

Gefördert vom



Mai 2020

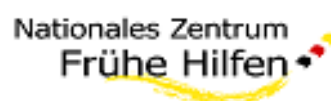
Gutachterliche Stellungnahme zur Garantenhaftung

**„Strafrechtliche Verantwortung & Haftung von
Fachkräften im Kinderschutz - Was können
Institutionen und Fachkräfte tun, um sich
abzusichern?“**

Prof. Dr. Dr. h.c. Reinhard Wiesner



In Kooperation mit:



Gutachterliche Stellungnahme zur Garantenhaftung

„Strafrechtliche Verantwortung & Haftung von Fachkräften im Kinderschutz - Was können Institutionen und Fachkräfte tun, um sich abzusichern?“

Gliederung

Einführung

I. Strukturprinzipien des Strafrechts

1. Zur Funktion des Strafrechts
2. Strafrechtliche Verantwortung als persönliche Verantwortung
3. Zur Strafbarkeit wegen Unterlassens

II. Strafrechtliche Haftung von Fachkräften im Jugendamt

1. Das Konstrukt der Garantenstellung

2. Die behördeninterne Aufgabenverteilung

3. Begründung einer Garantenstellung

- a) Die unterschiedlichen Positionen in Lehre und Rechtsprechung
- b) Die Garantenstellung im Kontext der Aufgabenverteilung zwischen Eltern und Staat
- c) Zwischenbilanz

4. Ende einer Garantenstellung

5. Folgen aus der Garantenstellung für die Handlungspflichten (Garantenpflichten)

- a) Bezugnahme auf das Verfahren der Gefährdungseinschätzung (§ 8a SGB VIII)
- b) Die Rechtsprechung zur Garantenpflicht
- c) Das Urteil des Landgerichts Arnsberg

d) Zur Bedeutung fachlicher Standards für die Konkretisierung der Handlungspflichten

6. Kausalität (Zurechenbarkeit des Erfolgs)

7. Fahrlässigkeit

III. Folgen aus der unsicheren Rechtslage für die Praxis im Jugendamt

1. Kinderschutz als Handeln mit Risiko

2. Der augenblickliche Stand der Rechtsprechung – eine Zwischenbilanz

3. Die Weiterentwicklung fachlicher Standards

a) Organisatorisch strukturelle Ebene

b) Vorgaben für Verfahrensabläufe

c) zu vertiefende Aspekte

4. Absicherung durch Rechtsschutzversicherung

IV. Garantenstellung bei der Leistungserbringung durch freie Träger

Einführung:

Im Handlungsfeld der (öffentlichen) Kinder- und Jugendhilfe obliegt der Sozialen Arbeit die Aufgabe, unter der Wahrung und der Förderung der elterlichen Erziehungsverantwortung den Schutz von Kindern vor Gefahren für ihr körperliches, geistiges und seelisches Wohl zu gewährleisten.

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Jugendamtes übernehmen eine Rolle, die vielfach als „doppeltes Mandat“ bezeichnet wird. Einerseits sollen sie (vorrangig) die elterliche Erziehungskompetenz durch Beratung und Hilfe stärken und andererseits sind sie im Fall einer Gefährdung des Kindeswohls, die von den Eltern nicht abgewendet wird, – ggf. in Kooperation mit dem Familiengericht - zu dessen Schutz berufen (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 SGB VIII, § 8a Abs.2 SGB VIII).

Erleiden Kinder durch das aktive Tun oder Unterlassen ihrer Sorgeberechtigten eine körperliche oder seelische Misshandlung, sexualisierte Gewalt oder Vernachlässigung oder kommen sie im schlimmsten Fall sogar zu Tode, so sehen sich die mit der Fallarbeit betrauten Fachkräfte sowie die Jugendämter als Behörden mit massiven - nicht zuletzt medial inszenierten - gesellschaftlichen Schuldvorwürfen konfrontiert und geraten dadurch häufig unter enormen Erklärungs- und Rechtfertigungsdruck.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage des strafrechtlichen Haftungsrisikos für die fallverantwortlichen Fachkräfte. Fachkräfte der Kinder- und Jugendhilfe sehen sich deshalb bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben in einem **Spannungsfeld**, nämlich dem Interesse an einer fachlichen Gestaltung und der Nutzung professioneller Handlungs- und Entscheidungsspielräume auf der einen Seite und dem Wunsch nach Absicherung und Standardisierung auf der anderen Seite. Nicht selten wird dabei der Kinderschutz als eine Funktion des Helfens durch die Angst vor Strafverfahren ausgebremst (Mörsberger 2018 S. 60).

Umso wichtiger ist es, sich mit der **Logik des Strafrechts** zu befassen. Dabei werden nicht nur die unterschiedlichen Systemfunktionen vom Jugendhilferecht als Sozialrecht einerseits und Strafrecht andererseits deutlich, sondern auch die unterschiedlichen fachlichen Positionen zu der Frage, welche Relevanz fachlichen Standards für die Bestimmung des strafrechtlichen Sorgfaltsmaßstabs zukommt (siehe dazu die Ausführungen unter II.5 sowie Bringewat ZKJ 2018, 346 und Heghmanns ZKJ 2018,407). Döring spricht von „nicht vollkommen kongruenten Zielrichtungen“ (Döring S. 353) bzw von einer „strafrechtlichen Kolonialisierung der Kinderschutzarbeit“ (Döring S. 387).

Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich daher nicht auf die Darstellung der Rechtsauffassung des Autors zu der Thematik, sondern konfrontieren die Leserinnen und Leser (zwangsläufig) mit den unterschiedlichen Rechtsauffassungen in Literatur und Rechtsprechung, um

sich anschließend mit der Frage zu befassen, wie sich die Praxis angesichts dieser Rechtsunsicherheit verhalten soll.

I. Strukturprinzipien des Strafrechts

1. Zur Funktion des Strafrechts

Die dogmatische Funktion bzw. offizielle Aufgabe des Strafrechts besteht in der (subsidiären) Prävention von Rechtsgutsverletzungen, also in der **Abwehr von Gefahren** für strafrechtlich geschützte Rechtsgüter (Döring S. 178; Bringewat ZKJ 2013, 332). Dies geschieht durch die Strafbarkeit des inkriminierten Verhaltens, das heißt: bestimmte Verhaltensweisen werden dadurch verboten, dass der Staat Strafen für ihre Begehung androht.

Eine Tat kann – so sagt es das Grundgesetz – nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde (Art. 103 Abs. 2 GG). Die einzelne Person soll von vornherein wissen können, was strafrechtlich verboten ist und welche Strafe ihr für den Fall eines Verstoßes gegen das Verbot droht, damit sie in der Lage ist, ihr Verhalten danach einzurichten. Die Rede ist von einem Bestimmtheitsgebot (Jarass/Pieroth, Grundgesetz Art. 103 Rn. 51). Dieses Gebot stößt aber gerade in den Fallkonstellationen, mit denen Fachkräfte in der Kinder- und Jugendhilfe konfrontiert werden, an seine Grenzen. So werden, wie noch zu zeigen ist, Fachkräfte mit „ungeschriebenen Straftatbeständen“ konfrontiert, bei denen man viel schwerer als sonst einschätzen kann, ob nun mit strafrechtlicher Verfolgung zu rechnen ist oder nicht (Mörsberger, ZKJ 2018, 59, 65).

2. Strafrechtliche Verantwortung als persönliche Verantwortung

Strafrechtliches Handeln basiert auf einem Schuldvorwurf gegenüber einer bestimmten Person. Strafrechtliche Verantwortung ist deshalb immer persönliche Verantwortung. Dieses Prinzip wird gerade im Kontext fehlgeschlagener Kinderschutzfälle kritisch betrachtet, da es hier um „ein ineinander verwobenes Zusammenspiel kleinerer individueller Fehler verschiedener Personen und des berufsbedingten und arbeitsplatzspezifischen Kontextes“ gehe (so Döring S. 350, 359 ff, 386). Eine „Behördenstrafbarkeit“ wäre aber mit den Strukturprinzipien des deutschen Strafrechts nicht vereinbar.

Eine Garantenstellung und eine daraus abgeleitete strafrechtliche Haftung für ein Unterlassen kann daher weder „die Jugendhilfe“, noch „das Jugendamt“, aber auch nicht „die Fachkräfte im Jugendamt“ treffen, sondern nur diejenige Fachkraft, die dem konkreten Kind gegenüber eine spezifizierte Pflicht hat, es vor konkret drohenden Schäden zu schützen. Umso bedeutsamer ist daher die Aufgabe der Behördenleitung, für eine entsprechende Aufbau- und Ablauforganisation zu sorgen sowie durch eine entsprechende Personal- und Sachausstattung dafür zu sorgen, dass Fachkräfte

auch in der Lage sind, ihre Pflichten auch tatsächlich zu erfüllen (Siemes Sozialrecht aktuell 3/2018 S. 92, 103; siehe dazu auch die Ausführungen unter II.2)

3. Zur Strafbarkeit wegen Unterlassens

Die Vorwürfe gegen Fachkräfte in der Kinder- und Jugendhilfe richten sich in aller Regel nicht gegen ihr aktives Tun (z.B. Anwendung von Gewalt, sexueller Missbrauch), sondern gegen ihr Unterlassen (Döring S. 124). Es geht also um Fälle, in denen „entweder nichts oder zu wenig getan wurde“, um eine Körperverletzung oder den Tod eines Kindes zu verhindern. Deshalb ist zunächst die Kategorie der sog. **Unterlassungsdelikte** näher zu betrachten.

Die meisten Straftatbestände, die vor allem im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches (StGB) geregelt sind, sind als aktives Tun formuliert (Beispiel: § 212 Abs.1 StGB: „Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.“). Der strafrechtliche Handlungsbegriff umfasst aber auch das Unterlassen. Eine Straftat kann mithin auch vorliegen, wenn ein „Ereignis“ nur deshalb eintritt, weil eine gebotene Handlung unterlassen wurde. Dabei wird im Hinblick auf die Struktur der Straftatbestände zwischen sog. **echten und unechten Unterlassungsdelikten** unterschieden. Kann eine Straftat sowohl durch aktives Tun als auch durch ein schlichtes pflichtwidriges Unterlassen verwirklicht werden, so spricht man von „unechten Unterlassungsdelikten“. So kann ein Täter einen anderen Menschen sowohl durch ein aktives Tun - zum Beispiel die Anwendung von Gewalt - als auch durch ein schlichtes Unterlassen - zum Beispiel Eltern geben dem Säugling nichts zu trinken und zu essen – körperlich verletzen oder sogar töten. Demgegenüber ist dort von sog. „echten Unterlassungsdelikten“ die Rede, wo – nach dem Wortlaut des Straftatbestands – eine Tat nur und ausschließlich durch eine Untätigkeit, ein Unterlassen – also nicht durch ein aktives Tun – verwirklicht werden kann, zum Beispiel bei der unterlassenen Hilfeleistung nach § 323c StGB oder bei der Nichtanzeige geplanter Straftaten nach § 138 StGB.

Für die **Praxis der sozialen Arbeit** sind im Regelfall die **unechten Unterlassungsdelikte** bedeutsam (Döring S. 121). So wird etwa im Zusammenhang mit Situationen, in denen eine Kindeswohlgefährdung nicht (rechtzeitig) abgewendet worden ist und es zu einer Schädigung des Kindeswohls gekommen ist, Fachkräften in einzelnen Fällen vorgeworfen, sie hätten durch Unterlassen gebotener Handlungen dazu beigetragen, dass Kinder körperlich verletzt oder getötet worden sind. Der Tatbestand der unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c StGB) – ein echtes Unterlassungsdelikt – kommt in der Regel nicht in Betracht, weil die dort formulierten Voraussetzungen (Unglücksfall oder gemeine Gefahr oder Not) meist (noch) nicht vorliegen dürften (vgl. Mörsberger ZKJ 2013, 61, 63). Einen speziellen Straftatbestand für die Folgen fehlerhaften

Verhaltens von Fachkräften bei der Wahrnehmung von Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe kennt das deutsche Strafrecht nicht.

Zu einer strafrechtlichen Haftung für ein Unterlassen kommt es bei einem unechten Unterlassungsdelikt nur, wenn jemand rechtlich dafür einzustehen hat, dass die Rechtsgutsverletzung (Körperverletzung, Tod einer Person) nicht eintritt. Zentrale Bedeutung kommt dabei der sog. (persönlichen, grundsätzlichen) **Garantenstellung** und den daraus abzuleitenden (je nach Situation variierenden) **Garantenpflichten** zu (Heghmanns ZKJ 2018, 230, 231; dazu Näheres unter II).

II. Zur strafrechtlichen Haftung von Fachkräften im Jugendamt

1. Das Konstrukt der Garantenstellung

Ausgangspunkt für die Prüfung einer möglichen „Strafbarkeit durch Unterlassen“ ist die Frage, ob jemand **der geschädigten Person gegenüber eine besondere Pflichtenstellung, eine „Garantenstellung“** hatte. Andernfalls ist eine Anklage z. B. wegen einer „fahrlässigen Tötung durch Unterlassen“ ausgeschlossen. Hatte aber eine Person eine solche Garantenstellung, dann ist zu klären, ob die Tatsache, dass sie bei dem maßgeblichen Geschehen untätig geblieben ist, auch als **ihr zurechenbare Pflichtverletzung** (dazu unter II.5) anzusehen ist.

Es bedarf also einer **Konkretisierung/ Identifizierung des Personenkreises**, der für das Unterlassen einer gebotenen Handlung strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Eine erste Antwort auf die Frage gibt **§ 13 StGB**, wo es heißt: »Wer es unterlässt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.«

Wer hat aber – in welcher Situation – rechtlich dafür einzustehen, dass der »Erfolg« (ein für Nichtjuristen verwirrender Begriff, weil damit ein negatives Ereignis, nämlich eine Rechtsgutsverletzung gemeint ist) nicht eintritt? Die entscheidende Frage ist damit, aus welchen Umständen sich die besondere Beziehung zu einer anderen Person und damit eine **Garantenstellung** ergibt und welche daraus entstehenden **Garantenpflichten** erfüllt werden müssen. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich nicht aus einer gesetzlichen Vorschrift, sondern muss der **Rechtsprechung** - bisher liegen nur wenige Entscheidungen der ersten und zweiten Instanz vor - und der **Rechtslehre** entnommen werden (vgl. Mörsberger ZKJ 2013, 61, 64; Döring S. 129).

Dabei ist schon an dieser Stelle daraufhin zuweisen, dass mit dem Begriff „Garantenstellung“ keine Garantie im umgangssprachlichen Sinn gemeint ist („Garantie, dass nichts passiert“ -Mörsberger 2018 S. 62; Merchel spricht von „Omnipotenz- und Omnipräsenzzuschreibungen an die Jugendhilfe“; Merchel RdJB 2005, 463 zit. nach Döring S. 242 Rn. 1383), sondern dieses Konstrukt dazu dient, einen **Personenkreis zu definieren**, dem aufgrund seiner besonderen Beziehung zum geschützten Rechtsgut eine spezielle Rechtspflicht zum Tätigwerden obliegt.

Ob es am Ende zu einer **strafrechtlichen Haftung** dieser Person kommt, hängt aber von einer **Vielzahl von Faktoren** ab.

So setzt das Delikt einer fahrlässigen Tötung oder Körperverletzung durch Unterlassen neben dem strafrechtlichen Erfolg – dem Tod oder der Körperverletzung des Kindes - als Tatbestandsmerkmal

- die Nichtvornahme einer gebotenen Handlung trotz einer grundsätzlichen Handlungsmöglichkeit,
 - die Zurechenbarkeit des Erfolgs,
 - eine Garantenstellung,
 - eine Garantenpflichtverletzung, die zu einem objektiv voraussehbaren und vermeidbaren Erfolg geführt hat, sowie
 - die Rechtswidrigkeit und Schuld
- voraus. (statt aller Döring S. 122).

Die neuere Strafrechtslehre führt die Garantenverhältnisse auf **zwei Grundpositionen** zurück:

- auf die Übernahme besonderer Schutzpflichten für bestimmte Rechtsgüter (sog. Beschützergarant) und
- auf die Verantwortung für bestimmte Gefahrenquellen (sog. Überwachungsgarant).

In der Diskussion zur Strafbarkeit von Fachkräften in Kinderschutzfällen wird insbesondere auf die Kategorie der **Beschützergaranten** eingegangen (Döring S. 130; Knödler ZKJ 2018, 453). Häufig ist davon die Rede, dass die „fallzuständige Fachkraft im Jugendamt“ aufgrund ihrer gesetzlichen Stellung Beschützergarantin ist (Knödler ZKJ 2018, 453 mit weiteren Verweisen; Bringewat in LPK SGB VIII § 8a Rn.128). Damit ist aber noch nicht geklärt, **unter welchen Voraussetzungen** tatsächlich Fachkräfte im Jugendamt eine Garantenstellung haben (Mörsberger 2018 S. 64 ,68). In der Literatur und in der Rechtsprechung werden dazu unterschiedliche Positionen vertreten, eine höchstrichterliche Rechtsprechung (des Bundesgerichtshofs) existiert dazu noch nicht. Der Grund für die unterschiedlichen Positionen mag in den unterschiedlichen Sichtweisen von Strafrecht und Sozialrecht, aber auch darin zu finden sein, dass die Fachkräfte im Jugendamt mit einem prozesshaften Geschehen -- und damit je nach Einzelfall mit ganz unterschiedlichen Aufgabenstellungen -- konfrontiert sein können. Siehe dazu die Ausführungen unter 3a.

2. Die behördeninterne Aufgabenverteilung

Eine Garantenstellung und eine daraus abgeleitete strafrechtliche Haftung für ein Unterlassen trifft diejenige Fachkraft, die dem konkreten Kind gegenüber eine spezifizierte Pflicht hat, es vor konkret drohenden Schäden zu schützen. Diese Pflicht muss im Einzelfall anhand des konkreten Betreuungsverhältnisses im Hinblick auf das Kind und seine Eltern ermittelt werden, kann sich also nur aus tatsächlicher bzw. erklärter Pflichtenübernahme – bezogen auf den Einzelfall – ergeben. Dabei ist wiederum zu klären, was konkret an Handlungspflicht übertragen wurde und ob dies deutlich erkennbar geworden war, damit ein Nicht-Erkennen einer Handlungspflicht strafrechtlich zum Vorwurf gemacht werden kann (Mörsberger/ Wapler in Wiesner SGB VIII Anhang 2 Rn.25a unter Verweis auf Hefendehl RdJB 2005,472).

Das SGB VIII weist die Verantwortlichkeit für Wahrnehmung der Aufgaben nach dem SGB VIII nach Maßgabe des § 85 SGB VIII den örtlichen und den überörtlichen Trägern zu: Zwar trägt auch der überörtliche Träger – im Rahmen der Heimaufsicht – Verantwortung für den Kinderschutz (§§ 45 ff SGB VIII). Im Fokus dieser Expertise stehen jedoch die Aufgaben **der örtl. Träger**. Deren Aufgaben werden von den Jugendämtern als Organisationseinheit einer kommunalen Gebietskörperschaft (§ 69 Abs. 3 SGB VIII) und damit als Fachbehörde der Kinder- und Jugendhilfe wahrgenommen.

Die Pflichten der einzelnen Fachkräfte im Jugendamt ergeben sich aus der **Verwaltungsentscheidung** der Amtsleitung zur Organisation des Jugendamts und auf der Grundlage des Arbeitsvertrags, in dessen Rahmen ihnen konkrete Aufgaben innerhalb des Aufgabenspektrums des Jugendamts übertragen werden (Siemes Sozialrecht aktuell 3/2 2018 S. 95).

Häufig ist in diesem Zusammenhang von der Garantenstellung der „fallzuständigen Fachkraft“ die Rede (z. B. Knödler ZKJ 2018, 453). Damit ist aber noch nicht automatisch die strafrechtliche Verantwortung geklärt, weil eine Fallzuständigkeit durchaus die Delegation weiterer Teilaufgaben und damit keine abschließende Entscheidung über die konkrete Verantwortlichkeit für ein bestimmtes Fallgeschehen zulässt (Mörsberger ZKJ 2013, 66).

Relevant ist deshalb, wie der **Kontakt der Fachkraft zu dem Kind im konkreten Fall** ausgestaltet ist. Umso wichtiger für die Zuordnung einer individuellen Verantwortlichkeit ist eine **transparente Aufgabenverteilung innerhalb des Jugendamts** auf der strukturellen Ebene bzw. im Einzelfall.

Da es zu „Fehlern in Kinderschutzfällen“ vor allem **auf der Ebene der Zusammenarbeit** sowie bei der Sammlung und dem kommunikativen Austausch von Informationen zwischen verschiedenen Beteiligten kommt (Kindler, Gerber & Lillig 2016, S. 19 zum Fall Alessio), ist hier die Frage der strafrechtlichen Verantwortung zu klären. Das Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte ist ein

zentraler fachlicher Standard der Kinder- und Jugendhilfe. So schreibt das SGB VIII wegen der Komplexität der Bedarfsfeststellung und der Entscheidung über geeignete und notwendige Hilfen (§ 36 SGB VIII), aber auch wegen der Komplexität der Einschätzung von Gefährdungssituationen (§ 8a) die **kollegiale Beratung** vor.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, welche Folgen sich aus der Zusammenarbeit mehrerer Fachkräfte für die personelle Zuordnung einer Garantenstellung ergeben. Wenn § 8a Abs. 2 Satz 1 SGB VIII vorschreibt, dass das Gefährdungsrisiko „im Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte“ einzuschätzen ist, ist damit keine verbindliche Aussage getroffen, wem im Jugendamt letztlich die Verantwortung für den Prozess und das Ergebnis zu übertragen ist. An der **individuellen Fall- und Entscheidungsverantwortlichkeit** der nach jugendamtsinterner Geschäftsverteilung fallzuständigen Fachkraft ändert dieses vorgeschriebene fachkollegiale Zusammenwirken nach einhelliger Auffassung in der Fachliteratur nichts, sie bleibt für die von ihr ergriffenen bzw. veranlassten Maßnahmen (haftungsrechtlich) **allein verantwortlich**. (Bringewat in LPK SGB VIII § 8a Rn. 60; Meysen in FK-SGB VIII 8a Rn. 22; Wiesner 8a Rn. 26; Kepert in LPK SGB VIII § 36 Rn. 34). Umso wichtiger ist es, dass diese individuelle Verantwortlichkeit für die Wahrnehmung der Gefährdungseinschätzung in der jugendamtsinternen Geschäftsverteilung einer bestimmten Organisationseinheit und dort einer bestimmten Person zugewiesen wird. Ein Splitting der Garantenstellung ist für die kollegiale Beratung ebenso abzulehnen wie die Zuweisung der Verantwortung zum Fachteam. **Leitungskräfte** kann eine strafrechtliche Verantwortung treffen, wenn sie in den konkreten Fall eingebunden waren und Entscheidungen bzw. Handlungen zum Schutz unterlassen haben (Heghmanns ZKJ 2018, 230, 234). Im Übrigen werden sie „nur“ mit haftungsrechtlichen, arbeitsrechtlichen oder politischen Konsequenzen zu rechnen haben (Döring S. 350).

3. Begründung einer Garantenstellung

a) Die unterschiedlichen Positionen in Lehre und Rechtsprechung

Mit der fachlichen Zuständigkeit für ein bestimmtes Kind ist nicht ohne weiteres schon eine Garantenstellung zur Abwehr von Gefahren begründet.

Die erste entscheidende Frage lautet deshalb: Woraus ergibt sich die Garantenstellung der einzelnen Fachkraft im Jugendamt in Bezug auf ein bestimmtes Kind, bzw. zu welchem Zeitpunkt tritt sie ein?

Neben einer Garantenstellung **aus Gesetz**, die (seit dem Inkrafttreten) auf § 8a SGB VIII gestützt wird, rekurren die meisten Rechtswissenschaftler sowie die Rechtsprechung auf eine Garantenstellung aus **tatsächlicher Schutzübernahme** (Döring S. 130 unter Verweis u. a. auf OLG Stuttgart v. 28. 5. 1998 -im Fall Jenny; Bringewat LPK-SGB VIII § 8a Rn. 131; Knödler ZKJ 2018, 453; Mörsberger/ Wapler

in Wiesner SGB VIII Anhang 2 Rn. 25, 25 b), wobei sich die Garantenpositionen überlagern können und damit die Garantenstellung insgesamt ausgeweitet wird (Bringewat in LPK § 8a SGB VIII Rn. 135; Knödler ZKJ 2018, 453; Radewagen in Möller SGB VIII § 8a Rn. 61).

Weder aus dem Verweis auf die Regelung zum Schutzauftrag in § 8a SGB VIII als Grundlage für eine Garantenstellung aus Gesetz noch aus dem Konstrukt einer Garantenstellung aus tatsächlicher Schutzübernahme lassen sich aber eindeutige Schlussfolgerungen im Hinblick auf Zeitpunkt und Entstehung einer Garantenstellung ableiten.

So regelt **§ 8a SGB VIII** im Wesentlichen ein prozesshaftes Geschehen, **einen Verfahrensablauf**, der mit Hinweisen und Meldungen beginnt und – je nach Ergebnis – auf unterschiedliche Reaktionsalternativen verweist, deren Einzelheiten an anderer Stelle geregelt sind (z. B. § 1666 BGB; § 42 SGB VIII oder § 157 FamFG). Es lassen sich deshalb unter Bezugnahme auf die in § 8a SGB VIII geregelten öffentlich-rechtlichen Handlungspflichten **unterschiedliche Zeitpunkte bzw.**

Konstellationen identifizieren, an die eine Garantenstellung anknüpfen kann (Mörsberger ZKJ 2013, 61, 65).

Eine Garantenstellung aus tatsächlicher Schutzübernahme wird in der Fachliteratur einerseits schon beim ersten Aufsuchen der Problemfamilie oder sogar beim telefonischen Erstkontakt angenommen (Döring S. 130 unter Verweis auf Bringewat in LPK SGB VIII § 8a Rn.132), andererseits aber wird die Feststellung einer abzuwendenden Kindeswohlgefährdung verlangt (Mörsberger ZKJ 2013, 61; Mörsberger/ Wapler in Wiesner SGB VIII Anh. 2 Rn. 25b).

2. Die Garantenstellung im Kontext der Aufgabenverteilung zwischen Eltern und Staat

Alle Autorinnen und Autoren nehmen bei den Ausführungen zur Begründung einer Garantenstellung von Fachkräften im Kinderschutz Bezug auf die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen zur Aufgabenverteilung zwischen Eltern und Staat im Hinblick auf die Erziehungsverantwortung (und damit auch den Schutz) für das Kind (Art. 6 Abs. 2 GG), kommen dabei aber zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Ausgangspunkt für die **Aufgabenverteilung zwischen Eltern und Staat** ist das verfassungsrechtlich vorgeformte Dreieck zwischen Eltern, Kind und Staat. Das Recht des Kindes auf Erziehung und Förderung seiner Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit wird von den Eltern im Rahmen ihrer elterlichen Erziehungsverantwortung eingelöst (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG). Dabei umfasst das Recht auf Erziehung als einen unverzichtbaren Aspekt auch den Schutz des Wohls von Kindern in ihrer körperlichen, geistigen und seelischen Entwicklung; denn ohne diesen Schutz ist die gewünschte Persönlichkeitsentwicklung nicht denkbar (Siemes, Sozialrecht aktuell 3/18 S. 92, 93).

Dem Kind steht dem Staat gegenüber auch ein Grundrecht auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung zu (BVerfG v. 19. Februar 2013- 1 BvL 1/11 -- 1 BvR 3247/09; Britz, JZ 2014, 1069).

Subsidiär und akzessorisch zur elterlichen Erziehungsverantwortung obliegt dem Staat das sog. staatliche Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG), aus dem inzwischen auch ein Grundrecht des Kindes auf Schutz vor Gefahren für sein Wohl abgeleitet wird (Britz JZ 2014, 1069; Wapler 2015, S.128 ff, 517; BVerfG. v. 03.02.2017, 1 BvR 2569/16).

Damit umfasst die **Sorgeverantwortung der Eltern** sowohl die Verantwortung für die Förderung der Entwicklung und Erziehung als auch die **Verantwortung für den Schutz des Wohls ihrer Kinder**.

Wegen des hohen verfassungsrechtlichen Ranges der elterlichen Erziehungsverantwortung darf der Staat nicht bei jeder Kindeswohlgefährdung gleich in die elterliche Sorge eingreifen. Vielmehr ist er auf eine strenge Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verpflichtet, nachdem ein Eingriff in ein Grundrecht wie die elterliche Erziehungsverantwortung unter anderem nur dann erforderlich und zulässig ist, wenn kein anderes Mittel zur Verfügung steht, um das jeweils anstehende Problem zu lösen, also zum Beispiel eine bereits bestehende oder drohende Gefährdung abzuwenden (§ 1666 a BGB; Wiesner SGB VIII § 1 Rn. 23, 25 ff; Jestaedt/Reimer Art. 6 Abs. 2 und 3 Rdnr. 423 ff).

Deshalb muss „der Staat“ auch im Fall einer Kindeswohlgefährdung zunächst prüfen, ob die Eltern durch das Angebot von „öffentlichen Hilfen“ (§ 1666 a Abs. 1 BGB) als eine Art „Hilfe zur Selbsthilfe“ dazu befähigt werden können, die Gefährdung abzuwenden. Insoweit ergänzt dann das staatliche Wächteramt die elterliche Sorge, in dem solche Hilfen auf die Eltern ausgerichtet sind und den Kindern nur vermittelt über die elterliche Erziehungsverantwortung zugute kommen (Akzessorietät des Wächteramts; System der kommunizierenden Röhren). Erst wenn die Unterstützung nicht zu einer Beseitigung der Kindeswohlgefährdung führt oder eine Abwendung einer bereits festgestellten Kindeswohlgefährdung nach fachlicher Einschätzung nicht durch die Inanspruchnahme einer „öffentlichen Hilfe“ zu erwarten ist, etwa weil die Eltern nicht zur Kooperation bereit oder in der Lage sind, erst dann darf und muss der Staat im Rahmen seines Wächteramtes als „ultima ratio“ in die elterliche Erziehungsverantwortung eingreifen, indem er selbst (ohne Beteiligung der Eltern bzw .gegen ihren Willen) die Gefährdung abwendet. Dies bedeutet im Einzelfall, dass eine Kooperationsbereitschaft der Eltern staatliche Zwangsmaßnahmen nicht ausschließt, solange diese Bereitschaft zur Kooperation nicht mit der **Fähigkeit** der Eltern zur **Verhaltensänderung** verbunden ist, weil dann nur auf diese Weise eine Kindeswohlgefährdung abgewendet werden kann.

Diese innere Struktur der staatlichen Wächteramts lässt sich als ein **Spannungsfeld zwischen Hilfe und Eingriff** beschreiben, indem diese beiden Aspekte nicht trennscharf voneinander abzugrenzen sind, sondern die Pole eines Kontinuums von Möglichkeiten bilden, Kindeswohlgefährdungen

abzuwenden: Solange Eltern bereit und in der Lage sind, eine Gefährdung abzuwenden, soll Ihnen der Staat eine bedarfsgerechte Hilfe anbieten; wenn diese Fähigkeit und/oder Bereitschaft aber nicht (mehr) gegeben ist/sind, so muss der Staat durch Eingriff in die Sorgeverantwortung selbst tätig werden, um eine (weitere) Kindeswohlgefährdung im Sinn des § 1666 BGB abzuwenden. (siehe dazu Schöne 2019, S.149 ff.)

Welche Folgen sich aus dieser Verteilung der Verantwortlichkeiten zwischen Eltern und Staat und den daraus resultierenden Handlungspflichten für die Begründung einer strafrechtlichen Garantenstellung der einzelnen Fachkräfte im Jugendamt ergeben, ist aber **bis heute in Literatur und Rechtsprechung umstritten**. Differenziert wird in den einzelnen Positionen zwischen einer Garantenstellung im **Interventionsbereich** (Schutzverwirklichung durch Intervention) und einer Garantenstellung im **Präventionsbereich** (Schutzverwirklichung durch Hilfe; Bringewat LPK SGB VIII § 8a Rn. 135; Heghmanns Jugendamt 2018, 230; Döring S. 129 ff).

Garantenstellung im Interventionsbereich

So wird zum einen die Auffassung vertreten, dass eine Garantenstellung dritter Personen, also eine Verursachungshaftung für Schäden an Gesundheit oder Leben des Kindes (erst) dann in Betracht kommt, wenn die **Eltern in ihrer Schutzfunktion ausfallen** (Heghmanns, Jugendamt 2018, 230, 231; Mörsberger/ Wapler in Wiesner SGB VIII Anhang 2 Rn. 25 a). Solange die Eltern in ihrer Schutzposition (noch) nicht ausfallen, wäre nach dieser Position eine Fachkraft im Jugendamt schlicht „nicht zuständig“ für das Leben eines Kindes im Haushalt seiner Eltern. *„Es wäre daher geradezu verfassungswidrig, einen unbedingten, strafrechtlich sanktionierten Handlungsauftrag an die Jugendhilfe zu formulieren, solange die Vermutung besteht, die Eltern lebten ihr Erziehungs- und Fürsorgerecht noch im Interesse des Kindes aus.“* (Heghmanns Jugendamt 2018, 231). Dies schließt – so Heghmanns – einen Wächterauftrag, wie in Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG und § 1 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII formulieren, nicht aus, aber eben nur im Sinne aufmerksamer Beobachtung, nicht schon im Sinne einer Handlungs- oder gar Eingriffsverpflichtung (Heghmanns Jugendamt 2018, 231). Erst die **Diagnose einer Unfähigkeit der Eltern oder einer dringenden Gefahr** führt nach dieser Position zu einem **Verantwortungsübergang** im Sinne von Handlungspflichten, die über eine bloße Sachverhaltserforschung hinausgehen. Erst in diesem Moment, also nicht bereits zu Beginn einer bloßen Sachverhaltserforschung, könne es auch zu einer Garantenstellung von Fachkräften im Jugendamt kommen. (Heghmanns Jugendamt 2018, 231).

Die **relevanten Aussagen zum Zeitpunkt und zum Grund der Entstehung einer Garantenstellung** finden sich nach dieser Position in **§ 8a Abs. 2 SGB VIII** (Heghmanns spricht von „*einer strafrechtlich bindenden Wertentscheidung*“, Heghmanns, Jugendamt 2018, 232): „Dort sind drei Situationen

aufgelistet, in denen der Gesetzgeber von den Fachkräften der Jugendhilfe mehr verlangt, als nur zu beobachten oder erst noch den Sachverhalt aufzuklären:

1. Es besteht eine Kindeswohlgefährdung und die Eltern sind nicht gewillt oder nicht in der Lage, diese Gefahr abzuwenden (§ 8a Abs. 2 S. 2 Halbs. 1 SGB VIII iVm § 1666 BGB);
2. die Eltern können oder wollen an der Gefährdungsabschätzung nicht mitwirken (§ 8a Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 SGB VIII);
3. es besteht eine dringende Gefahr für das Kindeswohl (§ 8a Abs. 2 S. 2 SGB VIII).“

Damit setzt diese Auffassung nicht am Zeitpunkt eines (ersten) Kontakts mit dem Kind oder an dem Bekanntwerden gewichtiger Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung, sondern an einem **bestimmten Ergebnis einer Gefährdungseinschätzung** an, das eine **Anrufung des Familiengerichts** oder eine **Inobhutnahme des Kindes** erforderlich macht.

In diesen Fällen verlange das Gesetz - so Heghmanns - Maßnahmen (durch das Jugendamt oder durch das Familiengericht) zu ergreifen, die „an den Eltern vorbei“ zur Sicherung des Kindes wirken sollen. Damit rückten die so verpflichteten Fachkräfte teilweise in den Aufgabenkreis der Eltern ein und man könne ab jetzt von ihrer Garantenstellung ausgehen. Solange aber eine Gefährdungseinschätzung mit den Eltern möglich erscheint, solange eine Gefährdungsabschätzung keine Gefahr bestätigt oder sie dies zwar tut, aber bloße Hilfen noch als genügend erscheinen, rückt nach dieser Position die Fachkraft im Jugendamt nicht in eine Garantenstellung ein (Heghmanns Jugendamt 2018, S. 232).

Damit bleiben aber – wie Heghmanns selbst konstatiert - solche Fälle ungelöst, in denen gewichtige Anhaltspunkte bekannt werden, die die Fachkraft im Jugendamt aber „pflichtwidrig ignoriert, dh in eine erforderliche Gefährdungseinschätzung nicht eintritt (oder dies zwar tut, aber sie „unzureichend“ ausführt)“. Auch in solchen Fällen nimmt Heghmanns eine Garantenpflicht an, „sobald objektiv eine (erkennbare) dringende **Gefahr für das Kind** entsteht, die infolge des **Unterlassens gebotener Aufklärungsmaßnahmen** unerkannt bleibt“ oder im Rahmen von Hilfeangeboten nach § 8a Absatz 1 Satz 3 SGB VIII hätte erkannt werden können. (Heghmanns Jugendamt 2018, 232 f.).

Damit wird zwar einerseits an dem **Eintritt einer von den Eltern nicht abgewendeten Kindeswohlgefährdung** als auslösendem Moment für eine Garantenstellung festgehalten, gleichzeitig aber (rückwirkend) eine **Verknüpfung mit einer im Vorfeld unterlassenen Gefährdungseinschätzung**, aufgrund der die Kindeswohlgefährdung erkannt worden wäre, **bzw. einem vorausgehenden Hilfeprozess**, in dessen Verlauf die Kindeswohlgefährdung hätte erkannt

werden können, **hergestellt**. Die strafrechtliche Betrachtung knüpft damit nicht erst an einer festgestellten Kindeswohlgefährdung an, sondern bereits an der (zeitlich vorgelagerten) Frage, zu welchem Zeitpunkt eine (unterbliebene) Gefährdungseinschätzung angezeigt gewesen wäre bzw. aus welchen Gründen eine tatsächlich erfolgte Gefährdungseinschätzung zu einem falschen Ergebnis und damit zum Unterlassen einer gebotenen Schutzmaßnahme geführt hat, zu welchem Zeitpunkt im Rahmen eines Hilfeprozesses eine Pflicht zur Intervention entstanden ist, die aber nicht wahrgenommen worden ist.

Auf diese Position stützt sich das Landgericht Arnsberg in seiner aktuellen zweitinstanzlichen Entscheidung zur Garantenhaftung einer Fachkraft im Hochsauerlandkreis (siehe dazu unter 5c).

Garantenstellung im Präventionsbereich

Manche Autoren plädieren grundsätzlich für den Eintritt einer Garantenstellung bereits vor Erreichen der Eingriffsschwelle und leiten dieses Ergebnis ebenfalls aus dem **staatlichen Wächteramt** und dem ihm zugrunde liegenden Verhältnismäßigkeitsprinzip ab (Bringewat in LPK SGB VIII § 8a Rn. 14). Erfolg versprechende Präventivmaßnahmen müssten dem Eingriff in das Elternrecht schließlich vorausgehen (Kronseder S.86 zitiert nach Döring S. 131). Ein Einrücken in eine Garantenposition wird schon beim ersten Aufsuchen der Problemfamilie oder sogar beim telefonischen Erstkontakt angenommen (Bringewat in LPK SGB VIII § 8a SGB VIII Rn.131). Nicht ganz so weit geht das OLG Stuttgart, das einen „längeren Arbeits- und Betreuungszusammenhang“ als kennzeichnend angesehen hat (OLG Stuttgart v. 28.5.1998, NJW 1998, 3131). Darauf nimmt auch das LG Arnsberg in seiner aktuellen Entscheidung Bezug (siehe dazu unten 5 c).

Zwischenergebnis

Auf den ersten Blick scheinen die Auffassungen der Kontrahenten (Bringewat/ Heghmanns) stark voneinander abzuweichen. Bei einer genauen Betrachtung der beiden Rechtsauffassungen wird aber deutlich, dass die Unterschiede im Ergebnis nicht so groß sind, wie dies zunächst erscheint. Zwar nimmt die weitergehende Meinung (Bringewat) eine Garantenstellung bereits zu einem Zeitpunkt an, zu dem ein erster Kontakt zu dem Kind besteht, während die andere Auffassung (Heghmanns) eine Kindeswohlgefährdung voraussetzt, die wegen der Unfähigkeit der Eltern oder einer dringenden Gefahr zu einem Verantwortungsübergang von den Eltern auf den Staat führt. Andererseits verlangt diese Auffassung aber nicht, dass die zuständige Fachkraft im Rahmen ihrer Gefährdungseinschätzung zu diesem Ergebnis gekommen sein muss, ihr also die

Kindeswohlgefährdung bekannt war (so aber Mörsberger/ Wapler in Wiesner SGB VIII Anhang 2 Rn. 25b), sondern nimmt eine strafrechtliche Haftung auch in den Fällen an, in denen diese Kindeswohlgefährdung mangels gebotener Aufklärungsmaßnahmen unerkannt bleibt oder im Rahmen eines Hilfeprozesses nicht erkannt worden ist.

Damit spielt im Ergebnis die Unterscheidung zwischen Interventionsbereich und Präventionsbereich keine Rolle, denn die Differenzierung zwischen Präventions- und Interventionsbereich setzt ja bereits eine Gefährdungseinschätzung voraus. Die Aufmerksamkeit wird damit auf die Voraussetzungen für eine (ggf. erneute) Gefährdungseinschätzung, also die „gewichtigen Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung“, den Prozess der Gefährdungseinschätzung und die damit verbundenen Anforderungen und damit auf die aus einer Garantenstellung folgenden Handlungspflichten/Garantenpflichten gelenkt (dazu unten 5; Bringewat ZKJ 2012, 330, 333).

4. Ende einer Garantenstellung

Im Hinblick auf das Ende einer Garantenstellung (und damit das Ende einer strafrechtlichen Haftung der einzelnen Fachkraft) sind verschiedene Konstellationen in den Blick zu nehmen, die hier nur kurz erläutert werden können. Hierzu gibt es einzelne Stimmen in der Fachliteratur, aber nur ganz wenige Aussagen in der Rechtsprechung.

In Betracht kommen folgende Varianten:

– Abschluss des Hilfeprozesses/ Ende der Gefährdungslage

Folgt man der Auffassung von Heghmanns, nach der eine Garantenstellung jedenfalls objektiv eine erkennbare Gefährdung des Kindeswohls voraussetzt, die von den Eltern nicht abgewendet wird (Jugendamt 2018, 230, 232), so endet die Garantenstellung zu dem Zeitpunkt, zu dem die Fachkraft ihre rechtlichen Möglichkeiten ausgeschöpft hat, um die Gefährdung abzuwenden, in jedem Fall zu dem Zeitpunkt, in dem eine Kindeswohlgefährdung unter aktiver Beteiligung der Eltern abgewendet wird. Ein solcher Zeitpunkt dürfte allerdings nur schwer identifizierbar sein, weil die Abwendung einer Kindeswohlgefährdung kein punktuellere Ereignis, sondern ein zielgerichteter Prozess ist. Die Garantenstellung entsteht nach dieser Auffassung neu zu dem Zeitpunkt, zu dem als Ergebnis einer neuen Gefährdungseinschätzung aufgrund neuer Anhaltspunkte (erneut) eine Gefährdung des Kindeswohls, die von den Eltern nicht abgewendet wird, bzw. zu dem Zeitpunkt, zu dem eine solche neue Gefährdungseinschätzung als Folge des Bekanntwerdens gewichtiger Anhaltspunkte hätte durchgeführt werden müssen.

Folgt man indes der weitergehenden Auffassung wonach das Jugendamt auch im Präventionsbereich eine Garantenstellung begründet (Bringewat), so dauert die Garantenstellung so lange an, bis der

Hilfeprozess erfolgreich abgeschlossen ist und „die Problemfamilie aus der jugendamtlichen Betreuung entlassen wird“ (Bringewat 2000 S. 61).

– **Änderung der Zuständigkeit,**

Darunter fällt sowohl eine Änderung der Zuständigkeit innerhalb der Behördenorganisation (interne Zuständigkeit) als auch eine Änderung der örtlichen Zuständigkeit im Sinn von § 86 SGB VIII (externe Zuständigkeit).

Bei einer Änderung der örtlichen Zuständigkeit (§ 86 SGB VIII) wird angenommen, dass die Garantenstellung der bisher zuständigen Fachkraft so lange fortwirkt, bis diese ihre Nachfolgerin umfassend zur Familiensituation informiert sowie gewährleistet habe, dass die Betreuung sachgerecht am neuen Wohnort weitergeführt wird (Döring S. 138 unter Verweis auf OLG Stuttgart NJW 1998, S. 3134; Dießner 2008, S. 293 f.). Diese Betrachtungsweise dürfte auch für einen behördeninternen Zuständigkeitswechsel gelten.

Auch in **Vertretungssituationen** bleibt eine Garantenstellung in Anlehnung an die Fälle zum Zuständigkeitswechsel bestehen, bis die vom Vorgesetzten oder der fallzuständigen Fachkraft zu organisierende Vertretung umfassend über die Familiensituation informiert worden ist (Döring S. 139 unter Verweis auf Bringewat 1997 S.67 f. und Dießner S. 296).

– **Anrufung des Familiengerichts**

Mit der Anrufung des Familiengerichts folgt die Fachkraft ihrer Pflicht nach § 8a Abs. 2 Satz 1 SGB VIII. Eine („erfolglose“) Meldung einer Kindeswohlgefährdung an das Familiengericht beendet aber nicht die Garantenstellung der Fachkraft (so Döring S. 139 unter Verweis auf Dießner S. 300). So sei zwar der Familienrichter möglicherweise Beschützergarant für das Kind, wenn er über eine Kindeswohlgefährdung informiert worden sei; dennoch bleibe die Fachkraft „die maßgebende Identifikationsfigur und damit die Person, in welche das berechnete Vertrauen gesetzt wird“ (Dießner 2008, S. 300).

Hier wird zu **unterscheiden sein**

- zwischen einer sich verzögernden Entscheidung des Familiengerichts, die dem Jugendamt die Möglichkeit einer Beschleunigungsrüge (§ 155b FamFG) und zur Gefahrenabwehr die Inobhutnahme des Kindes (§ 42 SGB VIII) ermöglicht, und

und einer Entscheidung des Familiengerichts über die elterliche Sorge auf der Grundlage von § 1666 BGB, die die Inobhutnahme rechtswidrig macht (Köhler ZKJ 2019, 12, 16).

Sieht das Familiengericht von einer Einschränkung/dem Entzug der elterlichen Sorge ab, so ist die Fortführung der Inobhutnahme unzulässig. Das Jugendamt muss sie beenden, auch wenn es weiterhin von einer Gefährdung des Kindes ausgeht. Es ist dann aber berechtigt und im Rahmen der

Garantenstellung verpflichtet, ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Familiengerichts einzulegen. Auf der Grundlage einer neuen Gefährdungseinschätzung ist auch eine neue Inobhutnahme nicht ausgeschlossen.

– **Beteiligung eines freien Trägers:**

Dazu wird auf die Ausführungen unter IV verwiesen.

5. Folgen aus der Garantenstellung für die Handlungspflichten (Garantenpflichten)

a) Bezugnahme auf das Verfahren der Gefährdungseinschätzung (§ 8a SGB VIII)

Inzwischen beziehen sich alle Autoren und auch die aktuelle Rechtsprechung (LG Arnsberg vom 7.1.2020) hinsichtlich der aus der Garantenstellung resultierenden Garantenpflichten **auf die Vorgaben in § 8a SGB VIII** (Döring S.140; Heghmanns Jugendamt 2018, 230, 233). Es erscheint deshalb angezeigt, zunächst die einzelnen Pflichten, die in § 8a SGB VIII näher geregelt sind, genauer zu betrachten.

Gefahrerforschungspflicht (§ 8 Abs. 1 SGB VIII)

Zunächst ist die **Untersuchungspflicht zur Informationsgewinnung** und zur Gefährdungseinschätzung zu nennen, mit deren Erfüllung das Jugendamt bzw. die dort verantwortlichen Fachkräfte die Grundlage für die Entscheidung schaffen, ob und in welcher Weise sie den Schutzauftrag wahrzunehmen haben.

Bei dieser Pflicht geht es darum, dass sich die im Einzelfall zuständigen Fachkräfte eine genaue Kenntnis von der jeweiligen konkreten Lage verschaffen, in der sich ein womöglich gefährdetes Kind befindet, und auf Basis dieser Kenntnis eine Einschätzung vornehmen, ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt oder nicht, um schließlich die gebotenen Maßnahmen zu treffen. Damit bildet diese Pflicht für die zuständigen Fachkräfte den Einstieg in die Prüfung, ob und in welcher Weise sie ihren Schutzauftrag wahrzunehmen haben (Wiesner SGB VIII 8a Rn. 16 ff).

Voraussetzung für das Entstehen der Untersuchungspflicht ist das **Bekanntwerden gewichtiger Anhaltspunkte für die Gefährdung des Wohls eines Kindes** (§ 8 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 SGB VIII). Anhaltspunkte sind Fakten, Tatsachen also zum Beispiel körperliche oder psychosoziale Spuren von Misshandlungen oder Vernachlässigungen bei Kindern, eigene Wahrnehmung der Fachkräfte, Aussagen von Zeugen oder Sachverständigen. Sie können sich bereits unmittelbar aus den (Erst)Meldungen ergeben, aber auch erst aus weiteren Nachfragen/ Information, setzen also häufig eine Ersteinschätzung als Grundlage für das weitere Vorgehen voraus. Sind solche Fakten/Tatsachen in dem Sinne gewichtig, dass ihr Vorliegen eine Kindeswohlgefährdung überwiegend wahrscheinlich

macht, so löst dies die **Pflicht der zuständigen Fachkraft im Jugendamt zur (weiteren) Informationsgewinnung und zur Gefährdungseinschätzung** aus. Führen die ersten Informationen bereits zu dem Ergebnis, dass eine Kindeswohlgefährdung besteht, so kann im Einzelfall ein sofortiges Handeln geboten sein.

Rechtfertigen die bekannt gewordenen Anhaltspunkte dagegen nicht die Prognose der überwiegenden Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung, so ist die zuständige Fachkraft nicht verpflichtet, aber auch nicht befugt zu einer weiteren Informationsgewinnung und darauf bezogenen Gefährdungseinschätzung. Andernfalls würden die Eltern in ihrer Freiheit zur Wahrnehmung der Erziehungsverantwortung“ unzulässig bedrängt“ (Siemes Sozialrecht aktuell 3/18 S. 97). So kann zwar im Einzelfall ein erzieherischer Bedarf vorliegen, der neben anderen Voraussetzungen einen Anspruch auf Hilfe zur Erziehung auslöst (§ 27 Abs. 1 SGB VIII). In diesem Fall entscheiden aber allein die Personensorgeberechtigten, ob sie ihren Anspruch auf Hilfe zur Erziehung geltend machen oder dies unterlassen. Die zuständige Fachkraft kann sie insoweit beraten oder auch versuchen zu motivieren, solche Hilfen in Anspruch zu nehmen, sie ist aber nicht befugt, die Eltern zur Inanspruchnahme zu verpflichten. Zwar bleibt es den Fachkräften im Jugendamt unbenommen, weiterhin für die Inanspruchnahme von Hilfen zu werben, eine Befugnis zur regelmäßigen Kontrollbesuchen ergibt sich daraus jedoch nicht (Wiesner SGB VIII § 8a Rn. 29). Sogenannte „Kontrollhilfen in Risikofamilien“ sind deshalb nicht zulässig, sofern sie über ein Werben für die Inanspruchnahme von Hilfen hinausgehen (DlJuF – Gutachten Jugendamt 2010,131). Damit ist aber im Einzelfall nicht ausgeschlossen, dass bei der Kontaktaufnahme bzw. einem Hilfeangebot neue Anhaltspunkte bekannt werden, aus denen sich eine neue Pflicht zur Gefährdungseinschätzung ergibt, die im Einzelfall zu weitergehenden Maßnahmen führen kann.

Garantenpflichtverletzungen betreffend den Prozess der Gefährdungseinschätzung können sich dabei auf

- eine fehlerhafte Auslegung des Begriffs „gewichtige Anhaltspunkte“
 - die Nichteinleitung eines Verfahrens der Gefährdungseinschätzung i.S.d. § 8a Abs. 1 S. 1, Abs. 4 SGB VIII
 - auf die fehlerhafte Aufklärung des der Gefährdungseinschätzung zugrunde liegenden Sachverhalts
- auf Fehler bei der Zusammensetzung des die Gefährdungseinschätzung durchführenden Fachkollegiums beziehen (Bringewat ZKJ 2012, 330,333 ff; Döring S. 140).

So steht eine Fachkraft bei der Auswertung von Informationen häufig vor der Frage, ob es sich um „gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung“ handelt. Dabei ist es nicht erforderlich,

dass jeder Anhaltspunkt für sich genommen bereits eine Kindeswohlgefährdung indiziert. Es genügt vielmehr, dass durch das Hinzutreten weiterer gegebenenfalls gefährdungsrelevanter Umstände ein Gesamtkomplex von Anhaltspunkten entsteht, der dann in Summa auf eine Kindeswohlgefährdung verweist (so jedenfalls Bringewat in LPK SGB VIII § 8a Rn. 35; ihm folgend LG Arnsberg v. 7.1.2020). Daran schließt sich die Frage an, ob und wann aufgrund neuer Informationen eine Kontaktaufnahme mit der Familie geboten erscheint bzw. welche Konsequenzen aus der Weigerung, ein solches Gespräch zu führen, zu ziehen sind.

Gefahrabwendungspflicht (§ 8 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 SGB VIII)

Hinsichtlich der Gefahrabwendungspflicht differenziert die Vorschrift nach dem Verhalten bzw. den Ressourcen der Eltern. Hält die Fachkraft zur Abwendung der Gefährdung die Gewährung von Hilfen für geeignet und notwendig, so hat sie diese den Eltern anzubieten (Abs. 1 Satz 3).

Kommt die verantwortliche Fachkraft im Jugendamt bei der Gefährdungseinschätzung hingegen zu dem Ergebnis, dass

- Eltern in der Gefahrenabwehr ausfallen, weil sie nicht gewillt oder nicht in der Lage sind die Gefahr abzuwenden oder
- dies unsicher erscheint, weil sie an einer Gefahrenaufklärung nicht mitwirken oder
- eine dringende Gefährdung festgestellt wird, die keine Zeit für eine weitere Aufklärung lässt und sofortiges Tätigwerden erfordert

verlangt das Gesetz vom Jugendamt Maßnahmen zu ergreifen, „die an den Eltern vorbei zur Sicherung des Kindes wirken sollen“ (Heghmanns Jugendamt 2018, S. 232).

In der Praxis dürften die Herausforderungen für die Fachkraft vor allem in der Einschätzung der Gefährdungssituation („sozialpädagogische Diagnose“) und der darauf bezogenen Prognose über das künftige Verhalten der Eltern liegen.

b. Die Rechtsprechung zur Garantenpflichtverletzung

Aus diesen in § 8a SGB VIII beschriebenen Handlungspflichten für die Fachkräfte im Jugendamt ziehen Wissenschaft und Rechtsprechung **unterschiedliche Konsequenzen im Hinblick auf die daraus abzuleitenden Garantenpflichten**. Dies ist deshalb nicht verwunderlich, weil § 8a SGB VIII nur einen Rahmen für das Verfahren absteckt, die Einzelheiten bzw. Voraussetzungen für die im Einzelfall gebotenen Handlungsschritte aber einer weiteren Konkretisierung durch fachliche Standards überlässt (Mörsberger ZKJ 2013, 61,65). Zudem beziehen sich die wenigen gerichtlichen Entscheidungen immer auf Einzelfälle.

Zur **Rechtsprechung in strafrechtlichen Verfahren** gegen Fachkräfte der Kinder- und Jugendhilfe wegen Verletzung von Garantenpflichten liegt eine aktuelle Dissertation vor. Dort wurden „öffentlichkeitswirksame Kinderschutzfälle“ in Deutschland untersucht, darunter die Fälle Laura-Jane (1994), Jenny (1996), Kevin (2006), Chantal (2012) und Alessio (2015) (Döring S. 18 ff). Insgesamt werden in der Dissertation für den Zeitraum zwischen 1994 und 2015 **elf tödlich verlaufende Kindesmisshandlungen und Kindesvernachlässigungen** in Deutschland identifiziert, in denen (angebliche) Versäumnisse von Fachkräften der Kinder- und Jugendhilfe zu einem gerichtlichen Hauptverfahren gegen deren Mitarbeiter führten (Döring S. 57). Angesichts der Gesamtzahl der Gefährdungseinschätzungen in diesem Zeitraum (allein im Jahre 2013: 115.687 – KomDat 2018 Heft 2 S. 6) handelt es sich dabei aber um eine sehr geringe Zahl von Fällen, in denen es zu einer Anklage wegen eines Tötungsdelikt kam.

In allen Fällen war das Jugendamt vor, seit oder kurz nach der Geburt des Kindes mit der Familie und dem später verstorbenen Kind durch Hinweise des Krankenhauspersonals, von Nachbarn, Verwandten oder Bekannten in Kontakt.

In allen Fällen hat das Jugendamt in irgendeiner Form reagiert, beispielsweise mit Hilfen zur Erziehung, Hausbesuchen, Gesprächen, schriftlichen und telefonischen Aufforderungen zum Erscheinen im Jugendamt, kurzzeitigen Inobhutnahmen etc (Döring S. 61).

Als strafrechtlich relevantes (Unterlassungs-)Verhalten wurden im Fall Laura- Jane (Osnabrück 1994) sowohl eine unterlassene Informationsweitergabe als auch eine unterlassene Anrufung des Gerichts auf Sorgerechtsentzug durch den beschuldigten Sozialarbeiter angesehen. Auch in den Fällen Jenny (Stuttgart 1996) und Dominic (Leipzig 2000) bestand das strafrechtlich relevante Verhalten in der fehlenden Weitergabe relevanter Informationen. Laut dem OLG-Beschluss im Fall Jenny bezog sich der Hauptvorwurf auf die unterlassene Beantragung des Sorgerechtsentzugs, nach Ansicht des Landgerichts Stuttgart bloß auf die unterbliebene Informationsweitergabe. Im Fall Vanessa (Mönchengladbach 2003) stützte das Amtsgericht seine Verurteilung darauf, dass keine sofortige Inobhutnahme des Kindes erfolgt war. Im Fall Kevin (Bremen 2006) knüpfte die Strafbarkeit an die Nicht-Herausnahme von Kevin aus der Familie zum letztmöglichen Rettungszeitpunkt im August 2006 an. Auch im Fall Alessio (Breisgau-Hochschwarzwald 2015) wurde der Strafbefehl auf die unterlassene Inobhutnahme des Kindes gestützt.

Die Vorwürfe richteten sich also vor allem auf **Fehler bei der Gefährdungseinschätzung (§ 8a Abs.1), die dann zu Fehlentscheidungen über die erforderlichen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr (§ 8a Abs. 1 Satz 3 bzw. Abs. 2) führten.**

c) Urteil des Landgerichts Arnsberg v. 7.1.2020

Einer Mitarbeiterin im ASD ist vorgeworfen worden, die gebotene Einschätzung einer Gefährdungssituation pflichtwidrig unterlassen zu haben und damit eine Kindeswohlgefährdung nicht erkannt zu haben, die ihrerseits zum Tod des Kindes geführt hat.

Es handelte sich dabei um das zweitjüngste von insgesamt neun Kindern einer allein erziehenden Mutter, die ein halbes Jahr zuvor in den Bereich des Jugendamts zugezogen war und wo die angeklagte Fachkraft nach der Fallübergabe auf der Grundlage einer im Ergebnis negativen Gefährdungseinschätzung durch die Clearingstelle für die Familie zuständig wurde. Inhaltlich ging es dabei also um die Frage welche **Pflichten einer Fachkraft im Hinblick auf ein erneutes Tätigwerden** obliegen, wenn die letzte Gefährdungseinschätzung zu dem Ergebnis kam, dass keine Kindeswohlgefährdung vorliegt.

In seiner Entscheidung vom 7.1.2020 geht das LG Arnsberg davon aus, dass zum Zeitpunkt des Hausbesuchs der Fachkraft am 30.1.2014 eine objektiv erkennbare Kindeswohlgefährdung in Form von Unter- oder Mangelernährung vorlag und damit eine Garantenstellung der Fachkraft entstanden sei. **Die Fachkraft habe die nach § 8a Abs. 1 Satz 1 SGB VIII gebotene Einschätzung des Gefährdungsrisikos pflichtwidrig unterlassen.** Ihr seien mehrere Anhaltspunkte bekannt geworden, die auch in Bezug auf dieses Kind einen Gesamtkomplex gefährdungsrelevanter Umstände darstellten und in ihrer Gesamtwürdigung die Fachkraft zu einer Einschätzung der Gefährdungssituation hätten veranlassen müssen. Als **gefährdungsrelevante Umstände** benannte das Gericht

- die mangelnde Berücksichtigung der Hinweise des Vorgängerjugendamts bei der Fallübergabe an das Jugendamt im Hochsauerlandkreis
- die unterbliebene Überprüfung der Gefährdungseinschätzung der Clearingstelle bei der Fallübergabe an den ASD
- das Nichtabwarten der Meldung des Landeszentrums über die nicht durchgeführte Vorsorgeuntersuchung
- die Nichtberücksichtigung von Anhaltspunkten für eine Gefährdung eines Geschwisterkindes.

d) Die Bedeutung fachlicher Standards für die Konkretisierung der Handlungspflichten

Eine Betrachtung der verschiedenen gerichtlichen Entscheidungen macht deutlich, dass die Gerichte bei der Beurteilung der (gebotenen) Gefährdungseinschätzung die jeweiligen konkreten Handlungspflichten nicht unmittelbar aus § 8a SGB VIII ableiten. Dies ist auch nicht überraschend, da sich die Vorschrift auf abstrakte Vorgaben beschränkt, aus denen nicht die im Einzelfall gebotenen Handlungspflichten identifiziert werden können. Die Vorschrift liefert also nicht die maßgeblichen

Beurteilungskriterien für die Haftungsfrage (Mörsberger ZKJ 2013, 65). Vielmehr bedarf es für die Bewertung eines Einzelfalls einer **Konkretisierung der in § 8a SGB VIII statuierten**

Handlungspflichten (Mörsberger ZKJ 2013,66; Heghmanns, Jugendamt 2018, 407). So ist im Gefolge des Inkrafttretens von § 8a SGB VIII eine Vielzahl von Einschätzungshilfen entstanden, die den Charakter von Empfehlungen haben. Dazu zählen Beobachtungskataloge und Erhebungsinstrumente für das Erkennen und Einschätzen der Gefährdungssituation, wie z. B. der Stuttgarter Kinderschutzbogen. Nachdem eine erste Version in Stuttgart schon seit 2002 eingesetzt worden war, wurde eine neue Version in einem gemeinsamen Weiterentwicklungsprozess der Jugendämter der Landeshauptstädte Stuttgart und Düsseldorf erarbeitet und schließlich durch das Deutsche Jugendinstitut evaluiert (Deutsches Jugendinstitut 2008). In Berlin regeln die Gemeinsamen Ausführungsvorschriften über die Durchführung von Maßnahmen zum Kinderschutz in den Jugend- und Gesundheitsämtern der Bezirksamter des Landes Berlin (AV Kinderschutz Jug Ges v. 8.4.2008) Standards zur Gefährdungseinschätzung bei Tätigwerden im Falle von Anhaltspunkten für eine Kindeswohlgefährdung und ein zweistufiges Verfahren. Darüber hinaus existieren in vielen Kreisen und Städten Dienstanweisungen zum Vorgehen und zu Maßnahmen des Jugendamts bei Meldungen über Vernachlässigung und Misshandlung von Kindern und Jugendlichen (so auch im Hochsauerlandkreis im Fall des Landgerichts Arnsberg). Dennoch haben sich in der deutschen Jugendhilfepraxis einheitliche und standardisierte Verfahren für den Prozess der Gefährdungseinschätzung noch nicht durchsetzen können (Schone 2019 S. 284).

Da diese Einschätzungshilfen (bis heute) nur einen örtlichen oder regionalen Bezug haben und inhaltlich voneinander differieren, wird kontrovers diskutiert, wie mit dieser Uneinheitlichkeit umzugehen ist, ob also letztlich das Strafrecht den Beurteilungsmaßstab vorgibt, wenn die jeweils zum Einsatz kommende Einschätzungshilfe der Gefahrenabwehr nicht die entscheidende Bedeutung beizubringen vermag, oder ob und inwieweit die Maßstäbe für die Sorgfaltspflichten aus dem SGB VIII abzuleiten sind (Bringewat ZKJ 2018, 346; Heghmanns ZKJ 2018, 407). Inzwischen besteht zwar ein weitgehender Konsens im Hinblick auf die **Priorität des Fachgesetzes** („akzessorischer Charakter des Strafrechts“: Heghmanns ZKJ 2018, 407; Doering S. 141 ff; Meysen in FK SGB VIII Anhang II Rn. 12: „*Wer sich an die Vorgaben des SGB VIII hält, kann nicht strafrechtlich belangt werden*“); dieses Fachgesetz enthält aber-wie bereits ausgeführt - große Gestaltungsspielräume und ermöglicht damit unterschiedliche Rückschlüsse auf die einzuhaltenden Maßstäbe bei der Wahrnehmung der Garantenpflicht.

Angesichts der unterschiedlichen Ausgestaltung der jeweils zum Einsatz kommenden Einschätzungshilfen bleibt -andererseits -das **Restrisiko einer mangelnden Konformität der Einschätzungshilfen mit den Vorgaben des SGB VIII**. So kommt etwa Heghmanns zu dem Ergebnis:

„Die Einhaltung fachlicher Standards schützt damit im Ergebnis vor Strafe, sofern nicht die zuständige Fachkraft die Unzulänglichkeiten solcher Standard in der konkreten Situation erkannt hat (oder zumindest zwingend erkennen musste)“. Dabei müsse es sich um fachliche Standards handeln, die „SGB VIII getreu dem Schutz von Leben und Gesundheit verpflichtet sind und nicht die differenzierenden Vorgaben des Gesetzes insbesondere von § 8a SGB VIII konterkarieren, indem sie anderen Zielen, zum Beispiel den Aufbau eines Vertrauensverhältnisses zu der betreuten Familie einen pauschalen Vorrang vor dem Lebensschutz einräumen, der den gesetzlichen Wertungen widerspräche“ (Heghmanns ZKJ 2018, 406, 409). Einen solchen pauschalen Vorrang wird man keinem der bekannten Konzepte vorwerfen können, die die Gefährdungseinschätzung als dialogisch systemischen Prozess verstehen (siehe dazu Biesel/Schnurr, Jugendamt 2018, 80; Stadtjugendamt Erlangen/Gedik/Wolff (Hrsg.) Kinderschutz im Dialog 2018) und dem Vertrauen als Grundlage einer Hilfebeziehung eine besondere Bedeutung zumessen (siehe dazu auch Mörsberger in ZKJ 2013, 61, 67 mit weiteren Verweisen). Allerdings bedürfen Hilfe Konzepte im Falle einer Kindeswohlgefährdung neben dem auf den Einzelfall abgestimmten Leistungskonzept auch eines auf die Gefährdungsabwehr gerichteten Schutz- und Kontrollkonzepts, das sowohl für die Eltern als auch für die Fachkräfte die notwendige Verbindlichkeit und Eindeutigkeit herstellt (Schöne 2019 S. 144, 151). Damit stehen Fachkräfte immer wieder vor der schwierigen Aufgabe, eine sensible Balance zwischen geduldigem Werben um Eltern und entschlossenem Handeln (gegebenenfalls auch gegen den Willen der Eltern) zu finden, wenn Gefahren für Kinder nicht anders zu beheben sind (Siemes Sozialrecht aktuell 3/2 2018 S.102). Risiken und Fehlentscheidungen können dabei nicht ausgeschlossen werden.

6. Kausalität (Zurechenbarkeit des Erfolgs)

Eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung oder Körperverletzung durch Unterlassen setzt darüber hinaus voraus, dass die jeweiligen Rechtsgutsverletzungen kausal auf das Unterlassen zurückzuführen sind und sie gerade auf den konkret in Rede stehenden Pflichtverletzungen beruhen. Da es bei einer Unterlassungsstrafbarkeit eine Kausalität im physikalischen Sinn nicht geben kann genügt als Ursächlichkeitskriterium ein gesetzmäßiger hypothetischer Bedingungs Zusammenhang zwischen Untätigkeit und Erfolgseintritt (sog. Quasi Kausalität oder hypothetische Kausalität). Kausal ist dementsprechend ein Unterlassen einer Fachkraft, wenn die pflichtgemäße Handlung – also die Ergreifung der gebotenen Maßnahme – nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der tatbestandsmäßige Erfolg – die Schädigung des Kindes – mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfielen (Döring Seite 127).

Die Ermittlung dieser „Quasi Kausalität“ gestaltet sich dann besonders schwierig, wenn die pflichtgemäße (aber unterlassene) Handlung nicht in einer konkreten Hilfe, sondern in einer (unterlassenen) Gefährdungseinschätzung besteht (so die Konstellation im Hochsauerlandkreis).

Welche Maßnahmen dann bei einer ordnungsgemäß verlaufenen Gefährdungseinschätzung angezeigt und geboten gewesen wären bzw. wie die Eltern auf Hilfeangebote reagiert hätten, lässt sich bei einer ex ante Betrachtung nur schwer vorhersagen und lässt erhebliche Spielräume. Hinzu kommt, dass diese Betrachtung aus der (fachlichen) Sicht der mit der Fallkonstellation vertrauten Fachkraft, nicht aus der Sicht des Richters bzw. der Richterin aufgrund der Beweisaufnahme und der Aktenlage zu erfolgen hat. So bestehen erhebliche Zweifel, ob im Fall der vom Landgericht Arnsberg verurteilten Fachkraft von einer fiktiven Kausalität die Rede sein kann, dass also mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit durch ein pflichtgemäßes Handeln im Zusammenhang mit dem Hausbesuch am 30.1.2014 der Tod des Kindes hätte verhindert werden können.

7. Fahrlässigkeit

Eine strafrechtliche Haftung setzt eine vorsätzliche oder fahrlässige Deliktsverwirklichung voraus. Das strafrechtliche Haftungsrisiko für eine Fachkraft in der Kinder- und Jugendhilfe konzentriert sich auf eine fahrlässige Deliktsverwirklichung (fahrlässige Tötung gemäß §§ 212, 222 StGB oder fahrlässige Körperverletzung gemäß §§ 223, 229, 340 StGB). Eine Legaldefinition der Fahrlässigkeit enthält das Strafgesetzbuch nicht.

Fahrlässig handelt, wer eine objektive Pflichtwidrigkeit begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte, und wenn gerade die Pflichtwidrigkeit objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg gezeitigt hat (BGH v. 13. November 2003 - 5 StR 327/03).

Dabei wird eine **zweistufige Prüfung** vorgenommen. Als erstes muss festgestellt werden, ob der Täter überhaupt eine objektive Sorgfaltspflicht verletzt hat. Danach muss geprüft werden, ob ihm diese Pflichtverletzung auch individuell zum Vorwurf gemacht werden kann.

Objektive Sorgfaltswidrigkeit

Garanten- und Sorgfaltspflichten sind inhaltlich in der Regel deckungsgleich (Hofmann ZKJ 2007, 389, 393; Heghmanns Jugendamt 2018, 234). Werden also Garantenpflichten verletzt, wird zugleich gegen Sorgfaltspflichten verstoßen. Deshalb kann im Hinblick auf die Verletzung einer objektiven Sorgfaltspflicht auf die Ausführungen zur Garantenpflicht verwiesen werden. Dabei bleiben aber Divergenzen, ob mit der Einhaltung fachlicher Standards Sorgfaltspflichtverletzungen von vornherein ausgeschlossen sind (Bringewat ZKJ 2018, 346, 349).

Wichtig ist insoweit, ob die entsprechenden Situationen und Handlungsmöglichkeiten **ex ante betrachtet erkennbar** waren (Heghmanns, Jugendamt 2018, 230, 235). „Maßgeblich für die nachträgliche Beurteilung der Rechtmäßigkeit des sozialpädagogisch-fachlichen Handelns ist allein, wie sich der Hilfefall für die zuständige Fachkraft zu dem Zeitpunkt dargestellt hat, an dem das vermeintlich erforderliche Handeln ausgeblieben ist. Spätere Erkenntnisse dürfen hier nicht vorgehalten werden“ (Meysen/ Nonninger 2019, 139). Für die Fachkraft muss der Tod oder die Körperverletzung des Kindes **objektiv vorhersehbar** gewesen sein, was dann der Fall ist, wenn der Erfolgseintritt innerhalb dessen liegt, was nach allgemeiner Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge erwartet werden kann. Verlangt wird nicht, dass **jedes Detail** vorhersehbar war; stattdessen genügt, dass **das Endergebnis** nicht absolut unvorhersehbar gewesen ist (Döring S. 145 unter Verweis auf BGHSt 31, 96,101).

Unter dem Punkt der Sorgfaltspflichtverletzung wird von einigen Rechtswissenschaftlern auch das Problem einer **Überlastungssituation im Jugendamt** diskutiert, aufgrund derer sich die fallzuständige Fachkraft nicht mehr ausreichend über den Zustand der Familie informieren könne. Auch hier wird aber darauf abgestellt, dass die zuständige Fachkraft Maßnahmen treffen müsse, um ihre Arbeitsfähigkeit wiederherzustellen – beispielsweise über eine **Überlastungsanzeige** oder die Delegation von Aufgaben –, ansonsten könne man ihr eine sog. Übernahmefahrlässigkeit vorwerfen (Döring S. 144). Die Überlastungsanzeige nimmt die vorgesetzte Person in die Pflicht, befreit die Fachkraft aber nicht aus ihrer Pflichtenstellung. Sie hat aber Folgen für die Bewertung der Sorgfaltspflichtverletzung der Fachkraft und kann zum Ausschluss ihrer persönlichen Verantwortung führen (Heghmanns, Jugendamt 2018, 230, 234). Unterlässt die Fachkraft hingegen die Überlastungsanzeige und hätte sie zur Wiederherstellung ihrer Arbeitsfähigkeit geführt (zB weil weitere Ressourcen zur Verfügung gestanden hätten, weil man sie von anderen Aufgaben entbunden hätte etc), so wäre auf diesem Weg die Rettung des fraglichen Kindes möglich gewesen und die Fachkraft, die weder etwas zur Rettung unternommen noch seine Überlastung angezeigt hatte, muss sich dann die Mitverursachung des Kindestods zurechnen lassen.

Subjektive Sorgfaltswidrigkeit

Im Hinblick auf die „innere Tatseite“ ist zu prüfen, was von der Fachkraft nach ihren individuellen Eigenschaften und Fähigkeiten auch persönlich verlangt werden kann (Bringewat ZKJ 2018, 346, 347).

Unterschieden wird zwischen unbewusster und bewusster Fahrlässigkeit, im Privatrecht auch zwischen **leichter** und **grober Fahrlässigkeit**. Im Strafrecht wird anstelle der ‚groben Fahrlässigkeit‘ der Begriff der Leichtfertigkeit verwendet. Nach allgemeinem Verständnis handelt es sich dabei um einen **besonders schweren Pflichtverstoß, bei dem der Handelnde sich in krasser Weise über die**

gebotene Sicherheit hinwegsetzt (BGH mit Urteil vom 01.07.2010, Az.: I ZR 176/08). Eine Person muss demnach die **gebotene Sorgfalt in einem besonders hohen Maße** verletzen. Es handelt sich also um „einen erhöhten Grad von Fahrlässigkeit, die nahe an den Vorsatz grenzt und nicht nur bei bewusster, sondern auch bei unbewusster Fahrlässigkeit vorliegen kann“ (so das OLG München mit Urteil vom 15.02.2011, Az.: 4 StRR 167/10). Die Unterscheidung hat Folgen für die Strafzumessung (§ 46 StGB).

Während das AG Medebach die Fachkraft im aktuellen Strafverfahren im Hochsauerlandkreis wegen grober Fahrlässigkeit verurteilt hat, hat das Landgericht Arnsberg in der zweiten Instanz den Verschuldensgrad als gering erachtet und leichte Fahrlässigkeit angenommen.

Unter dem Aspekt der Schuld wird auch problematisiert, ob eine subjektive Sorgfaltspflichtverletzung entfällt, wenn bei einer Fachkraft **eine adäquate Ausbildung fehlt oder Erfahrungs- und Wissenslücken** vorhanden sind. In einem solchen Fall verlagere sich aber der strafrechtliche Vorwurf dahingehend vor (sog. Übernahmeverschulden), dass sich die Fachkraft auf die Übernahme eines bestimmten Falles trotz ihres Mangels an Fähigkeiten und Kenntnissen eingelassen habe. Dies sei allerdings nur der Fall, wenn sie die eigenen Defizite und Gefahren, die sie zu meistern habe, auch erkennt. (Döring S. 147). Zu den rechtlichen Organisationspflichten des Jugendamts zur Wahrnehmung des Schutzauftrags gehört auch die Sorge für eine ausreichende Personal- und Sachausstattung (§ 79 Abs. 3 SGB VIII, Siemes Sozialrecht aktuell 3/18 S. 103). Hier ist zunächst der Jugendhilfeausschuss in der Pflicht. Im Übrigen ist es die Aufgabe der Leitung im Jugendamt für eine sachgerechte Aufgabenverteilung und vor allem die notwendige Fortbildung und Praxisberatung (§ 72 Abs. 3 SGB VIII) zu sorgen.

III. Folgen aus der unsicheren Rechtslage für die Praxis im Jugendamt

1. Kinderschutz als Handeln mit Risiko

Das Interesse an einer Absicherung gegenüber einer strafrechtlichen Verfolgung ist nachvollziehbar und legitim. Der Wunsch, so präzise wie möglich zu klären, in welchen Fällen ein Handeln/Unterlassen strafrechtliche Konsequenzen hat, stößt indes an Grenzen, da

- die Straftatbestände sehr abstrakt sind
- die Tatbestandsmerkmale nicht faktenbasiert sind, sondern mithilfe von Einschätzungen festzustellen sind
- die darunter zu subsumierenden Sachverhalte (besser Entwicklungsprozesse) sehr unterschiedlich sind und vor allem
- Gefährdungseinschätzung und daraus abgeleitete Entscheidungen hochkomplex sind und flexible Handlungsstrategien erfordern (Schöne 2019, 282).

„Der Prozess der Gefährdungseinschätzung durch den ASD und die von ihm daraus abgeleiteten Handlungsschritte sind immer mit dem Risiko einer Fehleinschätzung verbunden. Für den ASD ist das „Handeln mit Risiko“ damit unausweichlicher Bestandteil seiner Arbeit im Kinderschutz.“ (Schöne 2019, 279).

Handlungsleitend ist dabei das Ziel der Abwendung einer Kindeswohlgefährdung, die jugendhilferechtlich primär durch Hilfe und subsidiär durch Intervention erreicht werden soll.

Dennoch ist die Furcht, als Fachkraft im Jugendamt mit einem Bein im Gefängnis zu stehen, mehr als unbegründet. Dies zeigt nicht nur die geringe Zahl der Verfahren, in denen es zu einer Anklage oder gar zu einer Verurteilung kommt (siehe dazu die Ausführungen unter 5b). Vor allem sind bis zu einer Verurteilung strafrechtlich etliche Hürden zu nehmen, die die Rechtsordnung zum Schutz der Bürger aufbaut, „um zu gewährleisten, dass nur tatsächlich eklatant straffälliges Versagen mit Kriminalstrafe geahndet wird“ (Heghmanns, Jugendamt 2018,235).

2. Der augenblickliche Stand der Rechtsprechung

Die wenigen bisher vorliegende Entscheidungen, die zudem unterschiedlich gelagerte Einzelfälle betreffen, lassen keine grundsätzliche Aussage zu einer „ständigen Rechtsprechung“ der Strafgerichte in Fällen der Garantenhaftung zu. Deutlich werden aber vor allem in der Literatur und zum Teil auch in den gerichtlichen Entscheidungen die Spannungspole, nämlich das primäre Interesse der Strafjustiz an der Gefahrenabwehr und das Interesse der Kinder- und Jugendhilfe, den Kinderschutz primär über eine Hilfebeziehung zu den Eltern und subsidiär über eine Intervention zu gewährleisten. Bei jeder Intervention sind deshalb – aus der Perspektive der Kinder- und Jugendhilfe – auch die Folgen für die Hilfebeziehung in den Blick zu nehmen, die mit der Intervention nicht zum Abschluss kommt, sondern auf ein neues Fundament gestellt werden muss.

Kontrovers ist (deshalb) weiterhin die Auseinandersetzung in der Fachliteratur, bei der die beiden Autoren Bringewat und Mörsberger als Antipoden identifiziert werden können (Döring S. 31), während dem Strafrechtler Heghmanns eine Art Zwischenposition zukommt, die aber faktisch der Position von Bringewat nahekommt weshalb sich das Landgericht Arnsberg auf beide Autoren beruft.

Nach der aktuellen Rechtsprechung (die sich lange Zeit nur auf Bringewat und jetzt auch auf Heghmanns bezieht) wird man vom **Eintritt einer Garantenstellung** zu dem **Zeitpunkt ausgehen müssen, zu dem der zuständigen Fachkraft gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung** bekannt werden, weil sie nämlich nur auf diese Weise auch eine Kindeswohlgefährdung, die von den Eltern nicht abgewendet wird, erkennen und die dafür nötigen Schritte ergreifen kann, um ihren Schutzauftrag aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG gerecht zu werden. Dies

gilt sowohl für den Fall, in dem gewichtige Anhaltspunkte im Hinblick auf ein Kind bekannt werden, über das dem Jugendamt bisher noch keine Informationen zur Erziehungssituation bekannt sind, wie auch für den Fall, in dem Hilfeprozesse abgeschlossen worden oder eingestellt worden sind und erneut Anhaltspunkte bekannt werden, die ein Verfahren der Gefährdungseinschätzung auslösen (Fall Hochsauerlandkreis). Das Besondere dieser Fallkonstellation liegt darin, dass das Gericht nicht über eine fehlerhafte Gefährdungseinschätzung Uhrzeit, sondern die Nichtvornahme einer Gefährdungseinschätzung beurteilt und daraus Rückschlüsse auf die Gefahrenabwehr zieht.

Dabei legt das Landgericht Arnsberg einen strengen Maßstab im Hinblick auf die Frage an, ob, bzw. welche Anhaltspunkte der zuständigen Fachkraft bekannt geworden wären, wenn sie die gebotene Gefährdungseinschätzung vorgenommen hätte. Dabei geht das Gericht von Konstellationen (Hypothesen) aus, die denkbar, möglich, aber keineswegs wahrscheinlich oder gar zwingend sind. Der Fachkraft wird kein Beurteilungsspielraum eingeräumt. (Siehe dazu die Ausführungen unter Nummer II. 6).

Noch ist nicht abzusehen, ob das Revisionsgericht den Antrag auf Revision für begründet hält, erst recht nicht, zu welchem Ergebnis es bzw. eine andere Strafkammer kommt, an die der Fall zurückverwiesen wird.

Immerhin hatte das OLG Stuttgart, auf das das Landgericht Arnsberg im Übrigen immer wieder Bezug nimmt, am Ende seiner Entscheidung **für eine zurückhaltende Anwendung des Strafrechts plädiert**, indem es für eine enge Auslegung des Umfangs der Sorgfaltspflichten warb, damit nur die Fälle schweren Versagens erfasst werden. Auch in der Fachliteratur wird eine materiellrechtliche Beschränkung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit auf mittlere oder schwere Sorgfaltspflichtverletzungen als wünschenswertes kriminalpolitisches Signal für eine zurückhaltende Anwendung des Strafrechts erachtet (Döring S. 372).

Insgesamt bleibt festzustellen, dass die Entscheidung des Landgerichts Arnsberg aus fachlicher Sicht sehr problematisch erscheint, da sie der Gefahrenabwehr um jeden Preis den Vorrang vor einer jugendhilfe- und verfassungsrechtlichen rechtlichen Sicht des Kinderschutzes einräumt, die den Kinderschutz immer im Kontext des Dreiecks Eltern- Kind- Staat sieht und zu aller erst die Möglichkeiten einer Hilfebeziehung zu mit den Eltern ausgelotet.

Zwar werden durch die Entscheidung im Jugendamt keine neuen Handlungspflichten auferlegt, vielmehr stellen die öffentlich-rechtlichen Handlungspflichten nach Paragraph 8A zugleich strafrechtliche Garantenpflichten dar. Bei der Interpretation der einzelnen § 8a SGB VIII formulierten

Handlungsschritte liegt der Entscheidung aber eine andere Perspektive zu Grunde, die nicht nur auf Skepsis gegenüber elterlichen Verhalten, sondern auf Misstrauen und Generalverdacht ausgerichtet ist. Aus fachpolitischer Sicht erscheint es nicht angezeigt, sich dieser strafrechtlichen Perspektive zu unterwerfen. Dennoch ist es sinnvoll, die **konkrete Praxis der Umsetzung des § 8a SGB VIII** immer wieder auf den Prüfstand zu stellen.

3. Die Weiterentwicklung fachlicher Standards

„Wer sich an die Vorschriften des SGB VIII hält, macht sich nicht strafbar.“ Dieses Postulat findet zwar inzwischen auch im strafrechtlichen Lager weitgehende Akzeptanz, löst aber das Problem der Rechtssicherheit nicht, weil auch die Vorschriften des SGB VIII, namentlich der insoweit relevante § 8a SGB VIII nur abstrakte Verfahrensschritte regeln, die ihrerseits einer Konkretisierung bedürfen.

Daher sind sich Experten aus dem Strafrecht und aus dem Kinder- und Jugendhilferecht einig, dass es zur Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben weiterer Konkretisierungen des Verfahrens und einer klaren Regelung der Verantwortlichkeiten bedarf (siehe dazu zuletzt die Ausführungen im Abschlussbericht der Kommission Kinderschutz Stuttgart 2020, S.47, 151). Solcher Standards bedarf es auf verschiedenen Ebenen. Sie haben nicht nur Bedeutung für die Handlungssicherheit im strafrechtlichen Kontext, sondern konkretisieren auch öffentlich-rechtliche Dienstpflichten und beugen damit Amtspflichtverletzungen vor.

a) Organisatorisch strukturelle Ebene

Dazu zählen Vorgaben für die **Personalausstattung** und die Personalbemessung in den einzelnen Fachdiensten, um die Einhaltung der gebotenen Sorgfaltspflichten zu gewährleisten, sowie Vorgaben für die **Fort- und Weiterbildung des Fachpersonals** in den komplexen Fragen des Kinderschutzes. Hinzu kommen transparente Regelungen zu den **Zuständigkeiten** der einzelnen Arbeitseinheiten und der dort agierenden Fachkräfte. Dies gilt vor allem auch für die Arbeitsverteilung zwischen dem Allgemeinen Sozialdienst und den Spezialdiensten und die Art und Weise der Zusammenarbeit bzw. Fallübergabe zwischen diesen Diensten und ihren Fachkräften. In manchen kommunalen Gebietskörperschaften sind in den letzten Jahren spezielle Kinderschutzdienste aufgebaut worden oder spezielle Clearingverfahren für die Bewertung von Gefährdungsmeldungen eingerichtet worden. Wie das aktuelle Verfahren im Hochsauerlandkreis zeigt, bedarf es hier klarer Regelungen für die Aufgabenverteilung und die Zuständigkeiten in konkreten Einzelfällen. Schließlich bedarf es auch verbindlicher Regelungen zur Kooperation mit anderen Fachdiensten im Hinblick auf interdisziplinäre Verfahren der Gefährdungseinschätzung. Im Hinblick auf Fluktuation und Krankheit ist schließlich für transparente Vertretungsregelungen Sorge zu tragen. Dabei handelt es sich um ein

Thema der Qualitätsentwicklung (§ 79 a SGB VIII) das als strategische Aufgabe dem Jugendhilfeausschuss zugewiesen ist.

b) Vorgaben für Verfahrensabläufe

In allen Jugendämtern existieren heute (unterschiedliche) Standards für die Umsetzung der Vorgaben in § 8a SGB VIII mit unterschiedlicher Relevanz für die Praxis. Die Rede ist von einer „fast unüberschaubaren Anzahl von standardisierten Verfahren und Instrumenten, die sich der Einschätzung von Gefährdungsrisiken widmen“ (Schone 2019 S. 284). Diese Instrumente müssen zum einen immer wieder auf ihre Aussagekraft, Praktikabilität etc. geprüft werden. Dabei geht es auch darum, aus Erfolgen und aus Fehlern zu lernen. Zu schaffen ist ein reflektierendes, lernendes Kinderschutzsystem (Abschlussbericht der Kommission Kinderschutz Stuttgart Seite 150).

Um die Verbindlichkeit und damit auch die allgemeine Akzeptanz dieser Instrumente als Maßstab (auch) für strafrechtlich relevantes Handeln zu erhöhen erscheint es notwendig, die Anwendung dieser Regularien örtlich für verbindlich zu erklären (Heghmanns ZKJ 2018, 407, 408) und diese Standards schrittweise regional und am Ende bundesweit zu vereinheitlichen (Bringewat ZKJ 2018 346, 347). Dabei soll aber nicht verschwiegen werden, dass die Erwartungen des Strafrechts an solche Standards wohl nicht erfüllt werden können. „Die soziale Arbeit bleibt Richtigkeitskriterien letztlich nicht zugänglich“ (Döring S. 356 unter Verweis auf Mörsberger ZKJ 2013,62 u. a.). Deshalb wird die kontroverse Diskussion über Funktion und Grenzen solcher Standards andauern (Schone 2019, 284; Döring S. 356).

c). zu vertiefende Aspekte

Die Empfehlungen im aktuellen Abschlussbericht der Kommission Kinderschutz in Baden-Württemberg (2020), die wissenschaftliche Analyse des Deutschen Jugendinstituts zum Kinderschutzhandeln des Allgemeinen Sozialdienst im Landkreis Breisgau – Hochschwarzwald (Kindler/Gerber/Lillig 2016) sowie der Projektbericht zu den Fallanalysen (Gerber/ Lillig 2018) enthalten wertvolle Hinweise zur Weiterentwicklung und Konkretisierung bereits vorhandener Standards für den Kinderschutz, die auch eine zentrale Bedeutung für Inhalt und Umfang strafrechtlicher Garantenpflicht entfalten.

Vor dem Hintergrund des aktuellen Strafverfahrens im Hochsauerlandkreis erscheinen dabei vor allem folgende Aspekte besonders bedeutsam

„gewichtige Anhaltspunkte“

Dieser in § 8a Abs. 1 SGB VIII verwendete Terminus bildet die Grundlage für das Verfahren der Gefährdungseinschätzung. Dazu führt das Landgericht Arnsberg aus:

„Anhaltspunkte sind tatsächliche Umstände, die auf eine Kindeswohlgefährdung hindeuten (vgl. LPK-SGB VIII/Peter Bringewat, 7. Aufl. 2018, SGB VIII, § 8a, Rn. 34). Nicht erforderlich ist, dass jeder Anhaltspunkt für sich genommen bereits eine Kindeswohlgefährdung indiziert. Es genügt vielmehr, dass durch das Hinzutreten weiterer ggf. gefährdungsrelevanter Umstände ein Gesamtkomplex von Anhaltspunkten entsteht, der dann in summa auf eine Kindeswohlgefährdung verweist. Regelmäßig bedarf es einer Gesamtwürdigung aller bekannt gewordenen Anhaltspunkte, um deren Indizwert für das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung erfassen zu können. (vgl. LPK-SGB VIII/Peter Bringewat, 7. Aufl. 2018, SGB VIII, § 8a, Rn. 35).“

Dieser Aspekt, nämlich die (unterlassene) „Gesamtwürdigung aller bekannt gewordenen Anhaltspunkte“ spielt eine zentrale Rolle im Strafverfahren und sollte deshalb auch in den Arbeitshilfen thematisiert werden und Gegenstand von Fortbildungsmaßnahmen sein. Eine standardisierte Antwort, die damit im Einzelfall umzugehen ist, lässt sich damit freilich nicht erzwingen.

In engem Zusammenhang damit steht der Befund aus der wissenschaftlichen Aufarbeitung problematischer Kinderschutzverläufe, wonach Fachkräfte manchmal an einer zu einem bestimmten Zeitpunkt zutreffenden Einschätzung der Gefährdungssituation festhalten, auch wenn sich im weiteren Verlauf neue Gefährdungsmomente bzw. andere gefährdende Dynamiken ergeben, die zu einer Revision der ursprünglichen Einschätzung führen müssten (Gerber/ Lillig 2018 S.66).

Relevanz kindbezogener Anhaltspunkte für andere Kinder in der Familie

Im Verfahren gegen die Fachkraft im Hochsauerlandkreis wurde der Vorwurf erhoben, die Fachkraft hätte Gefährdungsmeldungen im Hinblick auf den ältesten Bruder nicht zum Anlass genommen, auch Geschwisterkinder in den Blick zu nehmen, die sich noch im Kleinkindalter befanden. Ob eine solche Verpflichtung generell besteht oder nur im Hinblick auf den Einzelfall angenommen werden kann, ist (bislang) umstritten. Im aktuellen Strafverfahren ist dabei sicherlich zu berücksichtigen, dass die alleinerziehende Mutter für neun Kinder zu sorgen hatte, von denen fünf noch nicht schulpflichtig waren. Insofern mag der Vorwurf des Gerichts, die Fachkraft hätte beim Bekanntwerden gewichtiger Anhaltspunkte im Hinblick auf das älteste Kind auch die jüngeren Kinder in den Blick nehmen müssen, im konkreten Fall nachvollziehbar sein. Es wäre jedoch unverhältnismäßig, daraus ein generelles Gebot abzuleiten, in jedem Fall „das gesamte Familiensystem in den Blick zu nehmen“ (so aber DIJuF Rechtsgutachten Jugendamt 2010,128). Letztlich ist im Einzelfall abzuwägen, welches Maß an „Misstrauen“ geboten ist, um eine Gefährdungssituation zu erkennen und welche Folgen sich

daraus für die Kooperationsbereitschaft der Eltern bzw. die gebotenen Maßnahmen der Gefahrenabwehr (Hilfe/Kontrolle) ergeben.

5. Absicherung durch Rechtsschutzversicherung

Während der Versicherungsumfang bei zivilrechtlichen Streitigkeiten (zB Schutz im Arbeitsrecht und bei Straßenverkehrsangelegenheiten) relativ umfassend ist, stellt sich die Sachlage bei Sachverhalten mit strafrechtlichem Bezug deutlich differenzierter dar. Versicherer verwenden dabei regelmäßig die vom Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft veröffentlichen Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung. Wenn eine Fahrlässigkeitstat im Raum steht, die strafrechtlich als Vergehen eingestuft wird, dann werden die Kosten seitens der Versicherung grundsätzlich übernommen. Dieser Fall tritt ein bei einem strafrechtlichen Vorwurf wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 229 StGB) oder fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) – und damit auch im Fall von Verfahren gegen Fachkräfte im Jugendamt. .

Die Rechtsschutzversicherung übernimmt dann die Gerichtskosten und die Kosten für gerichtlich beauftragte Sachverständige, Zeugengeld und Nebenklägerkosten. Sie zahlt auch die Anwaltsgebühren nach den Maßgaben des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (RVG). Aus seiner eigenen Tasche zahlen muss der Versicherungsnehmer Bußgelder und Geldstrafen, soweit sie verhängt werden.

Aus einzelnen kommunalen Gebietskörperschaften ist bekannt, dass dort die Stadt/der Kreis die Kosten für den Rechtsschutz trägt, wenn die Fachkraft die dort geltenden Standards eingehalten hat. Eine solche Praxis erscheint bundesweit empfehlenswert (Döring S. 388)

IV. Folgen bei der Beteiligung freier Träger

In der Praxis sind im Hilfeprozess häufig Fachkräfte des Jugendamtes und solche freier Träger in verschiedenen Funktionen beteiligt. Hat die Fachkraft im Jugendamt eine Garantenstellung in Wahrnehmung des Schutzauftrages nach § 8a SGB VIII begründet, so kann sie sich dieser Pflichtenstellung nicht dadurch entledigen, dass im Rahmen des Hilfeprozesses Fachkräfte aus Einrichtungen und Diensten freier Träger beteiligt werden bzw. die Hilfe erbringen.

Hier wird aber das Problem relevant, dass es bisher keinen Konsens über die Kriterien zum Eintritt einer Garantenstellung gibt. Folgt man der Auffassung von Heghmanns, der den Ausfall der elterlichen Erziehungsverantwortung als Grundlage ansieht und daraus die Handlungsalternativen nach § 8a Abs. 2 SGB VIII als Garantenpflichten ableitet (Jugendamt 2018, 230, 232), so ist eine Beteiligung eines freien Trägers und damit eine Garantenstellung einer Fachkraft des freien Trägers

gar nicht denkbar. Denn die nach § 8a Abs. 2 SGB VIII zu treffenden Rechtsfolgen beziehen sich auf die Anrufung des Familiengerichts bzw. auf die Inobhutnahme des Kindes durch das Jugendamt.

Folgt man hingegen der anderen Auffassung, die die Garantenpflicht aus „tatsächlicher Schutzübernahme“ auch auf den „Präventionsbereich“ ausweitet (Bringewat in LPK SGB VIII § 8 Rn. 135), dann kommt die Übernahme einer Garantenstellung und daraus abzuleitender Garantenpflichten auch im Falle von ambulanten, teilstationären oder stationären Hilfen zur Erziehung in Betracht, die von freien Trägern erbracht werden. Nach dieser Auffassung übernimmt z.B. die Fachkraft im Jugendamt mit der Entscheidung über die Gewährung einer sozialpädagogischen Familienhilfe eine Garantenstellung. Wird diese dann von der Fachkraft eines Trägers der freien Jugendhilfe erbracht, so behält die Fachkraft des Jugendamts ihre Beschützergarantenstellung (Bringewat in LPK SGB VIII § 8a Rn. 137; OLG Oldenburg ZfJ 1997, 56). Mit der Beteiligung der Fachkraft des freien Trägers wandeln sich jedoch die Garantenpflichten der Fachkraft des Jugendamtes in Auswahl- und Kontrollpflichten um (Bringewat in LPK SGB VIII § 8a Rn. 137), deren Inhalt und Umfang sich aus der konkreten Aufgabenstellung ergeben und in das konkrete Schutzkonzept als Teil des Hilfeplanverfahrens einfließen sollten. Mit der konkreten Fallübernahme übernimmt die Fachkraft des freien Trägers nach dieser Auffassung auch eine **eigenständige Garantenposition aus tatsächlicher Schutzübernahme** im Hinblick auf das betreute Kind (Bringewat in LPK SGB VIII § 8a Rn. 138).

Von der Beteiligung eines freien Trägers an einem vom Jugendamt eingeleiteten Hilfeprozess zu unterscheiden ist das **Bekanntwerden gewichtiger Anhaltspunkte bei der Fachkraft des freien Trägers** (§ 8 Abs. 4 SGB VIII). Nach der weiteren Auffassung begründet die Fachkraft eines freien Trägers eine Garantenstellung, wenn ihr im Hinblick auf ein betreutes Kind gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung bekannt werden. Daraus folgt für sie die Verpflichtung zur Durchführung einer Gefährdungseinschätzung nach den Vorgaben von § 8a Abs. 4 SGB VIII. Nach der engeren Auffassung entsteht die Garantenstellung erst dann, wenn das Ergebnis der Gefährdungseinschätzung eine Informationspflicht des Jugendamts auslöst (§ 8a Abs. 4 Satz 2 SGB VIII) oder aber, wenn zu einem späteren Zeitpunkt eine (objektive) Gefährdung des Kindeswohls festgestellt wird, die durch eine unterbliebene Gefährdungseinschätzung festgestellt worden wäre. Die Garantenpflicht der Fachkraft des freien Trägers endet nach der weiteren Auffassung mit dem erfolgreichen Abschluss des Hilfeprozesses, nach der engeren Auffassung mit der Information des Jugendamtes bei Weigerung der Eltern, selbst Hilfe in Anspruch zu nehmen.

Die strafrechtliche Haftungsverteilung zwischen den Fachkräften der öffentlichen und freien Jugendhilfe ist kein inhaltlicher Gegenstand der Vereinbarungen nach § 8a Abs. 4 SGB VIII, also nicht

verhandlungsfähig. Das strafrechtliche Haftungsrisiko ist allein von den strafrechtlich relevanten tatsächlichen Umständen des Einzelfalls abhängig und nur durch sie bestimmt und begrenzt.

Schlussbetrachtung

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die Diskussion über den Kinderschutz und die strafrechtlichen Konsequenzen nach wie vor von (feindlichen) Lagern beherrscht wird. Es wäre nicht nur wünschenswert, dass diese Lager auf der praktischen aber auch auf der wissenschaftlichen Ebene besser ins Gespräch miteinander kommen und sich die Diskussion nicht nur auf wenige einzelne gerichtliche Verfahren konzentriert. In der Jugendhilfeszene hat es – wohl ausgelöst durch die spektakulären Einzelfälle – eine intensive Debatte zum Kinderschutz gegeben, die achtsam und bezogen auf die Lebenssituation von Kindern und ihren Eltern weitergeführt werden muss. Vor allem aber muss sich die Strafjustiz noch stärker mit den Aufgaben und Herausforderungen der Fachkräfte im Jugendamt auseinandersetzen – Herausforderungen, die diese nicht selbst kreiert haben, sondern vor die sie die Vorgaben des Grundgesetzes und daraus abgeleitet des SGB VIII stellt. Fachkräfte im Jugendamt arbeiten nicht im rechtsfreien Raum, aber ihre Arbeit (im Kinderschutz) muss auch von anderen Disziplinen, darunter der Gerichtsbarkeit, verstanden und wertgeschätzt werden.

Literatur

Albrecht, Hans-J.: Sozialarbeit und Strafrecht: Strafbarkeitsrisiken in der Arbeit mit Problemfamilien. In: Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF) e.V.: Verantwortlich handeln. Schutz und Hilfe bei Kindeswohlgefährdung. Saarbrücker Memorandum. Köln 2004, S.183 ff.

Baden-Württemberg, Abschlussbericht der Kommission Kinderschutz, Stuttgart 2020

Bringewat, Peter: Sozialpädagogische Familienhilfe und strafrechtliche Risiken, Stuttgart/ Berlin/ Köln 2000

Bringewat, Peter: Strafrechtliche Risiken beruflichen Handelns von ASD-MitarbeiterInnen, Haftungsverteilung zwischen öffentlicher und freier Kinder- und Jugendhilfe sowie Formen und

Inhalte der Dokumentation unter strafrechtlichen Aspekten. Eine Expertise im Auftrag des Projektes „Kindeswohlgefährdung und Allgemeiner Sozialer Dienst (ASD)“, München 2002

ders.: Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung (§ 8a SGB VIII) und strafrechtliche Garantenhaftung in der Kinder- und Jugendhilfe, in: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ) 2006, S. 233

ders.: Schutz des Kindeswohls – eine Aufgabe des Strafrechts? Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ) 2007, S. 225

ders.: Strafrechtlich relevante Fehler bei der „Einschätzung des Gefährdungsrisikos“ nach § 8a SGB VIII. Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ) 2012, 330-336

ders.: Sorgfaltsgerechte Fachlichkeit in der Kinder- und Jugendhilfearbeit?! Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ) 2018, S. 346-350

Deutsches Jugendinstitut (Hrsg) Strobel, Bettina/ Liel, Christoph/ Kindler; Heinz: Validierung und Evaluation des Kinderschutzbogens; München 2008

Dörner, Linn Katharina: Sozialarbeiter vor Gericht? Grund und Grenzen einer Kriminalisierung unterlassener staatlicher Schutzmaßnahmen in tödlichen Kinderschutzfällen in Deutschland und England. Berlin 2018

Gerber, Christine/ Lillig, Susanna (2018): Gemeinsam lernen aus Kinderschutzverläufen. Eine systemorientierte Methode zur Analyse von Kinderschutzfällen und Ergebnisse aus fünf Fallanalysen. Bericht. Beiträge zur Qualitätsentwicklung im Kinderschutz 9. Herausgegeben vom Nationalen Zentrum Frühe Hilfen (NZFH). Köln

Hegmanns, Michael: Zur strafrechtlichen Verantwortung im Kinderschutz, Jugendamt 2018, S. 230-235.

ders.: Sorgfaltspflichten und fachliche Standards in der Kinder- und Jugendhilfearbeit. Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ) 2018, S. 407-409.

Kindler, Heinz/ Gerber, Christine / Lillig, Susanna: wissenschaftliche Analyse zum Kinderschutzhandeln des Allgemeinen Sozialen Dienstes im Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald im Todesfall des Kindes A, München 2016

Klees, Esther / Wiesner, Reinhard: Verantwortung in der Kinderschutzarbeit - Risiken fachlichen Handelns bei der Gefährdungseinschätzung, Sozialmagazin 4-5, 2014 S. 84

Knödler, Christoph: Zur Strafbarkeit von Sozialarbeitern und Sozialpädagogen, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ) 2018, S. 452 und 2019, S. 16.

Köckeritz, Christine/ **Dern**, Susanne: Handlungsstandards der Jugendämter beim Umgang mit Gefährdungsmeldungen. Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ) 2013, 476-483

LPK-SGB VIII: Kunkel, Peter-Christian/ Kepert, Jan/ Pattar (Hrsg.): Sozialgesetzbuch VIII, Lehr- und Praxiskommentar. 7. Aufl. 2018

Meysen, Thomas/ **Nonninger**, Sibylle: ASD-Tätigkeit und strafrechtliche Verantwortung. In: Merchel, Joachim (Hrsg.), Handbuch allgemeiner sozialer Dienst (ASD) 3. Aufl. 2019, S. 136-140.

Möller, Winfried (Hrsg.): Praxiskommentar SGB VIII – Kinder und Jugendhilfe 2. Aufl. Köln 2017

Mörsberger, Thomas: Das Strafrecht als prima Ratio des SGB VIII? Zu den andauernden Irritationen um die Haftungsrisiken im Kinderschutz (Teil 1 und 2). In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ) 2013, S. 21 (Teil 1) und S. 61 (Teil 2).

ders., Angst vor dem Staatsanwalt?, Zu Mißverständnissen bei der Einschätzung strafrechtlicher Haftungsrisiken im Kinderschutz. In: Böwer, Michael/ Kotthaus, Joachim (Hrsg.): Praxisbuch Kinderschutz, Weinheim und Basel 2018, S. 59 -77.

Münder, Johannes/ **Meysen**, Thomas/ **Trenczek**, Thomas: Frankfurter Lehr-und Praxiskommentar zum KJHG (SGB VIII), 8. Aufl. 2019

Schone, Reinhold: Einschätzung von Gefährdungsrisiken im Kontext möglicher Kindeswohlgefährdung. In Merchel, Joachim (Hrsg.), Handbuch Allgemeiner sozialer Dienst 3. Aufl. München Basel 2019 S. 279-287

Siemes, Andreas: Strafrecht im Kinderschutz –Anmerkungen aus Sicht des Jugendhilferechts. Sozialrecht aktuell 3/2018 S. 92-109.

Theißen, Klaus/ **Schindler**, Gila: Garantenstellung und Garantenpflichten von sozialpädagogischen Fachkräften. Berlin, AWO Schriftenreihe Theorie und Praxis 2. Aufl. 2012.

Wiesner, Reinhard: Das Wächteramt des Staates und die Garantenstellung der Sozialarbeiterin/ des Sozialarbeiters zur Abwehr von Gefahren für das Kindeswohl. In: Zentralblatt für Jugendrecht, 2004, S. 161.

Wiesner, Reinhard (Hrsg.): SGB VIII Kommentar 5. Aufl. 2015