

Unter "**überwachter Erziehung**" i.S.d. ersten Alternative sind rein fürsorgerische Maßnahmen und solche des Jugendstrafrechts zu verstehen<sup>262</sup>. Die zweite Alternative deckt primär die U-Haft ab, die jedoch nicht

257) Ostendorf, Das deutsche Jugendstrafrecht zwischen Erziehung und Repression, StV 1998, 297 (300 f.); Ostendorf, JGG, § 72, Rdz. 4 (Ostendorf geht hierbei von einer Vollstreckungsquote von 50 % nach vorheriger U-Haft aus)

258) Jehle, Jörg-Martin, Voraussetzungen und Entwicklungstendenzen der Untersuchungshaft, BewHi 1994, 373 (382)

259) Eisenberg/Tóth, Über Verhängung und Vollzug von Untersuchungshaft bei Jugendlichen und Heranwachsenden, GA 1993, S. 293 (295)

260) Eisenberg/Tóth, GA 1993, 293 (304) m.w.N.

261) Der Geltungsrang des transformierten Rechts (hier die EMRK) richtet sich nach der transformierenden (d.h. nach dem vom Völkerrecht in das innerstaatliche Recht umwandelnden) Norm nach Maßgabe des **Art. 59 II 1 GG**, also nach sog. "einfachem" Bundesrecht. Das Zustimmungsgesetz zur EMRK (BGBl. 1952, Teil 2, S. 685) hat in Artikel II (1) einen entsprechenden, auf die Transformationstheorie abzielenden Hinweis: "Die Konvention wird **nachstehend mit Gesetzeskraft veröffentlicht**". - Lediglich der Geltungsgrund der EMRK bleibt auch nach der Transformation **zweigeteilt**: einerseits besteht die EMRK als **völkerrechtlicher Vertrag** auf internationaler Ebene fort, andererseits erlangt sie durch das bundesdeutsche Zustimmungsgesetz gem. Art. 59 II 1 GG ihre Geltung als **intranationale Rechtsquelle** in Gestalt eines **formellen und zugleich materiellen Bundesgesetzes**.

262) EMRK-Kommentar/Frowein/Peukert, 2. Aufl., 1996, Art. 5, Rdz. 85

(unbedingt) der Vorführung vor einen Strafrichter dienen muß<sup>263</sup>. Aus der Zusammenschau beider Varianten ergebe sich, daß die Letztgenannte nur für Jugendliche gelte, für die eine “überwachte Erziehung“ in Betracht kommt, z.B. wenn sie eine strafbare Handlung begangen haben, oder um sie dem schädlichen Einfluß ihrer Umwelt zu entziehen (z.B. “asoziale Familienverhältnisse”<sup>264</sup>). Insbesondere diene die zweite Alternative auch der Prüfung, ob eine “überwachte Erziehung” anzuordnen ist<sup>265</sup>.

- Ohne die Bedenken, die aus dieser, den Wortlaut des Art. 5 Nr.1 lit. d EMRK überdehnenden Zweckkumulierung weiter problematisieren zu wollen, ist die Frage nach einer etwaigen “Erziehungsimplication” durch diese Norm in § 72 JGG wie folgt zu beantworten: Auch wenn es sich bei der **EMRK** wie bei dem **JGG** um zwei **geltungsranggleiche** Rechtsquellen handelt, die ein- und dieselbe Materie (U-Haft-Verhängung gegenüber Minderjährigen) mit **unterschiedlichen** Zweckbestimmungen versehen, wird hierdurch nur eine **scheinbare Gesetzeskonkurrenz** evoziert. **Art. 5 Nr. 1 lit. d EMRK** setzt eine (materiell) **rechtmäßige** Haft des Minderjährigen **voraus**, die nur nach Berücksichtigung des **innerstaatlichen** Verfahrensrechts angeordnet werden darf (“*auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise*” i.S.d. Art. 5 S. 2, 1. Hs. EMRK). Daraus folgt, daß die EMRK die materiell-rechtlichen wie prozessualen Regelungen weder ersetzt noch modifiziert, sondern daß sie lediglich an das nationale Jugendstrafrecht bzw. Strafverfahrensrecht **anknüpft**. Wenn also **§ 72 JGG** den **Erziehungsgedanken** aus der U-Haft-Anordnung **ausklammert**, tragen die **Rechtmäßigkeitsklausel** und das Tatbestandsmerkmal der “*auf [einfach-]gesetzlich vorgeschriebene Weise*” des Art. 5 Nr.1 lit. d EMRK dieser **innerstaatlichen Restriktion** Rechnung und schließen die “*überwachte Erziehung*” unter Beachtung dieses (**intra**)nationalen Standards als Haftzweck aus. Es verbleibt daher bei der eingangs erteilten “Absage” an den Erziehungsgedanken im Rahmen der U-Haft-Anordnung.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß hierdurch zwar das Problem im Spannungsfeld zwischen Art. 5 Nr.1 lit. d EMRK und § 72 JGG gelöst ist, weil sich die EMRK-Norm durch ihre **eo-ipso-Restriktion** (“*rechtmäßige Haft*”; “*auf gesetzlich vorgeschriebene Weise*”) **selbst** begrenzt, indem sie mit diesen Tatbestandsvoraussetzungen das “Einfallstor” zugunsten **einfachgesetzlicher** Bestimmungen bildet. Allerdings offenbart sich hierdurch zugleich das **generelle innerstaatliche Vollzugsdefizit** des **Menschenrechtskataloges** in zweifacher Hinsicht, der durch seine Transformation in nationales Recht von seinem **Völkerrechtsstatus** auf die **einfachgesetzliche** Ebene **nivelliert** und **dessen** materiell- und verfahrensrechtlichen **Begrenzungen** und **Einschränkungen** **unterworfen** wird. Schließlich zeigt sich das **prozessuale Vollzugsdefizit** der EMRK durch den **Ausschluß** einer verfassungsrechtlichen Überprüfbarkeit durch das BVerfG (vgl. § 90 I BVerfGG, dazu oben, erste Fußnote zur EMRK in Punkt 2).

### 3) Verbot der U-Haft-Verhängung aus generalpräventiven Zwecken (mit Bezügen zu § 93 I JGG a.F.):

Nach überwiegender Ansicht<sup>266</sup> bedingt die nahezu **ausschließlich verfahrenssichernde** Funktion der U-Haft gegenüber jugendlichen Delinquenten zugleich die **Exklusion generalpräventiver** Aspekte. Das **LG-Hamburg** folgerte in seinem Beschluß aus jenem “Berücksichtigungsverbot” hinsichtlich der Generalprävention bei der Auswahl der Rechtsfolgen gem. §§ 5 I und II JGG sowie bei der Verhängung und der Bemessung der Jugendstrafe nach §§ 17 II, 18 JGG a maiore ad minus erst Recht die Unzulässigkeit etwaiger Abschreckungsgesichtspunkte bei dem **vor** diesen Reaktionsformen liegenden Verfahrensabschnittm.a.W.: wenn schon die **Jugendstrafe** als “schärfste Waffe” des jugendgerichtlichen Sanktionsinstrumentariums **nicht** aus generalpräventiven Gründen verhängt bzw. bemessen werden darf, dann muß dies noch vielmehr für die Untersuchungshaft im Rahmen des Ermittlungsverfahrens gelten.

263) EMRK-Kommentar/Frowein/Peukert, Art. 5, Rdz.85

264) EMRK-Kommentar/Frowein/Peukert, Art. 5, dort Fußnote 86

265) siehe vorgenannte Fußnote

266) Brunner/Dölling, JGG, § 72, Rdz. 3 m.w.N.;

Zuletzt lehnte das **LG-Zweibrücken**<sup>267</sup> die Berücksichtigung generalpräventiver Gesichtspunkte ab, allerdings mit einer "recht dünnen" Begründung. Das LG betonte in seinem Beschluß neben der Fremdheit dieser Erwägungen für das Jugendstrafrecht deren Unverhältnismäßigkeit bei einem Beutewert von insgesamt 770.- DM. Zu kritisieren ist an dieser Auffassung, daß das Gericht nicht schon auf einer früheren Ebene zur Negation der Generalprävention im Jugend-U-Haftrecht gelangt ist, zumal hiergegen bereits die erörterten Bedenken sprechen. Die **Abschreckung der Allgemeinheit** vor der Begehung von Straftaten sollte eher an die **rechtskräftige Verurteilung** des Täters anknüpfen, erst dann ist ein rechtsstaatlich vertretbares und geeigneteres bzw. effektiv wirkendes "Abschreckungsexempel" statuierbar. Einen Beschuldigten mehr oder weniger **primär** aus **Abschreckungszwecken** zu inhaftieren, verletzt nicht nur die verfahrenssichernden StPO-Bestimmungen der §§ 112 ff. (Stichwort: apokryphe Haftgründe), sondern mißachtet in besonderer Weise die Unschuldsvermutung in Art. 6 II EMRK, indem der Beschuldigte zu verfahrensfremden Zwecken in Haft genommen und zu einem "Objekt" staatlichen Handelns gemacht wird. Dies gilt in gleicher Weise für das Jugend- wie für das Erwachsenenstrafrecht.

Als "rechtsdogmatischen Fehlgriff" wird man deshalb den Beschluß des **OLG-Hamburg** zu bewerten haben, nimmt man die beschriebenen jugendstrafrechtsspezifischen Besonderheiten - insbesondere in der U-Haft-Praxis - auch nur halbwegs ernst. Schon der erste Satz dieser kritikwürdigen Entscheidung läßt aufhorchen: "*Zwar hält der Senat an seiner Auffassung fest, daß U-Haft auch in Fällen angeordnet werden kann, in denen keine Jugendstrafe zu erwarten ist.*" - Unter **Verhältnismäßigkeitserwägungen** begegnet der weite Einzugsbereich von Reaktionsmöglichkeiten **auch außerhalb** einer möglichen **Jugendstrafe** großen Zweifeln. Denn wenn bereits zu diesem Entscheidungszeitpunkt die spätere Verurteilung zu Jugendstrafe mehr als fraglich ist (soweit diese Prognose in dieser Phase gemacht werden kann), wird die U-Haft-Anordnung unter **Angemessenheitsgesichtspunkten** (mögliches **Mißverhältnis** zwischen Freiheitsentzug und vergleichsweise mildem Verfahrensausgang) zwar nicht ausgeschlossen, aber nach **§ 72 I 3 JGG** nur schwerlich zu **begründen** sein (vgl. hierzu auch Abschnitt I, 2 zu § 71 II JGG).

**§ 93 I, 2. Hs. JGG a.F.** regelte die Möglichkeit des U-Haft-Vollzugs in einer Jugendarrestanstalt, "*wenn Freiheitsstrafe nicht zu erwarten ist*". Nahezu inhaltlich gleich lautet die derzeitige Fassung der **Nr. 13 II UVollzO**. Mit dem **1. JGGÄndG** wurde diese **Straferwartungsklausel gestrichen**, so daß - allein dem jetzigen, völlig offenen Wortlaut nach - die U-Haft **entgegen** der Altfassung **auch dann** in einer Arrestanstalt vollzogen werden darf, wenn die spätere Verhängung der Jugendstrafe prognostiziert werden kann. Mehr besagt die Gesetzesänderung nicht - insbesondere enthält sie **keinerlei** Hinweise auf die zu erwartende Rechtsfolge, so daß das vom **OLG-Hamburg** (aaO.) zugrundegelegte **heterogene Reaktionsspektrum** zumindest vom Gesetzestext des § 93 I JGG mit umfasst wird.

Unter inhaltlich fragwürdiger Bezugnahme auf die Begründung der U-Haft-Novellierung<sup>268</sup> unterstellt die Kommentarliteratur<sup>269</sup>, daß der Gesetzgeber durch die obsoleete Straferwartungsklausel der möglichen Fehlinterpretation entgegentreten wollte, daß die U-Haft auch dann zulässig sei, wenn **nicht** mit Jugendstrafe zu rechnen sei. Zu dieser gewünschten **Präzisierung** hat die Neuformulierung allerdings **nicht** geführt, zumal das **Schweigen des Gesetzgebers nicht** als generelle Ablehnung aller **außerhalb** der Jugendstrafe befindlichen Reaktionsmöglichkeiten gedeutet werden kann. Denn wenn die Voraussetzungen, unter welchen konkreten Umständen die U-Haft (von den in § 72 JGG i.V.m. §§ 112 ff. StPO Genannten abgesehen) vollzogen werden darf, de lege lata in § 93 I JGG auf **keine** spezielle Sanktionsfolge zugeschnitten ist, kann der Vollzug auch anläßlich einer prognostizierten Erziehungsmaßregel gem. §§ 9 ff. JGG durchgeführt werden. - Aus den o.g. Verhältnismäßigkeitserwägungen ist demgegenüber eine weitaus **engere** Auslegung zu begrüßen, jedoch läßt sich die ausschließliche Fixierung auf Jugendstrafe **nicht** aus § 93 I JGG ableiten, so daß es hierzu einer **eindeutigen** Klarstellung durch den Gesetzgeber bedarf.

267) LG-Zweibrücken-StV 1999, 161

268) BT-Drucksache 11/5829, S. 38 (hier werden ausschließlich Verhältnismäßigkeitsaspekte herangezogen; eine Stellungnahme zur künftigen Sanktionserwartung enthält die Begründung nicht)

269) Brunner/Dölling, JGG, § 93, Rdz.2

**De lege ferenda** könnte § 93 I JGG wie folgt lauten:

*“Nur wenn zum Entscheidungszeitpunkt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit Jugendstrafe zu erwarten ist, wird die Untersuchungshaft an Jugendlichen nach Möglichkeit in einer besonderen Anstalt oder wenigstens in einer Jugendarrestanstalt vollzogen. Im übrigen ist der Vollzug von Untersuchungshaft nach Satz 1 unzulässig und es verbleibt bei den in § 72 IV 1 i.V.m. § 71 II JGG enthaltenen Anordnungen”.*

- Dann fährt die Entscheidung des **Hanseatischen OLG** fort - mit einem gravierenden dogmatischen Fehler: *“Diese positive Generalprävention paßt durchaus in den Rahmen des Jugendstrafrechts. Denn unter diesem Aspekt ist es entscheidend, daß die in der “Sozialisation erfolgte Normenverinnerlichung angesprochen und weitergepflegt wird”.* Dafür ist gerade der Jugendliche und Heranwachsende, der noch in diesem Prozeß steht, tauglicher Adressat.” Hier verwechselt das HansOLG die **Strafzwecke** der **Spezial-/Individualprävention** und der **positiven Generalprävention**. Während sich der letztgenannte Strafzweck an die **Allgemeinheit**, also an **potentielle** Rechtsbrecher, richtet, bezieht sich die **Individualprävention** auf den **jeweiligen** (bereits straffällig gewordenen) **Täter** und seine **“persönliche”** Sanktionsfolge. Der **jugendliche U-Häftling** wird somit zu diesem Zeitpunkt nicht (mehr) vom Aspekt der (ohnehin für das Jugendstrafrecht **obsoleten**) positiven Generalprävention erfasst, sondern von der **Individualprävention**, da es um die **konkret** für **ihn** auszuwählende Rechtsfolge geht.

#### **4) Die vorläufige Anordnung über die Erziehung bzw. die “anderen Maßnahmen” i.S.d. § 72 Abs. I JGG**

Mit den “vorläufigen Anordnungen über die Erziehung“ knüpft § 72 I JGG wortgleich an die Formulierung in § 71 I JGG an, so daß hierzu auf die in Abschnitt I 1 b gemachten Ausführungen verwiesen werden kann.

Dabei sollen die Weisungen nach § 10 JGG geeignet sein, die Zeit bis zur Rechtskraft des Urteils zu überbrücken<sup>270</sup>. Für zulässig erklärt wird im Rahmen des § 72 I JGG (ebenso wie in § 71 I JGG) die **Anregung von Leistungen** nach dem **SGB VIII**<sup>271</sup>. Da § 72 I JGG diese Leistungen jedoch **nicht** ausdrücklich nennt, ist jene Möglichkeit nur unter das Tatbestandsmerkmal der “anderen Maßnahmen” subsumierbar. Hierdurch wird vor allem dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in besonderer Weise entsprochen, weil die U-Haft-Verhängung gegenüber den Erziehungshilfen in §§ 27 ff. SGB VIII subsidiär ist (vgl. Pkt. 1).

Zu den **“anderen Maßnahmen”** i.S.d. § 72 I JGG gehört neben dem in § 116 I 2 StPO normierten Maßnahmenkatalog zur Außervollzugsetzung des Haftbefehls<sup>272</sup> auch die Haftverschonung unter Auflagen gem. § 116 II 2 StPO bei Vorliegen der Verdunkelungsgefahr<sup>273</sup>, weil konsequenterweise neben der Verhängung **auch** die **Vollstreckung** des Haftbefehls dem **Subsidiaritätsprinzip** unterliegt (vgl. Pkt. 1).

#### **5) Die einzelnen Haftgründe**

##### a) Flucht- bzw. Fluchtgefahr: § 72 II JGG i.V.m. § 112 II Nr.1 und Nr.2 StPO

Im Gegensatz zu § 112 II Nr.2 StPO werden an die Bejahung der Fluchtgefahr in der Sonderregelung für 14- und 15-jährige Delinquenten in § 72 II JGG noch höhere Anforderungen gestellt. Während § 112 II Nr.2 StPO allein eine **prospektive** Bewertung in bezug auf eine möglicherweise **bevorstehende** Flucht

270) Diemer/Sch oreit/Sonnen, JGG, § 72, Rdz.6

271) Diemer/Sch oreit/Sonnen, JGG, § 72, Rdz.6

272) Ostendorf, JGG, § 72, Rdz.6

273) Diemer/Sch oreit/Sonnen, JGG, § 72, Rdz. 6

verlangt, setzt § 72 II Nr.1 JGG kumulativ dazu auch eine **retrospektive** Beurteilung voraus. Die Verwendung des **Plusquamperfekt** in § 72 I Nr.1, **1. Alt.** “Sich dem Verfahren bereits **entzogen hatte**” und des **Perfekt** in der **2. Alt.** “Anstalten zur Flucht **gemacht hat**” bedingen somit eine **vergangenheits- und zukunftsbezogene** Einschätzung der **Fluchtgefahr**, die demzufolge nur aufgrund eines bestimmten, **bereits gezeigten** Verhaltens **künftig** zu befürchten sein muß. Damit weist § 72 II JGG **dieselben Restriktionen** auf wie § 113 II Nr.1 und Nr.2 StPO für das Terrain der **Bagatellkriminalität**. Allerdings geht der Anwendungsbereich des § 72 II JGG insofern über den des § 113 II Nr.1 und Nr.2 StPO **hinaus**, als daß die erstgenannte Norm prinzipiell für **alle** Straftaten, **auch für schwerste Verbrechen**, gilt. Diese **deliktsubiquitäre Privilegierung** jugendlicher “U-Haft-Absolventen” durch § 72 II JGG beruht auf der besonderen Schutzwürdigkeit jener jungen Tätergruppe.

Nach Absicht des **Gesetzgebers**<sup>274</sup> hängt die Zulässigkeit der U-Haft-Anordnung wegen Fluchtgefahr aus Gründen der **Verhältnismäßigkeit** davon ab, daß **besonders starke Indizien** auf die drohende Entziehung vor dem Verfahren durch den Jugendlichen hinweisen müssen.

Die **Rechtsprechung**<sup>275</sup> verlangt infolge der jugendspezifisch geringeren Handlungskompetenz die eher zurückhaltende Annahme der Fluchtgefahr, da die Jugendlichen auch dann, wenn sie ihre Flucht in die Tat umsetzen, regelmäßig rasch wieder ergriffen werden könnten.

In der **Praxis** wird dieser Haftgrund ungeachtet dessen dennoch am **häufigsten** verwendet<sup>276</sup>. Die Vermutung, daß hierdurch faktisch der “ungesetzliche”<sup>277</sup> Haftgrund der Wiederholungsgefahr (§ 112 a StPO, vgl. Pkt. 5 c) auf Umwegen eingeführt wird, ist naheliegend und begegnet hinsichtlich der außerordentlichen Einschränkungen des § 72 I und II JGG erheblichen Bedenken. Die Verhängung einer “präventiven Sanktion” (*Ostendorf*) ist nicht nur verfahrensfremd, sondern sie verstößt gleichermaßen gegen die Unschuldsvermutung aus Art. 6 II EMRK, welche die Sanktions**fähigkeit** erst bei einer rechtskräftigen Verurteilung - und nicht schon im Ermittlungsverfahren - anerkennt (vgl. auch Pkte. 2 und 3). Nach *Kawamura*<sup>278</sup> verbergen sich hinter der Annahme der Fluchtgefahr die unterschiedlichsten Motive der U-Haft-Verhängung - neben spezialpräventiven bzw. erzieherischen Überlegungen (Stichwort: “Krisenintervention”) spielen auch die Erhöhung der “Geständnisbereitschaft” sowie die leichtere Prozeßterminierbarkeit eine Rolle.

Etwas naiv und wirklichkeitsfremd scheint der Glaube daran zu sein, daß eine **geeignete Unterbringungs-einrichtung** i.S.d. § 72 I JGG (vgl. Pkt. 4) mit entsprechender Betreuung und der Bereitschaft des Betroffenen, dieses Angebot anzunehmen, den Haftgrund der **Fluchtgefahr ausräumen** könne<sup>279</sup>. Sicherlich wird diese (aus Verhältnismäßigkeitsgründen) optimale Alternative zur U-Haft-Anordnung dem Jugendrichter die Bejahung der Fluchtgefahr erschweren (§ 72 I 3 JGG, vgl. Pkt. 1), allerdings kann in der (wenn auch erheblichen) **Absenkung** der Fluchtgefahr **nicht** automatisch deren völliger Ausschluß gesehen werden.

#### b) Verdunkelungsgefahr: § 112 II Nr.3 StPO

Im Bereich des Jugendstrafrechts wird der Haftgrund der **Verdunkelungsgefahr** gem. § 112 II Nr.3 StPO lediglich dann in Betracht zu ziehen sein, wenn es sich um **mehrere jugendliche Straftäter in Bandenform** oder in sonstigen, **fester strukturierten Gruppen** handelt<sup>280</sup>.

#### c) Wiederholungsgefahr gem. § 112 a StPO

274) BT-Drucksache 11/5829, S.33

275) OLG-Hamm-StV 1996, 275 m.w.N.

276) Ostendorf, JGG, § 72, Rdz.3; Deichsel/Hellhake/Meyer-Helwege, Jugenduntersuchungshaft und polizeiliche Zuführungspraxis in Hamburg, BewHi 1990, 147 (150)

277) so die Einschätzung von Eisenberg/Tóth, GA 1993, 293 (294); Ostendorf, JGG, § 72, Rdz.4

278) Kawamura, Gabriele, Zur Praxis der Vermeidung von Untersuchungshaft durch Angebote der Sozialarbeit, BewHi 1994, 409 (410)

279) so aber Hubert, Harry, Handlungsmöglichkeiten, Motive und Hemmnisse für die Anordnung bzw. Vermeidung von U-Haft bei Jugendlichen und Heranwachsenden aus der Sicht der Jugendhilfe am Beispiel Frankfurt am Main, ZfJ 1995, 439 (441)

280) Brunner/Dörling, JGG, § 72, Rdz.10; Eisenberg, JGG, § 72, Rdz.7

Nach der Rechtsprechung<sup>281</sup> muß sich die **Wiederholungsgefahr** gem. § 112 a I StPO auf **schwerwiegend beeinträchtigende Straftaten** stützen, die erst dann angenommen werden können, wenn **Art** und **Ausmaß** des **Schadens erheblich** sind und die Taten nicht nur im **Unrechtsgehalt** und im **Schweregrad überdurchschnittlich**, sondern darüberhinausgehend auch geeignet sein müssen, in weiten Kreisen das “Gefühl der Geborgenheit im Recht” zu beeinträchtigen.

Diesen engen Vorgaben entspricht eine Entscheidung des **LG-Zweibrücken**<sup>282</sup>, das bei Vorliegen von dreifachem Diebstahl im besonders schweren Fall gem. § 243 StGB und einem Registerauszug mit fünf einschlägigen Eintragungen neben Angemessenheitsbedenken die U-Haft-Verhängung auch deshalb ablehnte, weil deren Anordnung wegen Wiederholungsgefahr i.S.d. § 112 a StPO eine Straferwartung von mehr als einem Jahr voraussetzt.

- Vergleichbar **restriktiv** wurde dieser Haftgrund durch das **LG-Magdeburg**<sup>283</sup> ausgelegt.

Das Gericht hielt **allein** den Umstand, daß dem Beschuldigten bereits zuvor in **12 Fällen** die Anklageschrift zugestellt wurde, auch unter Beachtung des **jugendlichen Alters** für **nicht** ausreichend, um eine genügende Warnung im Sinne einer Vorverurteilung annehmen zu können. Weiterhin bewertete es hierbei die U-Haft-Anordnung als **unverhältnismäßig**, weil vorher **keine** vorläufigen Maßnahmen i.S.d. § 71 JGG geprüft worden seien, mit denen die drohende Gefahr der Begehung weiterer Straftaten hätte abgewendet werden können, so daß eine **Prognose** hinsichtlich der **möglichen Erfolgsaussichten** ambulanter oder stationärer Maßnahmen i.S.d. § 71 JGG **nicht** abgegeben werden konnte. - Mit dieser Rechtsprechung akzentuiert das **LG-Magdeburg** deutlich die in § 72 I 1 JGG verankerte **Subsidiaritätsklausel**, die vom grundsätzlichen Vorrang der “vorläufigen Anordnung über die Erziehung” bzw. der “anderen Maßnahmen” i.S.d. § 71 JGG ausgeht (vgl. Pkte. 1 und 4). Aufgrund des Nichtvorliegens der Wiederholungsgefahr i.S.d. § 112 a StPO und deren Mindeststrafverurteilung bedurfte es im Rahmen dieses Beschlusses keiner weiteren Erörterung der in § 72 IV 1 JGG normierten alternativen Ersetzungsbefugnis (vgl. hierzu Pkt. 6 a).

- Ungeachtet der in den drei angesprochenen Judikaten dargestellten Restriktionen scheint der **überwiegende Teil** der **Rechtsprechung** zu einer **übermäßigen** Inanspruchnahme dieses Haftgrundes zu neigen. Aufgrund der engen Fluchtgefahr Voraussetzungen (s.o., Pkt. 5 a) bemängelt die Literatur<sup>284</sup> zutreffend das **Ausweichen der Praxis** auf die **Wiederholungsgefahr**. *Von Nerée*<sup>285</sup> empfiehlt daher die sehr restriktive Heranziehung dieses Haftgrundes im Jugendstrafrecht, zumal auch **erhebliche Straffälligkeit** häufig **episodenhaft** ist und **nicht** als Symptom für eine kriminelle Entwicklung zu bewerten ist.

Als **unzulässig** wird die U-Haft-Verhängung durch das **OLG-Hamburg**<sup>286</sup> wegen angeblicher **Wiederholungsgefahr** zu bewerten sein, weil das Gericht in seiner Begründung vom **Fehlen** geeigneter geschlossener Einrichtungen i.S.d. § 72 I bzw. § 71 II JGG ausging und argumentierte, es müsse **deshalb** (!) auf die **Sicherungshaft** des § 112 a StPO zurückgegriffen werden. Hier mißachtete das OLG, daß nicht der Jugendliche dafür herhalten darf, daß es in Hamburg keine ausreichenden Unterbringungskapazitäten i.S.d. §§ 72 I, 71 II JGG gibt. Die de iure **nicht** indizierte Sicherungshaftanordnung als Kompensation defizitärer alternativer und milderer Unterbringungsmöglichkeiten widerspricht deshalb nicht nur dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in § 72 I JGG, sondern auch den Tatbestandsvoraussetzungen des § 112 a StPO.

---

281) OLG-Hamm-StV 1996, 275 (276) m.w.N.

282) LG-Zweibrücken-StV 1996, 158

283) LG-Magdeburg-DVJJ-Journal 1993, 413

284) von Nerée, Cornelius, Zur Zulässigkeit der Sicherungshaft gemäß § 112 a StPO, insbesondere bei Anwendung von Jugendstrafrecht, StV 1993, 212; Ostendorf, JGG, § 72, Rdz.4

285) von Nerée, StV 1993, 212 (218) m.w.N.

286) HansOLG-Beschl. V. 5.3.1992 - 2 Ws 103/92, S. 3, 6 - in von Nerée, StV 1993, 212 (218), dort Fußnote 86 und 87

Schon **Anfang der 80er Jahre** wurde auf diesen Zustand in der Freien und Hansestadt hingewiesen. So bemängelte *Becker*<sup>287</sup>, daß ein Jugendheim in Altengamme, das 49 gesicherte Heimplätze erhalten sollte, nicht weitergebaut und statt dessen der Justizbehörde als Untersuchungshaftanstalt für junge Gefangene zur Verfügung gestellt werden sollte - mit der Folge, daß (entgegen den aus §§ 71, 72 JGG erkennbaren Tendenzen) festgenommene Jugendliche in U-Haftanstalten eingewiesen wurden. Zu Recht forderte *Becker* (aaO.) deshalb die Verbesserung der U-Haft-Situation durch die weitere Schaffung von Heimplätzen gem. § 71 II JGG, um für besonders rückfallgefährdete und sozial schwer angepasste Jugendliche die spätere richterliche Weichenstellung möglichst unter U-Haft-Vermeidung optimal vorbereiten zu können.

Im Zusammenhang mit der völligen **Abschaffung** der **geschlossenen** Heimerziehung seit dem **01. Juni 1981** lehnte es die **Hamburger** Behörde für Arbeit, Jugend und Soziales ab, Jugendliche nach den §§ 71, 72 JGG geschlossen unterzubringen<sup>288</sup> - allerdings sei als Alternative hierzu nach *Giehling* (aaO.) keine U-Haft-Anordnung, sondern eine **offene** Unterbringung **ohne** bauliche Fluchtsicherungen und ohne Gewaltanwendung zur Fluchtverhinderung erfolgt.

Von einer ähnlichen Situation während der 80er Jahre in **Rheinland-Pfalz** berichtet *Eisenberg*<sup>289</sup> - jedoch habe die **Alternative** hierzu wiederum in der Verhängung der **U-Haft** bestanden. *Giehling* (aaO.) vermutet als Hintergrund dieser Praxis tendentiell die zunehmende Weigerung der öffentlichen Träger der Jugendhilfe, geschlossene Heimplätze i.S.d. §§ 71, 72 JGG zur Verfügung zu stellen.

## 6) Die U-Haft-Alternative des § 72 IV JGG

### a) Die Ersetzungsbefugnis nach § 72 IV 1 JGG

Anstelle des **Haftbefehlserlasses** eröffnet § 72 IV 1 JGG eine **Alternativentscheidung** zugunsten einer **weniger** einschneidenden Maßnahme, die **einstweilige Unterbringung** gem. § 71 II JGG (vgl. Abschnitt I 2). Durch diesen **erweiterten Anwendungsbereich** der **einstweiligen Unterbringung** aufgrund der Subsidiaritätsklausel (vgl. Pkt. 1) erfasst sie in Gestalt der U-Haft-Alternative **neben** den (im Rahmen der U-Haft-Anordnung ansonsten außer Betracht bleibenden) **erzieherischen Zwecken** (vgl. Pkt. 2) **auch** die Funktion der **Verfahrenssicherung** auf "niedrigerer Stufe". Ausgehend vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist die **einstweilige Unterbringung** nach § 72 IV 1 i.V.m. § 71 II JGG immer dann **obligatorisch**, wenn dieses mildere Mittel bereits zur Sicherung der Verfahrensdurchführung bzw. zur Verhinderung der Wiederholungsgefahr i.S.d. § 112 a StPO (Punkt 5 c) **ausreicht**. Eine dennoch angeordnete U-Haft wäre unverhältnismäßig und damit rechtswidrig.

Die **Ersetzungsbefugnis** aus § 72 IV 1 JGG ist deshalb als **echte** und **exklusive U-Haft-Alternative** zu bezeichnen, weil deren Maßnahmen **stellvertretend** für den **erlaßfähigen** Haftbefehl durchgeführt werden. Demgegenüber kann in der **Haftverschonung** gem. § 116 StPO **kein** paralleles U-Haft-Surrogat auf dem Gebiet des Erwachsenenstrafrechts gesehen werden, denn diese **setzt** bereits einen **erlassenen** Haftbefehl **voraus**, dessen **Vollzug** lediglich **ausgesetzt** wird.

Das **OLG-Hamm**<sup>290</sup> bewertet neben "Erziehungsheimen" ausschließlich "**Heime**", nicht dagegen auch andere Einrichtungen der Jugendhilfe (vgl. Abschnitt I 2 b = Problemschwerpunkt 5) als geeignete Alternative zur U-Haft gem. § 72 IV 1 JGG. In dem zugrundeliegenden Beschluß hatte das AG-Schöffengericht Dortmund den gegenüber einem jugendlichen Delinquenten erlassenen Haftbefehl in eine einstweilige

---

287) Becker, Walter, Festnahme und Verhaftung von Jugendlichen und Heranwachsenden - Probleme der geschlossenen Heime -, ZfJ 1981, 355 (357, 361)

288) Giehling, Heinz, Gewährleistungspflicht der öffentlichen Träger der Jugendhilfe für geschlossene Einrichtungen als "geeignetes Erziehungsheim" i.S. der §§ 71 Abs.2, 72 Abs.3 JGG?, ZfJ 1981, 461

289) Eisenberg, Ulrich, Möglichkeiten und Grenzen der Heimerziehung nach §§ 71 Abs.2, 72 Abs.3 JGG, ZfJ 1987, 325 (328)

290) OLG-Hamm-NJW 1999, 230

Unterbringung in einem Heim der Jugendhilfe umgewandelt. Nach dem Inhalt dieses Umwandlungsbeschlusses sollte die Heimunterbringung durch die Aufnahme des Jugendlichen in das *“Student Exchange Program German Mills e.V.”* in der Nähe von Philadelphia/USA erfolgen. Auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft Dortmund hat das LG-Dortmund diese Entscheidung aufgehoben und die Fortdauer der U-Haft angeordnet. Der weiteren Haftbeschwerde des Jugendlichen mit dem Begehren, die einstweilige Unterbringung in der *Glen Mills Schools* zu erwirken, wurde der Erfolg vom OLG-Hamm versagt. Das Gericht begründete dies damit, daß die Voraussetzungen des § 72 IV 1 i.V.m. § 71 II JGG nicht vorlägen, da der Beschuldigte zuvor bereits aus einem Heim der Jugendhilfe entwichen sei und unmittelbar danach weitere Straftaten begangen habe. Hierdurch habe er gezeigt, daß mit weniger einschneidenden Mitteln i.S.d. § 71 II JGG der Zweck der U-Haft **nicht** erreicht werden könne, zumal das frühere Heim nicht bereit gewesen sei, ihn nochmals aufzunehmen, da er unter den Heimzöglingen eine Bandenbildung angeregt habe und es deshalb zu großen Schwierigkeiten gekommen sei.

Weiterhin handele es sich bei den *Glen Mills Schools* **nicht** um ein vergleichbares Heim der Jugendhilfe i.S.d. § 71 II JGG, da es **keine freiheitsentziehenden** Mittel aufweise (*“ohne Schloß und Riegel”*)<sup>291</sup>. Schließlich stehe die insbesondere im Jugendstrafrecht ausgeprägte Verfahrensbeschleunigung gem. § 72 V JGG einer dem unmittelbaren Zugriff deutscher Justizbehörden entzogenen Unterbringung im Ausland zur Abwendung der U-Haft entgegen.

- In der Literatur<sup>292</sup> ist diese Entscheidung des OLG-Hamm (zumindest bislang) auf Ablehnung gestoßen, da sie sich nicht (bzw. nicht in dem gebotenen Umfang) mit dem pädagogischen (Erfolgs-)konzept der *Glen Mills Schools* auseinandergesetzt habe und weil es die Alternative des § 71 II JGG zur U-Haft verkannt habe.

- Zumindest auf der Tatsachenbasis zum ersten Teil der Begründung ist der Beschluß des OLG-Hamm nachvollziehbar, weil die Verfahrenssicherung durch ein *“konventionelles”* milderes Mittel im Wege des § 71 II JGG nach den bisherigen Erfahrungen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht erreichbar gewesen wäre. Allerdings - und hier setzt die insoweit berechtigte Kritik der Literatur (aaO.) ein - läßt das OLG-Hamm in seiner Begründung neben den *“herkömmlichen”* innerstaatlichen Heimunterbringungsmöglichkeiten gem. § 71 II JGG eine eingehendere Befassung mit dem *Student Exchange Program German Mills e.V.* vermissen, obwohl das neuere einschlägige Schrifttum<sup>293</sup> dieses Konzept mit größter Anerkennung und höchstem Lob geradezu überschüttet. Angesichts einiger Untersuchungen verschiedener US-Bundesstaaten sowie der Universität Pittsburgh, die eine *“Erfolgsquote”* dergestalt nachgewiesen haben, daß zwischen 65- und 68 % der Jugendlichen, die das Programm absolviert hatten, innerhalb der nächsten zwei Folgejahre **nicht** mehr rückfällig geworden sind<sup>294</sup>, wäre eine Auseinandersetzung mit dem *“pädagogischen Geheimnis”* dieser Interventions- und Behandlungsform sinnvoll gewesen - und dies nicht zuletzt schon deswegen, weil im November 1996 eine deutsche Delegation (bestehend aus Jugendstaatsanwälten, Jugendrichtern, Sozialpädagogen und Pädagogikwissenschaftlern) die *Glen Mills Schools* besucht hat<sup>295</sup>, um sich direkt vor Ort einen unmittelbaren und möglichst ungefilterten Eindruck von dieser Erziehungseinrichtung zu verschaffen. - Bei aller gebotenen Vorsicht und skeptischen Zurückhaltung gegenüber den teilweise euphorisch anmutenden Beschreibungen jener Institution in der Literatur<sup>296</sup> wird sich

291) vgl. hierzu meine Ausführungen im Abschnitt I 2 b = Problemschwerpunkt 5

292) Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 72 a, Rdz.5; Eickelkamp, Ralf, Anm. zum vorgenannten OLG-Beschluß, DVJJ-Journal 1999, 95 f.

293) siehe hierzu die sehr instruktive Darstellung von Petra Guder, Ohne Schloß und Riegel - eine offene Alternative auch für den Umgang mit deutschen Jugendlichen aggressiven Mehrfachtätern zwischen Jugendhilfe und Justiz? In: DVJJ-Journal 1997, 123-136; vgl. auch Dagmar Vieten-Groß, Glen Mills Schools - eine Alternative zum Strafvollzug für straffällige Jugendliche in Amerika, DVJJ-Journal 1997, 136 ff.

294) Guder, DVJJ-Journal 1997, 123 (126)

295) Vieten-Groß, DVJJ-Journal 1997, 136 ff.

296) Vieten-Groß, DVJJ-Journal 1997, 136 schildert diese Anlage, die in *“einem weitläufigen, großzügig angelegten Gelände in der ländlich-hügeligen Umgebung Philadelphias”* mit *“gepflegtem Rasenflächen, bizzaren Büschen und ehrwürdigen alten Bäumen”* liege. Die Gebäude bestünden aus *“alten (oder im Stil nachgebauten) viktorianischen Häusern aus rotem Backstein, mit Kaminen, Türmchen und Vorbauten”*; das Haupthaus habe ein Jugendstilportal und bunte Jugendstilfenster im Treppenhaus. - Alles in allem eine äußerst lieblich-pittoresk an-

die **Justizpraxis** künftig mit diesem bzw. mit vergleichbaren Konzepten der U-Haft-Alternative gründlicher zu beschäftigen haben und sie wird angesichts der Vorgaben des § 72 I 3 JGG (vgl. Pkt.1) einem noch stärkeren **Begründungszwang** unterliegen, **warum** diese Form der einstweiligen Unterbringung **nicht** anstelle eines Haftbefehls angeordnet werden kann. Möglicherweise zahlen sich die **Organisations- und Reisekosten** durch eine langfristig erzielte Rückfallverhinderung nach Abschluß eines derartigen (außerstaatlichen) “Erziehungs-bzw. Behandlungs **exports**”<sup>297</sup> auch unter ökonomischen Vorzeichen besser aus als eine (zunächst) kostengünstigere innerstaatliche Unterbringungsvariante. - Um nicht mißverstanden zu werden: dies ist **kein** Plädoyer für eine Erziehung von Jugendlichen im Ausland - es geht lediglich um die **Forderung** nach einer **intensiveren Auseinandersetzung** mit spezifischen Erziehungsvarianten, die ihrem Anspruch einer **echten U-Haft-Alternative** i.S.d. § 72 IV 1 JGG im **konkreten Einzelfall** genauso gerecht werden können wie die klassisch-konventionelle Heimunterbringung gem. § 71 II JGG.

---

mutende Idylle, in der 926 (Stand: 1997) schwer erziehbare und mehrfach auffällige, aggressive männliche Jugendliche zwischen 15 und 18 Jahren “auf den rechten Weg gebracht” werden (sollen).

- In einem *Fernsehbericht* vom 23.10.1999 (“Letzte Chance Amerika”, ARD, 12:30 Uhr) wurde ein Einblick in diese Anlage gewährt, der den von Vieten-Groß (aaO.) beschriebenen äußeren Eindruck bestätigt. Neben den positiv zu bewertenden Faktoren (Wahl zwischen 18 Berufen, die dort erlernt werden können, Vorbereitung auf den College-Besuch [der von der “Schule” finanziert wird] und anderen Lernangeboten) wurde über eine massive **interne Kontrollstruktur** berichtet, die einigen Vorbehalten begegnet: Das Leben in der *Glen Mills Schools* wird von 180 Normen geprägt. Die Einhaltung dieser Regeln erfolgt gegenseitig, d.h., die Heimbewohner sind häufig mit Schreibmappen unterwegs, um etwaige Normverstöße (z.B. Beine verschränken oder Fingernägel kauen) zu notieren. 225 Normverletzungen muß ein Bewohner nachweisen, um in den sog. “Bulls-Club” der Institution aufgenommen zu werden. Die heiminterne “Forschungsabteilung” will 12.000 “Konfrontationen” (= Ermahnungen und Belehrungen nach festgestellter Mißachtung einer Regel) an einem Tag gezählt haben, so daß bei der Heimpopulation im Jahre 1997 ein Bewohner etwa täglich ein Dutzend Mal “konfrontiert” wurde. In dem bislang aktuellsten Bericht über diese Einrichtung versucht Petra Guder (*Glen Mills - Amerikanisches Mythos oder Reale Chance?*, DVJJ-Journal 1999, 324 [328]) diesen negativen Aspekt zu beschwichtigen, indem sie der Konfrontation negativen Verhaltens keinen größeren Stellenwert einräumt, als ihr üblicherweise im normativen Kontext ohnehin zukomme und die als wichtiger Bestandteil für normatives Verhalten “allgemein anerkannt” sei. - Bei allem Respekt vor den Erfolgen dieser “Lebensschule” drängt sich bei dieser rigiden Form **permanenter Sozialkontrolle** (“jeder überwacht jeden”) der Eindruck altbekannter Bespitzelungsmethoden auf, die man nach dem Zusammenbruch des DDR-Regimes mit dessen Stasi-Mechanismen überwinden glaubte. Wie dieses Phänomen des künstlich erzeugten Gruppendrucks in Einklang mit dem “Erfolgsrezept” der Schule zu bringen ist, bleibt offen: *C.D. Ferrainola*, der Ausführende Direktor der *Glen Mills Schools*, führt ihn auf ein “*reifes und respektvolles Verhalten unter den Schülern*” zurück. Sie hätten “*gute Manieren*”, “*achteten Mitschüler, Mitarbeiter und Besucher*” (*C.D. Ferrainola*, Zur Notwendigkeit einer effektiven Veränderung stationärer Behandlungsmodelle delinquenten Jugendlichen, DVJJ-Journal 1999, 321 [323]). Bei diesem erheblichen Kontrolldruck verwundert jener Befund nicht. Auch daß Vandalismus so gut wie beseitigt sei und die Schüler sich um ihre Umgebung kümmerten, basiert vermutlich eher auf der Angst, negativ aufzufallen. Ungeachtet dessen sieht Ferrainola (aaO.) im “Peergruppendruck” innerhalb seines soziologischen Modells (dort Pkt. 9) ein probates Mittel zur langfristig beabsichtigten Verhaltensänderung.

- Während der Dreharbeiten zu diesem Filmbericht waren einige Jugendrichter aus Oldenburg in dieser Einrichtung zu Gast, die von ihnen als “echte Alternative zum Strafvollzug in Deutschland” bewertet wurde. Von 7 deutschen Jugendlichen, die dort untergebracht waren, sei lediglich ein einziger rückfällig geworden.

- (Vgl. zum Ganzen auch das niederländische Konzept sog. “Kampementen” in TEIL B IV 1 d).

297) Dieser Trend zum “Vollzugsexport” scheint sich auch im Erwachsenenstrafrecht bzw. im Strafvollzug abzuzeichnen: Nach entsprechenden Pressemitteilungen (*Hamburger Abendblatt* v. 12.10.1999, S.11) plant der Landesverband Hamburgischer Strafvollzugsbediensteter eine Überstellung von Strafgefangenen nach Polen, um sie in dortigen Gefängnissen ihre Straftat fortsetzen zu lassen und um auf diesem Wege die Überbelegung hamburgischer Gefängnisse abzubauen. Ziel sei es dabei auch, die monatlichen Kosten für einen Haftplatz von 5.000.- DM (Deutschland) auf 500.- DM (Polen) zu reduzieren. Die polnischen Vollzugsanstalten in Warschau, Stettin, Allenstein und Radom entsprächen dem europäischen Standard und seien mit dem deutschen Vollzug vergleichbar.

## b) Die nachträgliche Umwandlungsbefugnis des § 72 IV 2 JGG

Bei dieser Entscheidung zugunsten der soeben beschriebenen milderer Variante des § 72 IV 1 JGG kann der Jugendrichter beruhigt großzügig verfahren, da ihm § 72 IV 2 JGG in diesem Fall jederzeit die ultima-ratio-**Umwandlung** des **Unterbringungs-** in einen **Haftbefehl** gestattet, wenn sich dies im Nachhinein als notwendig erweist, d.h., wenn nach wie vor die **Voraussetzungen** zum Erlaß eines **Haftbefehls** vorliegen und die **einstweilige Unterbringung** i.S.d. § 71 II JGG zur Erreichung der Haftzwecke (vgl. Pkt. 5 a-c) **nicht** ausreicht, so daß der Verfahrenssicherung **nicht** auf andere Weise entsprochen werden kann. Bedenklich stimmt in diesem Zusammenhang die Meinung, daß eine zu weite Entfernung des Heimplatzes i.S.d. § 71 II JGG zur Haftbefehlsanordnung gem. § 72 IV JGG berechtigen soll<sup>298</sup>, weil hierbei die unzureichende institutionelle Kontingentierung mit geeigneten Unterbringungsmöglichkeiten nach § 71 II JGG wiederum auf dem Rücken der Jugendlichen ausgetragen würde (vgl. hierzu auch Pkt. 5 c die Anmerkung zu OLG-Hamburg).

Für den Fall der **nachträglichen** Umwandlung des einstweiligen Unterbringungs- in einen Haftbefehl gem. § 72 IV 2 JGG unterliegt der Richter der **Begründungspflicht** nach § 72 I 3 JGG (vgl. Pkt. 1).

## **7) Verfahren und Rechtsschutz gegen die U-Haft-Anordnung nach § 72 JGG**

Zuständig für den Erlaß des Haftbefehls ist gem. § 34 I i.V.m. § 42 JGG sowie § 125 StPO der **Jugendrichter**. Grundsätzlich gelten für diese freiheitsentziehende Maßnahme gegenüber Jugendlichen die Vorschriften der §§ 112 ff. StPO mit den oben beschriebenen Ausnahmen bzw. Besonderheiten.

Insbesondere sind als Ausfluß des **elterlichen Erziehungsprimats** gem. Art. 6 II 1 GG i.V.m. §§ 1626 ff. BGB deren **Anhörungs- und Beteiligungsrechte** gem. § 67 I JGG i.V.m. 115 StPO (Vorführung vor den Richter) i.V.m. § 117 StPO (Haftprüfung) sowie aus § 67 III JGG bzgl. der Wahl eines Verteidigers und der Einlegung von Rechtsbehelfen zu beachten.

Sowohl der Jugendliche, als auch dessen Erziehungsberechtigte bzw. der gesetzliche Vertreter können **unabhängig** voneinander<sup>299</sup> die **Haftprüfung** gem. § 117 StPO - einschließlich einer mündlichen Verhandlung nach § 118 StPO - beantragen. Alternativ hierzu besteht auch die Möglichkeit der **Haftbeschwerde** gem. § 304 StPO, gegen welche wiederum die **weitere Beschwerde** nach § 310 StPO eröffnet ist. Wie auch im Erwachsenenverfahrensrecht ist hierbei gem. § 117 II StPO **neben** dem Antrag auf Haftprüfung die Beschwerde nach § 304 StPO **unzulässig** (Subsidiarität der Haftbeschwerde).

Bei **Außervollzugsetzung** des Haftbefehls gem. § 116 StPO steht der **Staatsanwaltschaft** ein **Beschwerderecht** nach § 304 StPO zu<sup>300</sup>.

Bei einer U-Haftdauer von **über** 6 Monaten erfolgt die **obligatorische Haftprüfung** durch das **OLG** nach Maßgabe der §§ 121, 122, 122 a, 126 IV StPO.

## **8) Die Benachrichtigungspflicht gegenüber der Jugendgerichtshilfe<sup>301</sup> gem. § 72 a JGG**

Nach § 72 a JGG ist die **Jugendgerichtshilfe** in Haftsachen unverzüglich (= ohne schuldhaftes Zögern i.S.d. § 121 I BGB) zu unterrichten, um deren **Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte** gem. § 38 JGG (dort speziell Abs. II Satz 3) bereits zu diesem frühen Zeitpunkt vollumfänglich sicherstellen zu können. Die Richtlinie zu § 72 a JGG weist auf die möglichst frühe Unterrichtung der Jugendgerichtshilfe, ggf.

298) so Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 72, Rdz.13

299) Brunner/Dölling, JGG, § 72, Rdz. 17 - bei dieser Entscheidung der Erziehungsberechtigten ist ausnahmsweise eine (zwar unter erzieherischen Erwägungen sinnvolle) einvernehmliche Lösung i.S.d. §§ 1627 bzw. 1626 a BGB entbehrlich, vgl. § 67 V JGG

300) Brunner/Dölling, JGG, § 72, Rdz.17

301) auf eine neue Dissertation sei an dieser Stelle hingewiesen: Brachold, Andreas, Der Beitrag der Jugendgerichtshilfe zur strafprozessualen Sachverhaltsermittlung und -bewertung, Diss. iur. Heidelberg, 1998; einen sehr anschaulichen Überblick hinsichtlich der JGH-Aufgaben bietet Thomas Trenczek in DVJJ-Journal 1999, 151 ff. und S. 375 ff.

durch die Polizei, hin, wofür Staatsanwaltschaft und Gericht Sorge zu tragen haben. Gemäß **Nr. 32 Ziffer 1-2 MiStra**<sup>302</sup> sind der **Jugendgerichtshilfe** in Strafsachen gegen Jugendliche (und Heranwachsende) die Verfahrenseinleitung, die vorläufigen Anordnungen über die Erziehung sowie der Erlaß und der Vollzug eines Haft- oder Unterbringungsbefehls [...] mitzuteilen.

Aus der **Praxis** des Stadtjugendamtes **Aachen** wurde berichtet, daß im Normalfall **kein** Jugendlicher dem Haftrichter vorgeführt wird, **ohne** daß die Jugendgerichtshilfe **vorher** bereits eingeschaltet war<sup>303</sup>. *Cornel*<sup>304</sup> regt dementsprechend die Unterrichtung der Jugendgerichtshilfe schon **vor** Erlaß des Haftbefehls an, um deren Kompetenz zur Haftentscheidungshilfe noch frühzeitiger und effektiver zu nutzen.

Nach einer Abklärung der **aktuellen persönlichen und sozialen Situation** (Schul-, Ausbildungs- bzw. Arbeits- und Wohnverhältnisse) sollen die Gründe für die Annahme einer eventuellen **Fluchtgefahr** (vgl. Pkt. 5 a) überprüft werden<sup>305</sup>. Dies ist umso vordringlicher, als es um die **mögliche Vermeidung** dieses häufig zugrundegelegten Haftgrundes geht.

Die Aufgabe der Jugendgerichtshilfe besteht parallel hierzu in der Bereitstellung geeigneter (d.h. U-Haftvermeidender) **Alternativen**, z.B. die polizeiliche Anmeldung, Hilfe zum Lebensunterhalt, Ausbildungs-, Arbeitsplatz- oder Therapieplatzbeschaffung, also eine **Haftentscheidungs- bzw. -vermeidungshilfe** i.w.S.<sup>306</sup>. Primär geht es somit um eine möglichst kurzfristig zu erzielende Widerlegung bzw. dem Abbau von haftbegründenden sozialen Defizitlagen<sup>307</sup>. Dies kann die Staatsanwaltschaft eventuell veranlassen, keinen Haftbefehl zu beantragen und die Entlassung des Jugendlichen anzuordnen oder sich für den Fall eines Haftbefehlserlasses mit der Haftverschonung unter entsprechenden Auflagen einverstanden zu erklären<sup>308</sup>.

Um dies während des Vollzuges gewährleisten zu können, gestattet **§ 93 III JGG** die Kontaktaufnahme zwischen dem jugendlichen U-Häftling und den Mitarbeitern der Jugendhilfe.

Hinweisen ist auch auf die Prüfung der **Leistungsbedürftigkeit** des jugendlichen U-Häftlings gem. **§ 52 II 1 SGB VIII** sowie auf die sich anschließend ergebende Frage, ob die gewährte Leistung nach dem SGB VIII die **Diversionsmöglichkeiten** der **§§ 45 bzw. 47 JGG** eröffnen kann.

Weiterhin wird sich die Jugendgerichtshilfe um **Krisenintervention i.w.S.** bemühen, z.B. bei Problemen im sozialen Umfeld, um die Rückkehr des Jugendlichen dorthin zu erleichtern<sup>309</sup>.

In **Hamburg** hat sich aus der 1985 gegründeten *Kriminologischen Initiative Hamburg e.V.* wenige Jahre später eine Arbeitsgruppe zur Situation der Jugenduntersuchungshaft in Hamburg gebildet, deren **Praxiserfahrungen** in zeitlicher Perspektive von der Aufnahme des Jugendlichen durch die Schutz- über die Kriminalpolizei bis hin zur weiteren Verlegung in eine spezielle Jugenduntersuchungshaftanstalt nach Durchführung der ersten Maßnahmen in einem lesenswerten Bericht zusammengefasst sind<sup>310</sup>.

---

302) MiStra: abgedruckt in: Piller-Hermann, Justizverwaltungsvorschriften, Nr. 2 c

303) Matenaer, Hermann, Haftentscheidungshilfen durch die Jugendgerichtshilfe, ZfJ 1985, 158 (159)

304) Cornel, Heinz, Der Beitrag der Sozialarbeit zur Vermeidung von Untersuchungshaft, BewHi 1994, 393 (399)

305) Ostendorf, JGG, § 72 a, Rdz.2

306) Eisenberg/Tóth, GA 1993, 293 (299)

307) Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 72 a, Rdz.4 m.w.N.

308) Matenaer, Hermann, Haftentscheidungshilfen für Jugendliche und Heranwachsende, BewHi 1987, 35 (39)

309) Kawamura, Gabriele, BewHi 1994, 409 (411)

310) Deichsel/Hellhake/Meyer-Helwege, Jugenduntersuchungshaft und polizeiliche Zuführungspraxis in Hamburg, BewHi 1990, 147 ff.

## 9) Untersuchungshaftvollzug gem. § 93 JGG

### a) Rechtsgrundlagen für die Jugend-U-Haft

Die §§ 93, 110 JGG regeln den **Vollzug der Untersuchungshaft**, der in einer besonderen Anstalt, bzw. in einer besonderen Abteilung der **Haftanstalt** oder in einer **Jugendarrestanstalt**<sup>311</sup> erfolgen soll (= Trennungsprinzip). In Ermangelung eines eigenständigen Jugendstrafvollzugsgesetzes<sup>312</sup> muß zwangsläufig (um überhaupt Ermächtigungsgrundlagen für die an Jugendlichen vollzogene Untersuchungshaft zu haben) auf die Regelungen des § 119 StPO zurückgegriffen werden. § 119 III StPO dient mit seiner "Beschränkung auf das Notwendigste" für den Untersuchungshaftzweck und die Anstaltsordnung einer weitestmöglichen **Restriktion staatlicher Eingriffsbefugnisse** in die noch verbliebene Freiheitssphäre des U-Häftlings<sup>313</sup>. Weiterhin gelten hierbei § 177 StVollzG (Arbeitsentgelt) sowie über die Verweisungsnorm des § 178 StVollzG die Bestimmungen über die Zulässigkeit des **unmittelbaren Zwangs** gem. §§ 94-101 StVollzG (zur zuletzt genannten Norm siehe TEIL B, IX, 1).

Schließlich sind einige Vorschriften der **UVollzO** zu beachten, die allerdings als **Verwaltungsvorschriften** nur **anstaltsintern** gegenüber dem Leiter Rechtswirkung entfalten, für den **Jugendrichter** besitzen sie **keine** Bindungswirkung<sup>314</sup>.

### b) Die Erziehung im Spannungsfeld zwischen U-Haft-Verhängung und -vollzug: über das Verhältnis zwischen § 72 und 93 II JGG

Im Gegensatz zu § 72 (mit Ausnahme der Ersetzungsbefugnis des Abs. IV Satz 1) JGG ist der **Vollzug** nach § 93 II JGG (i.V.m. Nr.1 IV UVollzO) **erzieherisch** zu gestalten - d.h.: **nicht** die Verhängung (= "Ob"), sondern **ausschließlich** das "**Wie**" innerhalb der (bereits zuvor beschlossenen) U-Haft soll - einer sinnvollen pädagogischen Konzeption entsprechend - zu **erzieherischer Intervention** genutzt werden. Damit stellt die Systematik der §§ 72 (Ausnahme: IV 1), 93 II JGG klar, daß auch die **Anordnung** der U-Haft **nicht** aus erzieherischen Zwecken erfolgen darf (also **keine Ausdehnung** auf "apokryphe" Haftgründe, vgl. Pkt. 2); **wenn** sie aber (aus den in Pkten. 1, 5 a-c) genannten Gründen verhängt wird, **dann** soll sie - um die Zeit für den Jugendlichen sinnvoll zu überbrücken - pädagogisch nutzbringend durchgeführt werden. Dem sehr schmalen Einzugsbereich der U-Haft-Anordnung in § 72 JGG i.V.m. §§

311) In **Hamburg-Wandsbek** hat sich das **Modellprojekt** zum alternativen Vollzug in einer **offenen Jugendarrestanstalt** nach Angaben des dortigen Arrestvollzugsleiters Klaus Hinrichs (Vom Vollzug der U-Haft verschonte Heranwachsende in einer offenen Jugendarrestanstalt, DVJJ-Journal 1992, 133 ff.) bewährt. Mit diesem Projekt sei ein Trendwechsel vom "traditionellen" Arrestvollzug des "short-sharp-shock" zu einer Krisenintervention mit pädagogischer Hilfestellung vollzogen worden, um sozial akzeptable Lebensumstände zu erzielen. Es handle sich dabei um ein Betreuungsangebot mit Unterbringung, also lediglich freiheits**beschränkender** und nicht -entziehender Wirkung. Den Jugendlichen werde ein eigener Schlüssel für ihren Raum überlassen, dessen Fenster nicht gesichert sind. Das Haus ist tagsüber offen und werde zwischen 23:00 bis 6:30 Uhr geschlossen. - Nach diesem positiven Erfahrungsbericht ist der weitere Ausbau alternativer Unterbringungsvarianten zur möglichst niedrigschwelligen Intervention zu wünschen.

312) inzwischen soll es einen "Referentenentwurf eines U-Haftvollzugsgesetzes" mit Stand vom 20.02.1999 geben (Nachweis in Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 93, Rdz.6). In dem *Änderungsentwurf eines Untersuchungshaftvollzugsgesetzes vom 22.02.1997 mit Stellungnahme* (Hrsg.: Bundesvereinigung der Anstaltsleiter im Strafvollzug e.V.) wurde im Punkt 8 der Vorbemerkung ("Einbeziehung der jungen Gefangenen" auf S.6) von einer Kommentierung abgesehen, weil dies der Arbeitsgemeinschaft der Leiter der Jugendstrafanstalten und der besonderen Vollzugsleiter in der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e.V. vorbehalten bleiben soll.

313) Wenn Frieder Dünkel (Jugendstrafvollzug zwischen Erziehung und Strafe - Entwicklungen und Perspektiven im internationalen Vergleich, Alexander Böhm-FS [1999], S. 99 [130]) schon den Vollzug der Jugendstrafe in Einrichtungen der Jugendhilfe (Erziehungsheime) anstelle der obligatorischen Jugendstrafvollzugsanstalten gem. § 92 I JGG für einen gangbaren Weg hält, um das Maß staatlicher Intervention so niedrig wie möglich zu halten, sollte dieser Argumentationsansatz erst recht auf der Ebene der vorgelagerten Jugend-Untersuchungshaft Beachtung finden.

314) BVerfGE 15, 288 (294)

112 ff. StPO folgt (wie bei einem umgekehrten Trichter) ein wesentlich breiteres Spektrum im Vollzug zulässiger Interventions- und Hilfsmöglichkeiten (vgl. Pkt. 8). Dem liegt folgende Überlegung zugrunde: Aus (angeblich) mangelnder Erziehung soll **kein** Jugendlicher in Untersuchungshaft genommen werden, **wenn** aber deren Voraussetzungen gegeben sind, dann darf **während** dieser Maßnahme **erzieherisch** eingegriffen werden.

Diese "intramurale Erziehungsintervention" ist zunächst vor allem deshalb geboten, um dem Jugendlichen einen (wenn auch aus seiner Sicht subjektiv nicht so empfundenen) positiven Ausgleich für den spontanen Abbruch seiner sozialen Beziehungen zu schaffen (vgl. auch Pkt.1). Nach *Walter* (m.w.N.)<sup>315</sup> sind dabei im **Vollzug** drei **Schwerpunkte** zu setzen, mit denen eventuellen Prisonisierungseffekten entgegengewirkt werden soll:

- Abfangen von Depressionen, um dem Gefangenen das Gefühl zu nehmen, ganz allein gelassen zu sein;
- Vermittlung von Anregungen und Begünstigung sozial-akzeptierter Initiativen, primär im Arbeits- und Freizeitbereich;
- Vermittlung praktischer Hilfestellungen, die anlässlich der plötzlichen Inhaftierung erforderlich werden.

Korrespondierend mit den in § 72 a JGG verankerten Mitwirkungsbefugnissen der **Jugendhilfe** kann diese nach **Nr. 79 UvollzO** die U-Haft-Phase (neben den in Pkt. 8) beschriebenen Hilfsmaßnahmen) zur **Erforschung der Persönlichkeit des Jugendlichen** verwenden, um sowohl eine individuell angemessene Behandlung während des Vollzugs, als auch eine Entscheidungshilfe für das kommende Strafverfahren zu bieten.

---

315) Walter, Michael, Untersuchungshaft und Erziehung bei jungen Gefangenen, MschrKrim 1978, 337 (341)

## TEIL E: KONKURRIERENDE FREIHEITSENTZIEHENDE MASSNAHMEN

### I) Unterbringung gem. § 1 S.2 Nr.2, 2. Var. JÖSchG

#### 1) Allgemeines zum JÖSchG

Eine **Inobhutnahme** sieht das Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit (= JÖSchG) vor, wenn sich Kinder oder Jugendliche an **Orten** aufhalten, an denen ihnen eine **unmittelbare Gefahr** für ihr körperliches, geistiges oder seelisches Wohl droht und ein **Erziehungsberechtigter nicht erreichbar** ist. Weil die Inobhutnahme hierbei im Rahmen eines **gestuften Verfahrens** die letzte Eingriffsmodalität darstellt, sind die vorrangigen Interventionsmöglichkeiten des Jugendamtes vorab zu erläutern.

Die Begriffsbestimmungen in § 2 I JÖSchG hinsichtlich des Kindes bzw. des Jugendlichen entsprechen denen des § 7 I Nr.1, Nr.2 SGB VIII und stimmen daher mit dem personellen Anwendungsbereich des § 42 SGB VIII überein (vgl. TEIL B, I). Die Definition des Erziehungsberechtigten in § 2 II JÖSchG ist demgegenüber etwas enger gefasst als in § 7 I Nr.6 SGB VIII.

#### 2) Unmittelbare Gefahr

Eine **unmittelbare Gefahr** i.S.d. § 1 S.1 JÖSchG droht dann, wenn damit gerechnet werden muß, daß von einer Person(engruppe), einem Ereignis oder einem Geschehensablauf ein Kinder bzw. Jugendliche alsbald schädigender Einfluß ausgehen wird<sup>316</sup>. Der Rechtsgüterschutz (körperliches, geistiges, seelisches Wohl) stimmt mit § 1666 I BGB überein.

#### 3) Jugendgefährdender Ort

Die Bezeichnung eines **Ortes** als **jugendgefährdend** richtet sich nach Ansicht der Literatur<sup>317</sup> nach der "konkreten Situation im Einzelfall". Meines Erachtens ist dies zu ungenau, weil hierdurch weder der **personale**, noch der **örtliche Kontext** hinreichend exakt beschrieben werden. Der **jugendgefährdende Ort** sollte vielmehr unter Bezugnahme auf den verwaltungsverfahrensrechtlichen Topos des Gegensatzpaares "individuell-konkret" bzw. "abstrakt-generell" definiert werden, weil sich dadurch die jeweiligen Eingriffsvoraussetzungen für eine etwaige Inobhutnahme präzise festlegen lassen.

##### a) personaler Kontext

Aus der ex ante-Perspektive lassen sich i.d.R. keine Aussagen darüber machen, ob und inwieweit ein einzelnes Kind bzw. Jugendlicher in einer bestimmten Situation entweder besonders - oder so gut wie überhaupt nicht - empfänglich für Gefährdungen ist. Daher **verbietet** sich eine situativ-**individuelle** Lagebeschreibung. Statt dessen ist eine **generalisierende** Betrachtungsweise heranzuziehen, bei der die Fragestellung lautet: Würde sich in dieser Situation grundsätzlich für ein "normales Durchschnittskind" eine Gefährdung ergeben? (= **absoluter** Bewertungsmaßstab).

##### b) Ortskontext

Dagegen ist bei der Beurteilung eines Ortes keine abstrakte, sondern eine **konkrete Gefährdungslage** zu fordern: Während eine konkrete Gefährdung auf dem Hamburger Kiez grundsätzlich angenommen werden darf (egal, wie liberal und tolerant ein Erziehungsstil ist), wird sie demgegenüber auf dem Bahnhofsgelände **nur** dann zu unterstellen sein, wenn sich dort **momentan** Drogenkonsumenten, Dealer und sonstiges subkulturspezifisches Milieu aufhält (z.B. zur Abend- oder Nachtzeit). Zur übrigen Tageszeit

---

316) Scholz, Rainer, Jugendschutz, 3. Aufl., 1999, § 1, S.1

317) Scholz, vgl. vorgenannte Fußnote, S.2

wird die betreffende Örtlichkeit (mehr oder weniger) ungefährlich sein (= **relative** Betrachtungsweise unter Berücksichtigung des jeweiligen Einzelfalles).

Sehr hilfreich ist hierzu der Vorschlag von *Gernert*<sup>318</sup>, die Kriterien einer **jugendgefährdenden Situation** aus dem Blickwinkel der gesetzgeberischen Absicht in **§ 1 I SGB VIII**, nämlich der **Förderung der Entwicklung** des jungen Menschen und dessen Recht auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit, abzuleiten. Unmittelbar hieran anknüpfend wird sich diese programmatische Vorgabe durch das in § 1 III Nr.3 SGB VIII verankerte Gebot zum **Schutz vor Gefahren** für deren Wohl sowie aus § 1 III Nr.4 SGB VIII hinsichtlich der Erhaltung **positiver Lebensbedingungen** konkretisieren lassen.

#### c) generell-konkreter Gefährdungsbegriff analog § 35 S.2 VwVfG

Unter Berücksichtigung der **personalen** und der **örtlichen** Komponente ist im Ergebnis ein **generell-konkreter** Beurteilungsmaßstab für die Bewertung eines Ortes als "jugendgefährdend" zugrunde zu legen. In dogmatischer Hinsicht entspricht diese Qualifizierung einer **Allgemeinverfügung** gem. **§ 35 S.2 VwVfG**, da gegenüber einer unbestimmten Vielzahl von Minderjährigen eine bestimmte Örtlichkeit auf ihr mögliches Gefährdungspotential hin eingestuft wird.

#### **4) Maßnahmen gem. § 1 S.1, S.2 Nr.1, Nr.2, 1. Var. JÖSchG**

Bei Bejahung einer gefährdenden Situation haben die zuständigen Behörden bzw. Stellen (in Baden-Württemberg gem. § 27 I LKJHG- BW der Polizeivollzugsdienst) unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechende Maßnahmen zu Abwehr der Gefahr zu treffen.

Dabei kommt die (ggf. mit unmittelbarem Zwang durchsetzbare) **Aufforderung, den Ort zu verlassen** (§ 1 S.2 Nr.1 JÖSchG) als **erste Stufe** in Betracht, wenn die den Kindern bzw. Jugendlichen an diesem Ort drohende Gefahr nicht unverzüglich beseitigt werden kann<sup>319</sup>.

Genügt dieser Platzverweis nicht, ist auf der **zweiten Stufe** die **Zuführung zu den Erziehungsberechtigten** vorzunehmen (§ 1 S.2 Nr.2, 1. Var. JÖSchG). Diese Maßnahme ist zu ergreifen, wenn unbegleitete Minderjährige auf ihrem Heimweg weiteren Gefährdungen ausgesetzt sein könnten oder wenn angenommen werden muß, daß sie - den "Verlockungen des Verbotenen" folgend - wieder an den jugendgefährdenden Ort zurückkehren werden.

#### **5) Inobhutnahme gem. § 1 S.2, Nr.2, 2.Var. JÖSchG**

Als **dritte und letzte Stufe** ist der Minderjährige gem. § 1 S.2, Nr.2, 2 Var. JÖSchG **in die Obhut** des **Jugendamtes** zu nehmen, wenn kein Erziehungsberechtigter erreichbar ist und die Maßnahme auf der zweiten Stufe deswegen nicht eingreifen kann.

In Ermangelung entsprechender Richtervorbehaltsregelungen wie in § 42 III 3 SGB VIII ist bei der Inobhutnahmenach dem JÖSchG - soweit sie nicht lediglich freiheitsbeschränkend, sondern **-entziehend** wirkt - Art. 104 II GG zu beachten, wonach das Familiengericht über diese Intervention zu entscheiden hat.

Falls es notwendig sein sollte, den Minderjährigen **gegen** den Willen der Personenberechtigten (oder wenn diese nicht erreichbar sind - gegen seinen **eigenen** Willen) in der Obhut des Jugendamtes zu belassen, ist unverzüglich (§ 121 IBGB) eine familiengerichtliche Entscheidung gem. § 1666 BGB herbeizuführen<sup>320</sup>. Diese Vorschrift gewinnt vor allem auch Bedeutung für kindliche und jugendliche Ausreißer, die "fern der Heimat" unterwegs sind und auf der Straße aufgegriffen werden: dann ist auf telephonischem Wege die elterliche Einwilligung zum Festhalten des Minderjährigen auf dem Jugendamt bzw. zur Rückführung

318) Gernert, Wolfgang, Gesetzlicher Jugendschutz als Ansatz zur Prävention?, ZfJ 1998, 108 (111)

319) Scholz, Rainer, Jugendschutz, § 1, S.2

320) Scholz, Rainer, Jugendschutz, § 1, S.3

an dessen Wohnort einzuholen. Auch hier sind die (unter TEIL B II bereits angesprochenen) Vorschriften über die **Geschäftsführung ohne Auftrag** ( gem. § 677 ff. BGB) analog anzuwenden<sup>321</sup>. Gegebenenfalls kann nach Beendigung der Inobhutnahme aufgrund des § 1 S.2 Nr.2, 2. Var. JÖSchG die gleichlautende Maßnahme gem. **§ 42 SGB VIII im Anschluß** durchgeführt (bzw. "fortgesetzt") werden<sup>322</sup> (vgl. TEIL B).

Zur Aufnahme zugeführter Minderjähriger unterhalten entweder die Jugendämter selbst Einrichtungen, oder sie veranlassen die Inobhutnahme in Einrichtungen der freien Träger der Jugendhilfe (§ 75 SGB VIII). Bei der Inobhutnahme durch das Jugendamt leistet die Polizei nach § 26 II LKJHG-BW Vollzugshilfe.

## II) Unterbringung nach § 1 UBG

Auch wenn eine Unterbringung nach § 1631 b BGB unterbleibt, ist diese Maßnahme gem. § 1 III 3 UBG (Dürig Nr.109) zulässig.

In den Fällen, in denen das Kind oder ein Jugendlicher an einer **psychischen Krankheit** i.S.d § 1 II UBG leidet, ist eine **Unterbringung** gem. **§ 1 I, IV UBG** unter den dort genannten Voraussetzungen erlaubt, wobei der Betreffende **infolge** der Krankheit (Kausalitätspostulat !) sich oder andere erheblich gefährden muß und die Gefahr nicht anders als durch Unterbringung abgewendet werden kann. Insofern entsprechen die Voraussetzungen des § 1 UBG jenen der Unterbringung in § 1906 BGB. Daß auch **Kinder** bzw. **Jugendliche** nach dem UBG untergebracht werden dürfen, regelt § 1 III 1 UBG, der auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht im Rahmen der elterlichen Sorge verweist.

Es ist davon auszugehen, daß die Unterbringung nach **§ 1 UBG** gegenüber der Inobhutnahme nach § 42 III 2 SGB VIII **spezieller** ist und dieser im Falle einer psychischen Erkrankung des Kindes bzw. des Jugendlichen vorgeht. Andererseits kommt die **Subsidiarität** der Freiheitsentziehung durch das UBG in der Klausel des Abs. 4 in § 1 UBG zum Ausdruck, wonach die Unterbringungsbedürftigkeit nur dann gegeben ist, wenn die Gefährdung oder die Gefahr **nicht auf andere Weise abgewendet** werden kann. Die Freiheitsentziehung nach § 42 III 2 SGB VIII wiederum stellt eine Alternative zur Unterbringung dar, so daß der Inobhutnahme im Zweifel der Vorrang zu gewähren ist.

Denkbar ist - je nach Fallgestaltung - anstelle einer Unterbringung ggf. eine intensive pädagogische Einzelbetreuung nach § 35 SGB VIII, der vor dem "Stigma der psychiatrischen Unterbringung" nach Möglichkeit der Vorzug eingeräumt werden sollte.

Für die öffentlich-rechtliche Unterbringung nach dem UBG wie für die entsprechende Maßnahme gem. § 1906 BGB gelten die §§ 70 ff. FGG<sup>323</sup>.

## III) Ingewahrsamnahme gem. § 28 I Nr.2 PolG-BW

Schließlich existiert neben der Inobhutnahme bzw. der Unterbringung nach dem UBG im Falle der Selbstgefährdung auch die Möglichkeit des Gewahrsams durch die **Polizei** gem. **§ 28 I Nr.2 PolG-BW**, wenn diese Maßnahme zum eigenen Schutz einer Person gegen drohende Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist und der Betreffende entweder um Gewahrsam nachsucht (dies entspricht der Selbstmelde-regelung in § 42 II 1 SGB VIII), sich in einer hilflosen Lage, einem die freie Willensbestimmung erkennbar ausschließendem Zustand befindet (§ 104 Nr.2 BGB), oder Selbstmord begehen will. Insofern enthält das PolG-BW gegenüber den entsprechenden Regelungen des § 42 III SGB VIII die gesetzlich konkreteren und bestimmteren Eingriffsvoraussetzungen.

Zuständig für die Ingewahrsamnahme nach § 28 PolG-BW ist gem. § 60 I, 66 II PolG-BW die Orts-polizeibehörde bzw. der Polizeivollzugsdienst (§ 60 II PolG-BW).

321) Scholz, Rainer, Jugendschutz, § 1, S.3

322) Jans/Happe/Saubier, KJHG, § 42, Rdz.4

323) § 70 I 2 Nr.3 FGG; vgl. auch Soergel/Damrau, BGB, 12. Nachtrag zur 2. Lieferg. (1994), § 1906, Rdz.24; Keidel/Kuntze/Kayser, FGG, § 70, Rdz.10

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß eine Gewahrsamnahme nach **§ 28 I Nr.1 PolG-BW** für die Minderjährigen in Betracht kommt, die sich aus der Obhut i.S.d. § 42 III SGB VIII (oder § 1 JÖSchG) entfernt haben und die dem Jugendamt nicht sofort übergeben werden können<sup>324</sup> (zum Tätigwerden für andere Stellen gem. § 2 I PolG-BW siehe TEIL B V 2).

---

324) Wolf/Stephan, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, Kommentar, 5. Aufl., 1999, § 28, Rdz.13

- SCHLUSSWORT -

*Der schon seit Jahr und Tag andauernde Streit innerhalb der Rechtswissenschaft, der Kriminal- und der Jugendpolitik über die geschlossene Unterbringung von Kindern und Jugendlichen scheint sich nicht schlichten zu lassen. Diese Kontroverse kann - will man der Problematik nur annähernd gerecht werden - auch nicht apodiktisch zugunsten der einen oder der anderen Entscheidung beigelegt werden. Ein eindeutiges, scheinbar über jeden Zweifelerhabenes Votum für oder gegen die Zulässigkeit freiheitsentziehender bzw. -beschränkender Maßnahmen gegenüber Minderjährigen sollte Mißtrauen wecken und setzt die jeweiligen Vertreter unter einen erheblichen Begründungszwang, dem sie vermutlich nur schwer oder gar nicht standzuhalten vermögen, weilsich komplexe Problemstrukturen nicht bzw. nur unzureichend mit "Patentrezepten" lösen lassen.*

*Kinder zu eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Personen entwickeln zu lassen, ist ein Verfassungsauftrag, den u.a. die vorliegend dargestellten jugendrechtlichen Bestimmungen des SGB VIII, des Familienrechts und des JGG auf einfachgesetzlicher Ebene umgesetzt haben und an den sie gebunden sind - auch wenn es um die U-Haft-Verhängung gegenüber einem gefährlichen minderjährigen Intensivtäter geht. Zum Erwachsenwerden brauchen Kinder und Jugendliche möglichst viel Entfaltungsfreiheit; dazu gehört auch die Freiheit, Fehler zu machen - und machen zu dürfen -, denn beim Erfahrungslernen kann das geflügelte Wort "Aus Fehlern lernt man am besten" seine volle Geltung beanspruchen. Von Seiten der Erwachsenen erfordert dies freilich ein gewisses Maß an Toleranz, an "Mut zum (kalkulierbaren) Risiko" und nicht zuletzt an Verständnis und Gelassenheit.*

*Wo aber das Grenzen-austesten-Dürfen zu einer Gefahr für den Minderjährigen selbst oder für sein soziales Umfeld wird, ist das noch vertretbare Maximum dieses liberalen Erziehungskonzepts erreicht und es bedarf - wenn die Eltern dem nicht entgegenwirken (können oder wollen) - des gezielten staatlichen Eingreifens. Da die staatliche Intervention aber nicht nur das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Handlungsfreiheit des Kindes und des Jugendlichen beeinträchtigt, sondern zugleich auch einen Eingriff in den elterlichen Erziehungsauftrag zur Folge hat, ist von der Möglichkeit freiheitsentziehender und -beschränkender Maßnahmen nur sehr zurückhaltend Gebrauch zu machen: sie dürfen erst als definitiv letztes Mittel innerhalb des staatlichen Interventionsspektrums zur Anwendung gelangen. Einen zentralen Beurteilungsmaßstab hierfür bieten (parallel zur jeweils einschlägigen Ermächtigungsgrundlage) die drei Prüfungskriterien des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Durch sie wird der Familien-, Vormundschafts- bzw. Jugendrichter gezwungen, die entsprechende Unterbringungsmaßnahme neben ihrer konkreten Zielvorgabe insbesondere auf ihre tatsächliche Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit im Einzelfall zu kontrollieren. Dies sollte nicht nur für § 72 JGG gelten, der eine vorbildliche Transformation des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf dem Terrain des Jugendstrafrechts aufweist, sondern ebenso auch für § 1631 b BGB und § 42 SGB VIII, um eine optimale Balance in der Triade zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen, dem elterlichen Erziehungsauftrag und dem staatlichen Wächteramt zu gewährleisten. Erst diese differenzierte Einbeziehung und Bewertung der Gesamtumstände im Wege einer dreidimensionalen Betrachtungsweise wird eine hinreichend solide Entscheidungsgrundlage für die Beantwortung der Streitfrage bieten, ob in bestimmten (Ausnahme-)Fällen eine geschlossene Unterbringung des Minderjährigen angeordnet werden darf.*