

EBERHARD KARLS  
UNIVERSITÄT  
TÜBINGEN  
INSTITUT FÜR KRIMINOLOGIE



**TÜKRIM**

Tübinger Schriften  
und Materialien  
zur Kriminologie

**Band 6**

Herausgegeben  
vom Direktor des  
Institut für Kriminologie  
Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner

TOBIAS-lib  
Universitätsbibliothek Tübingen

**Frank Czerner**

**Minderjährige hinter  
Schloss und Riegel?**



**Frank Czerner**

**Minderjährige hinter Schloss und Riegel?**



EBERHARD KARLS  
UNIVERSITÄT  
TÜBINGEN  
INSTITUT FÜR KRIMINOLOGIE



**Frank Czerner**

# **Minderjährige hinter Schloss und Riegel?**

**Freiheitsbeschränkende bzw. -entziehende Maßnahmen  
gegenüber Kindern und Jugendlichen,  
insbesondere nach § 42 SGB VIII, § 1631 b BGB und den §§ 71, 71 JGG**

**TOBIAS-lib, Universitätsbibliothek Tübingen  
2004**

# Impressum

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie. Detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Institut für Kriminologie der Universität Tübingen  
Sand 6/7, 72076 Tübingen  
Tel: 0 70 71 – 29 7 29 31  
Fax: 0 70 71- 29 51 04  
E-mail: ifk@uni-tuebingen.de.  
Homepage: <http://www.ifk.jura.uni-tuebingen.de>

Alle Rechte vorbehalten.  
Tübingen 2004.

Gestaltung des Deckblatts: Hanns-Joachim Wittmann  
Gestaltung des Textkorpus: Ulrike Höschle  
Gesamtherstellung: Institut für Kriminologie der Universität Tübingen  
Printed in Germany.

ISSN: 1612-4650  
ISBN: 3-937368-10-8 (elektr. Version)  
ISBN: 3-937368-11-6 (Druckversion)

Hinweis: Die nach Bedarf gedruckte Version entspricht vollständig der elektronischen Originalpublikation.

# Vorwort zur Auflage 2004

Dieser Neudruck beinhaltet eine korrigierte, in der Substanz unveränderte Fassung einer Internet-Publikation, die im Original am 9. Februar 2000 vom TOBIAS-lib der Tübinger Universitätsbibliothek unter folgender URL veröffentlicht wurde:

<http://w210.ub.uni-tuebingen.de/dbt/volltexte/2000/95>

Die in diesem Band behandelten Einzelthemen in den Kapiteln 2 und 3 habe ich erneut aufgegriffen, aktualisiert, teilweise erheblich vertieft und zu Aufsätzen umgearbeitet. Bisher sind folgende Beiträge veröffentlicht worden:

- Probleme bei der Inobhutnahme gemäß § 42 SGB VIII.\* In: Zentralblatt für Jugendrecht 87, (2000), S. 372-383.
- Aktive Sterbehilfe gegenüber Kindern? Zur Übertragbarkeit der aktuellen Diskussion in den Niederlanden auf die Bundesrepublik Deutschland unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten. In: Medizinrecht (MedR) 2001, S. 354-360, sowie in: <http://link.springer.de/link/service/journals/00350/bibs/1019007/10190354.htm>
- Die elterlich initiierte Unterbringung gemäß § 1631 b BGB: ein familienrechtliches Fragment im vormundschafts- und verfassungsrechtlichen Spannungsfeld - zugleich ein Beitrag zur Gesetzesanalogie. In: Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 202 (2002), S. 72-136.

Meine gegenüber dem vorliegenden Text geänderte Ansicht zu der analogen Anwendung von § 1906 IV BGB innerhalb der familienrechtlichen Unterbringung nach § 1631 b BGB ist dort auf S. 117 (Fn. 108) dargelegt. Die ursprüngliche Auffassung findet sich hier auf S. 62f.

Die Ausführungen zu den Maßnahmen gem. §§ 71, 72 JGG (hier Kapitel 4) sollen noch in einer Monographie vertiefend diskutiert werden.

- Eine straf- und zivilrechtliche Auseinandersetzung mit den Themen Sterbehilfe findet sich in meiner zur Veröffentlichung vorgesehenen Monographie „Euthanasie – Tabu“ und normative Abstinenz – Ein thesengeleiteter Diskurs über aktiv-direkte Sterbehilfe.

Tübingen, im März 2004

Frank Czerner

---

\* 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 zugrunde gelegt.



# Vorwort zur Auflage 2000

Gegen Ende der 90er Jahre des letzten Jahrtausends wurde die Medienlandschaft der Bundesrepublik neben dem Parteispandensandal von einem Leitthema beherrscht: "Kinder- und Jugendkriminalität". Dieses Schlagwort scheint auch gegenwärtig 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 Schrei nach "law and order" und nach "zero tolerance" entsprechend dem New Yorker Modell unter Implikation der denkbaren Folgen eine Bankrotterklärung an eine moderne, aufgeklärte Pädagogik darstellt, wird geflissentlich vor dem ersten Eindruck der bekannt gewordenen 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 vorbei geflossenen Millionenbeträgen, aufgedeckt wird.

Es ist keine Kunst, mit scheinbar realen Horrorszenarios so genannter "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 Kriminalitätsfurcht 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 erschießen oder die eigene Lehrerin nach entspre-

chender 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, 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 gesamt-gesellschaftspolitische Frage, die eine sachlich-objektive und möglichst medial unvoreingenommene Auseinandersetzung erfordert.

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 allzu leicht übersehen, dass in gleicher Weise wie die gefährlichen auch die gefährdeten Kinder und Jugendlichen im Mittelpunkt stehen sollten, um neben der zuvor beschriebenen Perspektive den Blick dafür zu sensibilisieren, dass andererseits auch Minderjährige des staatlichen Schutzes bedürfen.

Die Überschrift "Minderjährige hinter Schloss und Riegel?" soll - (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 Paraphrase 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 "Selbstmelderegelung" normiert eine monopolare Schutzrichtung ausschließlich zugunsten des hilflos 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. Während durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG - BGBI. 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

---

<sup>1</sup> Niepmann, MDR 1998, 565; Schwab/Wagenitz, FamRZ 1997, 1377; Diederichsen, NJW 1998, 1977.

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, deren 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 Problemschwerpunkt 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.

Dieser Arbeit liegt zudem eine weitere, doppelte Zielrichtung zugrunde, der es (neben einer gesetzessystematischen Vorstellung der o. g. Normen) in fünf Problemschwerpunkten um eine vertiefte Auseinandersetzung mit ausgewählten Spezialproblemen im Rahmen freiheitsbeschränkender und -entziehender Maßnahmen gegenüber Kindern und Jugendlichen geht. Ein besonderes Anliegen des Beitrages ist insbesondere die verbreiterte Darstellung der Inobhutnahme, um deren Bedeutung und die durch sie eröffneten Handlungsspielräume - nicht 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 sekundär 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 Präzisierung 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 Anregung, 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 und vertiefenden Hinweise - vor allem im Hinblick auf die familienrechtliche Problematik der (bislang literarisch nur sehr am Rande aufgearbeiteten) 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 mit Rat und Tat hilfreich zur Seite standen, wenn es um technische Fragen und Probleme bei der pc-mäßigen Erstellung meines "Erstlingswerkes" ging. Nicht zuletzt danke ich Herrn Dr. Walter Werkmeister von der Tübinger Universitätsbibliothek für die praktische und umsichtige Umsetzung dieser Publikation in das Internet.

Tübingen, im Februar 2000

Frank Czerner

# Inhaltsverzeichnis

<b>VORWORT ZUR AUFLAGE 2004 .....</b>	<b>7</b>
<b>VORWORT ZUR AUFLAGE 2000 .....</b>	<b>9</b>
<b>1. EINLEITUNG UND PROBLEMBESCHREIBUNG .....</b>	<b>19</b>
<b>1.1. MATERIELL- (JUGEND-)STRAFRECHTLICHE UND –VERFAHRENSRECHTLICHE         AUSGANGSLAGE.....</b>	<b>19</b>
<b>1.2. FOLGEN EINER ZUGRIFFSSPERRE .....</b>	<b>20</b>
<b>1.3. EINGRIFFSBEFUGNISSE FÜR DIE POLIZEIARBEIT.....</b>	<b>21</b>
<b>1.4. HANDLUNGSBEDARF ZUR BEWÄLTIGUNG VON KINDER- UND         JUGENDKRIMINALITÄT AUFGRUND DER PKS-AUSSAGEN.....</b>	<b>23</b>
<b>1.5. LÖSUNGSANSATZ: KONSEQUENTE ANWENDUNG UND UMSETZUNG         JUGENDSCHUTZRECHTLICHER NORMEN IN DIE PRAXIS .....</b>	<b>26</b>
<b>2. DIE INOBHUTNAHME GEMÄß § 42 SGB VIII .....</b>	<b>28</b>
<b>2.1. GRUNDSÄTZLICHE BEDEUTUNG DES § 42 SGB VIII .....</b>	<b>28</b>
2.1.1. <i>Normative Ausgangslage.....</i>	28
2.1.2. <i>Anwendung der Inobhutnahme in der jugendrechtlichen Praxis.....</i>	29
<b>2.2. AUSGESTALTUNG DER INOBHUTNAHME .....</b>	<b>31</b>
<b>2.3. ZUR SELBSTMELDUNG GEM. § 42 II 1 SGB VIII .....</b>	<b>33</b>
2.3.1. <i>Voraussetzungen.....</i>	33
2.3.2. <i>Problemschwerpunkt [1]: Verfassungskonformität des § 42 II SGB VIII .....</i>	34
a) Art. 6 II GG.....	35
b) Art. 6 III GG.....	37
c) Weiterer Grundrechtsschutz in § 42 SGB VIII .....	37
2.3.3. <i>Rechtsfolge .....</i>	38
a) Kein Auswahlermessen innerhalb des § 42 II 3 Nr. 1 SGB VIII.....	38
b) Kein Auswahlermessen zwischen § 42 II 3 Nr. 1 und Nr. 2 SGB VIII.....	38

---

c)	Verfahrensablauf im Falle der “forensischen Variante” nach § 42 II 3 Nr. 2 SGB VIII.....	40
d)	Prozessuales zum familiengerichtlichen Verfahren gem. § 42 II 3 Nr. 2 SGB VIII .....	40
e)	Beendigung der Inobhutnahme bei Selbstmeldern nach § 42 II SGB VIII .....	40
<b>2.4.</b>	<b>ZUR INOBHUTNAHME BEI DRINGENDER GEFAHR GEM. § 42 III SGB VIII .....</b>	<b>41</b>
2.4.1.	<i>Voraussetzungen</i> .....	41
a)	Verhältnis von § 42 II zu § 42 III SGB VIII .....	41
b)	Bestehen einer konkreten Gefahr .....	42
c)	Vorliegen einer dringenden Gefahr .....	42
d)	Freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 42 III 2 SGB VIII .....	43
aa)	Lebensgefahr .....	45
bb)	Exkurs: Gefahrenverdacht bei Suizidgefährdung .....	45
cc)	Leibesgefahr .....	47
dd)	Lebensschutz auch in § 42 II SGB VIII? .....	47
2.4.2.	<i>Beendigung freiheitsentziehender Maßnahmen ohne gerichtliche Entscheidung</i> .....	48
2.4.3.	<i>Vormundschaftsgerichtliche Entscheidung gem. § 42 III SGB VIII i.V.m. § 70 I 3 FGG</i> .....	50
<b>2.5.</b>	<b>VERFAHRENSRECHTLICHES .....</b>	<b>51</b>
2.5.1.	<i>Verwaltungsverfahren</i> .....	51
2.5.2.	<i>Tätigwerden für andere Stellen: § 2 I PolG-BW</i> .....	52
<b>3.</b>	<b>UNTERBRINGUNG DES KINDES NACH § 1631 b BGB .....</b>	<b>53</b>
<b>3.1.</b>	<b>GESETZSYSTEMATIK: §§ 1631 b BGB, 42 SGB VIII, 1 UBG .....</b>	<b>53</b>
<b>3.2.</b>	<b>VERFASSUNGSRECHTLICHE BEDEUTUNG .....</b>	<b>53</b>
<b>3.3.</b>	<b>MATERIELLE UNTERBRINGUNGSVORAUSSETZUNGEN: ”KINDESWOHL” ALS ENTSCHEIDUNGSGRUNDLAGE UND ALS GRENZE DER ELTERLICHEN ERZIEHUNGSBEFUGNIS .....</b>	<b>54</b>
<b>3.4.</b>	<b>FAMILIENGERICHTLICHE ENTSCHEIDUNG .....</b>	<b>55</b>

3.4.1.	<i>Die einstweilige Unterbringung gem. § 1631 b BGB im Kontext der elterlichen Sorge .....</i>	55
3.4.2.	<i>Inhalt, Umfang und Zeitpunkt der familiengerichtlichen Unterbringungsgenehmigung in § 1631 b S. 1 BGB i.V.m. § 70 f I Nr. 2 FGG .....</i>	55
3.4.3.	<i>Funktionelle Zuständigkeit zur Anordnung der einstweiligen Unterbringung .....</i>	57
3.4.4.	<i>Die Unterbringung ohne Richterbeteiligung: § 1631 b S. 2 BGB .....</i>	57
3.4.5.	<i>Familiengerichtliche Kontrolle während der Unterbringung und Beendigung der Maßnahme .....</i>	57
a)	Reguläre Beendigung nach § 1631 b S. 3 BGB i.V.m. § 70 i I 1 FGG .....	57
b)	Sperrwirkung der (drohenden) Gefährdung des Kindeswohls nach § 1666 BGB als Aufhebungs- und Herausgabehindernis .....	58
<b>3.5.</b>	<b>VORLÄUFIGE UNTERBRINGUNG DURCH EINSTWEILIGE ANORDNUNG GEM. § 1631 b BGB i.V.m. § 70 h FGG .....</b>	<b>59</b>
3.5.1.	<i>Erlass der einstweiligen Anordnung .....</i>	59
3.5.2.	<i>Rechtsschutz gegen die einstweilige Anordnung .....</i>	60
3.5.3.	<i>Eingeschränkte nachträgliche Modifikationsmöglichkeiten bzgl. der einstweiligen Anordnung gem. § 18 II bzw. § 70 i FGG .....</i>	60
<b>3.6.</b>	<b>UNTERBRINGUNGSMODALITÄTEN: FREIHEITSENTZIEHUNG VERSUS FREIHEITSBESCHRÄNKUNG .....</b>	<b>60</b>
<b>3.7.</b>	<b>PROBLEMSCHWERPUNKT [2]: ANALOGE ANWENDUNG DES § 1906 IV IM RAHMEN DES § 1631 b BGB? .....</b>	<b>63</b>
<b>3.8.</b>	<b>PROBLEMSCHWERPUNKT [3]: GARANTENPFLICHTIGKEIT IN DER KINDER- UND JUGENDHILFE - FOLGERUNGEN FÜR § 1631 b i.V.m. § 1906 IV BGB .....</b>	<b>66</b>
<b>3.9.</b>	<b>ANNEX: FOLGERUNGEN AUS DEM SOG. WITTIG-URTEIL DES BUNDESGERICHTSHOFS (BGHSt 32, 367 ff.) FÜR DIE GARANTENPFLICHTIGKEIT INNERHALB DER KINDER- UND JUGENDHILFE .....</b>	<b>70</b>
<b>3.10.</b>	<b>ANNEX: ANALOGE ANWENDUNG STRAFVOLLZUGS- BZW. PROZESSRECHTLICHER PARALLELBESTIMMUNGEN .....</b>	<b>74</b>
3.10.1.	<i>§ 101 StVollzG: Zwangsmaßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge .....</i>	74
3.10.2.	<i>§§ 88 ff. StVollzG: Besondere Sicherungsmaßnahmen .....</i>	76

3.10.3.	§ 119 V Nr. 3 S. 1 StPO: Untersuchungshaftvollzug .....	78
<b>3.11.</b>	<b>PROBLEMSCHWERPUNKT [4]: STERBEHILFE AUCH GEGENÜBER KINDERN?</b>	
	<b>- ZUR AKTUELLEN DISKUSSION IN DEN NIEDERLANDEN UND IN BELGIEN .....</b>	<b>78</b>
<b>4.</b>	<b>MAßNAHMEN NACH DEN §§ 71, 72 JGG .....</b>	<b>88</b>
<b>4.1.</b>	<b>§ 71 JGG: VORLÄUFIGE ANORDNUNGEN ÜBER DIE ERZIEHUNG UND DIE</b>	
	<b>EINSTWEILIGE UNTERBRINGUNG .....</b>	<b>88</b>
4.1.1.	§ 71 I JGG.....	88
a)	Voraussetzungen des § 71 JGG.....	88
b)	Rechtsfolgen des § 71 I JGG und deren praktische Umsetzbarkeit.....	89
c)	Verfahren bzgl. § 71 I, 1. Var. JGG .....	90
d)	Rechtsschutz innerhalb des § 71 I JGG.....	90
4.1.2.	<i>Einstweilige Unterbringung gem. § 71 II JGG .....</i>	<i>90</i>
a)	Voraussetzungen .....	90
b)	Rechtsfolge: Problemschwerpunkt [5]: offene oder geschlossene (= fluchtsichere) Heimunterbringung?.....	92
c)	Verfahren und Rechtsschutz.....	97
<b>4.2.</b>	<b>DIE UNTERSUCHUNGSHAFT GEM. § 72 JGG.....</b>	<b>97</b>
4.2.1.	<i>Zur normativen Grundstruktur der gegenüber Jugendlichen angeordneten U-Haft.....</i>	<i>97</i>
4.2.2.	<i>Untersuchungshaftzweck in § 72 JGG versus Erziehungszweck mit Bezügen zu Art. 5 Nr. 1 lit. d. EMRK .....</i>	<i>99</i>
4.2.3.	<i>Verbot der U-Haft-Verhängung aus generalpräventiven Zwecken (mit Bezügen zu § 93 I JGG a.F.): .....</i>	<i>102</i>
4.2.4.	<i>Die vorläufige Anordnung über die Erziehung bzw. die “anderen Maßnahmen” i.S.d. § 72 I JGG.....</i>	<i>104</i>
4.2.5.	<i>Die einzelnen Haftgründe.....</i>	<i>104</i>
a)	Flucht- bzw. Fluchtgefahr: § 72 II JGG i.V.m. § 112 II Nr. 1 und Nr. 2 StPO .....	104
b)	Verdunkelungsgefahr: § 112 II Nr. 3 StPO .....	105
c)	Wiederholungsgefahr gem. § 112 a StPO .....	105

4.2.6.	<i>Die U-Haft-Alternative des § 72 IV JGG</i> .....	107
a)	Die Ersetzungsbefugnis nach § 72 IV 1 JGG.....	107
b)	Die nachträgliche Umwandlungsbefugnis des § 72 IV 2 JGG.....	110
4.2.7.	<i>Verfahren und Rechtsschutz gegen die U-Haft-Anordnung nach § 72 JGG</i> .....	110
4.2.8.	<i>Die Benachrichtigungspflicht gegenüber der Jugendgerichtshilfe gem. § 72 a JGG</i> .....	111
4.2.9.	<i>Untersuchungshaftvollzug gem. § 93 JGG</i> .....	112
a)	Rechtsgrundlagen für die Jugend-U-Haft.....	112
b)	Die Erziehung im Spannungsfeld zwischen U-Haft-Verhängung und -vollzug: über das Verhältnis zwischen § 72 und 93 II JGG .....	113
<b>5.</b>	<b>KONKURRIERENDE FREIHEITSENTZIEHENDE MAßNAHMEN</b> .....	<b>115</b>
<b>5.1.</b>	<b>UNTERBRINGUNG GEM. § 1 S. 2 NR. 2, 2. VAR. JÖSchG</b> .....	<b>115</b>
5.1.1.	<i>Allgemeines zum JÖSchG</i> .....	115
5.1.2.	<i>Unmittelbare Gefahr</i> .....	115
5.1.3.	<i>Jugendgefährdender Ort</i> .....	115
a)	Personaler Kontext.....	115
b)	Ortskontext.....	116
c)	Generell-konkreter Gefährdungsbegriff analog § 35 S. 2 VwVfG.....	116
5.1.4.	<i>Maßnahmen gem. § 1 S. 1, S. 2 Nr. 1, Nr. 2, 1. Var. JÖSchG</i> .....	116
5.1.5.	<i>Inobhutnahme gem. § 1 S. 2, Nr. 2, 2.Var. JÖSchG</i> .....	117
<b>5.2.</b>	<b>UNTERBRINGUNG NACH § 1 UBG</b> .....	<b>117</b>
<b>5.3.</b>	<b>INGEWAHRSAMNAHME GEM. § 28 I NR. 2 POLG-BW</b> .....	<b>118</b>
<b>6.</b>	<b>SCHLUSSWORT</b> .....	<b>119</b>
	<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>120</b>



# 1. Einleitung und Problembeschreibung

## 1.1. Materiell- (jugend-)strafrechtliche und -verfahrenrechtliche 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 ebenso wenig (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 (ohnehin zweifelhaften) (jugend-)strafrechtlichen Zugriffsmöglichkeit und entzieht sich damit vollständig einer formellen strafrechtlichen Sozialkontrolle. Eine starre Altersgrenze auf 14 Jahre festsetzend<sup>2</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 Schuldausschlussgrund<sup>3</sup>, der wiederum zu einem (unüberwindbaren) Prozesshindernis führt, das die

<sup>2</sup> 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, 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 jahrhundertealten Rechtstradition 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 *Diinkel* in DVJJ-Journal 1999, 409 ff. aufmerksam.

- Nach Nr. 4.1 der Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen über die Jugendgerichtsbarkeit (abgedruckt in ZStW 99 [1987], 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 lehnt auch *Kerner* (in: neue praxis 1997, 486, 498 f., Entwicklungen in der Jugendkriminalität und im Jugendstrafrecht) eine teilweise geforderte Herabsetzung der Strafmündigkeitsgrenze mit guten Gründen ab.

<sup>3</sup> BGHSt 9, 370, 382.

Strafverfolgungsorgane zur Verfahrenseinstellung 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 ausnahmslos 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 Intervenierens. 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 hierbei nicht zur Entstehung gelangen kann.

## 1.2. 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>4</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>5</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>6</sup> sollen schon in einem frühen Stadium der Verdachtsbildung alle Maßnahmen unzulässig sein, die auf eine Konkretisierung und Verdich-

---

<sup>4</sup> 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 einzustehen 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 nach ihrem Wortlaut gegenüber der Aufsichtshaftung des § 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).

<sup>5</sup> *Detlev Frehsee* macht hierzu weitergehende Ausführungen in: ZStW 100 (1988), 290 ff., "Strafverfolgung" von strafunmündigen Kindern.

<sup>6</sup> *Frehsee, Detlev*, ZStW 100 (1988), 290, 306 f.

tung bis zur Beschuldigteneigenschaft abzielen. Mayer<sup>7</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.

### 1.3. 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>8</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 Ostendorf hin - lediglich von "rechtswidrigen Taten" i.S.d. § 11 I Nr.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>9</sup>.

Die Rechtsprechung<sup>10</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>11</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:

---

<sup>7</sup> Mayer, Markus, Die Vernehmung von Kindern als Beschuldigte im Rechtshilfeverfahren nach dem Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, GA 1990, 508, 509.

<sup>8</sup> Eisenberg, Ulrich, Zur Rechtsstellung von Kindern im polizeilichen Ermittlungsverfahren, StV 1989, 554 ff.

<sup>9</sup> 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 Wiczorek, der sich für den "kindlichen Beschuldigtenstatus" ausgesprochen hatte, da "es auch die weibliche Kriminalpolizei gebe" (!) (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) Wiczoreks unhaltbarer Argumentation widersprach und der Debatte unter Negierung des Beschuldigtenstatus von Kindern ein (wohlverdientes) Ende bereitet hat.

<sup>10</sup> 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 demgegenüber 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.

<sup>11</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, § 103, Rdz. 1

- § 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

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>12</sup>).

Aufgrund einer Anfrage des Bundestagsabgeordneten Dr. Wolfgang Ullmann (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)<sup>13</sup> antwortete die Bundesregierung am 20. März 1992, dass ihr die erkenntnisdienliche Behandlung von 113 (strafunmündigen!) Kindern auf der Grundlage des § 81 b StPO innerhalb kurzer Zeit durch die Hamburger Polizei bekannt geworden 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 erkenntnisdienliche 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 erkenntnisdienlich behandelt werden dürfen, dieses wiederum schließt jedoch die Vornahme präventiv-polizeilich intendierter erkenntnisdienlicher Maßnahmen nach den Polizeigesetzen der Länder nicht aus.

<sup>12</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, § 111, Rdz. 11

<sup>13</sup> Ullmann, Schriftliche Anfrage und Antwort der Bundesregierung, vertreten durch den Parlamentarischen Staatssekretär Eduard Lintner, BT-Drucksache 12/2359, S. 15 f.

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, Kapitel 4.1.2.).

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 können in gleicher Weise von schulfähigen wie von schuldunfähigen Personen verursacht werden, da die Gefährlichkeit keine Frage der Schulfähigkeit im Sinne individuell-vorwerfbaren Verhaltens ist.

#### **1.4. 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 strafenmündigen “Tätern” umzugehen und in justizieller Perspektive zu verfahren ist, wenn sie beispielsweise häufig Autos aufbrechen, damit am öffentlichen [!] Straßenverkehr teilnehmen und (sofern sie es überlebt haben) das Kraftfahrzeug am Wegesrand (mehr oder weniger beschädigt) stehen lassen (so die “Hamburger Crash-Kids” zu Beginn der 90'er Jahre) oder wenn sie regelmäßig Wohnungseinbrüche begehen und ihnen nicht selten 60 bis 70 solcher “Taten” nachzuweisen sind. Ein weiterer Beispielfall möge den tatsächlichen Handlungsbedarf aufzeigen: Nach Mitteilungen der Kölner Polizei<sup>14</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 Gewaltan-

---

<sup>14</sup> Mitgeteilt von *Schweiß/Dieterle*, Eine Variante der grenzüberschreitenden Kriminalität: “Kinder auf Beutezug”, in: DIE POLIZEI 1999, 228 ff.

drohung 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 war dies 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 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>15</sup>, obwohl gerade diese Statistik aufgrund ihrer ausschließlichen (und naturgemäßen) Beschränkung auf den Hellfeldbereich (also nur die bekannt gewordenen 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 Leistungerschleichung (§ 265 a StGB) auf, wo im Berichtszeitraum 1997/98 ein Zuwachs von 32,7 % (fast 40.000 Fälle mehr<sup>16</sup>) verzeichnet wurde. Insofern spiegelt die PKS nur einen (noch nicht mal "maßstabsgetreuen") Bruchteil der Kriminalitätswirklichkeit als die sprichwörtliche „Spitze des Eisberges“ wider. Auf einen dritten Verzerrungs- bzw. Unsicherheitsfaktor weist Kerner<sup>17</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 Art und Güte" das konkrete Delikt ist. Noch deutlicher tritt diese innerdeliktische Streubreite, die ich als intradeliktisch-qualitative Varianz bezeichne, beispielsweise bei dem Mordmerkmal der Heimtücke in § 211 StGB hervor<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> PKS 1998 (Auszug) in: BULLETIN des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, Nr. 29 vom 25. 05.1999, S. 273 - 320.

<sup>16</sup> PKS-Bulletin der Bundesregierung, Nr. 29 v. 25.05.1999, S. 273, 275.

<sup>17</sup> Kerner et al., *Entwicklungen in der Jugendkriminalität und im Jugendstrafrecht*, neue praxis 1997, 486, 487.

<sup>18</sup> 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, sog. 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 weit auseinander 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 grund-

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 bekannt gewordenen Fällen [1997: insgesamt 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>19</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>20</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>21</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>22</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 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) 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

---

sätzlich eine vorsichtige Interpretation der PKS-Daten geboten, die lediglich aus der quantitativen Perspektive erfolgt.

<sup>19</sup> PKS-Bulletin der Bundesregierung 1999, Nr. 29, S. 273, 306.

<sup>20</sup> PKS-Bulletin der Bundesregierung 1999, Nr. 29, S. 273, 284 ff.

<sup>21</sup> *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.

<sup>22</sup> 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.

gilt umso mehr, als Kerner<sup>23</sup> 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.

### 1.5. Lösungsansatz: Konsequente Anwendung und Umsetzung jugendschutzrechtlicher Normen in die Praxis<sup>24</sup>

Anzusetzen ist 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 für die Kinder- und Jugendhilfe die Aufgabe und Verpflichtung, sich dem Faktum "Kinderdelinquenz" zu stellen und dieses Problem mit entsprechenden 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 ein Ergebnis vorweg zu nennen - folgender Befund festzustellen:

Der Ruf nach weiteren, noch differenzierteren gesetzlichen Regelungen ist unbegründet und beruht auf einer (vermutlich) irrtumsbedingten Verwechslung des Handlungsbedarfes mit dem Regelungsbedarf und/oder auf bewusstem (jugend)kriminalpolitischem Kalkül. Die gegenwärtige Rechtsordnung stellt mit ihren vielfältig strukturierten und detaillierten Interventionskonzepten ein (in quantitativer wie qualitativer Hinsicht) breit gefächertes Regelungs-

<sup>23</sup> Kerner, Jugendkriminalität, Mehrfachtäterschaft und Verlauf, Bewährungshilfe (BewHi) 1989, 202, 203.

<sup>24</sup> 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. Münder. 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.

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 optimieren und an die Ost- und Westdeutschen Gegebenheiten anpassen zu können.

strumentarium zur Verfügung, mit dem gezielt in jedem konkreten Einzelfall bedarfsorientiert reagiert werden kann. 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. Kapitel 2.4.1. c und des Lebensschutzes in § 42 II SGB VIII, Kapitel 2.4.1 d, dd) sowie für die jenseits der Strafmündigkeitsgrenze eingreifenden Regelungen des JGG (dort vornehmlich die §§ 10 ff. und §§ 45, 47 [Diversi-on]). 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. Kapitel 3.3. und 3.6., Problemschwerpunkt 2 und Kapitel 3.7., 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 Kapitel 2.1.2.), tritt die erhebliche Ambivalenz zwischen (nicht existierendem) Regelungsbedarf einerseits und einem sehr hohen Handlungsdefizit andererseits mehr als deutlich zutage.

Nicht die Schaffung weiterer (und nicht erforderlicher) Gesetze bietet einen adäquaten Lösungsansatz, sondern die Anwendung und Realisierung des bereits bestehenden, geltenden Rechts. Je mehr dies von der jugendrechtlichen Praxis 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.

## 2. Die Inobhutnahme gemäß § 42 SGB VIII

### 2.1. Grundsätzliche Bedeutung des § 42 SGB VIII

#### 2.1.1. 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>25</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>26</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>27</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>28</sup>. Schlagwortartig umreißen lässt sich die Inobhutnahme somit als “Initialphase” zur Einleitung (ggf. längerfristiger) erzieherischer Hilfen.

Nach der gesetzgeberischen Intention<sup>29</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.

---

<sup>25</sup> 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. Kapitel 5.2. und 5.3.).

<sup>26</sup> Jans/Happe/Saubier et al., Kinder- und Jugendhilferecht, (KJHG), Kommentar, 3. Aufl., 13. Lieferung, Stand Dez. 1998, § 42 Rdz. 10.

<sup>27</sup> Bechtler, H., DV, Fachlexikon der sozialen Arbeit, 4. Aufl. 1997, in: Jans/Happe/Saubier, KJHG, § 42, Rdz. 6.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> BT-Drucksache 11/5948 v. 01.12.1989, S. 79.

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>30</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>31</sup> formuliert treffend: Die Verweildauer hat sich nach der pädagogischen Notwendigkeit zu richten, nämlich so kurz 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-anamnestic 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>32</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 Kinder und Jugendliche, 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>33</sup> weist auf das Fortbestehen des Elternrechts während der Dauer der Inobhutnahme hin, das sich infolge des Vorrangs dieser Maßnahme punktuell nicht durchzusetzen vermag (dazu auch unten, II). Die elterliche Sorgerechtserhaltung 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 und partiell überlagert.

### 2.1.2. Anwendung der Inobhutnahme 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

---

<sup>30</sup> Wiesner, SGB VIII, § 42, Rdz. 1.

<sup>31</sup> Busch, Manfred, ZfJ 1993, 129, 132.

<sup>32</sup> Noack/Pankau, Jugendschutzstelle im Wandel, Unsere Jugend, 1987, S. 117 m.w.N.

<sup>33</sup> OLG-Zweibrücken, FamRZ 1996, 1026, 1027.

Missbrauch<sup>34</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 Suchtercheinungen bis hin zur Suizidgefährdung<sup>35</sup> fordert Busch<sup>36</sup> die ausreichende Kontingentierung 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>37</sup> gegenüber den Leistungsberechtigten für die tatsächliche Verfügbarkeit der notwendigen Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen auf (§ 79 I und II SGB VIII)<sup>38</sup>.

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>39</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>40</sup>.

Bemerkenswerterweise kannten ein Viertel der in diesen beiden Städten (die übrigens über ein gut ausgebautes und differenziert strukturiertes Beratungssystem verfügen) tätigen Jugendhelfer diese Maßnahme überhaupt nicht; 11 % empfanden sie (gegenüber 61 %) als “wenig hilfreich”<sup>41</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: 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, weil 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 Kapitel 2.3.). Berlin und Köln sind repräsentativ für die Evaluation dieses “normativen Bekanntheitsgrades”, so dass bundesweit ein Handlungsbedarf (vgl. Kapitel 1.5.) 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 radikalisierenden oder kriminellen Bezugsgruppe /Clique ermöglicht bzw. eingeleitet werden<sup>42</sup>.

In dogmatischer Hinsicht vereinigt § 42 SGB VIII sowohl eine spezifisch sorgerechtliche Komponente (primär in Abs. III geregelt), als auch ein leistungsrechtliches Element (vorwie-

---

<sup>34</sup> Wiesner, SGB VIII, § 42, Rdz. 1; vgl. auch Problemschwerpunkt 2, Fußnote 161 zu ICD-10, F.43.1.

<sup>35</sup> Hierzu speziell Kapitel 2.4.1. d, bb und Kapitel 3.6., 3.7. (Problemschwerpunkt 2), Kapitel 3.8. (Problemschwerpunkt 3).

<sup>36</sup> Busch, Manfred, ZfJ 1993, 129, 131.

<sup>37</sup> Vgl. zur Garantenstellung Kapitel 3.7. (Problemschwerpunkt 3) und Kapitel 3.8.

<sup>38</sup> Wiesner, SGB VIII, § 79, Rdz. 1.

<sup>39</sup> Fegert/Berger/Breuer, ZfJ 1996, 448 ff., 483 ff.

<sup>40</sup> Speziell zu diesem Thema: Lidl, Claudia, Sexueller Kindesmissbrauch: der Täterkreis, 1998, Diss. med. Würzburg, 1999.

<sup>41</sup> Fegert et al., vgl. Fußnote 39, S. 483 f.

<sup>42</sup> Späth, ZfJ 1998, 303, 304.

gend 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 Kapitel 2.5.).

## 2.2. Ausgestaltung der Inobhutnahme

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

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);
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>43</sup>). Unter dem Begriff der "sonstigen Wohnform" versteht die gesetzgeberische Begründung zu § 34 SGB VIII<sup>44</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 Benachrichtigungsermöglichungspflicht 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>45</sup>. Aufgrund der systematischen Beziehung des Abs. I 3 zu den Sätzen 4 und 5 kommt den beiden letztge-

---

<sup>43</sup> Wiesner, SGB VIII, § 42, Rdz. 8.

<sup>44</sup> BT-Drucksache 11/5948 v. 01.12.1989, S. 72.

<sup>45</sup> So auch Busch, Manfred, 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.

nannten 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 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 als Repräsentantin des staatlichen Wächteramtes gem. Art. 6 II 2 GG in diametralem Gegensatz und unauflösbarem Widerspruch, für das Kindeswohl sorgen 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>46</sup>.

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>47</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 Geschäftsherrn (= 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 Geschäftsherrn (= 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

---

<sup>46</sup> Kunkel, *Peter-Christian*: Grundlagen des Jugendhilferechts, 3. Aufl. (Rechtsstand: 01.01.1999), S. 131, Rdz. 150.

<sup>47</sup> Wiesner, SGB VIII, § 42, Rdz. 13.

- 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.

## 2.3. Zur Selbstmeldung gem. § 42 II 1 SGB VIII

### 2.3.1. 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>48</sup>. Allein dessen subjektives Schutzbedürfnis genügt bereits<sup>49</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. Selbstmelters. Aus der Aufnahmebitte folgt die Aufnahmepflicht. Die Gefahr einer "über das Ziel hinaus" gehenden 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>50</sup>.

Das Jugendamt entscheidet unabhängig von der Altersgrenze bzw. der sozialrechtlichen Handlungsfähigkeit (§ 36 SGB I)<sup>51</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 widerspricht Sinn und Zweck dieser Regelung, hierbei eine Vertretung 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 und unter welchen Umständen es um die Inobhutnahme bittet - 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.

---

<sup>48</sup> Wiesner, SGB VIII, § 42, Rdz. 21.

<sup>49</sup> OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 1026, 1027; so auch Jans/Happe/Saurbier, KJHG, § 42, Rdz. 33.

<sup>50</sup> Lakies, Thomas, ZfJ 1992, 49, 51 m.w.N.

<sup>51</sup> Zutreffend Wiesner, SGB VIII, § 42, Rdz. 3.

Nicht umsonst hat der Gesetzgeber<sup>52</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, möglicherweise auch "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>53</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>54</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>55</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 dermaßen 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.

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

Die Bedenken von Diederichsen<sup>56</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

<sup>52</sup> BT-Drucksache 11/5948, S. 80.

<sup>53</sup> Falterbaum, Johannes: Gefahrenabwehr mit Hilfe des Jugendamtes?, ZfJ 1999, 99, 104.

<sup>54</sup> Hinz in: Münchner Kommentar, Bd. 8, Familienrecht II, 3. Aufl., 1992, § 42 SGB VIII, Rdz. 4.

<sup>55</sup> Aus: Der Amtsvormund (DAVorm) 1999, 390, DIV-GutA v. 19.01.1999.

<sup>56</sup> In: Palandt, BGB, 58. Aufl., Einführung vor § 1626, Rdz. 39.

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.

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 bestehen nach dem eindeutigen Normtext in der möglichst unbürokratischen und vorbehaltlosen 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 gelegneten Anhaltspunkt - für die potentielle Notwendigkeit dieser Maßnahme dar. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie aus kindlicher Unreife, jugendlichem Leichtsinne oder einfach aus Konfliktaustragungsscheu (und selbst diese vermag u.U. die Erforderlichkeit der Inobhutnahme anzuzeigen) beim Jugendamt hierum bitten<sup>57</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>58</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

---

<sup>57</sup> Dieser Vermutung i.E. mit empirischen Belegen zustimmend: *Wiesner*, § 42 SGB VIII, Rdz. 22.

<sup>58</sup> *Jarass/Pieroth*, GG, 4. Aufl., 1997, Art. 6, Rdz. 32.

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>59</sup>, dass das Elternrecht “wesentlich ein Recht im Interesse des Kindes” ist. Daraus folgt 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>60</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>61</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>62</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>63</sup> dem Jugendamt in seiner Funktion als akuter Krisenintervenient 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 gestutzten - 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.

<sup>59</sup> BVerfGE 61, 358, 371; 72, 122, 137; 75, 201, 218 f.

<sup>60</sup> BVerfGE 24, 119, 144; 61, 358, 378; 72, 122, 137; 75, 201, 218; 79, 203, 211.

<sup>61</sup> *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.

<sup>62</sup> *Hinz* in: Münchener Kommentar, Bd. 8, Familienrecht II, § 42, Rdz. 4.

<sup>63</sup> BT-Drucksache 11/5948, S. 80.

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>64</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>65</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 Erziehungsberechtigten 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.

---

<sup>64</sup> E 24, 119, 139, vgl. *Arnulf Schmitt-Kammler* in: Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 1999, hrsg. v. Michael Sachs, Art. 6, Rdz. 78.

<sup>65</sup> BVerfGE 24, 119, 142.

### 2.3.3. 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>66</sup>, einen vorrangigen Anspruch auf die Übergabe des Kindes bzw. des Jugendlichen nach § 42 II 3 Nr. 1 SGB VIII.

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

Ebenso wenig 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>67</sup> hinsichtlich der Ablehnung eines „freien Auswahlermessens“ insoweit 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>68</sup> erfolgt die Einschaltung des Familiengerichts (getreu der Regel *lex specialis derogat legi generali*) nicht nach der allgemeinen Bestimmung des § 50 III<sup>69</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 Nr. 2 SGB VIII die Involvierung des Familiengerichts unabhängig von den Voraussetzungen des § 50 III SGB VIII vorliegend allein beim Widerspruch des Personensorgeberechtigten gegen die Inobhutnahme zwingend anordnet.

---

<sup>66</sup> 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 I BGB) 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).

<sup>67</sup> Wiesner, SGB VIII, § 42, Rdz. 34.

<sup>68</sup> Lakies, Thomas, ZfJ 1992, 49, 51.

<sup>69</sup> So aber (im Ergebnis zutreffend) Wiesner, SGB VIII, § 42, Rdz. 34.

Diese Auffassung ist bereits im Ansatz verfehlt, denn § 42 II 3 Nr. 2 SGB VIII beantwortet 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 gerade zu klärenden) Tatbestandsvoraussetzung 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 Tatbestandsvoraussetzungen 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 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>70</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 (zumindest teilweise) klärenden Aussprache mit den Eltern "die Wogen geglättet" sind, so dass eine Gefährdung ausgeschlossen werden kann, ist kein Handlungsbedarf (und somit auch kein gesetzlicher Regelungsbedarf) für eine gerichtliche Entscheidung gegeben (vgl. speziell hierzu auch Kapitel 1.5.).

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>71</sup>, der die Voraussetzungen definiert, wann das Familiengericht anzurufen ist: 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

<sup>70</sup> Jans/Happe/Saubier, KJHG, § 42, Rdz. 41.

<sup>71</sup> So auch zutreffend von Wiesner, SGB VIII, § 42, Rdz. 34 gelöst.

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 Selbstmelders 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>72</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.

### **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>73</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 Jugend-

<sup>72</sup> Nach *Wiesner*, SGB VIII, § 42, Rdz. 33.

<sup>73</sup> So auch zutreffend *Wiesner*, SGB VIII, § 42, Rdz. 24.

amt ergibt, dass keine “dringende Gefahr” i.S.d. § 42 III (!) SGB VIII vorliegt, ist die Inobhutnahme beendet<sup>74</sup> (vgl. auch Kapitel 2.4.1. d, dd und Kapitel 2.4.2.).

Der Ansicht von Busch<sup>75</sup>, der die Inobhutnahme sog. Selbstmelder bereits dann als beendet betrachtet, wenn und sobald der Betreffende die Fortsetzung dieser Maßnahme nicht mehr wünscht, (= rein subjektive Entscheidung wie zu Beginn, vgl. Kapitel 2.3.1.), 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 Konfliktaustragungsunfähigkeit 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).

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

### **2.4.1. 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>76</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.

---

<sup>74</sup> Jans/Happe/Sauerbier, KJHG, § 42, Rdz. 29.

<sup>75</sup> Busch, Manfred, ZfJ 1993, 129, 133 f.

<sup>76</sup> Frankfurter Lehr- und Praxis-Kommentar zum KJHG (= LPK-KJHG), 2. Aufl. 1993, hrsg. v. Johannes Münder, § 42, Rdz. 13.

keine Gefahr nach Abs. III voraussetzt), andererseits bei Bestehen einer dringenden Gefahr i.S.d. Abs. III eine Selbstmeldung nach Abs. II nicht erforderlich ist. Um einen vollumfänglichen Schutz zu gewährleisten, besteht die Möglichkeit der Selbstmeldung erst recht bei Vorliegen einer Gefahrenlage.

### **b) Bestehen einer konkreten Gefahr**

Eine Anleihe im Polizeirecht machend, setzen Jans/Happe/Saubier<sup>77</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 ausreicht. 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>78</sup> hilft nur bedingt weiter: anstatt aus naheliegenden Gründen die einschlägigen Gefährdungsmodalitäten des § 1666 BGB heranzuziehen, macht sie eine Anleihe im Verfassungsrecht und bemüht 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 stattdessen (von der Bezugnahme auf § 1666 BGB abgesehen) die Implementation der auf § 42 III 1 SGB VIII zuzuschneidenden Rechtsprechung des BVerwG<sup>79</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 gerin-

---

<sup>77</sup> Jans/Happe/Saubier, KJHG, § 42, Rdz. 53.

<sup>78</sup> Wiesner, SGB VIII, § 42, Rdz. 40; Jans/Happe/Saubier, KJHG, § 42, Rdz. 53 unter Bezugnahme auf die entsprechende polizeirechtliche "Gefahrenterminologie".

<sup>79</sup> BVerwGE 47, 31, 40.

gere 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, die Wahrung des Kindeswohls - einen Höchstwert der Verfassung beinhaltet, worauf die Figur des staatlichen Wächteramtes in Art. 6 II 2 GG hinweist (und die aus diesem Grunde wortgleich in den Zielvorgabenkatalog des § 1 II SGB VIII übernommen wurde). Eine Gefährdung des Kindeswohls impliziert wegen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus 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 niedrigrschwelligem 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 immer 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 wird oftmals 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 (Kapitel 5.1.) oder im Rahmen der Heimerziehung aufgrund der seit 1991 obsoleten Fürsorgeerziehung (dazu sogleich) das Recht hätten, Minderjährige geschlossen unterbringen zu dürfen<sup>80</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 Autoren (neben Münder) wies die Leiterin des Am-

---

<sup>80</sup> Hierauf weist *Münder, Johannes*, Das neue Kinder- und Jugendhilfegesetz der BRD, Jugendhilfe 1990, S. 177, 183 hin; siehe auch nächste Fußnote.

tes für Jugend der Freien und Hansestadt Hamburg, Gitta Trauernicht<sup>81</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 Fürsorgeerziehung<sup>82 83</sup> (§§ 64 ff. i.V.m. § 69 III 1 JWG) ist ein autonom (d.h. ohne Richterbeteiligung) 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>84</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

<sup>81</sup> Trauernicht, Gitta, Eine erneute Positionsbestimmung zu einem alten Thema: Geschlossene Unterbringung von Kindern und Jugendlichen, ZfJ 1991, 520, 521.

<sup>82</sup> 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 damaligen 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 in Vergessenheit gewähnte) obsolete Erziehungskonzept "wohlmeinenden Zwangs" charakterisiert, etikettiert und stigmatisiert Merkel delinquente Kinder und Jugendliche (vgl. hierzu Kapitel 1) zu "hoffnungslosen Fällen", die man mit dieser Legitimationsbegründung beruhigt "verwalten und wegschließen" kann. Vor dem Hintergrund des Labeling-approach-Ansatz sei jedoch vor dem Folgephänomen einer self-fulfilling-prophecy gewarnt, damit delinquenzbelastete Jugendliche nicht zusätzliche negativ besetzte Rollenbilder des „jugendlich-verwahrlost Kriminellen“ internalisieren und sich dementsprechend „erwartungsgemäß“ verhalten.

<sup>83</sup> 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 Kapitel 4.2.6. a).

<sup>84</sup> Frankfurter LPK-KJHG 1993, § 42, Rdz. 13.

sicherzustellen<sup>85</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>86</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 bestehe am ehesten bei psychisch kranken Jugendlichen (Gefahr selbstschädigenden Verhaltens bis hin zum Suizid, vgl. hierzu unten, bb).

### aa) Lebensgefahr

Eine Lebensgefahr wird bei der Gefahr der Fremd- oder Selbsttötung unterstellt. Nach der Kommentarliteratur<sup>87</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 bzw. überwiegend 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>88</sup>

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

An dieser Stelle sei auf die Suizidproblematik von Kindern und Jugendlichen eingegangen, zumal sie infolge verminderter Problemlösungskompetenzen<sup>89</sup> eine besondere Suizidanfälligkeit aufweisen und bei nichttödlich endenden Suizidhandlungen (= Parasuizid) überrepräsentiert sind<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> *Trenczek, Thomas*, Geschlossene Unterbringung oder Inobhutnahme?, DVJJ-Journal 1994, 288, 291.

<sup>86</sup> *Jans/Happe/Saubier*, KJHG, § 42, Rdz. 61.

<sup>87</sup> *Wiesner*, SGB VIII, § 42, Rdz. 44.

<sup>88</sup> 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 katamnestiche Studie anhand von 2623 Parasuizidenten und Möglichkeiten für die Prädiktion rezidivierenden suizidalen Verhaltens, 1997, Diss. med. Dresden, Technische Universität, 1999.

<sup>89</sup> *Klosinski, Gunther*: Wenn Kinder Hand an sich legen - Selbstzerstörerisches Verhalten bei Kindern und Jugendlichen, 1999, S. 63.

<sup>90</sup> So zeigte die prozentuale Altersverteilung von Suizidpatienten in einer medizinischen Klinik einen Scheitelpunkt bei über 35% bei den 16-25-Jährigen - *Wedler/Reimer/Wolfersdorf* in: *Psychiatrie*, hrsg. v. *Volker Faust*, 1995, Kap. 25, S. 399 f.

Vom Kindersuizid, der sehr selten auftritt, wird in der Literatur<sup>91</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>92</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>93</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 19-Jährigen 36 betrug<sup>94</sup>. Somit liegt das Verhältnis in diesen beiden Bundesländern von suizidalen Kindern zu Jugendlichen im Durchschnitt bei 1:6,5. Auch wenn Kinder (noch) nicht zu einer rationalen Selbstreflexion über den Tod hinaus in der Lage sind<sup>95</sup>, ist bei einer vorschnell-unkritischen Annahme eines Unfalls aufgrund von "alterstypischen Gefahrenlagen beim Spielen" Zurückhaltung geboten<sup>96</sup>, weil ansonsten latente Suizidgefährdungen und parasuizidales Verhalten allzu leicht übersehen werden können. Einigkeit besteht im Schrifttum<sup>97</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>98</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>99</sup> - um wie vieles 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 insofern vorbei ziehen, indem sie real vorliegende, aber bislang "nur" subjektiv vermutete Leib- oder Lebensgefährdungen von vornherein ausblenden und somit einer Hilfestellung durch die Inobhutnahme vorenthalten. Daher sollten an den "objektiven Verdachtsgrad" nicht allzu hohe 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

<sup>91</sup> Tölle, Rainer, Psychiatrie, 9. Aufl., S. 124.

<sup>92</sup> Tölle, Rainer, Psychiatrie, S. 124.

<sup>93</sup> PKS-NRW 1997, III / 5.

<sup>94</sup> LKA-BW, Jugendkriminalität und Jugendgefährdung in Baden-Württemberg, Jahresbericht 1998, Abschnitt 3.2, S. 69.

<sup>95</sup> So die Einschätzung von Klosinski, aaO., S. 62.

<sup>96</sup> 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.

<sup>97</sup> Bründel, Heidrun, Suizidgefährdete Jugendliche: theoretische und empirische Grundlagen für die Früherkennung, Diagnostik und Prävention, 1993, S. 138; Wedler/Reimer/Wolfersdorf, Psychiatrie, S. 409 f.; Witte, Michael, S. 29.

<sup>98</sup> E. Ringel in: Margret Brehm, Der Suizid - eine epidemiologische Studie auf der Basis kriminalpolizeilicher Untersuchungsakten, Diss. med. Ulm, 1990, S. 36 f.

<sup>99</sup> Tölle, Psychiatrie, S. 125.

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 ergänzend die Literatur<sup>100</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 zeigen. 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.

### dd) Lebensschutz auch in § 42 II SGB VIII?

Die Literatur<sup>101</sup> befürwortet anstelle der jetzigen Gesetzessystematik 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, 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 einer darüber hinaus-

---

<sup>100</sup> Wiesner, SGB VIII, § 42, Rdz. 45, 47.

<sup>101</sup> Wiesner, SGB VIII, § 42, Rdz. 51 und Lakies, Thomas, ZfJ 1992, 49, 53 negieren die Zulässigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen bei sog. Selbstmeldern; ebenso auch Busch, Manfred, ZfJ 1993, 129, 133.

gehenden Freiheitsentziehung 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.

#### 2.4.2. Beendigung freiheitsentziehender Maßnahmen ohne<sup>102</sup> gerichtliche Entscheidung

Wenn die Beendigung der Inobhutnahme schon nach § 42 II SGB VIII durch das Kind bzw. den Jugendlichen unzulässig ist, 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.

Wie auch bei den Selbstmeldern ist hier der Freiheitsentzug zu beenden, wenn entweder die Zustimmung des Personenberechtigten der Erziehungsberechtigten oder die vormundschaftsgerichtliche<sup>103</sup> Anordnung für die Fortsetzung der Inobhutnahme nicht gegeben wurde.

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>104</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 Maß-

<sup>102</sup> Zur zulässigen Zeitdauer mit gerichtlicher Entscheidung siehe das „Zwei-Phasen-Modell“ (= Anfangs- und Fortführungsphase) von *Jans/Happe/Saurbier*, KJHG, § 42, Rdz. 64; vorliegend wird die Initialphase behandelt.

<sup>103</sup> Für Maßnahmen nach § 42 III SGB VIII ist nicht das Familiengericht, sondern das Vormundschaftsgericht gem. § 70 I 3 FGG zuständig.

<sup>104</sup> Anders *Wiesner*, SGB VIII, § 42, Rdz. 49, die auch einschließlich 48 h für zulässig erachten, was jedoch im Hinblick auf Art. 104 I 1, II GG i.V.m. § 42 III 3 SGB VIII bedenklich sein kann.

nahme verfolgte Zweck nicht anders erreichbar ist. Das BVerfG<sup>105</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>106</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>107</sup> nicht zu unterlaufen, fordert die Literatur<sup>108</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 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. Notstandslage nach § 32 bzw. § 34 StGB findet<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> Nach BVerfGE 21, 311, 317; vgl. auch *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 104, Rdz. 13.

<sup>106</sup> *H. Hill* in: Handbuch des Staatsrechts (HbStR), Hrsg. v. *Josef Isensee* und *Paul Kirchhof*, Bd. VI, Freiheitsrechte, § 156, Rdz. 77, 78.

<sup>107</sup> *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 2, Rdz. 58.

<sup>108</sup> *Degenhart* in: Grundgesetz-Kommentar, Hrsg. v. *Michael Sachs*, 2. Aufl., 1999, Art. 104, Rdz. 19.

<sup>109</sup> 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, 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 Richtervorbehalts dar, dessen (im "Normalfall") grundsätzlich gebotene Beachtung und Einhaltung kein Selbstzweck zu Lasten der Gefahrenabwehr sein darf.

### 2.4.3. 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>110</sup> geregelt. Allerdings ergibt sich dies erst aus dem Umkehrschluss dieser Norm, weil dort die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für Unterbringungsmaßnahmen - mit Ausnahme solcher nach § 1631 b BGB<sup>111</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, 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>112</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 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 Kapitel 5.2. 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>113</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 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 empfiehlt.

<sup>110</sup> Jans/Happe/Saubier, KJHG, § 42, Rdz. 65.

<sup>111</sup> Für die Genehmigung von Unterbringungen gem. § 1631 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).

<sup>112</sup> Jans/Happe/Saubier, KJHG, § 42, Rdz. 65.

<sup>113</sup> BGBl. I 2942, v. 16.12.1997, Art. 13 Nr. 7, S. 2963.

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>114</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 Gefahreintritt i.S.d. § 42 III SGB VIII im Wege eines dynamischen Zuständigkeitsübergangs deren Verlagerung vom Familien- auf das Vormundschaftsgericht?

## 2.5. Verfahrensrechtliches

### 2.5.1. 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 Verwaltungsakt Regelungen darüber enthält, bei wem, wo und wie lange der Minderjährige vorläufig untergebracht wird<sup>115</sup>.

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

Der Verwaltungsakt 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 Verwaltungsakts nach § 80 II und III VwGO<sup>116</sup>.

Die Befugnis zum Erlass eines VA verbleibt auch nach einer möglichen Delegation der Inobhutnahme auf anerkannte Träger der freien Jugendhilfe (§ 76 SGB VIII) beim Jugendamt<sup>117</sup>.

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

---

<sup>114</sup> BVerfGE 21, 139, 144 f.

<sup>115</sup> Kunkel, Peter-Christian, Grundlagen des Jugendhilferechts, 3. Aufl. 1999, S. 132, Rdz. 151.

<sup>116</sup> 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.

<sup>117</sup> Jans/Happe/Saurbier, KJHG, § 42, Rdz. 7.

### **2.5.2. 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 das Jugendamt nicht zu den Polizeibehörden gehört und somit eine "andere Stelle" i.S.d. § 2 I PolG-BW ist. Da das Jugendamt regulär nicht schnell genug 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 bereits dargestellt - das Verfahren gem. § 42 SGB VIII ab.

### 3. Unterbringung des Kindes nach § 1631 b BGB

#### 3.1. Gesetzssystematik: §§ 1631 b BGB, 42 SGB VIII, 1 UBG

Alternativ zu der im vorigen Kapitel (2.4.1. 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>118</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. Kapitel 5.2.) erlangt § 1631 b BGB nach Ansicht der Literatur<sup>119</sup> als bundeseinheitliche Regelung eine zunehmende Relevanz.

#### 3.2. Verfassungsrechtliche Bedeutung

Während § 42 SGB VIII ausführliche Regelungen zur Inobhutnahme enthält, sind die Unterbringungsvorschriften des § 1631 b BGB demgegenüber sehr knapp gehalten. So wird die Unterbringung ebenso wenig legaldefiniert wie deren Voraussetzungen. § 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: 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. Kapitel 2.3.1., 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 unmittelbare Kontroll- und Eingriffsbefugnisse zur Verfügung.

---

<sup>118</sup> Wiesner, SGB VIII, § 42, Rdz. 43.

<sup>119</sup> Staudinger/Salgo, BGB, Viertes Buch, Familienrecht, 12. Aufl. 1997, § 1631 b, Rdz. 3.

### 3.3. 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.

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

Auch wenn die einstweilige Unterbringung im Zusammenhang mit dem elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrecht aus § 1631 I BGB steht, 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 miss zu verstehen:

§ 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>120</sup> der Eltern, deren Erziehungsrecht hierdurch eingeschränkt wird. Deshalb wird vielfach der Begriff der Elternverantwortung dem des "Elternrechts" vorgezogen<sup>121</sup>. Das staatliche Wächteramt in Art. 6 II 2 GG unterstreicht bereits auf verfassungsrechtlicher Ebene die u.a. in § 1631 b BGB familierechtlich umgesetzte Grenze der elterlichen Erziehungsbefugnis.

Normative Anknüpfungspunkte für die inhaltliche Bestimmung des Kindeswohls<sup>122</sup> finden sich auf einfachgesetzlicher Ebene beispielsweise in §§ 1626, 1631 I, II, 1632 IV, 1684 IV, 1685, 1687 BGB. Angesichts der evidenten Grundrechtsrelevanz der Unterbringung 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.

---

<sup>120</sup> Jarass/Pieroth, GG, Art. 6, Rdz. 28, 30.

<sup>121</sup> Jarass/Pieroth, GG, Art. 6, Rdz. 28.

<sup>122</sup> Um einen 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.

Unter dem Aspekt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes postuliert die Literatur<sup>123</sup> eine Unterbringung nur in besonderen Ausnahmefällen, namentlich bei Vorliegen einer Selbst- oder Fremdgefährdung<sup>124</sup> des Kindes.

### **3.4. Familiengerichtliche Entscheidung**

#### **3.4.1. 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 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, 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 Limitierungen). 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). 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>125</sup> (arg. ex § 1631 b S. 3 BGB) diese grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahme 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.

#### **3.4.2. 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, vielmehr hat es 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>126</sup> ("Kindeswohl statt Elternwohl").

---

<sup>123</sup> 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.

<sup>124</sup> 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.

<sup>125</sup> Auf den Unterbringungszweck des Kindeswohls macht insbesondere das AG Glückstadt, FamRZ 1980, 824, aufmerksam.

<sup>126</sup> Staudinger/Salgo, BGB, Viertes Buch, Familienrecht, § 1631 b, Rdz. 22.

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 Unterbringungsvoraussetzungen 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 Heimeinweisung zu erfolgen (argumentum 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 vorliegt, 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 Eingriffintensität 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 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), 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>127</sup>. Demgegenüber darf das Gericht keine bestimmte Einrichtung im Beschluss vorgeben<sup>128</sup>, vielmehr wird die konkrete Unterbringungsinstitution von den Eltern festgelegt<sup>129</sup>.

Die Genehmigung ist gem. § 70 I 2 Nr. 1a 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.

---

<sup>127</sup> Bumiller, Ursula; Winkler, Karl, FGG, 7. Aufl., 1999, § 70 f, Rdz. 1.

<sup>128</sup> BayObLG, FamRZ 1993, 600; FamRZ 1994, 320, 322; OLG Düsseldorf, FamRZ 1995, 118.

<sup>129</sup> Keidel/Kuntze/Winkler/Kayser et al., FGG, 14. Aufl., 1999, § 70 f, Rdz. 3.

### 3.4.3. 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 RPfIG die Zuständigkeit des Rechtspflegers abgeleitet werden, da § 14 RPfIG in seinem Katalog die ausschließlich dem Richter vorbehaltene Verfügung der Maßnahme nach § 1631 b BGB nicht nennt<sup>130</sup>, allerdings untersagt § 4 II Nr. 2 RPfIG dem Rechtspfleger die Anordnung von Freiheitsentziehungen, die gem. Art. 104 II 1, 2 GG ausschließlich einer richterlichen Entscheidung unterliegen.

### 3.4.4. 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>131</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 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 (Kindeswohl als Leitlinie!) freiheitsentziehende Maßnahmen dar, die nach deren Beendigung "pro forma" genehmigt werden könnten. Hinz<sup>132</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 Rückwirkung". 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.

### 3.4.5. 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 Überprüfungspflicht hinsichtlich des Vorliegens der Unterbringungsvoraussetzungen. Nur auf diese Weise besteht die Möglichkeit, jederzeit unverzüglich und adäquat auf die sich ändernden Bedingungen der (psycho-)sozialen

---

<sup>130</sup> Vor Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes (BtG) am 01.01.1992 war die dem Richter obliegende Unterbringung gem. § 1631 b BGB in § 14 I Nr. 10 RPfIG geregelt, der jedoch mit Geltungsbeginn des BtG aufgehoben worden ist (FamRefK-Meyer-Stolte, § 14 RPfIG, Rdz. 17).

<sup>131</sup> Saage/Göppinger, Freiheitsentziehung und Unterbringung, § 1631 b, Rdz. 7.

<sup>132</sup> 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.

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 grammatischer 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 haben sie dementsprechend das Recht, die Freiheitsentziehung jederzeit wieder zu beenden<sup>133</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 Herausgabehindernis**

Eine objektive Grenze der elterlichen Unterbringungsaufhebungsbefugnis 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>134</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 Unterbringungsaufhebung, da der Herausgabeanspruch nach § 1632 I BGB wegen der Widerrechtlichkeitsklausel überhaupt 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, 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

<sup>133</sup> *Staudinger/Salgo*, BGB, Viertes Buch, Familienrecht, § 1631 b, Rdz. 28.

<sup>134</sup> *Staudinger/Salgo*, BGB, Viertes Buch, Familienrecht, § 1631 b, Rdz. 28.

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.

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

#### **3.5.1. 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>135</sup> sowie von Amts wegen nach Maßgabe des Amtsermittlungsgrundsatzes gem. § 12 FGG<sup>136</sup>.

Ob ein Unterbringungsantrag 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>137</sup>. Dass diese Freiheitsentziehung auch ohne den elterlichen Unterbringungsantrag (von Amts wegen) zulässig sein muss, zeigt die 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 einverstanden 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>138</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).

---

<sup>135</sup> Dass der durch die Eltern beantragte Erlass der einstweiligen Anordnung durch das Gericht auch abgelehnt werden kann, zeigt das elterliche Beschwerderecht gem. § 22 FGG.

<sup>136</sup> *Staudinger/Salgo*, BGB, Viertes Buch, FamR., § 1631 b, Rdz. 43 m.w.N.

<sup>137</sup> *Keidel/Kuntze/Kayser*, FGG, § 70 h, Rdz. 4.

<sup>138</sup> *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 kann 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>139</sup> gem. § 1631 b S. 2 BGB zum Zuge, wobei die Eltern (ggf. auch der behandelnde Arzt) die richterliche Genehmigung unverzüglich nachzuholen haben.

### **3.5.2. Rechtsschutz gegen die einstweilige Anordnung**

Sowohl die einstweilige Anordnung als auch deren Ablehnung können mit der befristeten (weiteren) Beschwerde gem. § 22 FGG angefochten werden, da sie 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 die erst mit Rechtskraft wirksam werdenden 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.

### **3.5.3. 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, 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).

## **3.6. Unterbringungsmodalitäten: Freiheitsentziehung versus Freiheitsbeschränkung**

“Unterbringung” bedeutet Fremdplatzierung des Kindes außerhalb des Elternhauses, wobei es auf die zeitliche Ausdehnung der Freiheitsentziehung nicht ankommt, so dass auch nur kurz-

---

<sup>139</sup> *Staudinger/Salgo*, BGB, Viertes Buch, FamR., § 1631 b, Rdz. 19.

fristige oder vorübergehende Maßnahmen dieser Art genehmigungspflichtig sind<sup>140</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.

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 freiheitsbeschränkende Maßnahmen nicht dem Anwendungsbereich dieser Norm<sup>141</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>142</sup> oder bei einer stationären Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt)<sup>143</sup>.

Mitumfasst wird ebenfalls die Heimerziehung bzw. eine sonstige betreute Wohnform nach § 34 SGB VIII, soweit sie mit freiheitsentziehenden (und nicht lediglich -beschränkende) 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 Erziehungsinternat nicht dieser Bestimmung<sup>144</sup>. Ebenso wenig werden lediglich unterbringungsähnliche Maßnahmen wie die Fixierung, Fesselung oder die medikamentöse Sedierung von § 1631 b BGB erfasst<sup>145</sup>; sie sind nach dem Willen des Gesetzgebers ausschließlich für die untergebrachten Betreuten unter den Voraussetzungen des § 1906 IV BGB zulässig<sup>146</sup>.

---

<sup>140</sup> *Staudinger/Salgo*, BGB, Viertes Buch, FamR., § 1631 b, Rdz. 11.

<sup>141</sup> 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).

<sup>142</sup> So das AG-Kamen, FamRZ 1983, 299; a.A.: *Damrau*, Anmerkung zum vorgenannten Judikat, 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.

<sup>143</sup> Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8, Familienrecht II, § 1631 b, Rdz. 2, bearbeitet von *Hinz; Palandt/Diederichsen*, BGB, § 1631 b, Rdz. 2.

<sup>144</sup> *Palandt/Diederichsen*, BGB, § 1631 b, Rdz. 3.

<sup>145</sup> 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.

<sup>146</sup> Nach der gesetzgeberischen Begründung zum Entwurf des BtG (BT-Drucksache 11/4528 v. 11.05.1989, S. 82) sind folgende Maßnahmen (lediglich) als (nicht genehmigungsbedürftige) Freiheitsbeschränkungen 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.

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 (dazu sogleich Problem-schwerpunkt 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 angesprochene § 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>147</sup>. Hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit dürften dieselben Kriterien heranzuziehen sein, wie sie für die Körperverletzung nach § 228 StGB gelten. Der nach der Einwilligung 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>148</sup>.

In Teilen der Literatur<sup>149</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 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>150</sup>, der nach dem Wortlaut des § 239 StGB keine zusätzlichen Überwachungs- und Kontaktverhinderungsmöglichkeiten voraussetzt<sup>151</sup>. Mit Recht weisen Amelung und Brauer<sup>152</sup> darauf hin, dass die Freiheit innerhalb einer geschlossenen Abteilung irrelevant sei, wenn der Betreffende sie nicht verlassen könne. Hinsichtlich der Zulässigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen

<sup>147</sup> Saage/Göppinger, Freiheitsentziehung und Unterbringung, § 1631 b, Rdz. 4.

<sup>148</sup> Leipziger Kommentar, StGB, 5. Bd., 10. Aufl., 1989 (LK-Schäfer), § 239, Rdz. 16.

<sup>149</sup> Sack, Hans-Jürgen; Denger, Burkhard, Freiheitsberaubung bei ungenehmigter Unterbringung von Kindern in jugendpsychiatrischen Kliniken?, MDR 1982, 972, 973.

<sup>150</sup> Bloy, René, Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie?, ZStW 98 (1984), 703.

<sup>151</sup> So auch Schumacher, Ulrich, Freiheitsberaubung und “Fürsorglicher Zwang” in Einrichtungen der stationären Altenhilfe, Stree/Wessels-FS, 1993, S. 431, 440 m.w.N.

<sup>152</sup> Amelung/Brauer, Anmerkung zum Beschluß des OLG Schleswig v. 15.06.1984, 1 Ws 366/84, JR 1985, 474, 475.

gem. Art. 5 Nr.1 lit. c EMRK bejaht auch Peukert<sup>153</sup> einen -entzug ebenfalls dann, wenn sich die Person innerhalb der Anstalt frei bewegen kann.

Schon das Reichsgericht<sup>154</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>155</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>156</sup> (= totale Fixierung auf kleinstem Raum).

### 3.7. 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>157</sup>, verfügt über eine besondere, nicht nur 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 können 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)?

---

<sup>153</sup> EMRK-Kommentar/*Frowein/Peukert*, 2. Aufl., 1996, Art. 5, Rdz. 11.

<sup>154</sup> RGSt 8, 210, 211; RG-JW 1929, 2729 mit Zustimmung von *Graf zu Dohna*.

<sup>155</sup> Leipziger Kommentar, StGB, (LK-*Schäfer*), § 239, Rdz. 19.

<sup>156</sup> So auch zutreffend von *Schumacher, Ulrich*, Rechtsstaatliche Defizite im neuen Unterbringungsrecht, FamRZ 1991, 280, 281, bewertet.

<sup>157</sup> *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.

- 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 die Umsetzung des staatlichen Wächteramtes gem. Art. 6 II 2 GG dar?
- 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, Kapitel 3.8.)?
- 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 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 (argumentum 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>158</sup>, zeigt (neben dem Wortlaut des § 1631 b BGB, der ausschließlich von “Unterbringung” spricht) der unmittelbare systematische Zusammenhang 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>159</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 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 bzw.

<sup>158</sup> So i.E. auch LG Essen, FamRZ 1993, 1347, 1348 sowie *Dodegge*, Anm. zum vorgenannten Judikat, S. 1348.

<sup>159</sup> BT-Drucksache 11/4528, v. 11.05.1989, S. 82 f.

Jugendlichen ausgeht, so dass in dieser Frage ein dringender Regelungsbedarf indiziert ist (vgl. Kapitel 1.5.).

Darüber hinaus bestehen 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 Sorgerechtelelementen 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 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>160</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 Bindungsstörungen darstellen<sup>161</sup>. Diese Krankheitsbilder können u.U.

<sup>160</sup> Gollwitzer/Rüth, Die geschlossene Unterbringung Minderjähriger aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, FamRZ 1996, 1388, 1390.

<sup>161</sup> 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 Kapitel 2.1.2.

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, Kapitel 3.8.).

### **3.8. Problemschwerpunkt [3]: Garantenpflichtigkeit in der Kinder- und Jugendhilfe<sup>162</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, 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 Geländer 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 bringt 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>163</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 Verabreichung 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

<sup>162</sup> An dieser Stelle sei nochmals (vgl. Kapitel 2.4.1. 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.

<sup>163</sup> *Hoehne/Wolf*, Stationäre Psychotherapie mit Jugendlichen, S. 333, 334, in: *Laux/Reimer* (Hrsg.), *Klinische Psychiatrie II*.

können<sup>164</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 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>165</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, die für alle Maßnahmen nach dem KJHG gelte.

Dagegen lehnte das dem OLG Oldenburg vorgelegte Berufungsurteil der 7. Strafkammer des LG Osnabrück<sup>166</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. Letztlich wird auch die Entstehung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit aufgrund tatsächlicher Übernahme in einem Nebensatz gezeugnet - 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.

---

<sup>164</sup> Nissen, Gerhard, Suizidversuche und Suizide, S. 301, 309, in: Eggers/Lempp/Nissen/Strunk (Hrsg.), Kinder- und Jugendpsychiatrie, 5. Aufl., 1989.

<sup>165</sup> OLG Oldenburg, NStZ 1997, 238.

<sup>166</sup> LG Osnabrück, NStZ 1996, 437 f.

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 dabei die im neueren Schrifttum entwickelte Figur des Beschützergaranten, jedoch ohne sich auch nur ansatzweise damit auseinander zu setzen, denn sonst hätte es im konkret zu entscheidenden Fall anders urteilen müssen - nämlich 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>167</sup>. Zutreffend konstruiert Bringewat<sup>168</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." Mit der überzeugenden "Bringewat'schen Garantenformel" lassen sich sowohl der Entstehungsgrund, als auch die Reichweite des "Beschützergaranten kraft faktischer Übernahme" präzise bestimmen.

Außerdem besteht alternativ hierzu die Garantenpflicht aufgrund gesetzlicher Vorgaben. Fraglich ist allerdings, woraus sich diese gesetzliche Pflicht (ausgehend vom SGB VIII) normativ ableiten lässt. Nicht zuzustimmen ist dem OLG Oldenburg<sup>169</sup> und Bringewat<sup>170 171</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 Leistungsbeschreibung beinhaltet) gleichzeitig und ausnahmslos eine Garantenpflicht hineinzuzinterpretieren, hieße die Obhuts- und Schutzpflichten der Jugendarbeit um ein Vielfaches des real überhaupt Machbaren zu überdehnen. Insoweit greift der Einwand des LG Osnabrück<sup>172</sup>, von Cramer<sup>173</sup> und von Oehlmann-Austermann<sup>174</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>175</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 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 zudem, warum (um nur wenige Bestimmungen zu nennen) das Jugendamt im Falle der Selbstmeldung gem. § 42 II 1

<sup>167</sup> 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 Ur. d. LG Osnabrück, NStZ 1996, 440.

<sup>168</sup> Bringewat, NStZ 1996, 440, 441; ders., Anm. zum Ur. d. OLG Oldenburg, StV 1997, 135; ders., NJW 1998, 944, 945, Kommunale Jugendhilfe und strafrechtliche Garantenhaftung.

<sup>169</sup> OLG Oldenburg, NStZ 1997, 238.

<sup>170</sup> Bringewat, NStZ 1996, 440, 441 f.; NJW 1998, 944, 946.

<sup>171</sup> 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".

<sup>172</sup> LG Osnabrück, NStZ 1996, 437, 438.

<sup>173</sup> Cramer, Anm. zum vorgenannten LG-Urteil, NStZ 1997, 238, 239.

<sup>174</sup> Oehlmann-Austermann, ZfJ 1997, 57, 58, Anm. zum Ur. d. OLG Oldenburg, der strafrechtliche Konsequenzen auch ggf. ohne Bejahung einer Garantenpflicht für möglich hält.

<sup>175</sup> LG Osnabrück, NStZ 1996, 437, 438.

SGB VIII (Kapitel 2.3.) 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 Nichteingreifen des Jugendamtes unter Verkennung garantenbegründender Kategorien im mehr oder weniger (straf-)rechtsfreien Raum abspielt, der gerichtlich nur begrenzt justitiabel ist<sup>176</sup>. Doch eben so wenig, 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. Kapitel 2.3.1., 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

---

<sup>176</sup> 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. Hier unterließ 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 zeigt sich, 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 ihrer Verantwortung entziehen 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.

§ 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 besten 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 (Kapitel 5.2.) behandelt werden (so die jetzige Rechtslage)?

De lege ferenda ist diesbezüglich eine baldige Regelung durch den Gesetzgeber notwendig (siehe auch Kapitel 3.6., Problemschwerpunkt 2 und Kapitel 1.5.).

### **3.9. Annex: Folgerungen aus dem sog. Wittig-Urteil des Bundesgerichtshofs (BGHSt 32, 367 ff.)<sup>177</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 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.

---

<sup>177</sup> 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 Morphium 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. MedR 2001, 354, 357, dort Fn. 24) betreffend die [übrigen] BGH-Entscheidungen des 3. Strafsenates hinsichtlich der Sterbehilfe).

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>178</sup> in seiner Besprechung zu dieser Entscheidung die Paralisierung der Straflosigkeit der Beihilfe zur Selbsttötung durch Anwendung des § 323 c StGB - anders ausgedrückt: was aus Akzessorietätsgründen nicht mit dem unechten Unterlassungsdelikt strafrechtlich fokussiert werden kann (aber nach der Zielvorstellung des BGH doch nicht ungesühnt bleiben soll), muss zumindest 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 vom BGH genannter Aspekt einigen Vorbehalten: 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 (wenigstens 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 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 Kapitel 2.4.1. d, bb, X). Genau so war es jedoch im vorliegenden Fall nicht. Bei Frau U. einen „latenten Rettungswillen“ annehmen zu wollen, hieße ihren Wunsch, in Würde sterben zu können, auf das Gröblichste 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“. - Insoweit 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 dür-

---

<sup>178</sup> Ranft, Anm. in JZ 1987, 911, 913.

fen. 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>179</sup> beruht (BGH aaO. S. 374, 377), ist selbstverständlich<sup>180</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 des bisherige 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). 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” eines Garantenpflichtigen gegenüber der fehlenden Haupttat durchsetzt bzw. deren Fehlen kompensiert, um eine Bestrafung aus dem unechten Unterlassungsdelikt auch ohne (!) 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 expressis 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 §

<sup>179</sup> Schmidhäuser, Eberhard; Alwart, Heiner, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1984, Kap. 12, Rdz. 27.

<sup>180</sup> Einen 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”).

323 c StGB umgeht - ist im vorliegenden Bereich der Kinder- und Jugendsuizidalität dennoch (zumindest im Ergebnis) zuzustimmen.

Die im Kapitel 2.4.1. 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>181</sup> bereits vor 25 Jahren auf die unterschwellige Hoffnung des Parasuizidenten auf Erhörung seines Verzweiflungsschreies hin - um wie vieles 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 Suizidententscheidung 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 Fürsorgepflichtigen) 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 unterstellte 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 Suizidentenschlusses - 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>182</sup> erhebliche Bedenken, ob und wann generell (und altersunabhängig) der angeblich freiwillig-ernsthafte Suizidwille tatsächlich "frei" ist. Und zutreffend deutet Herzberg<sup>183</sup> das zugrundeliegende Problem aller Suizidententscheidungen 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

---

<sup>181</sup> Geilen, Suizid und Mitverantwortung, JZ 1974, 145, 148, 153, 154.

<sup>182</sup> 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.

<sup>183</sup> Herzberg, Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt (Teil 4), JA 1985, 131, 336.

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 (wenngleich auch) 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 Garantspflicht grundsätzlich nicht berufen können (vgl. hierzu den Fall "Jenny" in Problemschwerpunkt 3 a.E.)

Selbst bei Negierung einer Garantspflicht 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.

### **3.10. 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.

#### **3.10.1. § 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 materiellen Geltungsbereiches des StVollzG erlaubt, auf den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe übertragen werden (siehe auch 3.9.2.).

Allerdings ist der entsprechenden Heranziehung dieser Vorschrift für das Terrain der Kinder- und Jugendhilfe mit Skepsis zu begegnen, weil diese Regelung zum einen nach dem Stand der Praxis auf extreme Ausnahmefälle beschränkt ist<sup>184</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>185</sup> den wichtigsten (aber auch nahezu ausschließlichen) Anwendungsbereich des § 101 StVollzG<sup>186</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>187</sup>, gegeben sein soll bzw. bei schwerwiegender Gefahr für die Gesundheit des Untergebrachten, die von der Kommentarliteratur<sup>188</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>189</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 3.9.2. 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.

---

<sup>184</sup> *Calliess/Müller-Dietz*, StVollzG, 7. Aufl. 1998, § 101, Rdz. 3.

<sup>185</sup> *Weis, Kurt*, *Freitod in Unfreiheit*, ZRP 1975, 83, 91.

<sup>186</sup> *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 Gefangenensuizids 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 obsoletere) Ausnahmekarakter des § 101 StVollzG veranlasste *Zieger* (Stellungnahme zum Gesetz zur Änderung des § 101 StVollzG (Zwangsernährung), StV 1985, 127, 129) zum Vorschlag seiner „tabula-rasa-Lösung“, der ersatzlosen Streichung dieser Norm, die keinerlei Regelungsgehalt (mehr) enthalte.

<sup>187</sup> *Calliess/Müller-Dietz*, StVollzG, § 101, Rdz. 7.

<sup>188</sup> Vgl. die vorgenannte Fußnote.

<sup>189</sup> *Ostendorf*, *Das Recht zum Hungerstreik*, GA 1984, 308 (S. 316, These 9), (S. 320, These 13); *Schwind/Böhm/Müller*, StVollzG, § 101, Rdz. 20; *Calliess/Müller-Dietz*, StVollzG, § 101, Rdz. 3; *Herzberg*, ZStW 91 (1979), 557, 578, der zutreffend auch von der Unbeachtlichkeit einer entgegenstehenden freiverantwortlichen Suizidentscheidung ausgeht.

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 weitest mögliche 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 2 StVollzG herausgelesen werden kann. Bei der Unterbringung von Kindern bzw. Jugendlichen i.S.d. § 1631 b BGB ist aber im Regelfall keine freie, zumindest aber eingeschränkte Willensbestimmung anzunehmen. 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 dermaßen 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 3.10.2.).

### **3.10.2. §§ 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 bereit hält - 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 Betroffenen 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>190</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.

---

<sup>190</sup> *Calliess/Müller-Dietz*, StVollzG, § 88, Rdz. 1; *Schwind/Böhm/Müller*, StVollzG, § 88, Rdz. 2.

Dennoch sind die soeben genannten Maßnahmen - auch unter strikter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes - einer Analogie nicht zugänglich. Warum kann § 88 StVollzG nicht entsprechend mit einbezogen werden, obwohl diese Norm gegenüber den inkompatiblen Tatbestandsvoraussetzungen des § 101 StVollzG die weitaus geringeren Implementationschwierigkeiten 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>191</sup> dienen (sollen<sup>192</sup>).

Auch wenn vorliegend lediglich die analoge Anwendbarkeit spezifischer 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 übereinstimmend 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. Pkt. 3.9.1., § 101 StVollzG). Aus dieser Analogieklausel des § 178 I StVollzG wiederum ist zu folgern, dass die besonderen Sicherungsmaßnahmen gem. §§ 88 -

---

<sup>191</sup> *Schwind/Böhm/Müller*, StVollzG, § 88, Rdz. 1.

<sup>192</sup> 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 dass den primär (aber nicht ausschließlich) präventiv ausgerichteten Sicherungsmaßnahmen nach §§ 81 ff. StVollzG auf der Sekundärebene auch eine mittelbare, indirekt-repressive Komponente zukommt.

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 „repressiver Charakter“ 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 (!) zurückgreifen müsste, die nach eindeutiger grammatikalischer, systematischer und teleologischer Konzeption ausschließlich für die Realisierung von Kriminalstrafen - und 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 zivilrechtsgemässen Spur nach - trotz aller geäußerten Bedenken - näher liegen) der Vorzug gewährt werden würde.

### 3.10.3. § 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 scheitert die analoge Heranziehung dieser prozessualen Norm daran, dass sie (- die eine Folge der Garantienstellung gegenüber U-Häftlingen beinhaltet<sup>193</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.

## 3.11. 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 bei-

<sup>193</sup> Kleinknecht/ Meyer-Goßner, StPO, § 119, Rdz. 41.

den 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 vor allem verfassungsrechtliche Fragestellungen hierdurch aufwerfen.

Nach entsprechenden Pressemitteilungen der dpa/AP<sup>194</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 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, 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>195</sup> den Gesetzgeber davor bewahren, auf einfachgesetzlicher Ebene (§ 216 StGB) das anzuerkennen, was Wagner<sup>196</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:

---

<sup>194</sup> dpa/AP in: taz, die tageszeitung, 12.08.1999, Nr. 5910, S. 5; vgl. auch Südwestpresse (ST), 13.08.1999, S. 2.

<sup>195</sup> Eine moraltheologische Auseinandersetzung mit der Thematik Euthanasie bietet *Markus Zimmermann-Acklin*: Euthanasie: eine theologisch-ethische Untersuchung; Studien zur theologischen Ethik, 79; Diss. theol. Fribourg, 1997.

<sup>196</sup> *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*.

1. Ebene: Wie groß ist die Tragweite eines Grundrechtsverzichts im verfassungsrechtlichen Spannungsfeld zwischen (verzichtsermöglichenden) subjektiv-rechtlichen Abwehransprüchen einerseits und der (verzichtseinschränkenden) objektiven Wertordnung andererseits? (= grundrechtstheoretische Frage des Grundrechtsverzichts)?
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 Grundrechtsverzichts 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 Grundrechtskollision)?
4. Ebene: Können Kinder bzw. Jugendliche einen derartigen Grundrechtsverzicht wirksam ausüben? (= Frage der Grundrechtsmündigkeit).

Zunächst birgt die Anerkennung eines Grundrechtsverzichts 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 - unabhängig davon, ob es um die Reichweite der allgemeinen Handlungsfreiheit von Kindern, Jugendlichen oder Erwachsenen geht. 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 (bzw. zu können), 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- und Ausnahmefälle schwerster, irreversibler Krankheitsbilder zu einem verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf ein baldiges Sterbendürfen verdichten.

Um diese Problematik zumindest annähernd einem ethisch wie rechtlich vertretbaren Lösungsansatz zuzuführen, seien zunächst einige grundrechtstheoretische Überlegungen auf einer ersten Ebene voran gestellt. Vorab ist jedoch mit Wassermann<sup>197</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.

---

<sup>197</sup> Wassermann, Rudolf, Das Recht auf den eigenen Tod, DRiZ 1986, 291, 292.

- 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>198</sup> - mit einem modernen und vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung postulierten Grundrechtsverständnis<sup>199</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>200</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 Abwehranspruch. Der janusköpfige Charakter der Grundrechte als subjektive Abwehrrechte und zugleich als spiegelbildlicher Teilausschnitt der objektiven Wertordnung führt zu einer grundrechtsimmanenten Schutzbereichsbegrenzung, 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 Abwehranspruch 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 die Beeinträchtigung von besonderer Dauer und Schwere ist<sup>201</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) absolute 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

---

<sup>198</sup> Dürig, Günter, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), S.117, 152 unter Berufung auf den römisch-rechtlichen Grundsatz "volenti non fit iniuria".

<sup>199</sup> Schon ansatzweise vertreten von Sturm, Gerd, Probleme des Verzichts auf Grundrechte, in: Festschrift für Willi Geiger, Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, 1974, S. 173 f., 188, 190, 195, 198 unter Bezugnahme 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; 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 - Kalckar-Beschluß; E 53, 30, 57 - Mülheim-Kärlich-Beschluss.

<sup>200</sup> Nachweise in der vorgenannten Fußnote.

<sup>201</sup> Vgl. Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1, Rdz. 27 m.w.N.

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 Schmidhäuser<sup>202</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 entfiere. In Anlehnung an die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB betont Schmidhäuser die Unbeachtlichkeit einer "Einwilligung". Auch die zielgerichtete Selbsttötung verletze den Achtungsanspruch, solange - von dieser Bedingung macht Schmidhäuser seine Bewertung abhängig - dem Suizidentschlossenen sein Leben nicht eine unerträgliche Belastung auferlege. Schmidhäuser 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 Schmidhäuser (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 machbare Lebensverlängerung gerichtet sei<sup>203</sup>. Schmidhäusers Abgrenzungskriterium hinsichtlich der Dispositionsbefugnis über das eigene Leben besteht somit 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 Schmidhäuser für den Ausnahmefall der Unzumutbarkeit des Weiterlebens die Durchbrechung der "Unverfügbarkeitsmaxime" im Rahmen der objektiven Wertordnung zugunsten eines ausnahmsweise vorrangigen Dispositionsrechts vor dem Hintergrund der klassischen Grundrechtsdoktrin.

Nach dieser grundrechtstheoretischen Betrachtung unter der Perspektive des objektivrechtlichen 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.

Unter der Chiffre "Grundrechtskonkurrenz" bezeichnet die Literatur<sup>204</sup> den Fall, dass das Verhalten eines Grundrechtsinhabers vom Schutzbereich mehrerer Grundrechte erfasst wird. Werden die Schutzbereiche 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,

---

<sup>202</sup> Schmidhäuser, Eberhard; Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., 1983, Kap. 2, Rdz. 1, 2, 7, 9.

<sup>203</sup> Vgl. hierzu auch die insoweit gleichlautende Auffassung des BGHSt 32, 367, 379 im sog. Wittig-Urteil.

<sup>204</sup> Bleckmann/Wiethoff, Zur Grundrechtskonkurrenz, DÖV 1991, 722.

dass hierbei alle einschlägigen Grundrechte gleichermaßen zur Anwendung gelangen (= parallele/synchrone Schutzbereichseröffnung). Hieran anknüpfend ergibt sich die Frage, welche der unterschiedlichen Grundrechtsschranken in diesem "Grundrechtsensemble" heranzuziehen ist.

Auch bei der Qualifizierung der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG als "subsidiäre Generalklausel der Freiheitsrechte"<sup>205</sup> mit der methodischen Konsequenz, dass die speziellen Freiheitsrechte zuerst zu prüfen sind<sup>206</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 Kernbereich 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>207</sup> unterbreitete "Lösungsansatz" ist prägnant: 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>208</sup> ein "autonomer Bereich privater Lebensgestaltung, in welchem der Grundrechtsinhaber seine Individualität entwickeln und wahren kann." Jarass<sup>209</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 juristische Akzeptanz<sup>210</sup> der passiven Sterbehilfe (= Verzicht auf

---

<sup>205</sup> Diese treffend-pointierte Kurzformel stammt von Jarass, in Jarass/Pieroth, GG, Art. 2, Rdz. 1.

<sup>206</sup> Jarass/Pieroth, GG, Art. 2, Rdz. 3.

<sup>207</sup> Bleckmann/Wiethoff, Zur Grundrechtkonkurrenz, DÖV 1991, 722, 724, 729.

<sup>208</sup> BVerfGE 79, 256, 268.

<sup>209</sup> Jarass, Hans Dieter, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857, 859.

<sup>210</sup> 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 diskutierten 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.

lebenserhaltende Maßnahmen<sup>211</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 nehmen- den Konsequenz eines dadurch beschleunigten Todesintritts) unterstreicht dieses Menschenrecht. Wassermann<sup>212</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, klingt zynisch 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 anthropozentrisch 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>213</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 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 immerhin ein Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben abgeleitet werden, das in Gestalt der passiven wie der aktiv-indirekten Sterbehilfe dem Junktum der objektiven Wertordnung der Verfassung entspricht, so dass sich der anfangs erwähnte status negativus und der

<sup>211</sup> Zu den lebenserhaltenden Maßnahmen gehören künstliche Wasser- und Nahrungszufuhr, Sauerstoffversorgung, künstliche Beatmung, Medikation, Bluttransfusion und Dialyse.

<sup>212</sup> Wassermann, Rudolf, Das Recht auf den eigenen Tod, DRiZ 1986, 291, 293.

<sup>213</sup> Nelson, Leonard, Fortschritte und Rückschritte der Philosophie (1919/26) in: Lektüre zwischen den Jahren, ausgewählt von Hans-Joachim Simm, Insel-Verlag, 1997, S. 78.

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>214</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>215</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 (= antizipierte passive Sterbehilfe).

Gegenüber schwerstfehlgebildeten 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 unausweichliches 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>216</sup> inhaltlich nahezu identisch sind.

---

<sup>214</sup> Abgedruckt in: Deutsches Ärzteblatt 95, H.39, 29.09.1998, S. C-1690 f.

<sup>215</sup> Palliativbehandlung = Linderung der (Schmerz-)Folgen eines unheilbaren Krankheitsverlaufs unter Beibehaltung der therapieresistenten Grunderkrankung ("Symptomtherapie" anstelle einer Ursachenbehandlung).

<sup>216</sup> Abgedruckt in NJW 1996, 767 f. mit Kurzkommentierung.

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 Grundrechte mehrerer Grundrechtsträger (also mindestens zwei) gegenüberstehen - dann liegt eine Grundrechtskollision vor:

- Grundrechtskonkurrenz = intrapersonale Grundrechtsvielfalt
- Grundrechtskollision = interpersonale Grundrechtsvielfalt

Das Dilemma der Grundrechtskollision liegt darin, dass die Grundrechtsausübung eines Grundrechtsträgers mit der Grundrechtsausübung eines anderen Grundrechtsinhabers nicht vereinbar ist, da sich mehrere Grundrechtssphären überschneiden. Jarass<sup>217</sup> benennt die Folgen dieser Kollision: die an diesem Konflikt beteiligten Grundrechte werden zur Schranke des bzw. der anderen Grundrechte.

Innerhalb dieser 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. In dieser Kollision darf nicht unter Heranziehung höchstrichterlicher Entscheidungen<sup>218</sup> bei Zweifeln an der konkreten Grundrechtspriorität innerhalb der Interessenkollision "Eltern-Kind" apodiktisch auf den grundsätzlichen Vorrang der Kindesinteressen verwiesen werden. 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 Kapitel 2.3.1., 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. Ebenen 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 seine (gesetzlich definierte) Vollendung 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

<sup>217</sup> Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1, Rdz. 37.

<sup>218</sup> BVerfGE 61, 358, 378; E 72, 122, 137; E 75, 201, 218 f.; E 79, 203, 210 f.

entscheidung 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 folgenschweren 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.

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>219</sup> - womit das zuvor diskutierte Problem der frei- bzw. eigenverantwortlichen Suizidentscheidung bei Kindern und Jugendlichen - jetzt unter der Chiffre der Grundrechtsmündigkeit - 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 privatrechtlichen Wertungskriterien 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.

---

<sup>219</sup> Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1, Rdz. 27 m.w.N.

## 4. 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.

### 4.1. § 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, welche 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>220</sup>.

#### 4.1.1. § 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 Urteils erwartung<sup>221</sup> impliziert (“bis zur Rechtskraft des Urteils”), muss zunächst der Verdacht einer Straftat vorliegen. Über einen bestimmten Verdachtsgrad 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 vorläu-

<sup>220</sup> Vgl. hierzu auch Art. 5 Nr. 1 lit.d EMRK.

<sup>221</sup> Dies schließt bereits begrifflich die Anwendung des § 71 JGG aus, wenn eine Verfahrenseinstellung aufgrund diversionsrechtlicher Bestimmungen gem. §§ 45, 47 JGG in Betracht kommt.

figen 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 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>222</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>223</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>224</sup>;
- Nr. 8 Umgangsverbote bzgl. bestimmter, schädlichen Einfluss ausübender Personen.

Alle o.g. 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 Anordnungscompetenz in § 71 I, 1. Var. JGG besitzt der Jugendrichter nach § 71 I, 2. Var. JGG eine Anregungskompetenz hinsichtlich der Gewährung von Leistun-

---

<sup>222</sup> Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 71, Rdz. 4 und Ostendorf, JGG, § 71, Rdz. 3 verzichten auf die elterliche Zustimmung; Eisenberg, JGG, § 71, Rdz. 4 hingegen fordert deren Zustimmung.

<sup>223</sup> Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 71, Rdz. 6; Ostendorf, JGG, § 71, Rdz. 6.

<sup>224</sup> 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.

gen 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>225</sup>, so dass auch die Verhängung von “Ungehorsamsarrest” mangels gesetzlicher Grundlage (argumentum 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.

### 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>226</sup>, weil die Rechtskraft lediglich deren Anordnung ab diesem Zeitpunkt für unzulässig erklärt. Aufgrund dieses Bescheidungsfordernisses 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

Der 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.

## 4.1.2. 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 in einem (möglicherweise geschlossenen) Heim der Jugendhilfe unterbringen läßt. Diese Unterbringungsentscheidung steht jedoch nicht alternativ zur Vorgehensweise in Abs. 1, sondern sie erfordert zusätzlich zu den dort genannten Tatbe-

<sup>225</sup> Ostendorf, JGG, § 71, Rdz.10; Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 71, Rdz. 6.

<sup>226</sup> Brunner/Dölling, JGG, § 71, Rdz. 13.

standsvoraussetzungen, 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 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. 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" 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 - niedrighschwelligen Wiederholungsgefahr-Verdachtsgrades regen sich erneut die Bedenken, die sich aus der Unschuldsvermutung nach Art. 6 II EMRK ergeben, die nun in doppelter Weise zusätzlich durch eine erst künftige, potentielle Straferwartung (neben den zu erwartenden Maßnahmen) beeinträchtigt ist. Insofern ist Eisenbergs<sup>227</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 Er-

---

<sup>227</sup> Eisenberg, JGG, § 71, Rdz. 7.

wachsene 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>228</sup>.

Eine Entwicklungsgefährdung hat der Gesetzgeber<sup>229</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. 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, weil sich die einstweilige Unterbringung im Nachhinein als undurchführbar bzw. ungeeignet erweist und die Haftvoraussetzungen fortbestehen.

#### **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>230</sup>, die entsprechend der ratio legis des § 71 JGG einer weiteren Entwicklungsgefährdung oder "kriminellen Verfestigung" entgegenwirken können. Die Literatur<sup>231</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>232</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 (fluchtverhindernde) Untersuchungshaft gem.

<sup>228</sup> Vgl. hierzu auch Art. 5 Nr. 1 lit.d EMRK.

<sup>229</sup> BT-Drucksache 11/5829, S. 30.

<sup>230</sup> OLG-Hamm, NJW 1999, 230.

<sup>231</sup> Heßler/Raabe/Schruth, Das "Heim" als betreutes Wohnangebot der Jugendhilfe zur Vermeidung von Untersuchungshaft, ZfJ 1997, 35 ff.

<sup>232</sup> Siehe in Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 71, Rdz. 14 mit etlichen Nachweisen über den Streitstand.

§ 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>233</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>234</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 Jugendstraferwartung 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. 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 Erziehungsmaßregeln bis zur Jugendstrafe) eröffnet, bezog sich § 71 II JGG a.F. ausschließlich auf die zu prognostizierende Jugendstrafe. Demgemäß hätte sich nach der 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>235</sup>, die in der fluchtsicheren Heimunterbringung keine U-Haft-Alternative zu erkennen vermochten, zumal sich die Stabilisierung des Jugendlichen oft auch ohne Verwendung von Gittern und Schlössern erzielen lasse. Aus der jugendrichterlichen Praxis<sup>236</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 offen ließen, 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 stopp -) gleichrangig und

---

<sup>233</sup> Heßler/Raabe/Schruth, ZfJ 1997, 35, 40, 42.

<sup>234</sup> BT-Drucksache 11/5829 v. 27.11.1989, S. 29.

<sup>235</sup> Böhm, Alexander, Zur Reform der Untersuchungshaft an jungen Gefangenen, *Dünnebier-FS*, 1982, S. 677, 680.

<sup>236</sup> 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.

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 einzigen, 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. Beispielfall.

Im Runderlass des Hessischen Justizministers vom 13.04.1993 heißt es 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 als *para*, wenn nicht gar als *contra legem* zu bezeichnen sein, immerhin stellt sie das Primärziel dieser Norm, mit einem möglichst hohen “pädagogischen Wirkungsgrad” effektiv 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>237</sup> und des OLG Hamburg<sup>238</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 “angemessen” zu bezeichnen ist. In diesem Kontext warnt der Pädagoge Hans Thiersch<sup>239</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 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>240</sup> beschreibt eindrücklich die Entwicklung einer “Insassen- und Knast-Mentalität” im Rahmen einer geschlos-

<sup>237</sup> (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. der §§ 71 Abs. 2, 72 Abs. 3 JGG?, ZfJ 1981, 461, 462, dort Fußnote 12.

<sup>238</sup> 1 Ws 253/81 vom 31. Juli 1981, S.3 - zitiert in *Giehring, ZfJ* 1981, 461, 462, dort Fußnote 13.

<sup>239</sup> *Thiersch, Hans*, Kinderkriminalität und die Frage nach Normen und Abweichungen, in: *Müller, Siegfried; Peter, Hilmar* (Hrsg.), *Kinderkriminalität*, Opladen 1998, S. 27, 43.

<sup>240</sup> *Trauernicht, Gitta*, ZfJ 1991, 520, 522.

senen 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>241</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>242</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 wiedergewonnenen Freiheit nach wie vor Delikte zu begehen (das in Kapitel 1 beschriebene Beispiel der zahllosen Tageswohnungseinbrüche 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 ins 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 nicht immer helfen kann, "mit dem Jugendlichen ganz offen darüber zu reden". Vielmehr gleicht deren Argumentation einer "Freiheits-tautologie", die das gewünschte Ergebnis einer um keinen Preis geschlossenen Unterbringung bereits vorwegnimmt, ohne eine andere geeignete Interventionsform zu 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 bei-

---

<sup>241</sup> Eisenberg, Ulrich, Möglichkeiten und Grenzen der Heimunterbringung nach §§ 71 Abs. 2, 72 Abs. 3 JGG, ZfJ 1987, 325, 330.

<sup>242</sup> 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).

spielsweise die Gefahr weiterer Taten) nicht oder nicht in gleicher Weise geeignet ist, weil hierdurch die staatliche Pflicht zur ausreichenden Interventionsintensität 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 ziehen 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 freiheitsentziehende 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 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 realisierbare 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 Insti-

tution auszuwählen ist, die dem Primärziel des § 71 II JGG im oben beschriebenen Regelfall näher kommen wird.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Jugendhilfe bei der einstweiligen Unterbringung nach § 71 II JGG eine die Garantenpflicht begründende öffentlich-rechtliche Aufsichtspflicht innehat<sup>243</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>244</sup>. Die Rechtsmittelbeschränkung des § 55 I JGG gilt in § 71 II JGG nicht<sup>245</sup>.

## 4.2. Die Untersuchungshaft gem. § 72 JGG

### 4.2.1. 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>246</sup>. Während dort in den Absätzen I und II deren kumulative Voraussetzungen - dringender Tatverdacht und Bestehen eines Haftgrundes - beschrieben

<sup>243</sup> Busch, Manfred, Aufsichtspflicht und Haftung in der Jugendhilfe, ZfJ 1996, 456, 460.

<sup>244</sup> HansOLG, NJW 1963, 1167 f.; NJW 1964, 605 f. unter Berufung auf Art. 2 II 2, 3 i.V.m. Art. 104 GG.

<sup>245</sup> Eisenberg, JGG, § 71, Rdz. 16; Brunner/Dölling, JGG, § 71, Rdz. 11.

<sup>246</sup> Heftiger Polemik wird die verfahrenssichernde Zielrichtung von Weidermann (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 weniger polemischen Auseinandersetzung mit den gesetzlichen Voraussetzungen der U-Haft und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wäre Weidermann (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.

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 Jugendstrafrechts 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.

§ 72 JGG beinhaltet eine differenziert strukturierte Ausformung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (insbesondere durch die Subsidiaritätsklausel): 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 noch strenger 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-Vollzugs 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 Eruierung 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>247</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-Haftkatamnese die Unschuldsvermutung als “rechtsstaatlichen Schnörkel” zu bezeichnen, wie dies im älteren Schrifttum<sup>248</sup> geschehen ist, klingt nicht nur polemisch, sondern diffamiert und missachtet die Bedeutung dieses zentralen Verfahrensgrundsatzes<sup>249</sup>.

Eine Alternative eigener Art zur U-Haft bietet allerdings § 72 IV JGG, der - trotz Vorliegens der Haftvoraussetzungen - stattdessen den Richter zur einstweiligen Unterbringung nach § 71 II JGG befugt (bzw. verpflichten kann)<sup>250</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.

#### **4.2.2. Untersuchungshaftzweck in § 72 JGG versus Erziehungszweck mit Bezügen zu Art. 5 Nr. 1 lit. d. EMRK<sup>251</sup>**

Von der 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 erzieheri-

---

<sup>247</sup> Jehle, Jörg-Martin, Voraussetzungen und Entwicklungstendenzen der Untersuchungshaft, *Bewährungshilfe* 1994, 373, 378.

<sup>248</sup> 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, *Dünnebieber-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.

<sup>249</sup> Vgl. Art. 5 Nr. 1 lit.d EMRK in Pkt. 2 a.E.

<sup>250</sup> 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.

<sup>251</sup> 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. 4a GG i.V.m. § 13 Nr. 8a BVerfGG, welche die Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verlangt. Daher bleibt in derartigen Fällen lediglich die Möglichkeit einer sog. Individualbeschwerde gem. Art. 25 ff. EMRK.

schen Erwägungen<sup>252</sup>: zum einen, weil sich hierbei (wie auch in § 71 JGG) Bedenken aus der Unschuldsvermutung gem. Art. 6 II EMRK ergeben, 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 niedrig zu halten. Dies ist um so vordringlicher, als Ostendorf<sup>253</sup> eine in den letzten Jahren kontinuierlich ansteigende Zahl junger U-Häftlinge festgestellt hat, wobei lediglich 30 - 40 % überhaupt eine vollstreckbare Jugendstrafe erhalten haben. 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>254</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 Justizpraxis dennoch zunehmend inhaftiert, ergeben sich hieraus neben den bereits genannten rechtsstaatlichen auch besondere (jugend)kriminalpolitische Bedenken. Eisenberg und Tóth<sup>255</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>256</sup>.

Die soeben 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

---

<sup>252</sup> Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 72, Rdz. 5.

<sup>253</sup> 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).

<sup>254</sup> Jehle, Jörg-Martin, Voraussetzungen und Entwicklungstendenzen der Untersuchungshaft, BewHi 1994, 373, 382.

<sup>255</sup> Eisenberg/Tóth, Über Verhängung und Vollzug von Untersuchungshaft bei Jugendlichen und Heranwachsenden, GA 1993, S. 293, 295.

<sup>256</sup> Eisenberg/Tóth, GA 1993, 293, 304 m.w.N.

zugleich materielles Bundesgesetz denselben Geltungsrang<sup>257</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 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>258</sup>. Die zweite Alternative deckt primär die U-Haft ab, die jedoch nicht (unbedingt) der Vorführung vor einen Strafrichter dienen muss<sup>259</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>260</sup>). Insbesondere diene die zweite Alternative auch der Prüfung, ob eine “überwachte Erziehung” anzuordnen ist<sup>261</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 gene-

---

<sup>257</sup> 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.

<sup>258</sup> EMRK-Kommentar/Frowein/Peukert, 2. Aufl., 1996, Art. 5, Rdz. 85.

<sup>259</sup> EMRK-Kommentar/Frowein/Peukert, Art. 5, Rdz. 85.

<sup>260</sup> EMRK-Kommentar/Frowein/Peukert, Art. 5, dort Fußnote 86.

<sup>261</sup> Siehe vorgenannte Fußnote.

relle 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).

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

Nach überwiegender Ansicht<sup>262</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 Verfahrensabschnitt - m.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.

Zuletzt lehnte das LG Zweibrücken<sup>263</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 zwi-

<sup>262</sup> Brunner/Dölling, JGG, § 72, Rdz. 3 m.w.N.

<sup>263</sup> LG Zweibrücken, StV 1999, 161.

schen Freiheitsentzug und vergleichsweise mildem Verfahrensausgang) zwar nicht ausgeschlossen, aber nach § 72 I 3 JGG nur schwerlich zu begründen sein.

§ 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 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>264</sup> unterstellt die Kommentarliteratur<sup>265</sup>, dass der Gesetzgeber durch die obsolete 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.

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".*

Die Entscheidung des Hanseatischen OLG fährt fort - mit einem gravierenden dogmatischen Fehlschluss: "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

---

<sup>264</sup> BT-Drucksache 11/5829, S. 38 (hier werden ausschließlich Verhältnismäßigkeitsaspekte herangezogen; eine Stellungnahme zur künftigen Sanktionserwartung enthält die Begründung nicht).

<sup>265</sup> Brunner/Dölling, JGG, § 93, Rdz. 2.

Jugendstrafrecht obsoleten) positiven Generalprävention erfasst, sondern von der Individualprävention, da es um die konkret für ihn auszuwählende Rechtsfolge geht.

#### **4.2.4. Die vorläufige Anordnung über die Erziehung bzw. die “anderen Maßnahmen” i.S.d. § 72 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 dazu gemachten Ausführungen verwiesen werden kann.

Dabei sollen die Weisungen nach § 10 JGG geeignet sein, die Zeit bis zur Rechtskraft des Urteils zu überbrücken<sup>266</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>267</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.

Zu den “anderen Maßnahmen” i.S.d. § 72 I JGG gehört neben dem in § 116 I 2 StPO normierten Maßnahmekatalog zur Außervollzugsetzung des Haftbefehls<sup>268</sup> auch die Haftverschonung unter Auflagen gem. § 116 II 2 StPO bei Vorliegen der Verdunkelungsgefahr<sup>269</sup>, weil konsequenterweise neben der Verhängung auch die Vollstreckung des Haftbefehls dem Subsidiaritätsprinzip unterliegt.

#### **4.2.5. 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 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.

---

<sup>266</sup> Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 72, Rdz. 6.

<sup>267</sup> Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 72, Rdz. 6.

<sup>268</sup> Ostendorf, JGG, § 72, Rdz. 6.

<sup>269</sup> Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 72, Rdz. 6.

Nach Absicht des Gesetzgebers<sup>270</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>271</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>272</sup>. Die Vermutung, dass hierdurch faktisch der "ungesetzliche"<sup>273</sup> Haftgrund der Wiederholungsgefahr (§ 112 a StPO) 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 Unschuldsumsetzung aus Art. 6 II EMRK, welche die Sanktionsfähigkeit erst bei einer rechtskräftigen Verurteilung - und nicht schon im Ermittlungsverfahren - anerkennt. Nach Kawamura<sup>274</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 Unterbringungseinrichtung i.S.d. § 72 I JGG mit entsprechender Betreuung und der Bereitschaft des Betroffenen, dieses Angebot anzunehmen, den Haftgrund der Fluchtgefahr ausräumen könne<sup>275</sup>. Sicherlich wird diese (aus Verhältnismäßigkeitsgründen) optimale Alternative zur U-Haft-Anordnung dem Jugendrichter die Bejahung der Fluchtgefahr erschweren (§ 72 I 3 JGG), 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>276</sup>.

## c) Wiederholungsgefahr gem. § 112 a StPO

Nach der Rechtsprechung<sup>277</sup> muss sich die Wiederholungsgefahr gem. § 112 a I StPO auf schwerwiegend beeinträchtigende Straftaten stützen, die erst dann angenommen werden kön-

<sup>270</sup> BT-Drucksache 11/5829, S. 33.

<sup>271</sup> OLG Hamm, StV 1996, 275 m.w.N.

<sup>272</sup> Ostendorf, JGG, § 72, Rdz. 3; Deichsel/Hellhake/Meyer-Helwege, Jugenduntersuchungshaft und polizeiliche Zuführungspraxis in Hamburg, BewHi 1990, 147, 150.

<sup>273</sup> So die Einschätzung von Eisenberg/Tóth, GA 1993, 293, 294; Ostendorf, JGG, § 72, Rdz. 4.

<sup>274</sup> Kawamura, Gabriele, Zur Praxis der Vermeidung von Untersuchungshaft durch Angebote der Sozialarbeit, BewHi 1994, 409, 410.

<sup>275</sup> 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.

<sup>276</sup> Brunner/Dölling, JGG, § 72, Rdz. 10; Eisenberg, JGG, § 72, Rdz. 7.

<sup>277</sup> OLG Hamm, StV 1996, 275, 276 m.w.N.

nen, wenn Art und Ausmaß des Schadens erheblich sind und die Taten nicht nur im Unrechtsgehalt und im Schweregrad überdurchschnittlich, sondern darüber hinaus gehend 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>278</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>279</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. 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.

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 bemängelt die Literatur<sup>280</sup> zutreffend das Ausweichen der Praxis auf die Wiederholungsgefahr. Von Nerée<sup>281</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>282</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.

---

<sup>278</sup> LG Zweibrücken, StV 1996, 158.

<sup>279</sup> LG Magdeburg, DVJJ-Journal 1993, 413.

<sup>280</sup> Von Nerée, Cornelius, Zur Zulässigkeit der Sicherungshaft gemäß § 112 a StPO, insbesondere bei Anwendung von Jugendstrafrecht, StV 1993, 212; Ostendorf, JGG, § 72, Rdz. 4.

<sup>281</sup> Von Nerée, StV 1993, 212, 218 m.w.N.

<sup>282</sup> 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>283</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>284</sup> - allerdings sei als Alternative hierzu nach Giehring (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>285</sup> - jedoch habe die Alternative hierzu wiederum in der Verhängung der U-Haft bestanden. Giehring (aaO.) vermutet als Hintergrund dieser Praxis tendenziell die zunehmende Weigerung der öffentlichen Träger der Jugendhilfe, geschlossene Heimplätze i.S.d. §§ 71, 72 JGG zur Verfügung zu stellen.

#### **4.2.6. 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. Durch diesen erweiterten Anwendungsbereich der einstweiligen Unterbringung aufgrund der Subsidiaritätsklausel erfasst sie in Gestalt der U-Haft-Alternative neben den (im Rahmen der U-Haft-Anordnung ansonsten außer Betracht bleibenden) erzieherischen Zwecken 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 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,

---

<sup>283</sup> *Becker, Walter*, Festnahme und Verhaftung von Jugendlichen und Heranwachsenden - Probleme der geschlossenen Heime -, ZfJ 1981, 355, 357, 361.

<sup>284</sup> *Giehring, 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.

<sup>285</sup> *Eisenberg, Ulrich*, Möglichkeiten und Grenzen der Heimerziehung nach §§ 71 Abs. 2, 72 Abs. 3 JGG, ZfJ 1987, 325, 328.

denn diese setzt bereits einen erlassenen Haftbefehl voraus, dessen Vollzug lediglich ausgesetzt wird.

Das OLG Hamm<sup>286</sup> bewertet neben "Erziehungsheimen" ausschließlich "Heime", nicht dagegen auch andere Einrichtungen der Jugendhilfe (vgl. Kapitel 4.1.2. 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 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>287</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>288</sup> ist diese Entscheidung des OLG Hamm 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>289</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 nach-

---

<sup>286</sup> OLG Hamm, NJW 1999, 230.

<sup>287</sup> Vgl. hierzu meine Ausführungen im 4.1.2. b (Problemschwerpunkt 5).

<sup>288</sup> *Diemer/Schoreit/Sonnen*, JGG, § 72 a, Rdz. 5; *Eickelkamp, Ralf*, Anm. zum vorgenannten OLG-Beschluss, DVJJ-Journal 1999, 95 f.

<sup>289</sup> 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.

gewiesen haben, dass zwischen 65- und 68% der Jugendlichen, die das Programm absolviert hatten, innerhalb der nächsten zwei Folgejahre nicht mehr rückfällig geworden sind<sup>290</sup>, wäre eine Auseinandersetzung mit dem "pädagogischen Geheimnis" dieser Interventions- und Behandlungsform sinnvoll gewesen - und dies nicht zuletzt deswegen, weil im November 1996 eine deutsche Delegation (bestehend aus Jugendstaatsanwälten, Jugendrichtern, Sozialpädagogen und Pädagogikwissenschaftlern) die Glen Mills Schools besucht hat<sup>291</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>292</sup> wird sich 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 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.

<sup>290</sup> Guder, DVJJ-Journal 1997, 123, 126.

<sup>291</sup> Vieten-Groß, DVJJ-Journal 1997, 136 ff.

<sup>292</sup> 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 anmutende 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 Fingernägelkauen) 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 überwunden 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 delinquenter Jugendlicher, 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 Kapitel 2.4.1. d.

Behandlungsexports<sup>293</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.

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

Bei dieser Entscheidung zugunsten der soeben beschriebenen milderen 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 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>294</sup>, weil hierbei die unzureichende institutionelle Kontingenzierung mit geeigneten Unterbringungsmöglichkeiten nach § 71 II JGG wiederum auf dem Rücken der Jugendlichen ausgetragen würde.

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.

#### **4.2.7. 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.

<sup>293</sup> 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 Strafhaft 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.

<sup>294</sup> So *Diemer/Schoreit/Sonnen*, JGG, § 72, Rdz. 13.

Sowohl der Jugendliche, als auch dessen Erziehungsberechtigte bzw. der gesetzliche Vertreter können unabhängig voneinander<sup>295</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>296</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.

#### **4.2.8. Die Benachrichtigungspflicht gegenüber der Jugendgerichtshilfe<sup>297</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. durch die Polizei, hin, wofür Staatsanwaltschaft und Gericht Sorge zu tragen haben. Gemäß Nr. 32 Ziffer 1 - 2 MiStra<sup>298</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>299</sup>. Cornel<sup>300</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 überprüft werden<sup>301</sup>. Dies ist umso vordringlicher, als es um die mögliche Vermeidung dieses häufig zugrundegelegten Haftgrundes geht.

---

<sup>295</sup> 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.

<sup>296</sup> Brunner/Dölling, JGG, § 72, Rdz. 17.

<sup>297</sup> Hierzu insgesamt: Brachold, Andreas, Der Beitrag der Jugendgerichtshilfe zur strafprozessualen Sachverhaltsermittlung und -bewertung, Diss. iur. Heidelberg, 1998; einen anschaulichen Überblick hinsichtlich der JGH-Aufgaben bietet Thomas Trenczek in DVJJ-Journal 1999, 151 ff. und S. 375 ff.

<sup>298</sup> MiStra: abgedruckt in: Piller-Hermann, Justizverwaltungsvorschriften, Nr. 2 c.

<sup>299</sup> Matenaer, Hermann, Haftentscheidungshilfen durch die Jugendgerichtshilfe, ZfJ 1985, 158, 159.

<sup>300</sup> Cornel, Heinz, Der Beitrag der Sozialarbeit zur Vermeidung von Untersuchungshaft, BewHi 1994, 393, 399.

<sup>301</sup> Ostendorf, JGG, § 72 a, Rdz. 2.

Die Aufgabe der Jugendgerichtshilfe besteht parallel hierzu in der Bereitstellung geeigneter (d.h. U-Haft-vermeidender) Alternativen, z.B. die polizeiliche Anmeldung, Hilfe zum Lebensunterhalt, Ausbildungs-, Arbeitsplatz- oder Therapieplatzbeschaffung, also eine Haftentscheidungs- bzw. -vermeidungshilfe i.w.S.<sup>302</sup>. Primär geht es somit um eine möglichst kurzfristig zu erzielende Widerlegung bzw. dem Abbau von haftbegründenden sozialen Defizitlagen<sup>303</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>304</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.

Hinzweisen 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 Diversionmöglichkeiten 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>305</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 Bericht zusammengefasst sind<sup>306</sup>.

#### 4.2.9. 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>307</sup> erfolgen soll (= Trennungsprinzip). In Ermangelung eines eigenständigen Jugendstrafvoll-

<sup>302</sup> Eisenberg/Tóth, GA 1993, 293, 299.

<sup>303</sup> Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 72 a, Rdz. 4 m.w.N.

<sup>304</sup> Matenaer, Hermann, Haftentscheidungshilfen für Jugendliche und Heranwachsende, BewHi 1987, 35, 39.

<sup>305</sup> Kawamura, Gabriele, BewHi 1994, 409, 411.

<sup>306</sup> Deichsel/Hellhake/Meyer-Helwege, Jugenduntersuchungshaft und polizeiliche Zuführungspraxis in Hamburg, BewHi 1990, 147 ff.

<sup>307</sup> 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 verschonete 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 handele sich dabei um ein Betreuungsangebot mit Unterbringung, also lediglich freiheitsbeschränkender 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.

zugsgesetzes<sup>308</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 weitest möglichen Restriktion staatlicher Eingriffsbefugnisse in die noch verbliebene Freiheitssphäre des U-Häftlings<sup>309</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 Kapitel 2.9.1.).

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>310</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); wenn sie aber aus den 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. §§ 112 ff. StPO folgt (wie bei einem umgekehrten Trichter) ein wesentlich breiteres Spektrum im Vollzug zulässiger Interventions- und Hilfsmöglichkeiten. 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. Nach Walter

---

<sup>308</sup> 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.

<sup>309</sup> Wenn *Frieder Dinkel* (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.

<sup>310</sup> BVerfGE 15, 288, 294.

(m.w.N.)<sup>311</sup> sind dabei im Vollzug drei Schwerpunkte zu setzen, mit denen eventuellen Prisionisierungseffekten 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 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.

---

<sup>311</sup> *Walter, Michael*, Untersuchungshaft und Erziehung bei jungen Gefangenen, MschrKrim 1978, 337, 341.

## 5. Konkurrierende Freiheitsentziehende Maßnahmen

### 5.1. Unterbringung gem. § 1 S. 2 Nr. 2, 2. Var. JÖSchG

#### 5.1.1. 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. Kapitel 2.1.). Die Definition des Erziehungsberechtigten in § 2 II JÖSchG ist demgegenüber etwas enger gefasst als in § 7 I Nr. 6 SGB VIII.

#### 5.1.2. 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 für ein Kind bzw. für einen Jugendlichen alsbald ein schädigender Einfluss ausgehen wird<sup>312</sup>. Der Rechtsgüterschutz (körperliches, geistiges, seelisches Wohl) stimmt mit § 1666 I BGB überein.

#### 5.1.3. Jugendgefährdender Ort

Die Bezeichnung eines Ortes als jugendgefährdend richtet sich nach Ansicht der Literatur<sup>313</sup> nach der "konkreten Situation im Einzelfall". Diese Definition ist allerdings zu ungenau, weil hierdurch weder der personale, noch der örtliche Kontext hinreichend exakt beschrieben werden. Der jugendgefährdende Ort sollte vielmehr unter Bezugnahme auf den verwaltungsrechtlichen 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. Stattdessen ist eine generalisierende Betrachtungsweise heranzuziehen, bei der die Fragestellung lautet: Würde sich in dieser Situati-

---

<sup>312</sup> Scholz, Rainer, Jugendschutz, 3. Aufl., 1999, § 1, S. 1

<sup>313</sup> Scholz, vgl. vorgenannte Fußnote, S. 2

on 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 einem dörflich gelegenen Bahnhof 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 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>314</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.

### 5.1.4. 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>315</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

---

<sup>314</sup> Gernert, Wolfgang, Gesetzlicher Jugendschutz als Ansatz zur Prävention?, ZfJ 1998, 108, 111.

<sup>315</sup> Scholz, Rainer, Jugendschutz, § 1, S. 2.

könnten oder wenn angenommen werden muss, dass sie - den "Verlockungen des Verbote-  
nen" folgend - wieder an den jugendgefährdenden Ort zurückkehren werden.

### **5.1.5. 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 Inobhutnahme nach 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 I BGB) eine familiengerichtliche Entscheidung gem. § 1666 BGB herbeizuführen<sup>316</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 an dessen Wohnort einzuholen. Auch hier sind die (unter Kapitel 2.2. bereits angesprochenen) Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (gem. § 677 ff. BGB) analog anzuwenden<sup>317</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>318</sup> (vgl. Kapitel 2).

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.

## **5.2. 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 unterge-

---

<sup>316</sup> Scholz, Rainer, Jugendschutz, § 1, S. 3.

<sup>317</sup> Scholz, Rainer, Jugendschutz, § 1, S. 3.

<sup>318</sup> Jans/Happe/Saurbier, KJHG, § 42, Rdz. 4.

bracht 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>319</sup>.

### 5.3. 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 Selbstmelderegung 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 Ortspolizeibehörde bzw. der Polizeivollzugsdienst (§ 60 II PolG-BW).

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass eine Gewahrsamnahme nach § 28 I Nr. 1 PolG-BW für diejenigen 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>320</sup> (zum Tätigwerden für andere Stellen gem. § 2 I PolG-BW siehe Kapitel 2.5.2.).

---

<sup>319</sup> § 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.

<sup>320</sup> *Wolf/Stephan*, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, Kommentar, 5. Aufl., 1999, § 28, Rdz. 13.

## 6. 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 Zweifel erhabenes 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, weil sich 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 eines 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.

## Abkürzungsverzeichnis

Anstelle eines separaten Schrifttumsnachweises sind die Quellenangaben bzw. die ergänzenden Literaturhinweise 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
Brunner/Dölling, JGG	Brunner, Rudolf; Dölling, Dieter; Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 1996
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache (zitiert nach Wahlperiode und Nummer)
BtG	Betreuungsgesetz
Bumiller/Winkler, FGG	Bumiler, Ursula; Winkler, Karl; Freiwillige Gerichtsbarkeit,
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
Calliess/Müller/Dietz, StVollzG	Calliess, Rolf-Peter; Müller-Dietz, Heinz; Strafvollzugsgesetz, Kommentar, 7. Aufl., 1998
DAVorm	Der Amtsvormund; Monatsschrift des Deutschen Instituts für Vormundschaftswesen
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe

d.h.	das heißt
Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG	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
Eisenberg, JGG	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)
Jans/Happe/Saubier, KJHG	Jans, Karl-Wilhelm; Happe, Günter; Saubier, 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
Keidel/Kuntze/Winkler, 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)
Kleinknecht/Meyer-Goßner, 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)
MschrKrim	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
Ostendorf, JGG	Ostendorf, Heribert; Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 4. Aufl., 1997
Palandt, BGB	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
Saage/Göppinger	Saage, Erwin; Göppinger, Horst et al.; Freiheitsentziehung und Unterbringung, 3. Aufl., 1994
SGB VIII	Sozialgesetzbuch, Achtes Buch (Bestandteil des KJHG)
SGB X	Sozialgesetzbuch, Zehntes Buch, Verwaltungsverfahren
Soergel, BGB	Soergel, Hans-Theodor; Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd.8, Familienrecht II, 12. Aufl., Stand Frühjahr 1987
sog.	so genannt(e/r)
Staudinger/Salgo, BGB	Staudinger, J. von; Salgo, Ludwig, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs- 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
Tröndle/Fischer, StGB	Tröndle, Herbert; Fischer, Thomas; Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 49. Aufl., 1999
TV	Tatverdächtige
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
Wiesner/Kaufmann, VIII	SGB	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)



# TüKrim

## Allgemeine Hinweise

Die Reihe „Tübinger Schriften und Materialien zur Kriminologie“ (TÜKRIM) umfasst im Kernbereich Publikationen zur Kriminologie im Sinne einer empirischen bzw. erfahrungswissenschaftlichen Forschungsdisziplin. Darüber hinaus erstreckt sie sich auch auf einschlägige Werke aus den wesentlichsten Bezugsdisziplinen der Kriminologie (namentlich Soziologie, Rechtswissenschaft, Kriminalistik, Psychologie, Sozialpädagogik, Forensische Psychiatrie sowie Rechtsmedizin). TÜKRIM stellt eine selbständige wissenschaftliche Schriftenreihe auf dem Online-Publikationsserver der Universitätsbibliothek Tübingen (TOBIAS-lib) dar. Sie entspricht den Vorgaben für Elektronische Publikationen in der Wissenschaft; daher sind die aufgenommenen Schriften auch uneingeschränkt zitierfähig.

Für die Reihe TÜKRIM sind verschiedene Textarten, vordringlich aus der Feder von aktiven und ehemaligen Mitgliedern des Instituts, zur Aufnahme vorgesehen, namentlich:

- **Forschungsberichte** über abgeschlossene empirische, auch kooperative, Projekte;
- **Themenbezogene Bibliographien** aus der Projektarbeit oder aus KRIMDOK;
- **Werkstattberichte** zu laufenden, auch kooperativen, Forschungen des Instituts;
- **Themenbezogene Aufsatzsammlungen** von Einzelautoren und Autorengruppen;
- **Habilitationsschriften** und **Dissertationen**, namentlich wenn sie im Zusammenhang mit Institutsprojekten entstanden oder durch den Lehrstuhl für Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug und Strafprozessrecht betreut worden sind, sobald sie von den zuständigen Hochschulgremien zur Erstveröffentlichung in elektronischer Form zugelassen wurden;
- **Diplomarbeiten** und **Magisterarbeiten**, wenn sie im Zusammenhang mit Institutsprojekten oder Lehrstuhlvorhaben entstanden sind und im besonderen Fall für einen breiteren Leserkreis von Interesse sind;
- **Sammelbände** mit ausgewählten, ggf. für die Publikation neu bearbeiteten, Beiträgen zu nationalen und internationalen Tagungen, im Ausnahmefall auch zu besonders ertragreichen Workshops oder Seminaren;
- **Materialienbände**, beispielsweise mit Forschungsdaten oder aktuellen kriminalstatistischen Tabellen und Schaubildern;
- **Nachdrucke** vergriffener **Verlagspublikationen**, nach Freiwerden oder ausdrücklicher Übertragung der Verbreitungs- und Verwertungsrechte;
- **Nachdrucke** von vergriffener sog. **Grauer Literatur**, also von für die Fachöffentlichkeit bedeutsamen Materialien und Dokumentationen, die in anderer Weise als durch Verlagspublikation der (Fach-) Öffentlichkeit zugänglich waren, nach Zustimmung seitens der Autoren.

Die Bände sind im Regelfall als PDF-Dateien gespeichert. Sie können, soweit im Einzelfall nichts Gegenteiliges ausdrücklich vermerkt ist, unter folgendem Portal frei eingesehen sowie bei Bedarf auch kostenlos zur persönlichen Nutzung auf den eigenen PC herunter geladen werden:

<http://w210.ub.uni-tuebingen.de/dbt/intro/>.

Jeder Band kann darüber hinaus als gedruckte Version beim Institut für Kriminologie gegen einen Unkostenbeitrag bestellt werden. Dieser deckt ausschließlich die unmittelbaren, für Produktion und Versand entstehenden, konkreten Sachkosten. Aus organisatorischen Gründen erfolgt der Versand im Allgemeinen erst nach Eingang des Unkostenbeitrages auf dem Konto des Instituts bei der Universitätskasse Tübingen.

---

© Institut für Kriminologie der Universität Tübingen, Sand 6/7, 72076 Tübingen

Fon 0 70 71- 29 7 29 31 oder Fax 0 70 71- 29 51 04

E-Mail: [ifk@uni-tuebingen.de](mailto:ifk@uni-tuebingen.de) / Homepage: <http://www.ifk.jura.uni-tuebingen.de>