

### **Strafrechtliche Verantwortung und Haftung von Fachkräften im Kinderschutz - Was können Institutionen und Fachkräfte tun, um sich abzusichern? Gutachterliche Stellungnahme zur Garantenhaftung; Bd. 2, Anrufung des Familiengerichts, strafrechtliche Verantwortung und Kooperation im Kinderschutz; Expertise**

Wiesner, Reinhard

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

#### **Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:**

Wiesner, R. (2023). *Strafrechtliche Verantwortung und Haftung von Fachkräften im Kinderschutz - Was können Institutionen und Fachkräfte tun, um sich abzusichern? Gutachterliche Stellungnahme zur Garantenhaftung; Bd. 2, Anrufung des Familiengerichts, strafrechtliche Verantwortung und Kooperation im Kinderschutz; Expertise*. München: Deutsches Jugendinstitut e.V.. <https://doi.org/10.36189/DJI202329>

#### **Nutzungsbedingungen:**

Dieser Text wird unter einer CC BY Lizenz (Namensnennung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:  
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

#### **Terms of use:**

This document is made available under a CC BY Licence (Attribution). For more information see:  
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



Deutsches  
Jugendinstitut

Expertise

Reinhard Wiesner

# Strafrechtliche Verantwortung und Haftung von Fachkräften im Kinderschutz – Was können Institutionen und Fachkräfte tun, um sich abzusichern?

Gutachterliche Stellungnahme zur Garantenhaftung

Band 2: Anrufung des Familiengerichts, strafrechtliche Verantwortung und Kooperation im Kinderschutz

## **Forschung zu Kindern, Jugendlichen und Familien an der Schnittstelle von Wissenschaft, Politik und Fachpraxis**

Das Deutsche Jugendinstitut e.V. (DJI) ist eines der größten sozialwissenschaftlichen Forschungsinstitute Europas. Seit 60 Jahren erforscht es die Lebenslagen von Kindern, Jugendlichen und Familien, berät Bund, Länder und Gemeinden und liefert wichtige Impulse für die Fachpraxis.

Aktuell sind an den beiden Standorten München und Halle (Saale) etwa 470 Beschäftigte tätig, darunter rund 280 Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler.

Finanziert wird das DJI überwiegend aus Mitteln des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) und den Bundesländern. Weitere Zuwendungen erhält es im Rahmen von Projektförderungen u.a. vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF), der Europäischen Kommission, Stiftungen und anderen Institutionen der Wissenschaftsförderung.

Die vorliegende Expertise entstand im Rahmen des DJI-Projekts "Qualitätsentwicklung im Kinderschutz in Baden-Württemberg". Das Projekt wurde vom Ministerium für Soziales und Integration Baden-Württemberg gefördert und erstreckte sich von Juli 2018 bis Dezember 2020. Die Expertise wurde im Zeitraum 2019–2020 verfasst. Nähere Informationen zum Projekt finden Sie auf der Projekthomepage: [www.dji.de/QuaKi](http://www.dji.de/QuaKi)

## Impressum



Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Der Text dieser Publikation wird unter der Lizenz Creative Commons Namensnennung 4.0 International (CC BY 4.0) veröffentlicht. Den vollständigen Lizenztext finden Sie unter: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.de>

© 2023 Deutsches Jugendinstitut e.V.

Deutsches Jugendinstitut  
Nockherstraße 2  
81541 München  
[www.dji.de](http://www.dji.de)

**Grafik:** graphodata GmbH

**Datum der Veröffentlichung:** 23.10.23

**ISBN:** 978-3-86379-482-8

**DOI:** 10.36189/DJI202329

**Autor:**

Prof. Dr. Dr. Reinhard Wiesner  
Freie Universität Berlin  
Arbeitsbereich Sozialpädagogik  
**E-Mail:** [Reinhard-Wiesner@t-online.de](mailto:Reinhard-Wiesner@t-online.de)

# Inhalt

<b>1. Einführung</b>	<b>4</b>
<b>2. Strafrechtliche Haftung von Fachkräften im Jugendamt</b>	<b>5</b>
<b>2.1 Das Konstrukt der Garantenstellung</b>	<b>5</b>
<b>2.2 Die behördeninterne Aufgabenverteilung</b>	<b>7</b>
<b>2.3 Begründung einer Garantenstellung</b>	<b>8</b>
2.3.1 Die unterschiedlichen Positionen in Lehre und Rechtsprechung	
2.3.2 Die Garantenstellung im Kontext der Aufgabenverteilung zwischen Eltern und Staat	9
2.3.3 Die Unterscheidung von Interventions- und Präventionsbereich	10
2.3.4 Der Beschluss des OLG Hamm vom 22.10.2020	13
<b>2.4 Ende einer Garantenstellung</b>	<b>15</b>
<b>2.5 Folgen aus der Garantenstellung für die Handlungspflichten     (Garantenpflichten)</b>	<b>17</b>
2.5.1 Bezugnahme auf das Verfahren der Gefährdungseinschätzung (§ 8a SGB VIII)	17
2.5.2 Die Rechtsprechung zu den Garantenpflichten	20
2.5.3 Zur Bedeutung fachlicher Standards für die Konkretisierung der Handlungspflichten	22
<b>2.6 Kausalität (Zurechenbarkeit des Erfolgs)</b>	<b>24</b>
<b>2.7 Fahrlässigkeit</b>	<b>24</b>
<b>3. Folgen aus der unsicheren Rechtslage für die Praxis im Jugendamt</b>	<b>27</b>
<b>3.1 Kinderschutz als Handeln mit Risiko</b>	<b>27</b>
<b>3.2 Der augenblickliche Stand der Rechtsprechung – eine Zwischenbilanz</b>	<b>28</b>
<b>3.3 Zur Weiterentwicklung fachlicher Standards</b>	<b>30</b>
3.3.1 Organisatorisch strukturelle Ebene	31
3.3.2 Vorgaben für Verfahrensabläufe	31
3.3.3 Zu vertiefende Aspekte	32
<b>3.4 Absicherung durch Rechtsschutzversicherung</b>	<b>34</b>
<b>4. Garantenstellung bei der Leistungserbringung durch freie Träger</b>	<b>35</b>
<b>4.1 Schlussbetrachtung</b>	<b>36</b>
<b>5. Literaturverzeichnis</b>	<b>37</b>

# 1.

## 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).

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 2018 und Heghmanns 2018a). Döring spricht von „nicht vollkommen kongruenten Zielrichtungen“ (Döring 2018, S. 353) bzw. von einer „strafrechtlichen Kolonialisierung der Kinderschutzarbeit“ (ebd., 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.

# Strafrechtliche Haftung von Fachkräften im Jugendamt

## 2.1 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 in Kap. II.5) anzusehen ist.

Es bedarf also (als erstem Schritt) 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 Nichtjuristinnen und 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, 2013 und 2021; Döring, 2018)

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 2005, S. 463 zit. nach Döring 2018, S. 242 Fn. 1383), sondern dieses Konstrukt dazu dient, einen **Perso-**

**nenkreis 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 (weiteren) 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

- eine Garantenstellung,
- eine Garantenpflichtverletzung, die zu einem objektiv voraussehbaren und vermeidbaren Erfolg geführt hat,
- die Nichtvornahme einer gebotenen Handlung trotz einer grundsätzlichen Handlungsmöglichkeit,
- die Zurechenbarkeit des Erfolgs,
- sowie
- die Rechtswidrigkeit und Schuld
- voraus (statt aller Döring 2018).

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 2018; Knödler 2018). Häufig ist davon die Rede, dass die „fallzuständige Fachkraft im Jugendamt“ aufgrund ihrer gesetzlichen Stellung Beschützergarantin ist (Knödler 2018, S. 453 mit weiteren Verweisen; Bringewat in LPK SGB VIII § 8a Rn. 136). Damit ist aber noch nicht geklärt, unter welchen Voraussetzungen tatsächlich Fachkräfte im Jugendamt eine Garantenstellung haben (Mörsberger 2018). 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, sich auf Grund der Dynamik des Fallgeschehens verändernden Aufgabenstellungen – konfrontiert sein können. Siehe dazu die Ausführungen unter 3a.

## 2.2 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 (Wapler in Wiesner/Wapler Anhang 2 Rn. 25a unter Verweis auf Hefendehl 2005).

Erste Anhaltspunkte liefern die **Verwaltungsentscheidung** der Amtsleitung zur Organisation des Jugendamts und der Arbeitsvertrag, in dessen Rahmen ihnen konkrete Aufgaben innerhalb des Aufgabenspektrums des Jugendamts übertragen werden (Siemes 2018).

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 2013; Wapler in Wiesner/Wapler Anhang II Rn. 25b).

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 bei der Zusammenarbeit von Fachkräften sowie bei der Sammlung und dem kommunikativen Austausch von Informationen zwischen verschiedenen Beteiligten kommt (Kindler/Gerber/Lillig 2016, S. 19 zum Fall Alessio). 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 dieser Form 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 oder im konkreten Einzelfall bestimmten fallzuständigen Fachkraft ändert dieses vorgeschriebene fachkollegiale Zusammenwirken nach einhelli-

ger 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; Wapler in Wiesner/Wapler § 8a Rn. 26; Kepert in LPK-SGB VIII § 36 Rn. 28). Umso wichtiger ist es, dass diese individuelle Verantwortlichkeit für die Wahrnehmung der Gefährdungseinschätzung in der jugendamtinternen Geschäftsverteilung einer bestimmten Organisationseinheit und dort einer bestimmten Person zugewiesen wird bzw. im Einzelfall für alle Beteiligten transparent erfolgt. Ein Splitting der Garantenstellung ist für die kollegiale Beratung ebenso abzulehnen wie die Zuweisung der Verantwortung zum Fachtteam. Leitungskräfte kann eine strafrechtliche Verantwortung treffen, wenn sie in den konkreten Fall eingebunden waren und Entscheidungen bzw. Handlungen zum Schutz unterlassen haben (Heghmanns 2018a). Im Übrigen werden sie „nur“ mit haftungsrechtlichen, arbeitsrechtlichen oder politischen Konsequenzen zu rechnen haben (Döring 2018).

## 2.3 Begründung einer Garantenstellung

### 2.3.1 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 und Rechtswissenschaftlerinnen sowie die Rechtsprechung auf eine Garantenstellung aus **tatsächlicher Schutzübernahme** (Döring 2018 unter Verweis u. a. auf OLG Stuttgart v. 28.05.1998 im Fall Jenny; Bringewat in LPK-SGB VIII § 8a Rn. 133; Knödler 2018; Wapler in Wiesner/ Wapler Anhang 2 Rn. 25b), wobei sich die Garantenpositionen überlagern können und damit die Garantenstellung insgesamt ausgeweitet wird (Bringewat in LPK-SGB VIII § 8a Rn. 138; Knödler 2018; Radewagen in Möller 2017 SGB VIII § 8a Rn. 61; offen gelassen von OLG Hamm v. 22.10.2020).

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 2013).

Eine Garantenstellung aus tatsächlicher Schutzübernahme wird in der Fachliteratur einerseits schon beim ersten Aufsuchen der Problemfamilie oder sogar beim telefonischen Erstkontakt angenommen (Bringewat in LPK-SGB VIII § 8a Rn. 139), andererseits aber wird die Feststellung einer abzuwendenden Kindeswohlgefährdung verlangt (Wapler in Wiesner/Wapler § 8a Rn. 89 und Anh. 2 Rn. 25b; Heghmanns 2018a).

### 2.3.2 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 ist von den Eltern im Rahmen ihrer elterlichen Erziehungsverantwortung einzulösen (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 2018). Dem Kind steht dem Staat gegenüber auch ein Grundrecht auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung zu (BVerfG v. 19.02.2013 – 1 BvL 1/11 – 1 BvR 3247/09; Britz 2014). Subsidiär und akzessorisch zur elterlichen Erziehungsverantwortung obliegt dem Staat das sogenannte 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 2014; Wapler 2015; 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 u. a. 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; Wapler in Wiesner/ Wapler § 1 Rn. 23, 25ff; Jestaedt/Reimer Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 423ff).

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 Schone 2019).

### 2.3.3 Die Unterscheidung von Interventions- und Präventionsbereich

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 in LPK-SGB VIII § 8a Rn. 142; Heghmanns 2018a; Döring 2018).

## 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 2018a ;Wapler in Wiesner/ Wapler Anhang 2 Rn. 25 b). 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 2018a, S. 231). Dies schließt – so Heghmanns – einen Wächterauftrag, wie ihn 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 (ebd.). 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 (ebd.).

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 2018 a S. 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 i.V.m § 1666 BGB, § 8a Abs. 3 Satz 2 SGB VIII);
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 **Inobhut-**

**nahme des Kindes bzw. die Einschaltung anderer Stellen zur Abwehr einer Kindeswohlgefährdung** erforderlich macht. Ein solches Ergebnis setzt aber voraus, dass eine Gefährdungseinschätzung („rechtzeitig“) vorgenommen worden ist.

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 rücken 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 Gefährdungseinschätzung 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 (ebd.).

Damit bleiben aber – wie Heghmanns (2018a, S.232) selbst konstatiert – solche Fälle ungelöst, in denen gewichtige Anhaltspunkte bekannt werden, die die Fachkraft im Jugendamt aber „pflichtwidrig ignoriert, d. h. 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 (ebd.).

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** oder fehlerhaften **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 OLG Hamm in seiner Revisionsentscheidung und vertritt eine „vermittelnde Ansicht“ (Näheres dazu unter d).

## **Garantenstellung im Präventionsbereich**

Manche Autoren plädieren grundsätzlich für den Eintritt einer Garantenstellung bereits vor Erreichen der Eingriffsschwelle und leiten dieses Ergebnis ebenfalls aus dem **staat-**

**lichen Wächteramt** und dem ihm zugrundeliegenden Verhältnismäßigkeitsprinzip ab (Bringewat in LPK-SGB VIII § 8a Rn. 14). Erfolgversprechende Präventivmaßnahmen müssten dem Eingriff in das Elternrecht schließlich vorausgehen (Kronseder 2010, zitiert nach Döring 2018). 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. 139). Nicht ganz so weit geht das OLG Stuttgart, das einen „längeren Arbeits- und Betreuungszusammenhang“ als kennzeichnend angesehen hat (OLG Stuttgart v. 28.05.1998, NJW 1998, S. 3131).

## **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) für den Eintritt einer Garantenstellung 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 Wapler in Wiesner/ Wapler 2022 SGB VIII Anhang 2 Rn. 25b), sondern hält eine Strafbarkeit in dem Moment für denkbar, indem eine übersehene Gefährdung, objektiv in eine (erkennbare) dringende Gefahr für das Kind umschlägt, die infolge des Unterlassens von Aufklärungsmaßnahmen unerkannt bleibt. Damit gewinnt auch nach dieser Auffassung das Handeln bzw. Unterlassen im Präventionsbereich Bedeutung für den Eintritt einer Garantenstellung, auch wenn diese erst bei einem objektiven Bestehen einer Kindeswohlgefährdung, also zu einem späteren Zeitpunkt, eintritt.

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 Kap. 5; Bringewat 2012).

### **2.3.4 Der Beschluss des OLG Hamm v. 22.10.2020**

Mit der Revisionsentscheidung des OLG Hamm vom 22.10.2020 ist das Verfahren im Sauerlandkreis zur Garantenstellung einer Fachkraft im Jugendamt zu Ende gegangen. Voran gingen das Urteil des AG Medebach und das Berufungsurteil des LG Arnsberg. Einer Mitarbeiterin im ASD war 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 alleinerziehenden 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.

Das **LG Arnsberg** war in seiner Entscheidung vom 7.1.2020 davon ausgegangen, 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 zu diesem Zeitpunkt pflichtwidrig unterlassen. Ihr waren 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 Landesentrums über die nicht durchgeführte Vorsorgeuntersuchung;
- die Nichtberücksichtigung von Anhaltspunkten für eine Gefährdung eines Geschwisterkindes.

In seiner Revisionsentscheidung vom 22.10.2020 hat das **OLG Hamm** der Fachkraft vorgeworfen, sie hätte es nach der Übernahme des Falles unterlassen, zeitnah eine Gefährdungseinschätzung vorzunehmen, obwohl ihr gewichtige Anhaltspunkte eine Kindeswohlgefährdung bekannt gewesen seien. Aufgrund ihrer Untätigkeit blieb der Fachkraft aber der kritische Zustand des Kindes verborgen, sodass sie das bei Kenntnis der Sachlage objektiv Erforderliche nicht veranlassen konnte.

Mithilfe des Konstrukts der „omissio libera in omittendo“, einem Fall, bei dem ein vorheriges Unterlassen zu einer späteren Handlungsfähigkeit führt, hat das Gericht den Zeitpunkt für die Entstehung der Garantenstellung auf den Zeitpunkt unterlassener Aufklärung vorverlagert. Damit kann eine Garantenstellung bereits zu einem Zeitpunkt bestehen, zudem noch keine Gefahrensituation besteht, die „an den Eltern vorbei“ durch staatliche Intervention abzuwenden ist.

Dem könne – so das OLG – nicht entgegengehalten werden, dass eine Handlungspflicht erst bei tatsächlicher Kenntnis einer konkreten Kindeswohlgefährdung bestünde. Denn das würde dem Handlungspflichtigen ermöglichen, durch pflichtwidriges Verhalten seine eigene Garantenstellung zu beseitigen und denjenigen begünstigen, der seine Pflichten im Vorfeld in besonders erheblicher Weise verletzt. Letztlich wäre ein Jugendamtsmitarbeiter, der alle an ihn herangetragenen Warnzeichen einer Kindeswohlgefährdung ignoriere und keinem Hinweis nachgehe, am umfassendsten vor strafrechtlicher Verfolgung geschützt (OLG Hamm unter II 4a.)

Dieser Rechtsauffassung wird entgegen gehalten, dass nur dann eine vorverlagerte Strafbarkeit bestehen könne, wenn bereits zum Zeitpunkt des vorangehenden Unterlassens eine Garantenstellung mit draus folgenden Garantenpflichten vorlag, was hier aber nicht der Fall sei. Wenn man nämlich bei der Angeklagten erst zum 30. Januar 2014 zu einer Garantenstellung für das Leben des Kindes gelangt, so sei es ausgeschlossen, ihr vorherige Versäumnisse im Rahmen einer fahrlässigen Tötung über eine „omissio libera in omittendo“, mag sie auch dienstpflichtwidrig erforderliche Gefährdungseinschätzungen nach § 8 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII unterlassen haben (Hegmanns 2021). Im Ergebnis nähert sich damit das OLG der Sichtweise, die eine Garantenstellung bereits im Präventionsbereich annimmt (dazu oben unter c) an. So sei in diesem Fall die Garantenstellung aus „tatsächlicher Schutzübernahme“ zu Gunsten der in der Familie lebenden Kinder und auch des verstorbenen Kindes nicht erst am 30.1.2014, sondern im Zusammenhang mit diversen Kontakten zur Familie schon früher begründet worden (Bringewat 2021, S. 101).

## 2.4 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 Hegmanns, nach der eine Garantenstellung jedenfalls objektiv eine erkennbare Gefährdung des Kindeswohls voraussetzt, die von den Eltern nicht abgewendet wird (Hegmanns 2018a), 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 2018, unter Verweis auf OLG Stuttgart NJW 1998, S. 3134; Dießner 2008). 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 2018, unter Verweis auf Bringewat 1997 und Dießner 2008).

- **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 2018, unter Verweis auf Dießner 2008). 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 einer Entscheidung des Familiengerichts über die elterliche Sorge auf der Grundlage von § 1666 BGB, die die Inobhutnahme rechtswidrig macht (Köhler 2019). Sieht das Familiengericht von einer Einschränkung/dem Entzug der elterlichen

Sorge ab, so ist die Fortführung der Inobhutnahme unzulässig, wenn die Personensorgeberechtigten die Herausgabe des Kindes oder Jugendlichen verlangen (Dürbeck in Wiesner/Wapler § 41 Rn. 54). Das Jugendamt muss in diesem Fall die Inobhutnahme 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 in Kap. IV verwiesen.

## 2.5 Folgen aus der Garantenstellung für die Handlungspflichten (Garantenpflichten)

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

Inzwischen beziehen sich alle Autorinnen und Autoren hinsichtlich der aus der Garantenstellung resultierenden Garantenpflichten **auf die Vorgaben in § 8a SGB VIII** (Döring 2018, Heghmanns 2018 a). Es erscheint deshalb angezeigt, zunächst die einzelnen Pflichten, die in § 8a SGB VIII näher geregelt sind, genauer zu betrachten. Das OLG Hamm hat es in seiner Revisionsentscheidung vom 22.10.2020 dahingestellt sein lassen, ob sich eine Garantenpflicht seit Inkrafttreten des § 8a SGB VIII aus Gesetz oder aus tatsächlicher Schutzübernahme ergibt. (OLG Hamm III – 5 RVs 83/20 unter II 4a). Vorab ist aber darauf hinzuweisen, dass sich die tatsächliche strafrechtliche Relevanz der Vorgaben des § 8a SGB VIII nach dem Zeitpunkt des Eintritts einer Garantenstellung richtet. Ab welchem Zeitpunkt bzw. auf welchem Stand der Sachverhaltsaufklärung die strafrechtliche Garantenpflicht zum Tragen kommt, ist aber – so auch das OLG Hamm – umstritten. Folgt man der weitergehenden Auffassung, wonach die Garantenstellung bereits den Präventionsbereich umfasst, so ist bereits die Gefahrerforschungspflicht (§ 8 a Abs.1 SGB VIII) Teil der Garantenpflicht. Folgt man der engeren Auffassung, die die Garantenstellung auf den Interventionsbereich, also das Bestehen einer Kindeswohlgefährdung, die von den Eltern nicht abgewendet wird, reduziert, so konzentriert sich die Garantenpflicht auf die Gefahrabwendungspflicht (§ 8a Abs. 1 Satz 3, Abs. 2, Abs.3 Satz 2 SGB VIII). Die Gefahrerforschungspflicht bleibt dann eine von der „zuständigen“ Fachkraft zu erfüllende Amtspflicht/ Dienstpflicht.

## **Gefahrerforschungspflicht (§ 8a 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 zuständige Fachkraft eine genaue Kenntnis von der jeweiligen konkreten Lage verschafft, in der sich ein womöglich gefährdetes Kind befindet, und auf Basis dieser Kenntnis eine Einschätzung vornimmt, 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 (Wapler in Wiesner/ Wapler 2022 § 8a Rn. 16 ff).

Voraussetzung für das Entstehen der Pflicht zur Gefährdungseinschätzung ist das **Bekanntwerden gewichtiger Anhaltspunkte für die Gefährdung des Wohls eines Kindes** (§ 8a 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/Informationen, 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 2018, 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 oder ihnen Auflagen zu erteilen. Zwar bleibt es den Fachkräften im Jugendamt unbenommen, weiterhin für die Inanspruchnahme von Hilfen zu werben, eine Befugnis zur regelmäßigen Kont-

rollbesuchen ergibt sich daraus jedoch nicht (Wapler in Wiesner/ Wapler SGB VIII § 8a Rn. 29, 23 d). Sogenannte „Kontrollhilfen in Risikofamilien“ sind deshalb nicht zulässig, sofern sie über ein Werben für die Inanspruchnahme von Hilfen hinausgehen (DIJuF 2010, S. 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.

Pflichtverletzungen 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 2012; Döring 2018, 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 (Meysen in FK SGB VIII § 8a Rn. 15; Bringewat in LPK-SGB VIII § 8a Rn. 35; ihm folgend LG Arnsberg v. 7.1.2020 sowie OLG Hamm v. 22.10.2020). 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 (§ 8a 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 2018a, S. 232). Ab diesem Zeitpunkt besteht auch nach der engeren Auffassung eine Garantenpflicht (Interventionsbereich, dazu oben unter 3 c). In der Regel geht also einer Entscheidung über die zu treffenden Maßnahmen eine Gefährdungseinschätzung voraus. Wenn sich aber bereits aus den gewichtigen Anhaltspunkten (Informationen, Meldungen) eine Gefahr ablesen lässt, die von den Eltern nicht abgewendet wird, ist sofortiges Handeln verlangt, weil für eine gründlichere Sachverhaltserforschung – erst einmal – keine Zeit bleibt (Heghmanns 2018a).

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.

## 2.5.2 Die Rechtsprechung zu den Garantenpflichten

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 2013). 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 2018). 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 Mitarbeiterinnen bzw. Mitarbeiter führten (ebd.). Angesichts der Gesamtzahl der Gefährdungseinschätzungen in diesem Zeitraum (allein im Jahre 2013: 115.687 – KomDat 2018) handelt es sich dabei aber um eine sehr geringe Zahl von Fällen, in denen es zu einer Anklage wegen eines Tötungsdelikts 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 2018).

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 (Döring 2018).

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.**

### **Urteil des OLG Hamm vom 22.10.2020**

In seiner Entscheidung vom 22.10.2020, in der das Gericht die Garantenstellung auf den Zeitraum beginnend mit der Fallübernahme vorverlagert hatte, wirft es der Fachkraft vor, sie hätte eine Gefährdungseinschätzung über einen Zeitraum von mehreren Monaten nicht vorgenommen, obwohl dies aufgrund der ihr bekannten Umstände geboten und ihr auch möglich und zumutbar gewesen wäre. Gewichtige Anhaltspunkte einer Kindeswohlgefährdung seien ihr bekannt gewesen. Sie hätte sich deshalb zeitnah nach der Übernahme des Falls einen persönlichen Eindruck von dem Kind beschaffen oder im Fall der Weigerung der Mutter das Familiengericht anrufen müssen. Sie hätte insoweit auch nicht einer Fremdeinschätzung vertrauen dürfen, denn weder die zuvor fallbearbeitende Clearingstelle noch die zwischenzeitlich tätige Familienhebamme hätten sich in irgendeiner Weise mit dem Kind befasst.

Es bestätigte damit die vorangehende Entscheidung des LG Arnsberg, das als **gefährdungsrelevante Umstände**

- 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 Landesentrums über die nicht durchgeführte Vorsorgeuntersuchung;
- die Nichtberücksichtigung von Anhaltspunkten für eine Gefährdung eines Geschwisterkindes.

benannt hatte (kritisch dazu Mörsberger 2021).

### 2.5.3 Zur 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 2013). Vielmehr bedarf es für die Bewertung eines Einzelfalls einer **Konkretisierung der in § 8a SGB VIII statuierten Handlungspflichten** (Mörsberger 2013, Heghmanns 2018a). 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 (Strobel/ Liel/ Kindler 2008). In Berlin regeln die Gemeinsamen Ausführungsvorschriften über die Durchführung von Maßnahmen zum Kinderschutz im Land Berlin (AV Kinderschutz JugGes) vom 16.06.2020 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 OLG Hamm). Dennoch haben sich in der deutschen Jugendhilfepraxis einheitliche und standardisierte Verfahren für den Prozess der Gefährdungseinschätzung noch nicht durchsetzen können (Schone 2019).

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 2018; Heghmanns 2018a). Inzwischen besteht zwar ein weitgehender Konsens im Hinblick auf die **Priorität des Fachgesetzes** („akzessorischer Charakter des Strafrechts“: Heghmanns 2018a, S. 407; Doering 2018, S. 141 ff; Meysen in FK- SGB VIII Anhang IV Rn. 12: „Wer sich an die Vorgaben des SGB VIII hält, kann nicht strafrechtlich belangt werden“; a.A. Bringewat SRa 2021, S. 93). 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 Standards 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 dem Aufbau eines Vertrauensverhältnisses zu der betreuten Familie einen pauschalen Vorrang vor dem Lebensschutz einräumen, der den gesetzlichen Wertungen widerspricht“ (Heghmanns 2018b, S. 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 2018, Stadtjugendamt Erlangen/ Gedik/ Wolff 2018) und dem Vertrauen als Grundlage einer Hilfebeziehung eine besondere Bedeutung zumessen (siehe dazu auch Mörsberger 2013, mit weiteren Verweisen). Allerdings bedürfen Hilfekonzepte 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 (Schone 2019). Damit stehen Fachkräfte immer wieder vor der schwierigen Aufgabe, eine sensible Balance zwischen geduldigem Werben um Eltern und entschlossenem Handeln (ggf. auch gegen den Willen der Eltern) zu finden, wenn Gefahren für Kinder nicht anders zu beheben sind (Siemes 2018). Risiken und Fehlentscheidungen können dabei nicht ausgeschlossen werden.

## 2.6 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 2018).

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 OLG Hamm 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 (Heghmanns 2021a, Mörsberger 2021).

## 2.7 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. 13.11.2003 – 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 2007; Heghmanns 2018b). 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 2018).

Wichtig ist insoweit, ob die entsprechenden Situationen und Handlungsmöglichkeiten **ex ante betrachtet erkennbar** waren (Heghmanns 2018b). „Maßgeblich für die nachträgliche Beurteilung der Rechtmäßigkeit des sozialpädagogisch-fachlichen Handelns ist allein, wie sich der Hilfsfall 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, S. 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 2018, 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 sogenannte Übernahmefahrlässigkeit vorwerfen (Döring 2018). 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 2018a). Unterlässt die Fachkraft hingegen die Überlastungsanzeige und hätte sie zur Wiederherstellung ihrer Arbeitsfähigkeit geführt (z. B. 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 2018).

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 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 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, was vom OLG Hamm im Revisionsverfahren nicht beanstandet worden ist.

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 2018). 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 2018). 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.

# Folgen aus der unsicheren Rechtslage für die Praxis im Jugendamt

## 3.1 Kinderschutz als Handeln mit Risiko

Das Interesse der Fachkräfte 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 (Schone 2019).

„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“ (Schone 2019, S. 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, 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 in Kap. II 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 2018a, S. 235). Allerdings hat die aktuelle

Rechtsprechung des OLG Hamm die Unsicherheit und damit die Angst, strafrechtlich belangt zu werden, vergrößert.

## 3.2 Der augenblickliche Stand der Rechtsprechung

Die wenigen bisher vorliegenden 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 Identifizierung von Straftäter\*innen 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 (zuletzt Mörsberger 2021 und Bringewat 2021), während dem Strafrechtler Heghmanns eine Art Zwischenposition zukommt, auf die sich allerdings das OLG Hamm bei seinem Konstrukt der *omissio libera in omittendo* zu Unrecht beruft (Heghmanns 2021).

Nach der aktuellen Rechtsprechung, namentlich der Entscheidung des OLG Hamm vom 22.10.2020, wird man vom **Eintritt einer Garantenstellung** (bereits) 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 ihrem 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 bereits eine Hilfebeziehung besteht, es aber zu einer Verschärfung der Problemsituation kommt und schließlich 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 Strafgericht im Fall Hochsauerlandkreis

nicht eine fehlerhafte Gefährdungseinschätzung beurteilt hat, sondern die Nichtvornahme einer Gefährdungseinschätzung beurteilt und daraus Rückschlüsse auf die Gefahrenabwehr gezogen hat.

Dabei hat das Landgericht Arnstberg einen strengen Maßstab im Hinblick auf die Frage angelegt, ob, bzw. welche Anhaltspunkte der zuständigen Fachkraft bekannt geworden wären, wenn sie die gebotene Gefährdungseinschätzung vorgenommen hätte. Dabei ging das Gericht von Konstellationen (Hypothesen) aus, die denkbar, möglich, aber keineswegs wahrscheinlich oder gar zwingend sind. Der Fachkraft räumt es keinen Beurteilungsspielraum ein (LG Arnstberg v. 07.01.2020, 3 Ns-411 Js 274/16-101/17 unter II4 und IV 2 q; kritisch dazu Mörsberger, 2021). Das OLG Hamm hat diese Betrachtung nicht beanstandet. (Siehe dazu die Ausführungen in Kap. II. 6).

Demgegenüber hatte das OLG Stuttgart (Beschluss vom 28.05.1998 – 1 Ws 78/98), auf das das Landgericht Arnstberg in seinem Berufungsurteil im Übrigen immer wieder Bezug nahm, 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 2018).

Unter den Strafrechtsexperten wird die Entscheidung des OLG Hamm unterschiedlich bewertet. So kommt Bringewat zu dem Ergebnis, dass dem Beschluss – „wenn auch nicht in der Begründung, doch zumindest im Ergebnis“ zuzustimmen ist (Bringewat 2021), während Heghmanns nicht nur von einer rechtsfehlerhaften Begründung sondern auch von einer falschen Entscheidung ausgeht, denn eine Garantenstellung entstehe nicht zwangsläufig schon, sobald „gewichtige Anhaltspunkte“ i.S.v. § 8a SGB VIII vorliegen, sondern nur dann, wenn entweder bereits dann eine dringende Gefahr für die Gesundheit oder das Leben des Kindes vorliegt oder nach dem Ergebnis der Gefährdungseinschätzung seine Eltern als Ansprechpartner auszufallen drohen (Heghmanns 2018a und 2021). Dennoch bleibt diese Entscheidung erst einmal in der Welt und es wird voraussichtlich dauern, bis ein weiterer Fall Gelegenheit bietet, sie zu korrigieren.

Zwar werden durch diese Entscheidung dem Jugendamt und seinen Fachkräften keine neuen Handlungspflichten auferlegt, allerdings werden damit aus den öffentlich-rechtlichen Handlungspflichten nach § 8a SGB VIII beginnend mit der Pflicht zur Gefährdungseinschätzung zugleich strafrechtliche Garantenpflichten . Bei der Interpretation der einzelnen in § 8a SGB VIII formulierten Handlungsschritte liegt der strafgerichtlichen Entscheidung aber eine andere Perspektive zu Grunde, die nicht nur auf Skepsis gegenüber elterlichem Verhalten, sondern auf Misstrauen

und Generalverdacht ausgerichtet ist (zur strafrechtlichen Perspektive im einzelnen Döring 2018).

Insgesamt bleibt festzustellen, dass die Revisionsentscheidung des OLG Hamm aus fachlicher Sicht sehr problematisch erscheint, da sie der Abwehr von Gefahren für strafrechtlich geschützte Rechtsgüter um jeden Preis den Vorrang vor einer jugendhilfe- und verfassungsrechtlichen Sicht des Kinderschutzes einräumt, die den Kinderschutz immer im Kontext des Dreiecks Eltern-Kind-Staat sieht und zuallererst die Möglichkeiten einer Hilfebeziehung zu den Eltern auslotet. Im Ergebnis bedeutet dies, dass Fachkräfte in den Jugendämtern künftig viel stärker kontrollierend gegenüber Familien tätig werden müssen und damit – um nicht selbst strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden – unverhältnismäßig in das Elternrecht und den primären Gefahrabwendungsprimat der Eltern eingreifen müssen. Der Beurteilungsspielraum für die Fachkräfte wird damit verkürzt: Der Hilfeauftrag wird vorschnell in einen Kontrollauftrag umgewandelt und damit das Vertrauen als Grundlage für den Hilfeprozess zerstört. (Mörsberger 2021). „Denn nunmehr droht schon Strafe, wenn nicht bei den kleinsten Auffälligkeiten eingeschritten und daher nicht verhindert wird, dass sie später ganz andere, zu diesem Zeitpunkt gar nicht abzusehende Risiken entwickeln, die irgendwann zum Tode eines Kindes führen. Den realen Möglichkeiten der Jugendämter werden solche Anforderungen kaum gerecht und den Kinderschutz schlussendlich kein Gefallen getan.“ (Heghmanns 2021).

### 3.3 Zur Weiterentwicklung fachlicher Standards

Damit stellt sich die Frage, welche Schritte geeignet und notwendig sind, um die Unsicherheit im sozialpädagogischen Handeln beim Kinderschutz zu begrenzen. Dazu zählt auch die Frage, in welcher Weise fachliche Standards (weiter) entwickelt und als Maßstab für fachliches Handeln zugrunde gelegt werden können.

**„Wer sich an die Vorschriften des SGB VIII hält, macht sich nicht strafbar.“** Dieses Postulat findet zwar inzwischen auch im „strafrechtlichen Lager“ eine gewisse Akzeptanz (zu den Grenzen des Vorrangs des Fachgesetzes: Bringewat 2021), 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 Expertinnen und 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 Rege-

lung der Verantwortlichkeiten bedarf (siehe dazu zuletzt die Ausführungen im Abschlussbericht des Ministeriums für Soziales und Integration Baden-Württemberg 2020). 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. Gleichzeitig müssen aber auch die Grenzen einer solchen Standardisierung im Blick bleiben. Eine regelhafte Delegation der sozialpädagogisch fachlichen Entscheidung an Regeln ist nicht nur geeignet, das Risiko für die Kinder und Jugendlichen zu erhöhen, sondern steigert auch das Risiko der Fachkräfte, wegen einer Verletzung fachlicher Standards belangt zu werden (Meysen in FK SGB VIII Anhang IV Rn. 12). Denn die Verantwortung bleibt in jedem Fall bei der „fallführenden Fachkraft“ und geht nicht auf Dienstvorgaben über.

### 3.3.1 Organisatorisch strukturelle Ebene

Zu den „fachlichen Standards“ 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.

### 3.3.2 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 Verfah-

ren 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 (Ministerium für Soziales und Integration Baden-Württemberg 2020).

Um die Verbindlichkeit und damit auch die allgemeine Akzeptanz dieser Instrumente als Maßstab (auch) für strafrechtlich relevantes Handeln zu erhöhen, erscheint es sinnvoll, die Anwendung dieser Regularien örtlich für verbindlich zu erklären (Heghmanns 2018 b) und diese Standards schrittweise regional und am Ende bundesweit zu vereinheitlichen (Bringewat 2018). 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 2018, S. 356 unter Verweis auf Mörsberger 2013, S. 62 u. a.). Deshalb wird die kontroverse Diskussion über Funktion und Grenzen solcher Standards andauern (Schone 2019; Döring 2018).

### 3.3.3 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 hat das Landgericht Arnsberg ausgeführt:

„Anhaltspunkte sind tatsächliche Umstände, die auf eine Kindeswohlgefährdung hindeuten (vgl. LPK-SGB VIII/ Bringewat, § 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. gefährdungs-

relevanter 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/ Bringewat, § 8a, Rn. 35).“

Dieser Aspekt, nämlich die (unterlassene) „Gesamtwürdigung aller bekannt gewordenen Anhaltspunkte“ spielt eine zentrale Rolle (nicht nur) in (diesem) Strafverfahren und sollte deshalb auch in den Arbeitshilfen thematisiert werden und Gegenstand von Fortbildungsmaßnahmen sein. Eine standardisierte Antwort, wie 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).

### **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 war 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 Berufungsgerichts, 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 2010). 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 (Mörsberger 2021).

## 3.4 Absicherung durch Rechtsschutzversicherung

Während der Versicherungsumfang bei zivilrechtlichen Streitigkeiten (z. B. 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 veröffentlichten 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 2018).

# 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.

Neben die Garantenstellung der „zuständigen“ Fachkraft im Jugendamt tritt dann eine eigenständige Garantenstellung der zuständigen Fachkraft des freien Trägers. Die Grundlage dafür liefert der eigenständige Schutzauftrag des freien Trägers, der sich aus der privatrechtlichen Beziehung des jeweiligen Trägers zu den Eltern bzw. zu dem zu betreuenden Kind ableitet (Wapler in Wiesner/Wapler § 8a Rn. 70). Hier wird wiederum die Frage relevant, ab welchem Zeitpunkt aus der vereinbarten Schutzpflicht eine Garantenstellung abzuleiten ist.

Folgt man der (engeren) Auffassung von Heghmanns, der den Ausfall der elterlichen Erziehungsverantwortung als Grundlage für die Begründung einer Garantenstellung ansieht, dann entsteht die Garantenstellung mit den daraus abzuleitenden Garantenpflichten zu dem Zeitpunkt, zudem das Ergebnis der von der Fachkraft des freien Trägers vorzunehmenden 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.

Folgt man hingegen der anderen Auffassung, die die Garantenpflicht aus „tatsächlicher Schutzübernahme“ auch auf den „Präventionsbereich“ ausweitet (Bringewat 2022 in LPK-SGB VIII § 8 Rn. 139) und die vom Ergebnis her auch der Entscheidung des OLG Hamm zugrunde liegt, dann übernimmt die zuständige Fachkraft des freien Trägers eine originäre **Garantenposition aus tatsächlicher Schutzübernahme** bereits mit dem Beginn des Hilfeprozesses (Bringewat in LPK-SGB VIII § 8a Rn. 145).

Mit der Leistungserbringung durch die Fachkraft eines freien Trägers endet aber nicht die Garantenstellung der zuständigen Fachkraft im Jugendamt. Wird die Leistung 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. 144; OLG Oldenburg ZfJ 1997, 56). Mit der Beteili-

gung 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. 144), deren Inhalt und Umfang sich aus der konkreten Aufgabenstellung ergeben und in das konkrete Schutzkonzept als Teil des Hilfeplanverfahrens einfließen sollten.

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.

## 4.1 Schlussbetrachtung

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die Diskussion über den Kinderschutz und die strafrechtlichen Konsequenzen nach wie vor kontrovers verläuft. Die jugendhilferechtlichen Perspektive, die die Hilfebeziehung, die mit einer Kindeswohlgefährdung ja nicht beendet ist, in den Vordergrund rückt, steht die strafrechtliche Perspektive gegenüber, die auf Abwehr von Gefahren für strafrechtlich geschützte Rechtsgüter und damit stärker auf Kontrolle, Verdacht und Misstrauen setzt. Mit der Entscheidung des OLG Hamm vom 22.10.2020 wurde diese Perspektive noch verschärft und damit die Unsicherheit für die Fachkräfte in Jugendämtern und bei freien Trägern weiter erhöht. Sie werden daher künftig noch stärker als bisher geneigt sein, sich besser abzusichern. Gleichzeitig wird damit das Vertrauen als Grundlage der Hilfebeziehung in Frage gestellt. Dem Kinderschutz wird damit ein Bärendienst erwiesen (Mörsberger 2021).

Es wäre nicht nur wünschenswert, dass die beiden Systeme 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 das 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.

## Literaturverzeichnis

Biesel, Kay/Schnurr, Stefan (2018): Prozessmanual zur dialogisch-systemischen Kindeswohlabklärung. Ein Rahmenkonzept zur Strukturierung und Professionalisierung des Schutzauftrags und der Hilfeplanung im Kinderschutz. In: Das Jugendamt, Nr. 3, 91. Jg., H. 3, S. 80–83

Bringewat, Peter (1997): Tod eines Kindes. Soziale Arbeit und strafrechtliche Risiken. Baden-Baden

Bringewat, Peter (2000): Sozialpädagogische Familienhilfe und strafrechtliche Risiken, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart.

Bringewat, Peter (2007): Schutz des Kindeswohls – eine Aufgabe des Strafrechts? In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ), 2. Jg., H.6, S. 225–231.

Bringewat, Peter (2012): Strafrechtlich relevante Fehler bei der „Einschätzung des Gefährdungsrisikos“ nach § 8a SGB VIII. In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ), 7. Jg., H. 9, S. 330–336

Bringewat, Peter (2018): Sorgfaltsgerechte Fachlichkeit in der Kinder- und Jugendhilfearbeit?! In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ), 13. Jg., H. 9/10, S. 346–350

Bringewat, Peter (2021): Neue strafrechtliche Haftungsrisiken in der Kinder- und Jugendhilfe? In: Sozialrecht aktuell (SRa), 18. Jg. H.3 S. 93–102

Britz, Gabriele JZ (2014): Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In: Juristenzeitung, 69. Jg., H.22, S. 1069–1074.

Dießner (2008): Die Unterlassungsstrafbarkeit der Kinder- und Jugendhilfe bei familiärer Kindeswohlgefährdung. Berlin

DJJuF Gutachten Jugendamt (2010): Zuordnung eines Konzepts des präventiven Schutzes von Kindern zu den Leistungen bzw anderen Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe (§§ SGB\_VIII § 8 a, SGB\_VIII § 16, SGB\_VIII § 27 ff SGB VIII). In: Jugendamt, 83. Jg., H.3, S.131–133.

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

FK-SGB VIII: siehe Münder/ Meysen/ Trenczek

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. Hg.: Nationales Zentrum Frühe Hilfen (NZFH). Köln

- Hefendehl, Roland (2005): Sozialarbeit im lähmenden Bann strafrechtlicher Risiken? In: Recht der Jugend und des Bildungswesens 53.Jg., H.4, S. 472–485
- Heghmanns, Michael (2018 a): Zur strafrechtlichen Verantwortung im Kinderschutz. In: Jugendamt, 91. Jg., H. 6, S. 230–235
- Heghmanns, Michael (2018 b): Sorgfaltspflichten und fachliche Standards in der Kinder- und Jugendhilfearbeit. In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ), 13. Jg., H. 11, S. 407–409
- Heghmanns, Michael (2021): Bemerkung zu OLG Hamm 22.10.2020 – 5 RVs 83/ 20, 5 Ws 279/20. In: Jugendamt, 94.Jg, H.1, S. 48–50.
- Hoffmann, Birgit (2007): Strafrechtliche Verantwortung von Amtsvormündern bzw...-pflegern wegen Unterlassens. In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ), 2. Jg., H. 10, S. 389–394. ...
- Jarass/Pieroth (2020): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 16. Aufl. München
- Jestaedt/ Reimer (2018): Kommentierung zu Art. 6 Abs. 2, 3 Grundgesetz (Elternrecht). In: Kahl / Waldhoff / Walter (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz Art. 6 Abs. 2 und 3 GG. Heidelberg
- Kindler, Heinz/Gerber, Christine/Lillig, Susanna (2016): Wissenschaftliche Analyse zum Kinderschutzhandeln des Allgemeinen Sozialen Dienstes im Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald im Todesfall des Kindes A. München
- Knödler, Christoph (2018): Zur Strafbarkeit von Sozialarbeitern und Sozialpädagogen-Teil 1. In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ), 13. Jg., H.12, S. 452–456.
- Knödler, Christoph (2019): Zur Strafbarkeit von Sozialarbeitern und Sozialpädagogen-Teil 2. In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ), 14. Jg., H. 1, S. 16–20.
- Köhler, Iven (2019): Inobhutnahme und nachfolgende familiengerichtliche Entscheidung. In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ) 14. Jg., H.1, S.12–16.
- KomDat 2018: Mehr „8a-Verfahren“, aber keine Zunahme der Kindeswohlgefährdungen, kommentierte Daten der Kinder und Jugendhilfe 21.Jg. H. 2, S. 5–8.
- Kunkel, Peter-Christian/Kepert, Jan/Pattar, Andreas Kurt (Hrsg.) (2022): Sozialgesetzbuch VIII, Lehr- und Praxis-kommentar (LPK-SGB VIII). 8. Aufl. Baden-Baden
- LPK- SGB VIII : siehe Kunkel/ Kepert/ Pattar
- Merchel, Joachim (2005): „Garantenstellung und Garantenpflichten“: Die Schutzfunktion des Jugendamts zwischen Strafrecht, medialer Öffentlichkeit und fachlichen Kompetenzen. In: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB), 53.Jg. H.4, S. 456–471.

- Meysen, Thomas/Nonninger, Sibylle (2019): ASD-Tätigkeit und strafrechtliche Verantwortung. In: Merchel, Joachim (Hrsg.): Handbuch Allgemeiner Sozialer Dienst (ASD), 3. Aufl. München/Basel, S. 136–140
- Ministerium für Soziales und Integration Baden-Württemberg (2020): Abschlussbericht der Kommission Kinderschutz. Stuttgart
- Möller, Winfried (Hrsg.) (2017): Praxiskommentar SGB VIII – Kinder und Jugendhilfe. 2. Aufl. Köln
- Mörsberger, Thomas (2013): 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), 8. Jg., H.1 , S. 21–24 (Teil 1) und H.2, S. 61–67 (Teil 2).
- Mörsberger, Thomas (2018): Angst vor dem Staatsanwalt? Zu Missverständnissen bei der Einschätzung strafrechtlicher Haftungsrisiken im Kinderschutz. In: Böwer, Michael/Kotthaus, Joachim (Hrsg.): Praxisbuch Kinderschutz. Weinheim/Basel, S. 59–77
- Mörsberger, Thomas (2021): „Ein Bären dienst für den Kinderschutz“. In: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ), 16.Jg., H.2 , S. 52–61
- Münder, Johannes/Meysen, Thomas/Trenczek, Thomas (2022): Frankfurter Lehr- und Praxiskommentar zum KJHG (SGB VIII), 9. Aufl. Frankfurt
- Schöne, Reinhold (2019): Einschätzung von Gefährdungsrisiken im Kontext möglicher Kindeswohlgefährdung. In: Merchel, Joachim (Hrsg.): Handbuch Allgemeiner sozialer Dienst. 3. Aufl. München/Basel, S. 279–287
- Siemes, Andreas (2018): Strafrecht im Kinderschutz – Anmerkungen aus Sicht des Jugendhilferechts. In: Sozialrecht aktuell, 22. Jg., H. 3, S. 92–109
- Stadtjugendamt Erlangen/Gedik, Kira/Wolff, Reinhart (Hrsg.) (2018): Kinderschutz im Dialog. Grundverständnis und Kernprozesse kommunaler Kinderschutzarbeit. Opladen
- Strobel, Bettina/Liel, Christoph/Kindler, Heinz (2008): Validierung und Evaluation des Kinderschutzbogens. München
- Wapler, Friederike (2015): Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht. Tübingen
- Wiesner, Reinhard (2004): Das Wächteramt des Staates und die Garantenstellung der Sozialarbeiterin/des Sozialarbeiters zur Abwehr von Gefahren für das Kindeswohl. In: Zentralblatt für Jugendrecht, 91. Jg., H. 5, S. 161–172
- Wiesner, Reinhard/ Wapler, Friederike (Hrsg.) (2022): SGB VIII Kommentar 6. Aufl. München

**Deutsches Jugendinstitut e. V.**

Nockherstraße 2  
D-81541 München

Postfach 90 03 52  
D-81503 München

**Telefon** +49 89 62306-0

**Fax** +49 89 62306-162

**[www.dji.de](http://www.dji.de)**