

Christopher A. Schmidt [Hrsg.]

Recht für soziale Berufe 2023/24



Nomos

Esslinger Schriften für Gesellschaft, Recht und Soziales

herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Heidenreich

Prof. Dr. Karin Reiber

Prof. Dr. Annette Riedel, M. Sc.

Prof. Dr. Christopher Schmidt

Prof. Dr. Reinhold Wolke

Band 1

Christopher A. Schmidt [Hrsg.]

Recht für soziale Berufe 2023/24



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7560-1178-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-1770-0 (ePDF)

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Der vorliegende Sammelband ist in doppelter Hinsicht eine Premiere: zum einen aufgrund der Breite der Themen, die einen Bezug zu den Studiengängen an der Fakultät SABP der Hochschule Esslingen haben. Zum anderen handelt es sich deshalb um einen besonderen Band, weil er der Auftakt der „*Esslinger Schriften für Gesellschaft, Recht und Soziales*“ ist, eine Schriftenreihe, die von promotionsberechtigten Kolleginnen und Kollegen der Fakultät herausgegeben wird und in der künftig herausragende Dissertationen, aber auch sonstige Monographien und Herausgeberwerke veröffentlicht werden sollen, vornehmlich solche mit Bezug zur Hochschule Esslingen.

Entsprechend sind die meisten Beiträge dieses ersten Bandes von Angehörigen der Hochschule Esslingen verfasst worden. Die Vielfalt der Tätigkeitsfelder, auch und gerade der Lehrbeauftragten, ist einer der Gründe für den Erfolg unserer Studiengänge.

Nicht minder dankbar als für das Engagement der Lehrbeauftragten sind wir für die Beiträge von Autorinnen und Autoren, die nicht in Esslingen lehren.

Juristische und nichtjuristische Fragestellungen lassen sich nicht immer klar trennen. Recht und Politik, Recht und Gesellschaft gehören zusammen – sonst bräuchte es keine juristischen Lehrinhalte für soziale Berufe. Vor diesem Hintergrund sind die Beiträge mit verwaltungswissenschaftlichen und psychologischen Bezügen zu sehen. Der Sammelband ist also in mehrfacher Hinsicht inklusiv. Das gilt auch insofern, als stets und unabhängig vom (grammatischen) Genus alle Geschlechter erfasst werden.

Ein besonderer Dank gilt neben den Autorinnen und Autoren meiner Mitarbeiterin Frau *Gratiela Andrea Mangalia, M.A.* für ihr umfassendes Lektorat.

Nun wünschen Autoren und Herausgeber dem Sammelband, dass er in Wissenschaft und Praxis auf Interesse stoßen und zur Diskussion anregen möge!

Esslingen a.N., September 2023

Dr. Christopher Schmidt

Inhaltsverzeichnis

I. Handlungsfelder

1. Junge Menschen und ihre Familien

Prof. Dr. Elisabeth Hartmeyer

Junge Volljährige und „Careleaver“ – Rechtslage nach dem KJSG
und bestehende Herausforderungen 11

Dr. Jorge Guerra González

Eltern-Kind-Entfremdung als Kindeswohlgefährdung: Ursachen,
Folgen, Auswege 23

Prof. Dr. Hildegund Sünderhauf

Zehn Jahre Wechselmodell – ein persönlicher Rückblick 65

2. Alter und Behinderung

Prof. Dr. Alexander Schmid

Ehrenamtliche Betreuung durch Studierende – Bedeutung der
Reform des Betreuungsrechts zum 1.1.2023 für Studiengänge der
Sozialen Arbeit und Pflege 83

Dr. Peter Neumann

Rechtliche Betreuung und Erbrecht: Ein oder mehrere
Originaltestamente? 95

3. *Existenzielle Notlagen*

Prof. Dr. Clarita Schwengers

Die Idee einer Kindergrundsicherung: Zwischen Anspruch und Wirklichkeit 105

Prof. Dr. Falk Roscher

Wohnungsnotfallhilfe und Housing First – zur Gesetzeslage in Deutschland 117

4. *Flucht und Migration*

Rudi Friedrich/Peter von Auer

Soziale Arbeit und das Recht auf Kriegsdienstverweigerung: Forderungen an das Asyl- und Ausländerrecht 145

5. *(Jugend-)Strafrecht*

Prof. Dr. Christopher Schmidt

100 Jahre Jugendgerichtsgesetz 165

Dr. Ralf Rose

Vermögensabschöpfung im Jugendstrafrecht – Auswirkungen für die Soziale Arbeit? 193

6. *Lösungsorientierte Arbeit und Mediation*

Jakob Harich

Mediation und Biografiearbeit 211

Prof. Dr. Uwe Jopt

Systemisch-lösungsorientierte Begutachtung im Familienrecht 239

II. Querschnittsthemen

1. Verfassungsrechtliche Bezüge, Partizipation, Bürgerbeteiligung und Extremismus

Jörg Bossenmayer

Verfassungsrechtliche und -politische Kontroversen um die einrichtungsbezogene Impfpflicht für Pflegepersonal während der COVID-19-Pandemie 277

Dr. Matthias Fahrner

Ausgewählte Rechtsprobleme des Extremismus in der Sozialen Arbeit: Extremismus-Begriff, Dienstrecht, Geheimschutz- und Mitteilungspflichten sowie Schutz des Kindeswohls in Recht und Praxis 289

Dr. Regina Liebe-Tumbrink

Normsetzung in der Kommune am Beispiel der Kommunalen Integrierten Sozialplanung 321

2. Arbeits- und Dienstrecht

Prof. Dr. Annette Rabe

Tarifrechtliche Regelungen für Angehörige Sozialer Berufe im Bereich des Öffentlichen Dienstes – aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen 335

III. Recht in Forschung und Lehre

Prof. Dr. Arne Pautsch

Der „Promotionsverband der Hochschulen für angewandte Wissenschaften Baden-Württemberg“ – der (lange) Weg zum Promotionsrecht der Fachhochschulen 359

Prof. Dr. Christopher Schmidt

ChatGPT und Künstliche Intelligenz (KI): Neue Herausforderungen
für die Hochschullehre 379

IV. Herausragende Abschlussarbeit

Jugendhilfe und Mutter-Kind-Einrichtungen im Justizvollzug: Eine
Fallstudie anhand des Falles „Memek“ (David Wanner) 395

Kurzvorstellung der Autorinnen und Autoren 397

I. Handlungsfelder

1. Junge Menschen und ihre Familien

Junge Volljährige und „Careleaver“ – Rechtslage nach dem KJSG und bestehende Herausforderungen

Prof. Dr. Elisabeth Hartmeyer

Durch das sog. Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG) hat der Gesetzgeber zum Ende der vergangenen Legislaturperiode eine Vielzahl von Änderungen im Bereich der Jugendhilfe vorgenommen. Die Autorin untersucht insofern einen Aspekt, dem bisher nicht die nötige Aufmerksamkeit zuteilwurde, nämlich die in §§ 41f. SGB VIII geregelten Ansprüche der Hilfe für junge Volljährige bzw. der Nachbetreuung.

Inhalt

I.	Änderungen durch das KJSG	12
II.	Anpassungen in § 41 SGB VIII	12
	1. Ausgestaltung als individueller Rechtsanspruch	12
	2. Gefährdungseinschätzung	13
	3. Coming-back-Option	14
	4. Verbindlichkeit der Übergangsplanung	15
III.	Anspruch auf Nachbetreuung (§ 41a SGB VIII)	16
IV.	Neuregelung der Kostenbeteiligung	17
V.	Bestehende Herausforderungen	19
	1. Beratung gem. § 10a SGB VIII	19
	2. Ombudsstellen (§ 9a SGB VIII)	19
	3. Ausblick: Verfahrenslotse (§ 10b SGB VIII)	20
VI.	Fazit	20

I. Änderungen durch das KJSG

Am 10. Juni 2023 jährte sich das Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (KJSG) zum zweiten Mal.¹ Das Artikelgesetz brachte weitreichende Änderungen, insbesondere für das SGB VIII.² Daneben erfuhren auch einige Bezugsgesetze, wie das SGB V, SGB IX und SGB X, das Kinderschutz-Kooperationsgesetz (KKG), das BGB, das FamFG und das JGG Anpassungen, die zum Teil über bloße Folgeänderungen hinausgehen. Der Gesetzgeber hat die Novelle in fünf Teile untergliedert. Neben der Verbesserung des Kinder- und Jugendschutzes betrafen diese die sog. inklusive Kinder- und Jugendhilfe, also Hilfen aus einer Hand für Kinder mit und ohne Behinderung („Große Lösung“), die Prävention vor Ort sowie die Beteiligung von jungen Menschen, Eltern und Familien. Nicht zuletzt war auch die Stärkung der Position von Kindern und Jugendlichen, die außerhalb der Familie aufwachsen, erklärtes Ziel des Gesetzgebers. Einige Verbesserungen brachte das KJSG insoweit auch für die Gruppe der jungen Volljährigen und der jungen Menschen, die vor ihrer Volljährigkeit im Leistungsbezug der Kinder- und Jugendhilfe standen (sog. Careleaver). Diese Hilfeform ist nun in §§ 41, 41a SGB VIII geregelt. Eine Bestandsaufnahme sowie eine Bilanz jener Problemstellungen, die nach wie vor bestehen, ist Thema des vorliegenden Beitrags.

II. Anpassungen in § 41 SGB VIII

1. Ausgestaltung als individueller Rechtsanspruch

§ 41 Abs. 1 S. 1 SGB VIII a. F. war als „Soll-Vorschrift“ ausgestaltet. Dem Leistungsberechtigten wurde folglich im Regelfall ein Rechtsanspruch auf die Gewährung der Hilfe zugestanden. Eine Ablehnung ist bei Soll-Vorschriften nur bei Vorliegen eines atypischen Sachverhalts zulässig, wobei

-
- 1 Zwei Regelungen werden verzögert in Kraft treten und betreffen den großen Komplex der inklusiven Gestaltung des SGB VIII: Am 1.1.2024 tritt § 10b SGB VIII (Verfahrenslotse) in Kraft; die Gesamtregelung innerhalb des SGB VIII für alle Kinder und Jugendlichen ohne und mit Behinderung, unabhängig von der Behinderungsform (sog. Große Lösung) soll ab 1.1.2028 gelten, ist aber abhängig von einem weiteren Bundesgesetz.
 - 2 Vgl. hierzu z.B. Schmidt NJW 2021, 1992 ff.; Hartmeyer ZAT 2021, 194 ff.; ZAT 2022, 25 ff. und ZAT 2022, 61 ff.; Lohse JAmT 2022, 357 ff.; Wiesner JAmT 2022, 350 ff.

die Ausnahmesituation seitens des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe zu begründen und zu beweisen ist.³ Dieser Regel-Rechtsanspruch wurde jedoch in der Praxis häufig verkannt und Hilfe für junge Volljährige wurde – entgegen dem Willen des Gesetzgebers – nur in Ausnahmefällen gewährt.⁴ Das KJSG hat insoweit eine „bedingte Klarstellung“ gebracht: Durch die Verwendung des Indikativs („Junge Volljährige erhalten“) ist § 41 Abs. 1 S. 1 SGB VIII zwar zu einer „Muss-Vorschrift“ geworden, die – bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen – die Rechtsfolge zwingend anordnet.⁵ Diese Klarstellung muss sich indes den Einwand entgegenhalten lassen, dass der Wortlaut hinsichtlich der Frage, ob jungen Menschen dadurch tatsächlich ein einklagbares subjektives Recht im Sinne eines Anspruchs verliehen wird, nicht gänzlich eindeutig ist. Der Gesetzgeber hätte hier – wie sonst im SGB VIII üblich – die Formulierung „hat Anspruch auf“⁶ verwenden können. Der in den Gesetzgebungsmaterialien recht eindeutig zum Ausdruck kommende Wille lässt sich vorliegend allerdings zusätzlich durch einen Verweis auf andere Bücher des Sozialgesetzbuches⁷ stützen, in denen klassische „Anspruchsgrundlagen“ mit der Formulierung bloßer Tatsachen („erhalten“) beschrieben werden.⁸

2. Gefährdungseinschätzung

Sowohl nach der geltenden Fassung von § 41 Abs. 1 SGB VIII, als auch nach der Vorgängernorm, basiert die Entscheidung des öffentlichen Trägers über die Gewährung der Hilfe für junge Volljährige auf einer Prognose darüber, wie sich der Heranwachsende künftig entwickelt. Gem. § 41 Abs. 1 S. 1 SGB VIII a.F. sollte einem jungen Volljährigen Hilfe für die Persönlichkeitsentwicklung und zu einer eigenverantwortlichen Lebensführung gewährt werden, wenn und solange diese aufgrund der individuellen Situation des jungen Menschen notwendig war. Voraussetzung war also eine sorgfältige Prognose hinsichtlich der Förderung der Entwicklung des jungen Menschen. Die Forderung, die Leistungsgewährung müsse eine gewisse

3 Wiesner/Wapler/Gallep SGB VIII § 41 Rn. 25.

4 Meysen/Lohse/Smessaert/Achterfeld, S. 171; jurisPK-SGB VIII/Feddeler § 41 Rn. 3.

5 So auch BT-Drs. 19/26107, 94.

6 Vgl. z.B. §§ 27 Abs. 1, 35a Abs. 1 S. 1, 24 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 SGB VIII.

7 Z.B. § 19 Abs. 1 SGB II.

8 Kritisch hierzu auch Wiesner/Wapler/Gallep SGB VIII § 41 Rn. 25.

Aussicht auf eine Verbesserung der Situation erwarten lassen⁹ führte dazu, dass sich Zweifel regelmäßig zu Lasten des Hilfeempfängers auswirkten und zu einer Beendigung der Hilfe führten. Diese Beurteilungsgrundlage hat sich durch die neue Formulierung in § 41 Abs. 1 S. 1 SGB VIII nunmehr grundlegend geändert.¹⁰ Nach der geltenden Fassung ist Hilfe für junge Volljährige zu gewähren, wenn und solange die Persönlichkeitsentwicklung eine selbstbestimmte, eigenverantwortliche und selbstständige Lebensführung nicht gewährleistet. Im Sinne einer „Gefährdungseinschätzung“¹¹ ist nunmehr entscheidend, ob eine Beendigung der Hilfe die Persönlichkeitsentwicklung des jungen Menschen gefährdet. Zweifel hinsichtlich der Prognoseentscheidung stehen einer Beendigung der Hilfe in diesem Fall gerade entgegen.¹² Zudem steht nicht mehr die Unterstützung zur Erreichung eines bestimmten Ziels im Vordergrund, vielmehr soll die Hilfestellung den Prozess der Verselbstständigung an sich unterstützen.¹³ Hierdurch wird zugleich ein Bezug zu § 1 Abs. 1 SGB VIII hergestellt, in welchem durch das KJSG der Aspekt der Selbstbestimmung als zusätzlicher Inhalt des Erziehungsanspruchs aufgenommen wurde.

3. Coming-back-Option

In § 41 Abs. 1 S. 3 SGB VIII wurde durch das KJSG die sog. Coming-back-Option ausdrücklich aufgenommen. Die Möglichkeit der erneuten Gewährung oder Fortsetzung einer Hilfe nach deren Beendigung bestand zwar auch bereits vor der Reform, jedoch wurde hiervon nur sehr restriktiv Gebrauch gemacht.¹⁴ Nunmehr ist klargestellt, dass eine erneute Gewährung oder Fortsetzung der Hilfe für junge Volljährige auch nach deren Beendigung und unabhängig von der Dauer der Unterbrechung möglich ist. Hinsichtlich der Prüfung der Hilfestellung ist grundsätzlich derselbe Maßstab anzuwenden, wie bei der erstmaligen Leistungsgewährung. Da ein Antrag auf Rückkehr in das Hilfesystem regelmäßig in den Fällen gestellt wird, in denen eine selbstbestimmte, eigenverantwortliche und selbststän-

9 So Wiesner/Schmid-Obkirchner, 5. Aufl., SGB VIII § 41 Rn. 23.

10 Vgl. dazu auch Overbeck JAmt 2021, 426.

11 BT-Drs. 19/26107, 94.

12 So auch Overbeck JAmt 2021, 426.

13 Diesen Ansatz betont auch Achterfeld, AFET-Impulse 16/2022, S. 1.

14 Wiesner/Wapler/Gallep SGB VIII § 41 Rn. 26b.

dige Lebensführung gerade nicht möglich ist, wird der Schwerpunkt nicht auf der Prognose hinsichtlich einer künftigen Gefährdung liegen, sondern auf der Beurteilung des status quo.¹⁵

Auf die nunmehr rechtssichere Ausgestaltung der Coming-back-Option ist seitens der Praxis mit einer Pflicht zur Vorhaltung von Plätzen für Rückkehrer und Vorhaltekosten in den Leistungs- und Entgeltvereinbarungen mit Trägern stationärer Einrichtungen zu reagieren.¹⁶

4. Verbindlichkeit der Übergangsplanung

Der Wechsel in ein anderes Sozialleistungssystem (z.B. SGB II, SGB XII) nach Beendigung der Kinder- und Jugendhilfe erfordert einen nahtlose Übergang, um insbesondere jungen Menschen, die vor ihrer Volljährigkeit bereits im Leistungsbezug des SGB VIII standen, die Unterstützung zuteilwerden zu lassen, die sie – angesichts möglicher bestehender Risiken wie z.B. Armut oder Wohnungslosigkeit – benötigen.¹⁷ Ziel des Gesetzgebers ist die Vermeidung von Leistungsbrüchen und die Sicherstellung einer bedarfsgerechten Leistung im Anschluss an einen Zuständigkeitsübergang.¹⁸ § 41 Abs. 3 SGB VIII sieht eine Prüfpflicht des Jugendamtes vor, inwiefern im Falle der Beendigung oder Nichtfortsetzung einer Hilfe ein anderer Sozialleistungsträger zuständig wird. In zeitlicher Hinsicht muss dies ab einem Jahr vor dem Beendigungszeitpunkt erfolgen, der im Hilfeplan vorgesehen ist. Die Prüfung ist ergebnisoffen, im Vordergrund steht lediglich die Frage, ob ggf. Leistungen anderer Sozialleistungsträger in Betracht kommen.¹⁹ Steht ein Zuständigkeitswechsel an, regelt der Verweis auf § 36a SGB VIII den Zuständigkeitsübergang.

Verantwortlich für die Übergangsplanung sowie die frühzeitige Einbindung anderer Sozialleistungsträger in die Hilfeplanung ist der Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Allerdings entscheidet dieser nicht über die konkrete Leistung, vielmehr obliegt dies den insoweit zuständigen Sozialleistungsträgern. Diese Form der verbindlichen Zusammenarbeit mit dem

15 So auch Overbeck JAmt 2021, 426 (429).

16 Vgl. hierzu Meysen/Lohse/Smessaert/Achterfeld, S. 173.

17 Ausführlich hierzu Meysen/Lohse/Smessaert/Achterfeld, S. 171, 175.

18 BT-Drs. 19/26107, 87 f.; zum Ganzen auch BeckOK SozR/Winkler SGB VIII § 41 Rn. 24 ff.; LPK-SGB VIII/Kunkel/Kepert/Dexheimer § 41 Rn. 26.

19 Wiesner/Wapler/Gallep SGB VIII § 41 Rn. 39.

öffentlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe ist neu, andere Sozialleistungsträger werden nicht ausdrücklich dazu verpflichtet. Insoweit ist es nicht verwunderlich, dass in der Praxis hierzu noch nicht alle Fragen abschließend geklärt sind. Zur Sicherstellung einer verlässlichen Mitwirkung anderer Sozialleistungsträger bedarf es verbindlicher Absprachen, guter Kooperation und Konzepte, sowie die Sicherstellung der Beteiligung junger Menschen.²⁰ Rechtssicher lässt sich ein rechtskreisübergreifendes Zusammenwirken der verschiedenen Akteure wohl ohnehin nur durch ausdrückliche Verpflichtungen in den entsprechenden Sozialgesetzbüchern sicherstellen.²¹

III. Anspruch auf Nachbetreuung (§ 41a SGB VIII)

In § 41a Abs. 2 SGB VIII wird schließlich der sog. Nachbetreuungsanspruch konkretisiert, der zwar bereits in § 41 Abs. 3 SGB VIII a.F. enthalten war, nun jedoch neu strukturiert, erweitert und verbindlich geregelt wurde. Junge Menschen werden ihrem Bedarf entsprechend innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach Beendigung der Hilfe unterstützt und beraten. Der Nachbetreuungsanspruch setzt voraus, dass zuvor eine Hilfe nach § 41 SGB VIII bezogen wurde.²² Dies folgt einerseits aus dem Wortlaut des § 41a Abs. 1 SGB VIII, der von „Beendigung der Hilfe“ spricht, sowie aus der systematischen Stellung der Norm im Unterabschnitt „Hilfe für junge Volljährige“. §§ 41, 41a SGB VIII bilden insoweit eine Einheit. Inhaltlich ist von § 41a SGB VIII – nach dem Willen des Gesetzgebers – sowohl die Unterstützung bei praktischen Lebensfragen (z.B. Abschluss eines Miet- oder Arbeitsvertrags), als auch die persönliche Beratung und Unterstützung in allgemeinen Lebensfragen erfasst, die insbesondere von bereits vertrauten Ansprechpartnern geleistet werden soll.²³ Durch die Aufnahme in den Katalog der Leistungen in § 2 Abs. 2 Nr. 6 SGB VIII ist nun klargestellt, dass die Nachbetreuung auch von Trägern der freien Jugendhilfe (§ 3 Abs. 2 S. 1 SGB VIII) erbracht werden kann. Gemäß § 41a Abs. 2 SGB VIII soll im Rahmen des Hilfeplans bereits vor Beendigung der Hilfe der angemessene

20 Zum Ganzen Meysen/Lohse/Smessaert/Achterfeld, S. 176.

21 So auch jurisPK-SGB VIII/Feddeler § 41 Rn. 5.

22 So die h. M., vgl. BeckOK SozR/Winkler SGB VIII § 41a Rn. 2; Wiesner/Wapler/Gallep SGB VIII § 41a Rn. 9.

23 BT-Drs. 19/26107, 94 ff.

Zeitraum und der notwendige Umfang des Nachbetreuungsbedarfs festgestellt werden. Dies soll regelmäßig überprüft werden, wobei auch Kontakt zu den jungen Menschen aufgenommen werden soll. Auch die Formulierung des § 41a Abs. 1 SGB VIII hat der Gesetzgeber nicht konkret als Anspruch ausgestaltet. Aus der Formulierung „werden“ sowie den aufgezeigten Parallelen zur Formulierung in § 41 SGB VIII ist jedoch zu folgern, dass es sich um einen individuellen Rechtsanspruch junger Menschen handelt.²⁴

In der Praxis ist die Neuregelung auf Kritik gestoßen. Die Tatbestandsvoraussetzungen seien zu unbestimmt, insgesamt sei die Regelung „zu konturlos ausgestaltet“.²⁵ Es obliege der Praxis, unbestimmte Rechtsbegriffe wie „angemessener Zeitraum“ und „notwendiger Umfang“ „mit Fachlichkeit und Leben“ zu füllen.²⁶ Die Angemessenheit in zeitlicher Hinsicht ist sicherlich abhängig vom individuellen Bedarf. Als „Obergrenze“ kommt hierbei ein Rückgriff auf § 7 Abs. 3 Nr. 2 SGB II in Betracht, der an die Vollendung des 25. Lebensjahres anknüpft, bzw. an die Definition in § 7 Nr. 3, Nr. 4 SGB VIII, wonach als junger Volljähriger bzw. junger Menschen gilt, wer noch nicht 27 Jahre alt ist. Offen ist aber auch, was unter „regelmäßig“ i.S.v. § 41a Abs. 2 S. 1 SGB VIII zu verstehen ist. Da durch die Neuregelung des § 41a SGB VIII insgesamt ein neues Aufgabenfeld für die Mitarbeitenden im Jugendamt entstanden ist besteht die Gefahr, dass Personalengpässe und Fachkräftemangel den Anspruch weitestgehend ins Leere laufen lassen.²⁷

IV. Neuregelung der Kostenbeteiligung

Auch hinsichtlich der Kostenbeteiligung hat das KJSG einige Änderungen gebracht, die zu Gunsten junger Volljähriger wirken. Die Absenkung bzw. der Verzicht auf die Kostenheranziehung soll junge Volljährige motivieren, eine Tätigkeit aufzunehmen und die Möglichkeit schaffen, für das Leben nach dem Bezug von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe zu sparen.²⁸ So wurde durch das KJSG § 92 Abs. 1a SGB VIII die Kostenheranziehung aus Vermögen abgeschafft, wobei eine Ausnahme für junge Menschen,

24 So auch Wiesner/Wapler/Gallep SGB VIII § 41a Rn. 8.

25 LPK-SGB VIII/Kepert § 41a Rn. 1.

26 Meysen/Lohse/Smessaert/Achterfeld, S. 179.

27 JurisPK-SGB VIII/Feddeler § 41a Rn. 3.

28 Meysen/Lohse/Smessaert/Achterfeld, S. 183.

die in einer gemeinsamen Wohnform i.S.v. § 19 SGB VIII betreut werden (Eltern-Kind-Einrichtung) zunächst bestehen blieb. In § 94 Abs. 3 S. 4 SGB VIII wurde durch das KJSG klargestellt, dass auch ein Kostenbeitrag in Höhe des Kindergelds von denjenigen jungen Menschen gefordert werden kann, die dieses selbst beziehen, z.B. Vollwaisen oder unbegleitete minderjährige Geflüchtete.²⁹ Zuletzt wurde durch das KJSG in § 94 Abs. 6 SGB VIII die Kostenheranziehung auf höchstens 25 % – statt vormals 75 % – des aktuellen Einkommens reduziert.³⁰ Einkommen aus Schülerjobs oder Praktika (Nr. 1) oder Ausbildungsvergütung (Nr. 4) jeweils bis zu einer Höhe von 150 EUR sowie das Einkommen aus Ferienjobs (Nr. 2) oder aus einer ehrenamtlichen Tätigkeit (Nr. 3) blieben unberücksichtigt.

Hinsichtlich der Kostenbeteiligung hat das Gesetz zur Abschaffung der Kostenheranziehung von jungen Menschen in der Kinder- und Jugendhilfe, welches zum 1.1.2023 in Kraft getreten ist, weitere Änderungen zu Gunsten junger Menschen gebracht. Durch eine neuerliche Anpassung von § 92 SGB VIII sieht der Gesetzgeber nunmehr auch von der einkommensabhängigen Kostenheranziehung von jungen Menschen und Leistungsberechtigten nach § 19 SGB VIII ab und hebt den Tatbestand der Kostenheranziehung von Ehegatten und Lebenspartnern auf. Für junge Menschen in stationärer Unterbringung, Leistungsberechtigte nach § 19 SGB VIII sowie Ehegatten und Lebenspartner besteht nun die Möglichkeit, vollständig über ein selbst erzieltetes Einkommen verfügen zu können. Zudem legt § 94 Abs. 3 S. 5 SGB VIII die Rangfolge der Heranziehung des Kindergeldes gegenüber dem Kostenbeitrag der Elternteile fest: Vorrang hat die Heranziehung des Kindergeldes beim jungen Menschen, erst danach sind die Elternteile mit einem Kostenbeitrag heranzuziehen.

Von den aktuellen Änderungen profitieren durch eine Anpassung in § 93 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 und 2 SGB VIII auch junge Menschen, die eine Berufsausbildungsbeihilfe oder ein Ausbildungsgeld nach SGB III erhalten. Die monatlichen Leistungen gem. § 56 SGB III (Berufsausbildungsbeihilfe) werden bis zu einer Höhe des in § 61 Abs. 2 S. 1 und § 62 Abs. 3 S. 1 SGB III für sonstige Bedürfnisse genannten Betrages (aktuell 109 Euro) und monatliche Leistungen nach § 122 SGB III (Ausbildungsgeld) bis zu einer Höhe des

29 Dies gilt auch im Falle einer Abzweigung des Kindergelds gem. § 74 Abs. 1 EstG, vgl. dazu DIJuF JAmt 2023, 121.

30 Zur Berechnung des Freibetrages vgl. einerseits BeckOK SozR/Winkler SGB VIII § 94 Rn. 26c, der die Anwendung von § 93 Abs. 2 SGB VIII bejaht; offen gelassen in LPK-SGB VIII/Böcherer § 94 Rn. 26.

in §§ 123 S. 1 Nr. 2, 124 Nr. 2, 125 SGB III genannten Betrages (aktuell 126 Euro) ebenfalls nicht herangezogen.

V. Bestehende Herausforderungen

Angesichts der weitreichenden Änderungen erscheint es unverzichtbar, die nunmehr geltende Rechtslage stets aufs Neue ins Bewusstsein, insbesondere auch derjenigen zu bringen, deren Rechtsstellung dadurch verbessert werden soll, die jungen Menschen und ihre Familien.³¹ Der Gesetzgeber hat dies ebenfalls aufgegriffen, indem das KJSG den Aspekt der Beratung in unterschiedlicher Hinsicht stärkt bzw. noch weiter stärken wird. Auf drei neue Regelungen ist abschließend einzugehen.

1. Beratung gem. § 10a SGB VIII

Zunächst normiert § 10a SGB VIII nun eine Beratungspflicht³², wobei sich die Beratung nicht nur auf den Zugang zum Leistungssystem der Kinder- und Jugendhilfe bezieht, sondern darüber hinaus auch auf Leistungen von anderen Trägern, wie z.B. die Eingliederungshilfe und Leistungen der gesetzlichen Kranken- oder Pflegeversicherung. Die Norm stellt eine Konkretisierung der allgemeinen sozialrechtlichen Beratungs-, Auskunft- und Unterstützungspflichten nach §§ 14 ff. SGB I dar und verleiht § 10a SGB VIII eine „jugendhilfespezifische Prägung“.³³

2. Ombudsstellen (§ 9a SGB VIII)

Darüber hinaus wurde durch das KJSG in § 9a SGB VIII eine Regelung zu Ombudsstellen verankert. Ombudschafliche Tätigkeit ist dadurch zwar gesetzlich neu verankert, jedoch werden in der Praxis bereits seit 2002 om-

31 Den Aspekt der Information betont auch Seyboldt JAmt 2022, 394 (395).

32 Offenlassend, ob Anspruch oder nur objektiv-rechtliche Verpflichtung Wiesner/Wapler/Wiesner SGB VIII § 10a Rn. 7; einen Anspruch ablehnend BeckOK SozR/Winkler SGB VIII § 10a Rn. 6.

33 Hahn JAmt 2022, 371.

budshaftliche Strukturen entwickelt und erprobt.³⁴ Von der Normierung einer verlässlichen Regelfinanzierung hat der Gesetzgeber jedoch abgesehen. Insoweit bleibt abzuwarten, inwiefern die Ombudsstellen, für deren Ausstattung die Länder zuständig sind, mit den notwendigen finanziellen Mitteln ausgestattet werden, um ihre Arbeit wirkungsvoll leisten zu können und ohne durch mangelnde ökonomische Ressourcen in ihrem Aufgabebereich beschränkt zu werden.³⁵ Aktuell sind die meisten Bundesländer noch mit der Entwicklung landesrechtlicher Regelungen befasst.³⁶

3. Ausblick: Verfahrenslotse (§ 10b SGB VIII)

Zuletzt wird hinsichtlich der besonderen Bedarfslage von Kindern- und Jugendlichen mit (drohender) Behinderung die Einführung eines Verfahrenslotsen gem. § 10b SGB VIII zum 1.1.2024 zu einem Anspruch auf Unterstützung und Begleitung führen. Junge Menschen, die Leistungen der Eingliederungshilfe wegen einer (drohenden) Behinderung beantragen oder bei denen solche Leistungsansprüche in Betracht kommen, sowie ihre Mütter, Väter, Personensorge- und Erziehungsberechtigten haben bei der Antragstellung, Verfolgung und Wahrnehmung dieser Leistungen Anspruch auf Unterstützung und Begleitung durch einen Verfahrenslotsen. Dieser soll die Leistungsberechtigten bei der Verwirklichung von Ansprüchen auf Leistungen der Eingliederungshilfe unabhängig unterstützen sowie auf die Inanspruchnahme von Rechten hinwirken. Erbracht wird diese Leistung durch den örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe.

VI. Fazit

Dass nicht erst die Umsetzung der sog. Großen Lösung⁶, also der inklusiven Kinder- und Jugendhilfe ein gesteigertes Maß an Kommunikation zwischen den Sozialleistungsträgern erforderlich machen wird, sondern der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zur Zusammenarbeit bei Zuständigkeitsüber-

34 Vgl. hierzu die Homepage des Bundesnetzwerks Ombudschaft unter <https://ombudschaft-jugendhilfe.de/> (letzter Abruf 13.9.2023); sowie die jüngst erschienene Publikation Len u.a.

35 JurisPK-SGB VIII/Langreder § 9a Rn. 10.

36 Zum aktuellen Stand vgl. Len/Manzel/Urban-Stahl JAmt 2023, 52; Raabe, JAmt 2022, 421.

gang verpflichtet ist, ist Konsequenz der durch das KJSG angepassten Vorschriften der § 41 Abs. 3 i.V.m. § 36b SGB VIII. Hier bedarf es dringend einer gesetzlichen Klarstellung, die auch andere Sozialleistungsträger zur Zusammenarbeit verpflichtet und die Verantwortung für eine gelingende Übergangsplanung nicht allein bei den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe belässt. Die allgemeine Verpflichtung zur Zusammenarbeit der Sozialleistungsträger gem. § 86 SGB X macht die Normierung eines echten Kooperationsgebots nicht entbehrlich.³⁷

Um auch jetzt bereits der geltenden Rechtslage Genüge zu tun und die Rechte junger Menschen und ihrer Familien optimal Geltung zu verschaffen, bedarf es qualifizierter Fachkräfte, die neben der Expertise zum Leistungssystem des SGB VIII auch über vertiefte Kenntnisse zu angrenzenden Leistungssystemen anderer Sozialleistungsträger verfügen.³⁸ Dies ist angesichts neu entstehender Tätigkeitsfelder und Berufsbilder wie z.B. des Verfahrenslotsen dringend notwendig. Insofern müssen insbesondere auch die Hochschulen für angewandte Wissenschaften die sich verändernden Profile im Bereich der Sozialen Arbeit reagieren und die Erfordernisse in der Praxis genau reflektieren.

Literatur

- Achterfeld, Susanne: Junge Volljährige – Übergangsplanung und Nachbetreuung gut gestalten!, in: Impulse aus dem AFET- Bundesverband für Erziehungshilfe e.V. 16/2022, online verfügbar unter <https://afet-ev.de/themenplattform/impul-se> (letzter Abruf 13.9.2023)
- DIJuF (Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V.): Kostenheranziehung bei Abzweigung des Kindergelds an den jungen Menschen selbst, DIJuF-Rechtsgutachten 9.2.2023 – SN_2022_1657 Kr., JAmt 2023, 121 f.
- Hahn, Erik: Die neue Beratungspflicht über „die Leistungen anderer Leistungsträger“ nach § 10a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VIII, JAmt 2022, 371 ff.
- Hartmeyer, Elisabeth: Das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – Überblick zur Reform des SGB VIII, Teil 1, ZAT 2021, 194 ff.; Teil 2, ZAT 2022, 25 ff. und Teil 3, ZAT 2022, 61 ff.
- Kühl, Martin/Stöltzing, Carsten: Die Zusammenführung der Eingliederungshilfe für alle Kinder und Jugendlichen – Bestandsaufnahme und Folgerungen, NZS 2023, 241 ff.
- Kunkel, Peter-Christian/Kepert, Jan/Pattar, Andreas Kurt (Hrsg.): Sozialgesetzbuch VIII. Kinder- und Jugendhilfe. Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit.: LPK-SGB VIII/Bearbeiter)

37 Zum Ganzen auch Achterfeld AFET-Impulse 16/2022, S. 3.

38 So auch LPK-SGB VIII/Berneiser § 36b Rn. 4.

- Len, Andrea/Manzel, Melissa/Tomaschowski, Lydia/Redmann, Björn/Schruth, Peter (Hrsg.): Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe. Grundlagen – Praxis – Recht, Weinheim u.a. 2022
- Len, Andrea/Manzel, Melissa/Urban-Stahl, Ulrike: Ombudschaffliche Beratung im Spiegel der Statistik, JAmt 2023, 46 ff.
- Lohse, Katharina: Stärkung per Gesetz. Wie das KJSG auch mit Instrumenten der Rechtssetzung Kinder und Jugendliche stärkt, JAmt 2022, 357 ff.
- Meysen, Thomas/Lohse, Katharina/Schönecker, Lydia/Smessaert, Angela (Hrsg.): Das neue Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG, Baden-Baden 2022 (zit.: Meysen/Lohse/Smessaert/Bearbeiter)
- Möller, Winfried (Hrsg.): Praxiskommentar SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe, 3. Aufl., Köln 2023 (zit.: jurisPK-SGB VIII/Bearbeiter)
- Overbeck, Melanie: Die Hilfe für junge Volljährige nach der SGB VIII-Reform, JAmt 2021, 426 ff.
- Raabe, Benjamin: Ombudschaft in der Jugendhilfe; JAmt 2022, 418 ff.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.): BeckOK Sozialrecht, 68. Ed., München 2023 (zit.: BeckOK SozR/Bearbeiter)
- Schmidt, Christopher: Das neue Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – Wenig Licht und viel Schatten, NJW 2021, 1992 ff.
- Seyboldt, Ruth: Die zarten Pflänzchen brauchen intensive Pflege. Blitzlichter auf die Umsetzung des KJSG aus der Perspektive des Careleaver e. V., JAmt 2022, 394 ff.
- Wiesner, Reinhard (Hrsg.): SGB VIII, 5. Aufl., München 2015 (zit.: Wiesner/Bearbeiter, 5. Aufl., SGB VIII)
- Ders.: Vom Reichsjugendwohlfahrtsgesetz (RJWG) zum Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG). Das Kinder- und Jugendhilferecht wird 100 Jahre, JAmt 2022, 350 ff.
- Ders./Wapler, Friederike (Hrsg.): SGB VIII. 6. Aufl., München 2022 (zit.: Wiesner/Wapler/Bearbeiter SGB VIII)

Eltern-Kind-Entfremdung als Kindeswohlgefährdung: Ursachen, Folgen, Auswege

Dr. Jorge Guerra González

Eine kürzlich veröffentlichte psychologische Studie des Verfassers belegt einen signifikanten negativen Einfluss der Eltern-Kind-Entfremdung auf das Wohl der betroffenen Kinder im Erwachsenenalter, der als Kindeswohlgefährdung bewertet werden muss. Maßstab sind dabei Lebenszufriedenheit, sowie psychische und physische Gesundheit. Betroffen sind jährlich Tausende von Minderjährigen allein in Deutschland – aber auch deren Angehörige. Gleichzeitig ist die Eltern-Kind-Entfremdung eine der letzten Formen des Kindesmissbrauchs, die weitgehend folgenlos ist.

Inhalt

I.	Einführung	24
	1. Umgangsvereitelungen in Deutschland	26
	2. Eltern-Kind-Entfremdung und Kindeswohl	26
II.	Eltern-Kind-Entfremdung als Kindeswohlgefährdung	28
	1. Rechtsprechung des EGMR	29
	2. Nationales Recht	29
	a) Rechtsgrundlage des staatlichen Wächteramts in § 1666 BGB	30
	b) Anwendung	31
III.	Studie des Verfassers	34
	1. Ergebnisse	35
	2. Schlussfolgerungen	37
IV.	Handlungsansätze	38
	1. Anknüpfungspunkte	38
	a) Bedingungen	39
	b) Motivationslagen	39
	c) Methoden der Entfremdung	41
	2. Prävention	42
	a) Konsensuale Modelle	43
	b) Mediation	43
	c) Etablierung des Wechselmodells	44
	d) Abschaffung des Alles-oder-nichts-Prinzips im Unterhaltsrecht	45
	e) Schutz von Kindeswille und Kindeswohl vor Instrumentalisierung	45
	f) Umgang mit Konflikten vorwegnehmen	48
	g) Förderung von Forschung und Berücksichtigung der Forschungsergebnisse	48
	h) Fortbildung von Fachkräften	48
	3. Einwirkende Maßnahmen	49
	a) Sorgerechtsingriffe und Umgangsbeschränkungen	49
	b) Umgangspflegschaften	51
	c) Best practices im Kontext gerichtlicher Verfahren	52

4. Nachwirkende Maßnahmen	53
a) Sanktionen	54
b) Schadenbeseitigung: Therapien	55
V. Weiterer Forschungsbedarf	56
1. Entstehung, Entwicklung und Folgen der Eltern-Kind-Entfremdung	56
2. Intergenerationaler Effekt	57
3. Rolle des Familienhelfersystems	58
4. Elternkonflikt	58
VI. Fazit	59

Kinder müssen mit den großen Leuten
viel Nachsicht haben¹

I. Einführung

In Deutschland verunglückten 2021 etwa 20.000 Kinder bei Verkehrsunfällen.² Etwa ebenso viele erkrankten an Windpocken, viel weniger an Masern oder Mumps und gar keins an Poliomyelitis.³ Etwa 20.000 Kinder und Jugendliche waren in jenem Jahr in psychologischer Behandlung.⁴ Hinter diesen Zahlen verstecken sich individuelle Leidensgeschichten. Dementsprechend werden Maßnahmen getroffen, um diese Leiden zu minimieren.

Tatsächlich gehen die Opferzahlen zurück – außer vielleicht bei psychischen Erkrankungen, bei denen keine eindeutige Entwicklung erkennbar ist.⁵ Immerhin ist ein gesellschaftliches Bewusstsein über diese Phänomene vorhanden, und damit einhergehend der allgemeine Wunsch, dass sie möglichst begrenzt werden.

Anders ist es bei der Eltern-Kind-Entfremdung (EKE), also Situationen, in denen es zu einem intendierten, aber ungerechtfertigten Bindungsabbruch von Kindern zu engen Bezugspersonen (i.d.R. Vater oder Mutter) gekommen ist. Kinder, die Schutz, Zuwendung oder Bindung zu ihrem Wohl, aber auch zu einer gesunden Persönlichkeitsentwicklung erhalten sollten, werden einem Elternkonflikt ausgeliefert, gar vordergründig in ihn

1 Antoine de Saint-Exupéry: “Les enfants doivent être indulgents envers les grandes personnes.”

2 Destatis, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1634/umfrage/verkehrsunaefalle-mit-kindern/> (letzter Abruf: 30.8.2023).

3 Robert Koch-Institut/Destatis, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/443476/umfrage/anzahl-registrierter-faele-ausgewaehlter-kinderkrankheiten-in-deutschland/#statisticContainer> (letzter Abruf: 30.8.2023).

4 Deutsches Ärzteblatt PP 6/2021, S. 246.

5 Gbe-Bund.de/Destatis, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/182868/umfrage/behandlungen-aufgrund-psychischer-und-verhaltensstoerungen-seit-2000/> (letzter Abruf: 30.8.2023).

involviert. Der Empfang von Herzlichkeit durch die zwei Säulen ihres kindlichen Lebens, die beiden Eltern, wird dadurch stark beeinträchtigt.

Es ist nicht zu verstehen, warum diese Anomalie mit einer ähnlichen Inzidenz⁶ kaum als Kindesmissbrauch ins Bewusstsein eingedrungen ist, umso weniger, als durch ein solches Bewusstsein Gegenmaßnahmen erleichtert würden.

Der Grund scheint weniger sachlich als theoretisch/politisch zu sein.⁷ Für eine objektive Auseinandersetzung mit einem Thema ist dies dennoch ungünstig, denn man kann viel Zeit und Energie in Diskussionen verbrauchen, die kein eindeutiges Ergebnis bringen werden. Ein Vorankommen, bis man eine gemeinsame Verständigungsbasis gefunden hat, wird somit erschwert.

Dabei ist das wissenschaftliche Interesse an der EKE zumindest international in den letzten Jahren gestiegen.⁸ Das ist verständlich, da es bei der EKE um das Wohlbefinden Minderjähriger geht, für die wir als Gesellschaft (mit-)verantwortlich sind. Insofern ist jeder Tag, um den wir die Auseinandersetzung verkürzen können, für ein Gewinn. Denn nach dem Erreichen einer Verständigungsbasis wird es möglich sein, Genaueres über die konkreten Dimensionen der EKE zu wissen, oder über deren Konsequenzen, Motive oder Dynamik zu erfahren. Erst dann kann man eine gezielte Forschung betreiben, damit Reaktion und Prävention gegen dieses Phänomen wirksam implementiert werden können.

Mit dem vorliegenden Aufsatz versucht der Verfasser, sich auf belastbare Fakten zu stützen. Allerdings soll auch das Erfahrungswissen nicht ausgeblendet werden, das der Verfasser als Verfahrensbeistand und als Umgangspfleger erworben hat – auch wenn dieses derzeit mangels Forschung oder

6 Es ist nicht möglich, sich auf eine Inzidenzzahl zu verständigen. Die Rede ist von 10.000 bis 50.000 Kindern, die jährlich in Deutschland betroffen sein sollen, vgl. dazu Guerra, S. 14 ff.

7 Paradigmatisch könnte man das Spannungsfeld, dass sich auch in der Wissenschaftswelt abspielt, durch eine Debatte teilweise abbilden, die kürzlich in der ZKJ ausgetragen wurde (s. einerseits Baumann/Michel-Biegel/Rücker ZKJ 2022, 244 ff. u. 292 ff., andererseits Zimmermann/Fichtner/Walter et al. ZKJ 2023, 43 ff. u. 83 ff.).

8 Dabei in renommierten Zeitschriften wie bspw. Miralles et al. *Current Psychology* 2021; Bernet *American Journal of Family Therapy* 51 (2023), 334 ff.; Bernet et al. *Journal of forensic sciences* 65 (2020), 1225 ff.; Marques et al. *Children and Youth Services Review* 119 (2020); Kouloulis et al. 2020; Haines et al. (2019); Templer et al. *Journal of Family Therapy* 39 (2017), 103 ff.; Sher *International journal of adolescent medicine and health* 29 (2017), 83 ff.; Bernet/Baker *The journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 41 (2013), 98 ff.; Bernet et al. *The American Journal of Family Therapy* 38 (2010), 76 ff.

weiterführender Literatur, nicht weiter kontrastiert werden kann. Diejenigen, die in der Praxis mit hochstrittigen Eltern zu tun haben, werden das entsprechende Erfahrungswissen teilen.

1. Umgangsvereitelungen in Deutschland

Dass Umgangsvereitelungen und das Phänomen der EKE in der Praxis eine Rolle spielen, war ausschlaggebend dafür, dass der Gesetzgeber m.W.v. 1.9.2009 die in § 1684 Abs. 3 S. 3 bis 6 enthaltenen Regelungen zur Umgangspflegschaft eingeführt hat,⁹ nachdem diese zuvor von der obergerichtlichen Rechtsprechung geschaffen wurde.¹⁰ Dort hatte man beobachtet, dass immer wieder Umgangsbeschlüsse missachtet wurden.

Indirekt belegt die Schaffung dieser Institution, die bundesweit ausgeübt und von Familiengerichten tagtäglich angeordnet wird – zur Pflege der Elternbindung sozusagen –, dass Macht und Verantwortung zumindest in Umgangssachen nicht immer zusammengehören. Also: dass es unrealistisch wäre, stets von einer verantwortungsvollen Ausübung der elterlichen Sorge in dem Bereich auszugehen; dass es in den Fällen notwendig ist, Korrekturen zum Wohle der Kinder vorzunehmen.

2. Eltern-Kind-Entfremdung und Kindeswohl

Die Erfahrung des Verfassers, aber auch dessen bereits o.g. Studie¹¹ belegen, dass die EKE ein vielfältiges Phänomen ist. Für Erklärungszwecke wird dennoch vereinfacht das Beispiel einer Familie genommen, bei dem die gemeinsamen Kinder überwiegend mit einem Elternteil leben. Dieser Elternteil hat deswegen mehr Macht über die Kinder als der andere. Bei der EKE würde er seine Position über dessen Kinder nutzen, um stabile Bindungen zwischen ihnen und dem anderen Elternteil zu verhindern.

Diese Verhinderung kann in zwei Formen vorkommen: indem er den Kontakt mit dem nicht im Haushalt lebenden Elternteil bewusst unterbin-

9 Durch das FGG-Reformgesetz (FGG-RG) v. 17.12.2008 (BGBl. I S. 2586).

10 Seinerzeit als Ergänzungspflegschaft gem. § 1909 BGB, vgl. dazu und zur Anordnung sog. Verfahrenspflegschaften OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2005, 3605 (3606 f.) u. NJW-RR 2009, 4 (4 ff.); OLG Rostock NJW 2007, 231 (231 ff.). Das BVerfG hat ein solches Vorgehen ausdrücklich gebilligt, vgl. BVerfG NJW-RR 2006, 1 (1 f.).

11 Guerra, S. 130 ff.

det (eher bei Kleinkindern) oder indem versucht wird, auf den Willen der Kinder, mit dem Zweck eines Kontaktabbruchs, Einfluss zu nehmen (eher bei älteren Kindern). Der Sache nach ist ein solcher intendierter Bindungsabbruch in den betreffenden Fällen *ungerechtfertigt*. Es besteht objektiv kein Grund dafür – d.h. keine Gewalt, Krankheit oder Unfähigkeit –, die belegen würde, dass der Umgang eine Gefährdung für das Kindeswohl bedeuten könnte.

Zum Bindungsabbruch können Kinder zusätzlich anderen Risiken ausgesetzt werden: So können sie massiv in den Elternkonflikt involviert werden. Nach den Ergebnissen der Studie kommt dies bei sog. „Entfremdungskindern“ häufiger als in allen anderen Fällen vor.¹² Dazu können sie schließlich heftigen Loyalitätskonflikten ausgesetzt, gar parentifiziert werden, etc.

Erschwerend kommt hinzu, dass diese „Entfremdungskinder“ laut der Studie mit Abstand diejenigen sind, die am wenigsten Zuwendung, Bindung, Konfliktschutz oder emotionalen Rückhalt in der Kindheit erlebt haben.¹³ Es dürfte insofern psychologisch-fachlich alles andere als kompliziert sein, die Erfahrung für die betroffenen Kinder (und für die Menschen um sie) mit „Leiden“ zu verbinden und die EKE als Kindeswohlgefährdung zu bezeichnen.

Dabei sind durchaus Fälle denkbar, in denen ein Abbruch der Bindung eines Kindes zu engen Bezugspersonen zum Wohl des Kindes *gerechtfertigt* sein kann. So sieht § 1684 Abs. 4 BGB vor, dass das Familiengericht das Umgangsrecht einschränken oder ausschließen kann. Voraussetzung einer Einschränkung für längere Zeit oder auf Dauer ist freilich nicht nur, dass andernfalls das Kindeswohl gefährdet wäre, sondern vor dem Hintergrund der betroffenen Grundrechte von Eltern und Kind (insb. Art. 6 Abs. 2 GG) die strikte Beachtung des Verhältnismäßigkeitsansatzes. So müsste der bei Durchführung des Umgangs zu erwartende Schaden größer sein, als derjenige, der infolge des Bindungsabbruchs zu erwarten wäre. Außerdem dürfen keine milderer Mittel zu Gebote stehen, etwa öffentliche Hilfen.

Soweit die Theorie. Das Problem ist dennoch, diese Theorie in die Praxis umzusetzen. Also: dass die Fachleute einschätzen können, ob infolge des Umgangs unter Berücksichtigung des Kindeswillens („*Ich möchte keinen Kontakt mehr zu Papa/Mama*“) eine Kindeswohlgefährdung zu erwarten

12 Guerra, S. 48 ff; 135 ff.

13 Guerra, S. 133 ff. und passim. Bezüglich des Schadens auf die Lebenszufriedenheit und auf die Gesundheit (sowohl psychisch als auch physisch) s. Guerra, S. 49 ff.

wäre – oder umgekehrt eine EKE, die ihrerseits das Wohl des Kindes gefährden könnte. Dabei ist der Unterschied absolut wesentlich: Im ersten Fall würde man den Kindern Respekt erweisen oder Schutz gewähren; im zweiten dennoch deren Instrumentalisierung oder Manipulation gutschprechen. Eine doppelte Manipulation sogar: unmittelbar die des Kindes, mittelbar (infolge der Berücksichtigung des Kindeswillens) die des Gerichts. Dabei kann die letztere das eigentliche Ziel manipulativer Eltern sein. Denn damit würde der neue Status quo einen angestrebten Schein von „Legitimität“ erreichen.

Es würde den Rahmen sprengen alle Kriterien darzustellen, anhand derer die genannten Konstellationen voneinander abzugrenzen sind. Vielmehr soll im Folgenden, dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 1684 Abs. 1, 4 BGB und der Praxis folgend, von einer ungerechtfertigten EKE ausgegangen werden. Diese soll als Kindeswohlgefährdung eingeordnet und Strategien aufgezeigt werden, wie der Gefährdung zu begegnen ist.

Schließlich bezweckt der vorliegende Aufsatz ausdrücklich, Prävention zu betreiben, sodass Eingriffe in das Umgangsrecht möglichst *nicht* stattfinden müssen. Dass grundrechtseinschränkende Interventionen nur als *ultima Ratio* angeordnet werden dürfen, sodass möglichst beide Eltern den Kindern erhalten bleiben – selbst nach einer EKE. Denn wenn eine EKE als Kindeswohlgefährdung zu qualifizieren ist, kann diese nur dadurch abgewendet werden, dass der Kontakt zwischen Eltern und Kind wieder aufgenommen wird

II. Eltern-Kind-Entfremdung als Kindeswohlgefährdung

Nach der Rechtsprechung des BVerfG haben Kinder korrespondierend mit der elterlichen Verantwortung ein Recht auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, das im Recht des Kindes auf Umgang mit jedem Elternteil in § 1684 Abs. 1 BGB eine Konkretisierung durch den Gesetzgeber gefunden hat.¹⁴ Dabei ist Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG als wertentscheidende Grundsatznorm im gesamten Bereich des Familienrechts einschließlich des staatlichen Wächteramts bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe zu berücksichtigen.¹⁵ Vor diesem Hintergrund muss jede Handlung eines Elternteils, welche die Bindung eines Kindes zum anderen Elternteil

14 BVerfG NJW 2008, 1287 (1287).

15 BeckOK GG/Uhle GG Art. 6 Rn. 50 m.w.N.

vorsätzlich und ungerechtfertigt abzuschneiden versucht, als Gefährdung des geistigen bzw. seelischen Wohls des Kindes bewertet werden, umso mehr, wenn die Kinder zu dieser kindeswohlwidrigen Ablehnung des abwesenden Elternteils instrumentalisiert wurden. Denn in solchen Fällen ist die Belastung der Kinder noch größer.

1. Rechtsprechung des EGMR

Auch der EGMR geht bei der EKE von einer Kindeswohlgefährdung aus.¹⁶ Bei der Feststellung aber bleibt der EGMR nicht: Er begründet die Pflicht des Staates, EKE zu verhindern. Eine Entfremdung – *alienation* – gilt für den EGMR als ein „*emotionalen Missbrauch*“ der Kinder. Dieser verletzt die sich aus Art. 8 EMRK ergebenden Rechte.

Aus dieser Vorschrift leitet der EGMR neben dem Schutz vor unverhältnismäßigen Interventionen eine *positive staatliche Pflicht* ab, das Familienleben *aktiv* zu schützen. Demnach ist der Staat verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, um die EKE zu verhindern.¹⁷ So verurteilte der EGMR die Republik Moldau aufgrund dessen, dass diese den Entfremdungsprozess zwischen einer Mutter und deren Kinder, die vom Vater zielgerichtet manipuliert wurden, nicht verhindert hat.¹⁸

2. Nationales Recht

Seit ihrer Ratifikation ist die EMRK seit 1953 in Deutschland geltendes Recht. Sie bindet alle staatlichen Organe.¹⁹ Innerhalb der Rechtsordnung hat sie den Rang eines einfachen Bundesgesetzes.²⁰ Ähnliche Wertungen können aber auch aus verfassungsrechtlichen Wertungen, insbesondere aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitet werden.

16 EGMR BeckRS 2019, 46858.

17 EGMR BeckRS BeckRS 2019, 46858; vgl. auch Sünderhauf-Kravets/Widrig sui generis 2020, 491 ff.

18 Bereits 2016 verurteilte der EGMR die Bundesrepublik Deutschland in einem ähnlichen Fall mit einer vergleichbaren Begründung (NJW 2017, 3699). Der EGMR vermied dort jedoch die Verwendung von Begriffen wie *Parental Alienation* oder *Emotional Abuse*.

19 BVerfG NJW 2004, 3407 (3408 ff.).

20 St. Rspr., vgl. etwa BVerfG NJW 2023, 2632 (2633) m.w.N.

Vor diesem Hintergrund wäre zu erwarten, dass das deutsche Recht mit der EMRK und deren Auslegung durch den EGMR in Einklang steht. Und das tut es auch – aber nur auf der gesetzlichen Ebene.

a) Rechtsgrundlage des staatlichen Wächteramts in § 1666 BGB

Das staatliche Wächteramt wird im Wesentlichen von Familiengerichten und Jugendämtern ausgeübt. Dabei sind die Jugendämter allerdings zu Eingriffen in das Sorgerecht grundsätzlich nicht berufen; sie haben vielmehr das Familiengericht einzuschalten, wenn eine mutmaßlich bestehende Kindeswohlgefährdung nicht gemeinsam mit den Eltern abgewendet werden kann oder wenn die Erziehungsberechtigten nicht bereit oder in der Lage sind, bei der Abschätzung eines Gefährdungsrisikos mitzuwirken (§ 8a Abs. 2 S. 1 SGB VIII). Lediglich in eilbedürftigen Fällen kann eine Pflicht zu vorläufigen Maßnahmen bestehen: Wenn eine dringende Gefahr besteht und die Entscheidung des Gerichts nicht abgewartet werden kann, ist das Jugendamt gem. § 8a Abs. 2 S. 2 und § 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b SGB VIII berechtigt und verpflichtet, das Kind oder den Jugendlichen in seine Obhut zu nehmen. Solch eilbedürftige Fälle dürften bei einer EKE regelmäßig ausscheiden.

Rechtsgrundlage familiengerichtlicher Maßnahmen sind §§ 1666 ff. BGB. Nach § 1666 Abs. 1 BGB hat das Familiengericht bei einer Gefährdung des körperlichen, geistigen oder seelischen Kindeswohls die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.

Eine Kindeswohlgefährdung liegt nach der Rechtsprechung des BGH dann vor, „wenn eine gegenwärtige, in einem solchen Maß vorhandene Gefahr festgestellt wird, dass bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. An die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts sind dabei umso geringere Anforderungen zu stellen, je schwerer der drohende Schaden wiegt.“²¹

Diese Definition zugrunde gelegt betrifft eine EKE alle Ebenen (körperlich, geistig, seelisch). Was die gefährdeten Rechtsgüter betrifft, genießen die Bindung der Kinder zu den Eltern aber auch ihr eigenes Wohl (Leben,

21 St. Rspr., vgl. BGH NJW 2017, 1032 (1033) m.w.N.

Persönlichkeitsentwicklung, Gesundheit, etc.) einen besonderen Schutz durch Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 GG.²²

Dieser Schutz wird durch zahlreiche Vorschriften des BGB konkretisiert. Hervorgehoben werden soll insoweit nur § 1684 Abs. 2 BGB, wonach Eltern alles zu unterlassen haben, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert. In diesem Kontext ist auch die bereits angesprochene Regelung der Umgangspflegschaft in § 1684 Abs. 3 S. 3–6 BGB zu verstehen.

Im Bereich des Strafrechts dient § 235 StGB dem Schutz der Eltern-Kind-Bindung. Danach wird u.a. derjenige mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, der eine Person unter 18 Jahren durch List den Eltern oder einem Elternteil vorenthält. List bedeutet nach der Rechtsprechung des BGH das geflissentliche und geschickte Verbergen seiner wahren Zwecke oder Mittel, um seine Ziele zu erreichen.²³ Diese kann gegen den Sorge- bzw. Umgangsberechtigten, gegen das Kind oder gegen Dritte eingesetzt werden.²⁴ Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht fernliegend, eine Manipulation von Kindern zum Zwecke der Entfremdung von dem anderen Elternteil als Entziehung Minderjähriger einzuordnen.

In Betracht kommen weiter eine Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht gem. § 171 StGB, der als konkretes Gefährdungsdelikt²⁵ für eine Strafbarkeit bereits die Gefahr einer erheblichen Schädigung der psychischen Entwicklung ausreichen lässt, sowie im Falle eines Verletzungserfolgs eine Körperverletzung gem. § 223 StGB.

b) Anwendung

Aus rechtlicher Sicht würde man in Deutschland in Sachen Anerkennung und Unterbindung von EKE nichts vermissen: Einerseits besteht eine Pflichtenstellung des Staates aus Art. 8 EMRK, andererseits stehen ausreichende gesetzliche Mittel und Wege zu deren Verhinderung und Sanktion von EKE zur Verfügung.

Dennoch finden EKEs täglich und landesweit statt. Dies ist angesichts des beschriebenen rechtlichen Rahmens nicht nachvollziehbar.

22 Vgl. BGH NZFam 2017, 988 (991).

23 BGHSt 16, 57 (62); 44, 355 (360); ebenso BeckOK StGB/Valerius StGB § 234 Rn. 4 m.w.N.

24 BGHSt 16, 58 (62); NJW 1963, 1412 (1413); BeckOK StGB/Valerius StGB § 235 Rn. 9.

25 Lackner/Kühl/Heger StGB § 171 Rn. 1.

Fest steht, dass die Familiengerichte sowie die in den Jugendämtern mit dem Wächteramt betrauten Fachkräfte das Phänomen der EKE kennen. Auch werden Umgangsvereitelungen dort grundsätzlich abgelehnt. Sind Verpflichtung und rechtliche Handhabe vorhanden, so kann die Diskrepanz lediglich an der Umsetzung liegen – entweder, weil die EKE-Fälle trotz Anwendung der verfügbaren Mittel vorkommen oder weil der Staat nicht bzw. nur unzureichend von den zu Gebote stehenden Mitteln Gebrauch macht.

Für die zweite Alternative spricht die Erfahrung des Verfassers. Selten (bis nie) wird hinsichtlich der Verhinderung von EKE auf die Mittel zugegriffen, über die der Staat verfügen könnte. Werden Schwierigkeiten bei der Umsetzung eines Umgangsbeschlusses vorhergesehen, so werden für solche Fälle Umgangspfleger bestellt. Ordnungsmittel oder Sanktionen werden kaum verhängt. Auch Eingriffe in das Sorgerecht sind selten, zumal wenn solche über eine Entziehung des Umgangsbestimmungsrechts hinausgehen,²⁶ eine Anwendung des Strafrechts ist unbekannt.²⁷

Gesicherte Informationen zu der Frage, warum dies so ist, liegen nicht vor. Deswegen kann man über die Gründe zunächst nur spekulieren. Dabei kann zunächst von einer kognitiven Dissonanz ausgegangen werden. Denn die Erkenntnis von der Verantwortlichkeit der professionell Beteiligten für den Schutz der betroffenen Kinder und die Einordnung der EKE als Kindeswohlgefährdend stehen im Widerspruch zu o.g. Befund, dass von den zu Gebote stehenden Mitteln nur zurückhaltend Gebrauch gemacht wird. Aufgrund der psychischen Belastung durch kognitive Dissonanzen entwickeln die Betroffenen Rechtfertigungsstrategien und Ausreden. Vor dem Hintergrund der Beobachtungen des Verfassers kann von Folgendem ausgegangen werden:

1. Die o.g. Umstände verunsichern die Fachkräfte hinsichtlich der Frage, was sie dazu denken und tun sollen. Daher wird um die EKE ein großer Bogen gemacht, sodass diese de facto eher als nicht existent oder zumindest als Randproblem betrachtet wird.

26 Dazu MüKoBGB/Lugani BGB § 1666 Rn. 86 m.w.N.

27 Umgangspfleger zu bestellen, von weitergehenden Maßnahmen jedoch abzusehen, ist widersprüchlich, und wenig zielführend. Denn Umgangspflegschaften sind gerade in Fällen von besonderer Bindungsintoleranz nicht wirksam, wenn die Grenzen der Sorgerechtsausübung durch den betreuenden Elternteil von den Professionellen nicht verteidigt werden.

2. Aufgrund dessen gibt es wenig gesichertes Wissen über die Folgen der EKE für die Kinder bzw. für die anderen Familienmitglieder. Insofern werden diese Folgen als nicht so schwerwiegend eingeschätzt.

3. Als Eingriffsvoraussetzung im Rahmen des staatlichen Wächteramts werden eindeutige Belege einer absichtlichen Kontaktvereitelung bzw. Beeinflussung erwartet. Weil diese nur selten vorhanden sind, scheiden erfolgversprechende Maßnahmen aus – während in anderen Kindeschutzbereichen weniger strenge Maßstäbe angelegt werden.

4. Trotz des Grundsatzes „Kindeswohl vor Kindeswille“ wird kaum unterschieden zwischen dem buchstäblichen Sinn der von dem Kind ausgesprochenen Wörter, dem dahinterstehenden subjektiven Willen und dem objektiven Kindeswohl, also der Frage, was dem Kind guttut. Dem (vermeintlichen) Kindeswillen wird blind gefolgt: Ein Kind sagt, es wolle den anderen Elternteil nicht besuchen, und so wird es i.d.R. auch gemacht – insbesondere bei Kindern ab etwa zehn bis zwölf Jahre. Auch wenn dies vor dem Hintergrund einer (hier eigenartig ausgelegten) Selbstwirksamkeit des Kindes wohl gemeint ist, wird dadurch die Instrumentalisierung von Kindern begünstigt.²⁸

5. De facto werden seelische/geistige Schäden an den Kindern traditionell weniger in Betracht gezogen als körperliche Schäden, auch wenn § 1666 Abs. 1 BGB alle drei Dimensionen als gleichwertig berücksichtigt. Sicherlich ist die begrenzte Beweislage (bei Ursachen, bei Handlungen, bei Auswirkungen) im Falle von nicht-körperlicher Kindeswohlgefährdung ein Nachteil. Denn die seelischen, psychosomatischen Folgen einer EKE sind unspezifisch. Sie können in ganz unterschiedlichen Formen zu unterschiedlichen Zeitpunkten auftreten. Deswegen ist auch die Kausalität oft schwer nachzuvollziehen.

6. So bleiben Aspekte, welche die Kindeswohlgefährdung bei EKE unmittelbar ausmachen (Bindungsabbruch, Instrumentalisierung, Involvierung in den Elternkonflikt, etc.), größtenteils unter dem Radar von Jugendämtern und Familiengerichten oder werden gegenüber anderen Aspekten hintangestellt.

7. In Fällen der EKE werden mitunter Argumente vorgebracht, die in anderen Konstellationen, etwa bei Missbrauchs- oder Vernachlässigungsfällen keine Berücksichtigung finden würden:

28 Vgl. MüKoBGB/Hennemann BGB § 1671 Rn. 65.

Beispiel 1: „Ja, der Papa/die Mama könnte die Kinder beeinflussen, aber wer sagt uns, die Mama/der Papa nicht dasselbe tun würde, wenn die Kinder nun bei ihr/bei ihm leben würden?“ Deswegen sollte alles so bleiben, wie es gerade ist.

Beispiel 2: „Ja, der Papa/die Mama könnte die Kinder beeinflussen, aber wenn wir ihn/sie unter Druck setzen würden (bspw. Ordnungsgeld, Sorgerechtsentzug, etc.), dann würde er/sie den Druck an die Kinder weitergeben, und dies wäre auch Kindeswohlwidrig.“ Deswegen sollten wir nichts gegen eine EKE unternehmen.

Beispiel 3: „Vielleicht beeinflusst der Papa/die Mama das Kind. Aber es ist bei ihm/ihr ansonsten gut versorgt, auch medizinisch. Das Kind besucht die Schule regelmäßig. Offenbar wird es nicht vernachlässigt. Vor diesem Hintergrund können wir es nicht aus einem funktionierenden Haushalt reißen.“

8. Schließlich ist ein gewisses Unbehagen festzustellen, ob sanktionierendes Recht bzw. das Strafrecht einen Platz im Kontext von Familiensachen bekommen sollte – ein Unbehagen freilich, das im Kontext anderer Kinderrechte (z.B. aus § 1631 Abs. 2 BGB) keine Rolle spielt.

Auf den nächsten Seiten soll diesbezüglich eine realitätsbasierte Orientierung bereitgestellt werden. Ziel ist, die Debatte auf eine objektiv-wissenschaftliche Basis zurückzuführen.

III. Studie des Verfassers

Der Verfasser hat eine psychologische Untersuchung durchgeführt.²⁹ Diese hatte einen quantitativen und einen qualitativen Teil. Sie sollte prüfen, inwiefern unser Leben als Erwachsene von unseren Familienverhältnissen beeinflusst wird. Der Kontext war auf Deutschland beschränkt, um den Einfluss möglicher kulturell bedingter Verzerrungsfaktoren zu beschränken.³⁰

29 Guerra (2023).

30 Gleichzeitig wird dadurch auf die Tatsache eingegangen, dass es hierzulande kaum Forschung in EKE-Bereich gibt, so dass es unbekannt ist, ob und in welchem Umfang woanders erzielte Ergebnisse und Schlussfolgerungen nach Deutschland extrapoliert werden könnten, vgl. Zimmermann/Fichtner/Walter et al. ZKJ 2023, 83 (86).

Insofern war die Haupthypothese der Studie, dass erwachsene Entfremdungskinder sowohl eine geringere Lebenszufriedenheit als auch einen schlechteren (psychischen und körperlichen) Gesundheitszustand aufweisen als ehemalige Kinder, die im Haushalt mit beiden Eltern aufgewachsen sind, sowie als erwachsene Scheidungs- bzw. Trennungskinder, bei denen nicht der Kontakt zu einem Elternteil abgebrochen war.

Dazu wurden 55 volljährige Teilnehmerinnen und Teilnehmer in drei Gruppen eingeteilt. Die Gruppe A bestand aus solchen, die in „intakten“ Familien aufgewachsen waren – also bei denen die Eltern mindestens bis zur Volljährigkeit zusammengelebt hatten (*NTK: Nicht-Trennungskinder*). Die Gruppe B war für die *Trennungskinder (TK)* bestimmt – also die, bei denen sich die Eltern vor dem Eintreten der Volljährigkeit der Betroffenen getrennt hatten. Zur Gruppe C gehörten *Entfremdungskinder (EK)* – also solche, die während der Kindheit einen intendierten und ungerechtfertigten Abbruch des Kontaktes mit einem Elternteil erlitten hatten.

Für diese Studie galt A als die erste, B als die zweite Referenzgruppe. Da es sich nicht um ein Experiment handelte, kann nicht von Kontrollgruppen die Rede sein. C ist die primär untersuchte Gruppe. Alle Teilnehmer füllten drei Fragebögen aus und unterzogen sich einem semistrukturierten Interviewverfahren.

1. Ergebnisse

Die Ergebnisse bestätigen die Haupthypothese vollständig. Der Durchschnittswertunterschied zwischen den Gruppen der NTK (Gruppe A) und der EK (Gruppe C) ist auffallend groß und statistisch signifikant. Die Lebenszufriedenheit der ehemaligen EK ist deutlich geringer als die von Erwachsenen, die in intakten Verhältnissen aufgewachsen sind. Ebenfalls ist ihre psychische Gesundheit erheblich schlechter, *aber auch ihre physische Gesundheit*. Dies ist nicht unbedingt naheliegend, da der Bindungsabbruch eher als emotionale Belastung gelten würde, und deutet auf psychosomatische Auswirkungen der EKE – und auf eine ernsthafte Schwere eines solchen Bindungsabbruchs hin. Insoweit besteht weiterer Forschungsbedarf.

Bestätigt werden konnte die Haupthypothese auch dadurch, dass die Unterschiede zwischen Gruppe A und B statistisch verschwinden, wenn man die Konfliktvariablen ausklammert, nicht aber die Unterschiede zwischen Gruppe A und C. Die hypothesenbezogenen Variablen (Lebenszufrieden-

heit, psychische und physische Gesundheit) sind bei Gruppe C ebenfalls meiste schlechter als bei Gruppe B.³¹

Aber das ist nicht alles an Differenzen unter den Gruppen. Der durchschnittliche eigene sozioökonomische Status der Gruppe C ist niedriger als der der anderen Gruppen, dafür ist die Betroffenheit bei psychischen Störungen, Substanzabhängigkeiten, Kriminalität u.a., insbesondere im Vergleich zu Gruppe A deutlich größer.

Die Ergebnisse der Studie stehen im Einklang mit früherer Forschung in dem Gebiet.³² Sie fügen sich ein in die Grundlagen der Persönlichkeits- und Entwicklungsforschung sowie der Klinischen Psychologie. So können die meisten psychischen Störungen zumindest teilweise auf (Bindungs-) Erfahrungen aus der Kindheit zurückgeführt werden.³³ Insoweit ist der deutsche Kontext kein anderer als der von Untersuchungsgebieten, zu denen bereits Arbeiten vorliegen.

In Bezug auf die Einordnung der EKE als Kindeswohlgefährdung gibt die Betroffenheit der physischen Gesundheit Hinweise darauf, dass neben dem seelischen das körperliche Wohl von Kindern betroffen sein könnte.

Die Studie liefert schließlich weitere Erkenntnisse:

- Maßgebend für die Gesundheit und Lebenszufriedenheit Erwachsener ist die Exposition durch elterliche Konfliktsituationen in der Kindheit und hier insbesondere die Involvierung in diese Konfliktsituationen.
- Die Bindungsaspekte (Bindung mit den Bezugspersonen, aktueller Kontakt mit ihnen) zeigen eine direkte Wirkung (positiv wie negativ) zu allen drei hypothesenbezogenen Variablen.
- Emotionale vorteilhafte Bedingungen in der Kindheit (Bindung bis zur Volljährigkeit mit den wichtigsten Bezugspersonen, aktueller Kontakt zu ihnen bzw. die in der Kindheit erlebte Zuwendung, Konfliktschutz oder emotionaler Rückhalt) können die Resilienz Erwachsener stärken.
- Es besteht ein Kausalzusammenhang zwischen den Erfahrungen im Elternhaus und dem eigenen sozioökonomischen Status als Erwachsener.

31 Guerra, S. 110 ff.

32 Eine kleine Auswahl wird in Guerra, S. 12 ff. vorgenommen, siehe aber auch hier: Fn. 8.

33 Vgl. Wettig Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), 2298: "Viele psychische Erkrankungen haben ihren Ursprung in der Kindheit. Vor allem negative Bindungserfahrungen hinterlassen im adulten Gehirn eine ‚Stressnarbe.“

Denn der sozioökonomische Status ist bei den sog. Entfremdungskindern schlechter.

- Hinsichtlich negativer, durch die EKE bedingter Faktoren ist ein intergenerationaler Effekt festzustellen. Dies bedeutet, dass das Wohl und die (insb. psychische) Gesundheit im Erwachsenenalter nicht nur von den Bedingungen im eigenen Elternhaus, sondern auch von denen im Elternhaus der Eltern abhängig ist.
- Die quantitativen Aspekte lassen sich bei der qualitativen Analyse bestätigen, allerdings mit einer Ausnahme: dem Einfluss des Familienhelfersystems als professioneller Hilfe im Kontext familiengerichtlicher Auseinandersetzungen. Quantitativ lässt sich i.d.R. keine nennenswerte Wirkung des Familienhelfersystems auf die hypothesenbezogenen Variablen feststellen, qualitativ ist die Wahrnehmung des Familienhelfersystems durch die Probanden negativ oder sehr negativ.

2. Schlussfolgerungen

Mit den genannten Ergebnissen liefert die Studie belastbare Hinweise auf langfristige negative Konsequenzen der EKE.³⁴ Dabei handelt es sich größtenteils um Schäden, die man im Einzelfall nur schwer diagnostizieren, quantifizieren, und auf einen bestimmten Kausalverlauf zurückführen kann – eine Gemeinsamkeit mit den meisten psychischen Schädigungen.³⁵ Dass die Schäden zudem auch nicht alle Menschen in einer bestimmten Situation gleichermaßen treffen, sondern erheblich durch Umwelt, Genetik und weitere Variablen moduliert werden, erschwert es, ein Muster von Folgen oder Symptomen (Syndrom) darzustellen.

Dennoch darf dies kein Hindernis sein, der Misshandlung der Entfremdungskinder Beachtung zu schenken. Denn sonst würde man die Opfer der Entfremdung den Tätern ausliefern, was weder mit dem Kindeswohl vereinbar wäre noch der Verantwortung der Fachleute entsprechen würde.

34 Vgl. dazu hierzulande bspw. die Ausführungen von Boch-Galhaus *International Journal of Psychiatry Research* 2021, 1 ff. u. *Neuropsychiatrie* 32 (2018), 133 ff.

35 Vgl. Schlensoeg-Schuster et al. *Child Maltreatment* 2022 (vorab online); Harris/Orth *Journal of Personality and Social Psychology* 119 (2020), 1459 ff., Hepper/Carnelley, S. 133 ff.

Insoweit ergeben sich folgende Schlussfolgerungen:

1. Die erheblichen Schäden, die Folge eines Bindungsabbruchs sein können, müssen bei Rechtsgüterabwägungen im Rahmen von Kinderschutzverfahren nach §§ 1666 ff. BGB berücksichtigt werden.
2. Der intergenerationelle Effekt, auf den die Studie hinweist, ist neutral zu erfassen. Er tritt sowohl im positiven wie im negativen Sinne auf, also sowohl bei Familien, die ihre Kinder kindeswohlgerecht erzogen haben, als auch im umgekehrten Fall. Somit ist dieser Effekt eine Mahnung: Das, was wir den Kindern in unserer Obhut geben, wird an die nächste Generation weitergegeben. Insofern liegt es in unserer Verantwortung, möglichst viel Kinderschutz zu garantieren und möglichst wenig Schäden an unseren Kindern herbeizuführen. Denn das Ergebnis wird auf uns zurückkommen.
3. EKE ist dann unweigerlich mit Kosten verbunden. Dies gilt im zweifachen Sinn. Denn die Gesellschaft muss Ressourcen zur Eindämmung der Folgen von EKE bereitstellen und durch EKE gehen Ressourcen für die Gesellschaft verloren, etwa infolge des geringeren sozioökonomischen Status bei Entfremdungskindern. Erfasst sind ebenso deren Familien (entfremdete Väter/Mütter, Geschwister, Großeltern, etc.). Die damit verbundenen Nachteile tragen wir alle.

IV. Handlungsansätze

Hinsichtlich der Handlungsansätze muss unterschieden werden, unter welchen Bedingungen das Entstehen einer EKE verhindert bzw. eine EKE beseitigt werden soll. Dies ist Gegenstand des folgenden Abschnitts. Auch er fußt zum einen auf der rudimentär vorhandenen Literatur, v.a. aber auf der mehrjährigen praktischen Arbeit des Verfassers im Kontext familiärer Konflikte und EKE.

1. Anknüpfungspunkte

Strategien gegen EKE können an verschiedenen Punkten ansetzen, namentlich an deren Rahmenbedingungen, an den Motiven der (i.d.R. betreuenden) Elternteile für eine Entfremdung und an den Mitteln, mit denen die Entfremdung bewerkstelligt wird.

a) Bedingungen

So sind zwei *Bedingungen* wesentlich für die Entfremdung. Zunächst braucht es als *conditio sine qua non* einen Elternteil, der Macht über die Kinder hat (bspw. über Umgang, Sorgerecht etc.) und der diese Machtposition, die ihm anvertraut wurde, missbraucht. Der Zweck des Missbrauchs ist es i.d.R., den Kontakt der Kinder mit dem anderen Elternteil zu verhindern. Insofern ist EKE eine *Machtfrage*.

Die zweite Rahmenbedingung ist die unter den gegenwärtigen Umständen zu erwartende *Sanktionslosigkeit*: Wer EKE betreibt hat wenig zu befürchten. Der Machtmissbrauch wird kaum wirksam geahndet. Eine verkürzte Fokussierung auf den Kindeswillen kann gar dazu führen, dass der Täter im Sorgerechtsstreit nach §1671 Abs.1 S.1, 2 Nr.2 BGB oder bei einem Streit über das Umgangsrecht des verhassten Ex-Partners nach §1684 Abs.1 BGB bessere Karten hat. Die Rechtspraxis kann daher sogar einen Anreiz liefern, ein Kind vom anderen Elternteil zu entfremden, insofern, dass es nicht abschreckend wirkt.

b) Motivationslagen

Die Motivation, aus der heraus Menschen Kinder von den Eltern bzw. vom anderen Elternteil entfremden, kann sich mit der Zeit ändern. So kann aus einer unbewussten eine bewusste Manipulation werden, die ggf. Teil der Konflikteskalation ist. Gegenseitige Verletzungen können dazu führen, dass die Motivation zur Entfremdung steigt, ein Befriedigungsprozess kann diese sinken lassen.

Um einen Eindruck hinsichtlich der Vielfalt der unterschiedlichen (anfänglichen) Beweggründe zu bekommen, die allesamt emotionaler Art sind, mögen folgende Beispiele genügen:³⁶

Neue Familie: Der betreuende Elternteil gründet eine neue Familie. Der andere Elternteil „stört“ die nun erwünschte Konstellation und soll „ausgeschaltet“ werden.

Beispiel: Herr und Frau Mayer haben 3 gemeinsame Kinder. Herr Mayer heiratet zum zweiten Mal. Auf einmal wollen die Kinder nicht mehr zu

³⁶ All diese Beispiele entsprechen vollständig der Erfahrung des Verfassers, werden aber aus Datenschutzgründen anonymisiert und pseudonymisiert, so dass nur deren Verlauf der Realität entspricht.

ihrer Mutter – auch wenn sie sich bei ihr wohlfühlen. Herr Mayer und seine neue Ehefrau scheinen über das Verhalten der Kinder ratlos zu sein. Alle Indizien deuten aber darauf hin, dass die Kindsmutter nicht mehr zum neuen Familienkonzept passt, und deshalb die Kinder instrumentalisiert werden, um sie aus der Nachtrennungsfamilie zu verdrängen.

Unsicherheit: Eine Motivation zur Entfremdung des Kindes vom anderen Elternteil kann sich aus einer Verunsicherung über die eigene Erziehungseignung ebenso ergeben wie aus der Angst, die Kinder zu verlieren oder von diesen abgewiesen zu werden.

Beispiel: Herr und Frau Gündoğan haben ein gemeinsames Kind. Nach der Scheidung kann Frau Gündoğan es kaum ertragen, dass das Kind Kontakt zur neuen Partnerin des Vaters hat (jünger, aus ihrer Sicht attraktiv). Der Kontakt Vater-Kind wird zunehmend blockiert, nach einer Weile auch gerichtlich.

Macht/Kontrolle: Das Ziel ist, alleine über die gemeinsamen Kinder zu entscheiden. Verwandt damit, ggf. als Ergebnis der Konfliktdynamik, ist die Verwandlung der Kinder in „Trophäen“ – die nur einer gewinnen kann.

Beispiel: Frau Schmidt und Herr García sind nicht miteinander verheiratet, haben aber ein gemeinsames Kind (zwei Jahre alt). Die Eltern trennen sich, das Kind lebt bei der Mutter. Diese möchte sich bei Wohnsitzwechseln oder in Fragen der Erziehung nicht mit dem aufgrund von Sorgeerklärungen gemeinsam sorgeberechtigten Vater abstimmen, sondern allein über die Angelegenheiten des Kindes entscheiden. Auch das Umgangsrecht „nervt“ sie.

Vergeltung: Ein Elternteil fühlt sich vom anderen so verletzt/enttäuscht, dass er versucht, ihn über die Kinder zu „treffen“.

Beispiel: Frau Pinto kommt nach Deutschland, um dort Herrn Pereira zu heiraten, der seit Jahren dort lebt und mit dem sie ein gemeinsames Kind hat. Dieser entscheidet sich jedoch für eine andere Frau. Frau Pinto ist zutiefst enttäuscht. Sie zieht mit ihrem Kind aus und schwört, dass Herr Pereira sein Kind nie wiedersehen werde.

Finanzielle Aspekte: Der Kindes- und Betreuungsunterhalt, aber auch staatliche Leistungen wie Kindergeld und kinderbezogene Gehaltsbestandteile können im Kontext von Verlustängsten zur Entfremdung vom anderen Elternteil motivieren.

Beispiel: Herr und Frau Schubert haben drei gemeinsame Kinder (10–14 J). Sie lassen sich scheiden. Es wird zunächst ein traditionelles Umgangsmodell vereinbart. Nach einem der ersten Umgänge „wollen“ die Kinder auf einmal nicht zurück zu ihrer Mutter – zu der sie bislang eine enge Bindung hatten. Herr Schubert schafft es, dass die Kinder ihre Mutter ablehnen, was gerichtlich bewilligt wird. So wurde er vom Unterhaltschuldner zum Unterhaltsgläubiger (und erhält nebenbei gesellschaftliche Anerkennung für seine Mühen als alleinerziehender Elternteil).

Als weitere Konstellation kommt in Betracht, dass ein Elternteil dem anderen zutraut, seinerseits die Kinder zu manipulieren – und nach dem Motto vorgeht: „Angriff ist die beste Verteidigung“. Ebenso ist denkbar, dass er in der eigenen Kindheit Opfer einer EKE war und es daher als normal empfindet, nach einer Trennung den anderen Elternteil auszuschließen. Nicht selten erlebt man in diesem Zusammenhang, dass Mütter, die aufgrund entsprechender Prägung einem traditionellen Rollenbild verhaftet sind, für sich in Anspruch nehmen, ein Vorrecht hinsichtlich der Erziehung der Kinder zu haben („Kinder gehören zur Mutter“). Ebenso kann der Kontakt zu den gemeinsamen Kindern im Trennungskonflikt als Druckmittel eingesetzt werden, z.B. bei einem Streit über die Ehemwohnung oder über finanzielle Angelegenheiten wie Unterhalt und Zugewinnausgleich. Teilweise werden in solchen Zusammenhängen auch Allianzen mit dem Kind gebildet, etwa erkennbar daran, dass den Kindern Details aus anwaltlichen Schriftsätzen des nicht betreuenden Elternteils oder aus Gerichtsverhandlungen berichtet werden.

Sicherlich könnte man hinter diesen Motiven noch tiefere Begründungen finden – was bringt einen Menschen *wirklich* dazu, die eigenen Kindern, die Person, mit der man möglicherweise eine Familie gründen wollte, verletzen zu wollen? Warum werden Sorgen und Angst als so groß empfunden? Man könnte sich vorstellen, dass die innere Balance wahrscheinlich früher (und zudem tief) gestört wurde. Das im Detail zu erörtern würde an dieser Stelle freilich zu weit führen.

c) Methoden der Entfremdung

Folgende Strategien der Kindesmanipulation lassen sich in der Praxis beobachten, geordnet nach der Tiefe des Eingriffs in die kindliche Psyche:

- So kann Kindern auf „*spielerische*“ Art beigebracht werden, was sie z.B. im Rahmen einer richterlichen Anhörung sagen sollen.
- Weiter kommt ein behavioristischer Ansatz i.S.d. sog. *operanten Konditionierung* in Betracht (Lenkung des Verhaltens über Belohnung oder Strafe): „wenn du das erzählst, bekommst du ein Handy“.
- Noch schwerwiegender sind *direkte Angriffe* auf den anderen, i.d.R. abwesenden Elternteil („er/sie liebt dich/uns nicht mehr, aber die neue Familie; er/sie ist geistig gestört; er/hat mir/dir/uns dieses oder jenes angetan, kannst du dich nicht daran erinnern?“). Sinn und Zweck ist, dass es zu einer *klassischen Konditionierung* kommt – dem Hervorrufen reflexartiger Reaktionen beim Kind, bei denen dieses „spontan“ den Kontakt mit dem anderen Elternteil verweigert.
- Schließlich kann man gezielt einen *Loyalitätskonflikt* beim Kind hervorrufen: wenn z.B. der entfremdende Elternteil das Kind wissen lässt, wie traurig er ist, wenn es beim anderen Elternteil ist. Dies kann zu einer *Parentifizierung* führen, mit der eine zusätzliche psychische Belastung des Kindes einhergeht. Das Kind kann unbewusst Verantwortung für den Erwachsenen übernehmen – und nicht andersherum – um ihn vor den Fachleuten zu „beschützen“.

Dabei sind insbesondere die letztgenannten Methoden auch deshalb gefährlich, weil das Kind ggf. selbst nicht um die Manipulation weiß. Es geht vielmehr davon aus, den anderen Elternteil aus eigenem Entschluss abzulehnen.

2. Prävention

Gilt die EKE als Kindeswohlgefährdung, so ist es eine gesellschaftliche Aufgabe, möglichst früh zu verhindern, dass es hierzu kommt. Dabei muss der wertvolle Beitrag der deutschen Gerichte zum Fortschritt des Familienrechts unterstrichen werden: Es waren hiesige Familiengerichte, die z.B. das Cochemer Modell initiiert haben.³⁷ Aber auch die Einführung des Verfahrensbeistands oder die Schaffung der Umgangspflegschaft waren zuerst

37 Zum Cochemer Modell s. unter a).

richterliche Innovationen, die vom Gesetzgeber erst später übernommen wurden.³⁸

a) Konsensuale Modelle

Das Cochemer Modell ist das bekannteste unter den sog. konsensualen Modellen und wurde inzwischen in andere Länder Europas „exportiert“, etwa nach Belgien, Frankreich und in die Schweiz. Die Bezeichnung rührt daher, dass es wie die meisten solcher Modelle von einem engagierten Richter ins Leben gerufen wurde, in diesem Fall von dem Familienrichter Jürgen Rudolph.³⁹

Im Grunde geht es bei solchen Modellen darum, dass die beteiligten Fachkräfte gemeinsam mit den Eltern zusammenarbeiten, um zu belastbaren Konfliktlösungen zu kommen. Ihre Erkennungsmerkmale: Eine ressourcenorientierte, fördernde, positive Einstellung, eine maximale Reduzierung des Schriftwechsels sowie eine gut miteinander verzahnte Koordination von Gerichten, Anwaltschaft und Behörden. Auf diesem Weg wird eine Konflikteskalation verhindert, und die sog. sekundäre Kindeswohlgefährdung – die vom Familienhelfersystem selbst ausgehen soll – möglichst geringgehalten.

Mit Blick auf die Bekämpfung von EKE können konsensuale Modelle einen wichtigen Beitrag leisten, insbesondere durch die Suche nach Gemeinsamkeiten und vorhandenen Ressourcen sowie durch die Erschwerung einer Eskalation.

b) Mediation

Auch die Mediation setzt auf einen Konsens der Eltern. Gegenüber Konsensmodellen wie dem Cochemer Modell hat die Mediation den Vorteil, dass sie unabhängig vom Engagement einzelner Richter verfügbar ist.⁴⁰

Eigentliches Ziel der Mediation ist, mit den Eltern den emotionalen Kern eines Konfliktes gemeinsam zu erreichen. Somit wird er dauerhaft

38 Dazu s.o. Fn. 10.

39 Vgl. dazu Fuchsle-Voigt FPR 2004, 600 (601 f.); Rudolph FPR 2009, 574 (576 ff.); Klovert, Der Spiegel v. 16.12.2022.

40 Eine Übernahme der Kosten niedergelassener Mediatoren durch die Jugendhilfe ist gem. § 17 Abs. 2 i.V.m. § 5 SGB VIII möglich, vgl. dazu Schmidt ZKM 2020, 128 (131 ff).

„entschärft“, nachhaltig gelöst und substanziell deaktiviert. Vorgaben zu Verfahren, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen regelt das MediationsG.

Mit mediativen Herangehensweise würde man EKE vorbeugen. Die Eltern, die besten Experten bezogen auf die Nachtrennungsfamilie, sie kennen und lieben ihre Kinder und können im Wege der Mediation autonom über den Konflikt entscheiden. Ebenso wie konsensuale Modelle kann ein Mitwirken an Mediationsverfahren allerdings nicht erzwungen werden. Freilich können Methoden der Mediation auch im Güterichterverfahren nach § 36 Abs. 5 FamFG zur Anwendung kommen.

c) Etablierung des Wechselmodells

Das Wechselmodell ist lediglich eine Möglichkeit, um den Umgang der Kinder mit ihren Eltern nach deren Trennung zu regeln. Als Modell ist es wertneutral und besagt im Prinzip nichts über die im konkreten Fall bestehende Konfliktsituation. Kennzeichnend ist, dass die Kinder gleichviel Zeit mit beiden Elternteilen verbringen, etwa, indem sie eine Woche bei der Mutter und eine Woche beim Vater leben.

Würde das Wechselmodell, das bereits heute gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden kann,⁴¹ zum gesetzlichen Regelfall erhoben, könnte dies einen maßgeblichen Beitrag zur Prävention gegenüber EKE leisten.

Einerseits projiziert es das Bild einer Gleichstellung der Eltern: Dass Väter und Mütter vielleicht anders aber genauso wichtig für die Kinder sind – was sich gegen überholte traditionelle Einstellungen hinter EKE richten würde. *Andererseits* ist, wie oben gezeigt, die Macht über die Kinder, neben der bewussten Bereitschaft, sie zu missbrauchen, eine notwendige Bedingung für die Verwirklichung der EKE. Beim Wechselmodell ist diese Machposition unter den Eltern paritätisch verteilt.

Schließlich birgt eine ausgewogene Stellung der Eltern ebenfalls Vorteile für den Erfolg einer Mediation (wie oben erklärt, eine ressourcenschonende und kindeswohlschonende Art der Konfliktbeilegung). Denn diese kann am besten gelingen, wenn der Anfang ergebnisoffen, also wenn keine Partei bessere oder schlechtere Chancen als die andere hat. Technisch ausgedrückt: Wenn die BATNA („Best Alternative to a Negotiated Agree-

41 BGH NZFam 2017, 206 (207 ff.); KG NZFam 2018, 637 (639 ff.).

ment“) beider Parteien eine erfolgreiche Mediation ist.⁴² A contrario wird die Mediation eher nicht gelingen (bzw. nicht einmal versucht), wenn die Anfangspositionen der Parteien nicht vergleichbar sind. Denn die Partei mit einem anderen BATNA würde sich kaum ernsthaft auf eine Mediation einlassen, weil sie sich bspw. von einer Gerichtsverhandlung ein für sie günstigeres Ergebnis versprechen würde. Die Mediation und damit einhergehend die mit ihr verbundenen Vorteile würde für die Familie entfallen.

d) Abschaffung des Alles-oder-nichts-Prinzips im Unterhaltsrecht

Beim Unterhalt gilt – i.d.R. mit Ausnahme des echten Wechselmodells – das Alles-oder-nichts-Prinzip. So erfüllt der Elternteil, der ein minderjähriges Kind überwiegend betreut, i.d.R. gem. § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB die ihm obliegende Unterhaltungspflicht – so dass der andere für den Barunterhalt allein aufkommen muss. Auch kann der überwiegend betreuende Elternteil Ehegattenunterhaltsansprüche aus § 1570 BGB gegen den anderen Elternteil haben, während dies umgekehrt nicht der Fall ist. Dabei wird der Umfang erst berücksichtigt, wenn sich der Schwerpunkt der Betreuung ändert. Gleiches gilt für Sozialleistungen, sieht man einmal davon ab, dass im Rahmen temporärer Bedarfsgemeinschaften der Umgang doch eine Rolle spielt.⁴³ Das Kindergeld nach dem BKGG und EStG erhält einkommensunabhängig derjenige Elternteil, in deren Obhut sich das Kind befindet.⁴⁴

All dies kann dazu führen, dass aus finanzieller Sicht Anreize für eine EKE bestehen und könnte umgekehrt eine Anpassung des Alles-oder-nichts-Prinzips an die konkreten Betreuungsanteile dazu führen, einer EKE vorzubeugen. Allerdings könnte umgekehrt auch eine Entwicklung eintreten, bei der betreuende Elternteile, die finanzielle Interessen höher gewichten als das Wohl ihrer Kinder, Vorwände suchen, um den Umgang des Kindes mit dem anderen Elternteil zu beschränken.⁴⁵

e) Schutz von Kindeswille und Kindeswohl vor Instrumentalisierung

Der (vermeintliche) Wille des Kindes spielt eine *Schlüsselrolle* bei der aktuellen Verwirklichung von EKE. Der Anfang ist wohlgemeint und nach-

42 Vgl. Sünderhauf-Kravets/Guerra Die Mediation 2023, 72 ff.

43 Dazu vgl. Schmidt NJW 2020, 812 (814).

44 Zu den Auswirkungen auf den Barunterhalt des Kindes vgl. § 1612b Abs. 1 BGB.

45 Vgl. zu entsprechenden Überlegungen Menkens, Welt v. 31.8.2022.

vollziehbar. Als Zeichen von Respekt vor der Subjektivität von Kindern müssen Gerichte sie in Kindschaftssachen grundsätzlich gem. § 159 Abs. 1 FamFG anhören, ihre Meinung berücksichtigen. Unter anderem zu demselben Zweck soll nach Maßgabe von § 158 FamFG ein Verfahrensbeistand bestellt werden.

Wesentlich ist bei jeder Anhörung von Kindern, die *Worte* des Kindes vom *Kindeswillen* und diesen vom *Kindeswohl* zu unterscheiden. Es darf also nicht nur das zu Protokoll genommen werden, was das Kind vorbringt, ohne den wirklichen Willen zu erforschen. Dieser (subjektive) Wille muss sodann darauf überprüft werden, ob er mit dem objektiven Wohl in Einklang steht. Denn der Kindeswille ist zwar Bestandteil der Kindeswohlprüfung und im Rahmen von § 1697a Abs. 1 BGB zu berücksichtigen, Kindeswohl und Kindeswille können jedoch nicht gleichgesetzt werden. Insofern ist der Kindeswille nur ein Kriterium unter mehreren, auch wenn er mit zunehmendem Alter an Gewicht gewinnt.⁴⁶ Eine Rechtsordnung, die dem Kind die freie Entscheidung über einen Bindungsabbruch zu den Eltern, nicht aber die Entscheidung über die Teilnahme einer Klassenfahrt oder andere, vergleichsweise nachrangige Angelegenheiten lassen würde, wäre in sich nicht konsistent.

Die Unterscheidung „Wörter-Wille-Wohl“ führt zu einer weiteren Weichenstellung: Bedeutet die Berücksichtigung dessen, was das Kind vorgebracht hat, Respekt und Schutz gegenüber dessen Persönlichkeit – oder ist es eine Prämie für denjenigen, der das Kind instrumentalisiert und sich dabei nicht um dessen Wohl schert? Das Ergebnis im zweiten Fall wäre, dass man de facto den erwünschten Schutz der Subjektivität, der Persönlichkeit des Kindes, aufgegeben, und das genaue Gegenteil – seine Verobjektivierung – zementiert hat. Insofern kann sich die von einer EKE ausgehende Kindeswohlgefährdung nicht nur auf das Ergebnis (Bindungsabbruch, Involvierung der Kinder in den Elternkonflikt etc.), sondern auch auf die Methode der Einwirkung beziehen.

Dabei gilt es, verschiedene Mechanismen zu verstehen. So können sich Kinder gegen Erwachsene häufig nicht durchsetzen, und sind insbesondere dem betreuenden Elternteil ausgeliefert. Hinzukommen können – möglicherweise bindungsbedingt – Verlustängste: Ist es bspw. dazu gekommen, dass ein Elternteil für das Kind nicht mehr da sein kann, weil der andere den Umgang vereitelt, so kann ein scheinbar paradoxes Ergebnis eintreten:

46 Vgl. MüKoBGB/Hennemann BGB § 1671 Rn. 65.

Das Kind „klammert“ sich an den entfremdenden Elternteil, um diesen nicht auch noch zu verlieren, und identifiziert sich mit ihm umso stärker.

Eine ausführliche Darstellung der Vorgehensweise zur Prüfung des Kindeswillens würde den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen. Einige Stichworte sollen aber genannt werden. So sollte man in Fällen, in denen das Kind den Kontakt zu einem Elternteil ablehnt (und zwar i.d.R. zu dem Elternteil, bei dem es zuletzt nicht gelebt hat), folgende Punkte prüfen:

- Welche Ursachen kann die Ablehnung der Kinder haben?
- Wie wird die Ablehnung begründet?
- Klingen die Gründe plausibel, gerechtfertigt, angemessen?
- In welchem Kontext werden diese Wörter gesprochen?
- Wirkt die Sprache altersentsprechend (oder eher erwachsen)?
- Wie würde das Kind auf die Nachricht reagieren, dass sich die Eltern auf ein Umgangsrecht verständigt haben?
- Hat das Kind Kenntnisse von dem Elternkonflikt, die darauf schließen lassen, dass es in die Auseinandersetzung „hineingezogen“ wurde (z.B. Anwaltsschriftsätze, Streitigkeiten über Unterhalt)?

Für die Plausibilität beider Optionen (eigener/fremder Wunsch) sollten Indizien gesammelt werden. Dabei scheint es ratsam zu sein, darauf zu achten, was die Beteiligten (Kinder, Eltern etc.) sagen oder nicht, was sie tun oder nicht. Wenn möglich sind verschiedene Kontexte (bspw. Kind beim Vater bzw. bei der Mutter) zu betrachten.

Schließlich ist zu erwähnen, dass die Ablehnung des Kontaktes durch Kinder entwicklungspsychologisch zumindest teilweise als Anomalie anzusehen ist. Selbst Kinder, die sich in unmittelbaren Gefährdungssituationen durch die eigenen Eltern befinden, müssen oft gegen ihren Willen oder sogar mit Gewalt von diesen getrennt werden. Denn sie können diesen Kontakt (wegen Bindung, Abhängigkeit etc.) schwer ablehnen – auch wenn sie gute Gründe dafür hätten. Ein weiterer Beleg der üblichen Elternbindung dürfte sein, dass sich Kinder häufig wünschen, dass ihre vielleicht seit Jahren getrennten Eltern wieder als Familie zusammenleben, selbst wenn diese inzwischen ggf. neu gebunden sind.⁴⁷

47 Vgl. dazu Forslund et al. *Attachment & Human Development* 24 (2022), 1 ff.

f) Umgang mit Konflikten vorwegnehmen

Menschen machen sich normalerweise über verschiedene Aspekte Gedanken, wenn sie entscheiden, eine ernsthafte Partnerschaft zu beginnen, z.B. über den Lebensmittelpunkt, die Verteilung von Hausarbeit und Erwerbstätigkeit oder die Familienplanung. Andere Aspekte werden nicht selten ganz außen vor gelassen, sind aber nicht weniger wichtig. Beispiele hierfür sind der Umgang mit Konflikten in der Partnerschaft bzw. die Frage, welche Handlungsalternativen für den Fall zu Gebote stünden, dass die Beziehung scheitert. Eine möglichst frühe Auseinandersetzung mit solchen Themen würde sich präventiv hinsichtlich einer EKE auswirken, da sie für eine der schlimmsten Folgen eines Elternkonfliktes steht.

g) Förderung von Forschung und Berücksichtigung der Forschungsergebnisse

Das Phänomen EKE ist noch weitestgehend unbekannt – insbesondere in Deutschland. Es fehlt nahezu vollständig an objektiven wissenschaftlichen Annäherungen zum Thema.

Dies ist aus der Opferperspektive unverständlich – und sehr ungünstig: Es wird keine Forschung getrieben, weil die EKE in der öffentlichen Diskussion kaum eine Rolle spielt. Ohne Forschung wird jedoch kein besseres, differenziertes Verständnis des Phänomens zustande kommen können, werden insbesondere keine Konzepte zum Schutz vor EKE entwickelt und implementiert.

Vielleicht kann als Ausweg der dargelegten Lage die Feststellung der Kindeswohlgefährdung bei der EKE gelten. Für Kindeswohlgefährdungen ist die Gesellschaft allgemein sensibilisiert. Hinsichtlich einzelner Aspekte des Forschungsbedarfs kann auf die Ausführungen weiter unten verwiesen werden.⁴⁸ Ebenso wichtig ist freilich, dass die Forschung von der Praxis aufgegriffen wird – trotz der damit verbundenen Schwierigkeiten.

h) Fortbildung von Fachkräften

Da das Thema EKE noch weitgehend unbekannt ist, kann davon ausgegangen werden, dass auch Fachkräfte in Jugendämtern und Familiengerichten

48 Dazu s. unter V.

nicht über das erforderliche Wissen verfügen. Die Ursache bzw. die Folge ist die aktuelle Lage: Es gibt kaum Fortbildungen zum Thema. Mehr noch: Der Bedarf dafür wird auch nicht erkannt.

Dabei ist die Fortbildung im Kontext der Prävention wichtig. Mutmaßlich steht und fällt diese (erneut) mit dem gesellschaftlichen Bewusstsein.⁴⁹

3. Einwirkende Maßnahmen

Auf der Ebene der einwirkenden Maßnahmen wird beschrieben, was die im Familienhelfersystem tätigen Fachkräfte unternehmen können, damit eine aktuell aufgetretene EKE-Situation abgewendet werden kann bzw. wie eine rechtlich korrekte Herangehensweise aussehen würde. Wichtig ist dabei, das Ziel vor Augen zu behalten: Es geht primär darum, EKE zu verhindern, aber auch darum, dass möglichst beide Eltern im Leben des Kindes bleiben können.

a) Sorgerechtseingriffe und Umgangsbeschränkungen

Muss es zu einem staatlichen Eingriff in einer Familie kommen, dann sollte der Sachverhalt so vollständig wie möglich ausermittelt sein. Belastbare Erkenntnisse sind zu gewinnen, einerseits über ihre relevanten Hintergründe, andererseits über die betroffenen Rechtsgüter und über das Ausmaß deren Betroffenheit. Dies ermöglicht es, ausgewogene und maßgeschneiderte Entscheidungen im Sinne des Verhältnismäßigkeitsansatzes zum Schutze der Familie und der involvierten Kinder zu treffen.⁵⁰

Folgende Fragen sollten z.B. geklärt werden, wenn ein mutmaßlich von einem Elternteil manipuliertes Kind den Kontakt mit einem Elternteil ablehnt:

49 Eine der wenigen spezifischen Fortbildungen zum Thema Umgangsvereitelung wird für Professionelle im Familienhelfersystem von dem Verfasser dieses Beitrags angeboten, vgl. dazu die Online-Ausschreibung unter <https://www.jorgeguerra.de/fortbildung-g-zur-umgangsvereitelung-oktober-2023/> (letzter Abruf: 31.8.2023).

50 Freilich ist andererseits das Vorrang- und Beschleunigungsgebot des § 155 FamFG zu beachten, das im Kontext der EKE besonders wichtig ist, um einen Entfremdungserfolg und damit eine faktische Präjudizierung zu vermeiden, vgl. MüKoFamFG/Heilmann FamFG § 155 Rn. 3.

- Inwiefern ist es realistisch, mit den Eltern aktuell bzw. zu einem späteren Zeitpunkt eine gemeinsame Lösung zu erarbeiten? Was müsste dafür geschehen?
- Welche Sorgerechteingriffe könnten andernfalls zielführend sein?
- Welche wären die Folgen eines Sorgerechteingriffs bzw. ein erzwungener Umgang und welche Folgen hätte ein „weiter so“? Dabei müssen die in diesem Beitrag skizzierten langfristigen Konsequenzen miteinbezogen werden.
- Welche Folgen hätte ein Umgangsausschluss oder eine Einschränkung des Umgangs entweder hinsichtlich des abgelehnten oder hinsichtlich des (mutmaßlich) manipulativen Elternteils für das Kind und seine Familie?
- Schließlich: Wie ist die Ausübung der kinderbezogenen Verantwortung beider Eltern zu bewerten?

Das alles ändert nichts daran, dass es in der Praxis schwierig sein kann, mit den gegebenen Mitteln eine ausreichende Entscheidungsgrundlage zu erhalten. Wird eine Begründung der Ablehnung nicht benannt oder erscheint eine solche nicht „stimmig“, so kann man als Arbeitshypothese davon ausgehen, dass die Ablehnung extern veranlasst ist. Dies soll aber nicht daran hindern, die Hypothese ergebnisoffen zu prüfen: Wie ist die Haltung des betreuenden Elternteils? Wie die des abwesenden Elternteils? Wann begann die Ablehnung? Welche Indizien sind über die Beziehung des Kindes zu dem von ihm abgelehnten Elternteil aus früherer Zeit bekannt?

Soweit infolge der EKE eine Kindeswohlgefährdung zu bejahen und die in Aussicht genommene Maßnahme verhältnismäßig, also geeignet, erforderlich und angemessen ist,⁵¹ sind einschneidende Interventionen denkbar. So kann gem. §§ 1666 ff. BGB in das Sorgerecht des entfremdenden Elternteils eingegriffen, ggf. sogar ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts durchgesetzt werden. Dieselben Voraussetzungen, also einerseits eine Gefährdung des Kindeswohls und andererseits die Verhältnismäßigkeit der Mittel, haben ein Ausschluss des Umgangsrechts oder eine Anordnung begleiteter Umgänge für längere Zeit oder auf Dauer gem. § 1684 Abs. 4 BGB. In beiden Fällen ist freilich zu berücksichtigen, dass der Fokus auf der Verhinderung künftiger Schäden und nicht auf der Bestrafung des „schuldigen“ Elternteils liegt.

51 Vgl. BVerfGE 50, 217 (227); 80, 103 (107); 99, 202 (212 ff.).

b) Umgangspflegschaften

Umgangspflegschaften sind ein relativ neues Betätigungsfeld, das schrittweise an klaren und Konturen gewinnt.⁵² Wird die sog. Wohlverhaltenspflicht nach § 1684 Abs. 2 BGB, ausweislich derer die Eltern alles zu unterlassen haben, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert, dauerhaft oder wiederholt erheblich verletzt, so kann durch das Gericht eine Umgangspflegschaft nach § 1684 Abs. 3 BGB angeordnet werden.

Umgangspflegern wird gem. § 1684 Abs. 3 S. 4 BGB insoweit für die Dauer des Umgangs das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder übertragen, als diese für die Durchführung des Umgangs die Herausgabe des Kindes verlangen und während des Umgangs über dessen Aufenthalt bestimmen dürfen.

Abzugrenzen ist die Umgangspflegschaft von der Konstellation begleiteter Umgänge. Solche werden in § 1684 Abs. 5 S. 3 BGB als Regelbeispiel einer Einschränkung des Umgangsrechts vorgesehen und setzen bei einer Anordnung für längere Zeit oder auf Dauer voraus, dass andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre.

Für den Verfasser, der über eine langjährige Erfahrung als Umgangspfleger und Umgangsbegleiter verfügt, sind im Kontext der EKE folgende Punkte besonders wichtig.

So ist die Umgangspflegschaft gem. § 1684 Abs. 3 S. 5 BGB zu befristen. Das schließt zwar eine Anordnung für längere Zeit oder eine mehrfache Verlängerung nicht von vornherein aus,⁵³ ist aber ein Fingerzeig darauf, dass die Umgangspflegschaft „Hilfe zur Selbsthilfe“ sein und dazu beitragen soll, insbesondere bei dem Elternteil, der durch den Verstoß gegen die Wohlverhaltenspflicht Anlass zur Einrichtung der Umgangspflegschaft gegeben hat, einen Bewusstseinswandel herbeizuführen.⁵⁴ So soll der Umgangspfleger neben der Erfüllung seiner ureigenen Aufgabe (Umsetzung des Umgangsbeschlusses) ebenfalls dafür arbeiten, dass die Eltern nach Ende der Umgangspflegschaft ohne fremde Unterstützung die Umgangsangelegenheiten – und im Idealfall alle anderen ihrer Kinder auch – selbstständig regeln können.

52 Vgl. Baumann/Michel-Biegel/Rücker ZKJ 2022, 244 (250 ff.).

53 Grüneberg/Götz BGB § 1684 Rn. 23; Schmidt, in: Oberloskamp/Dürbeck § 19 Rn. 18 m.w.N.

54 Schmidt, in: Oberloskamp/Dürbeck § 19 Rn. 20.

Zudem sind Umgangspfleger häufig diejenigen, die innerhalb des Familienhelfersystems den besten Einblick in die Familie haben. Daher sind ihre Erkenntnisse für diese von maßgebender Bedeutung. So kann der Umgangspfleger im Sinne des Auftrags, Hilfe zur Selbsthilfe zu geben, eine Entwicklung über den Beschluss hinaus bei vielen Familien veranlassen bzw. begleiten, die zur Konfliktbeilegung führt, wenn beide Eltern eine entsprechende Bereitschaft signalisieren. Andererseits kann die Tätigkeit als Umgangspfleger bei besonders bindungsintoleranten Eltern (teilen) eine Herausforderung darstellen. Dann wird die Durchsetzung des Umgangsbeschlusses bereits problematisch sein und würde eine Entwicklung Richtung Familienbefriedung nicht unmittelbar anstehen können. Erforderlich ist in solchen Fällen ein koordiniertes Vorgehen mit anderen Fachkräften, etwa dem Gericht, dem Verfahrensbeistand und den Mitarbeitern des Jugendamtes. In jedem Fall sollten Umgangspfleger zu systemisch-lösungsorientierter Arbeit besonders befähigt sein, etwa aufgrund Erfahrungen in der Familienmediation oder einschlägigen Fortbildungen.

c) Best practices im Kontext gerichtlicher Verfahren

Daraus, dass Gerichte und das Familienhelfersystem täglich mit Sorge- und Umgangsverfahren einschließlich EKE zu tun haben, sind einige Initiativen entstanden, die teilweise auch in das Familienverfahrensrecht aufgenommen wurden. Allerdings wurden sie i.d.R. unkoordiniert und ohne Kenntnis voneinander initiiert. Insbesondere hängt die Frage, welche von den zu Gebote stehenden Mitteln genutzt werden, von dem Engagement einzelner Richter ab.

Immerhin besteht aber die Möglichkeit, dass Vertreter des Jugendamtes oder Verfahrensbeistände anregen, die andernorts erfolgreichen Möglichkeiten zu nutzen. Ggf. kann ein überörtlicher Austausch und ein gegenseitiges von- und miteinander Lernen („best practices“) realisiert werden. So können sich ggf. neue Herangehensweisen daraus entwickeln.

Die nachfolgende Liste hat keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Auch sie basiert auf den Erfahrungen des Verfassers bzw. auf Bekanntgaben in Foren für Fachleute. Sie soll lediglich einen Einblick in bereits existierende gerichtliche Antworten auf das EKE-Phänomen erlauben. Diese Antworten kann man in drei Gruppen zusammenfassen:

Die empathische/mediative Annäherung: Das Gericht versucht, zusammen mit den Eltern den Kern ihres Konflikts und nicht nur die EKE fokussiert zu erfassen. Dies kann auch im Rahmen eines Güterichterverfahrens nach § 36 Abs. 5 FamFG erfolgen, bei dem der Güterichter alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen darf. Als Nebeneffekt wird die EKE als Thema erledigt.

Die gutachterliche Annäherung: Werden Ansätze einer EKE bei einer Familie festgestellt, so wird, wenn sonst nichts helfen sollte, eine lösungsorientierte Begutachtung gem. § 163 Abs. 2 FamFG in Auftrag gegeben.⁵⁵ Der Sachverständige soll dann auf ein Einvernehmen zwischen den Beteiligten hinwirken. Meistens kommt es dadurch zu einem Einlenken des entfremdenden Elternteils und die EKE wird nachhaltig verhindert.

Die informative Annäherung: Kommen Indizien einer EKE zustande, so werden sie vom Gericht bei der allerersten Verhandlung thematisiert. Der betreffende Elternteil wird über die Konsequenzen informiert, sollte der Umgang nicht wie beschlossen stattfinden. Dann wäre das Aufenthaltsbestimmungsrecht an den anderen Elternteil vorläufig zu übertragen (ggf. das Sorgerecht), und/oder wird ein Ordnungsgeld in einer bestimmten Höhe festgesetzt, etc. Nach der gerichtlichen Information findet der Umgang normalerweise wie vorgesehen statt.

4. Nachwirkende Maßnahmen

Mit der Ebene der Reaktion soll der Kreis angemessener Handlungsoptionen bei EKE geschlossen werden. Denn die Reaktion betrifft einerseits die Frage nach dem „danach“. Hierzu können Sanktionen ebenso zählen wie Therapien für die Betroffenen. Insbesondere Sanktionen sind aber nicht nur Reaktion, sondern haben gleichzeitig eine generalpräventive Wirkung und sollen dazu beitragen, Menschen zu demotivieren, Kinder von ihren Eltern zu entfremden.

55 Dazu s. den Beitrag von Jopt in diesem Band.

a) Sanktionen

Sanktionen kommen, wenn auch als ultima ratio, bei Grenzüberschreitungen in Betracht. So ist die mit einer EKE einhergehende Kindeswohlgefährdung in vielen Fällen strafbar, sei es wegen Entziehung Minderjähriger gem. § 235 StGB, wegen Verletzung der Fürsorgepflicht gem. § 171 BGB oder wegen Körperverletzung gem. § 223 StGB.⁵⁶

Die vorliegend referierte Studie, unter Hunderten von weiteren Studien, legt die potenziell verheerenden Folgen der EKE für die Betroffenen nahe. Kinder aber auch Familien, die Opfer von EKE geworden sind, sollten dann vom Recht konsequent geschützt werden. Und die Verantwortlichen müssten bei zentralen Grenzüberschreitungen ggf. sanktioniert werden – so wie es in anderen Rechtsbereichen der Fall ist. Werden die gegebenen Rechtsgrenzen nicht verteidigt, so sollte man sich bewusst machen, dass die Duldung von EKE de facto deren Fortsetzung fördert. Dies spricht auch dagegen, in entsprechenden Fällen von §§ 153 f. StPO Gebrauch zu machen.

In der Praxis ist es hingegen schon selten, dass von den Familiengerichten empfindliche Ordnungsmittel gem. § 89 FamFG, also Ordnungsgeld und Ordnungshaft, verhängt werden, wenn gegen gerichtliche Beschlüsse und gerichtlich gebilligte Vergleiche zur Regelung des Umgangs verstoßen wird. Dabei haben die betreffenden Ordnungsmittel nicht einmal einen primären Sanktionscharakter. Vielmehr handelt es sich um Vollstreckungsmaßnahmen, die den Vollstreckungsschuldner zu normgemäßem Verhalten anhalten sollen.

Dabei kann schon die Ankündigung betreffender Maßnahmen Wunder wirken. Gerichte und Jugendämter sollten sich nicht scheuen, in entsprechenden Fällen darauf hinzuweisen, dass eine Akte „ganz schnell rot“, also der Staatsanwaltschaft zur Prüfung vorgelegt werden kann. Das Strafrecht kann zudem zur Entwicklung eines gesellschaftlichen Unrechtsbewusstseins im Zusammenhang mit EKE beitragen.

Auch die ernsthafte Androhung von Ordnungshaft, ggf. verbunden mit dem Hinweis, das Kind werde während der Haft bei dem (verhassten) anderen Elternteil untergebracht, oder der Hinweis auf ein mögliches Verfahren nach §§ 1666 ff. BGB können in geeigneten Fällen sinnvoll sein. Letztere haben, ungeachtet dessen, dass sie keine Sanktionen i.e.S. darstellen, den Vorteil, dass sie in Anbetracht dessen, dass EKE eine Form des Machtmiss-

56 Dazu s.o. unter II. 2. a).

brauchs darstellt,⁵⁷ dem entfremdenden Elternteil die dafür notwendige Handhabe nehmen können.

b) Schadenbeseitigung: Therapien

Bezüglich der psychologischen Schäden beziehungsweise Auswirkungen, lässt die Studie des Verfassers kein eindeutiges Symptomenmuster (Syndrom) erkennen.⁵⁸ Dies widerspricht begründeten Annahmen, die von einem besonderen Profil der elterlichen Entfremdung bei den Kindern ausgehen (Parental Alienation Syndrome).⁵⁹ Sicherlich erlaubt die Stichprobe der Studie nicht, eine konklusive Antwort bereitzustellen.

Die Bedeutung der Debatte kann aber relativiert werden. Ob es ein EKE-Syndrom gibt oder nicht, dürfte in Bezug auf deren Einordnung als Kindeswohlgefährdung unerheblich sein.

Dies entspricht der Sichtweise bei anderen Formen der Kindeswohlgefährdung. So gibt es kein Syndrom von körperlicher Züchtigung oder von sexuellem Missbrauch – aber beides wird zu Recht als kindeswohlgefährdend angesehen. Die Opfer werden geschützt, ohne dass es der Anerkennung bzw. Festlegung eines symptom-medizinischen Störungsmusters bedürfte

Dass sich die Belastung der (ehemaligen) Entfremdungskinder ganz unterschiedlich entwickeln kann, spricht nicht gegen die Erheblichkeit der EKE und der durch sie hervorgerufenen Schäden, sondern kann damit erklärt werden, dass

- das EKE-Phänomen so tief in die Psyche und deren Entwicklung greift, dass die Symptomerscheinung dadurch mannigfaltig wird. In der Tat kann es die heikelsten Phasen der psychischen Entfaltung des Menschen – dann massiv – erfassen, und die Psyche potenziell vollständig durcheinanderbringen;
- die individuellen Umstände (Umwelt, Genetik) einander unterscheiden;

57 Dazu s.o. unter 1. a).

58 Guerra, S.157 ff. Dies steht im Einklang mit den Anmerkungen von Zimmermann/Fichtner/Walter et al. ZKJ 2023, 43 ff. u. 83 ff. hinsichtlich der Komplexität des Phänomens.

59 S.o., insb. aus Guerra, S. 13 ff.

- weitere Variablen im konkreten Fall anders auffallen können, etwa die Formen der Entfremdung, deren Dauer, der Grad der Einbeziehung des Kindes in den Elternkonflikt, das Vorhandensein anderer Bezugspersonen, das Alter des Kindes, etc.

Insofern sollten gezielte therapeutische Ansätze ausgearbeitet werden, die das EKE-Phänomen im Blick haben, um möglichst die Heilung der Betroffenen (Kinder aber auch Erwachsenen) zu ermöglichen und eine nachwirkende Betreuung bei Traumatisierungen zu gewährleisten. Ebenfalls sind gezielte therapeutische Ansätze erforderlich, welche die abgebrochene Eltern-Kind-Bindung wiederherstellen, gar zustande kommen lassen können.

V. Weiterer Forschungsbedarf

Die Studie bietet einige Antworten, lässt aber viele Fragen offen, die noch wissenschaftlich untersucht werden müssen. Denn die EKE und ihre Umstände müssen noch besser verstanden werden, damit dieses Phänomen wirksam unterbunden werden kann. Eine transdisziplinäre Herangehensweise erscheint dabei zielführend zu sein.

1. Entstehung, Entwicklung und Folgen der Eltern-Kind-Entfremdung

Ursprung: Wir wissen noch zu wenig über die Motive, die Eltern zumindest anfänglich dazu bewegen, den Kontakt der gemeinsamen Kinder mit dem anderen Elternteil zu verhindern.⁶⁰ Wir wissen auch nicht, welche Einflussfaktoren diese Motivation ändern können – positiv wie negativ.

Entwicklung: Der qualitative Teil der Studie des Verfassers zeigt, dass der Weg zu einer Entfremdung komplex und uneinheitlich ist. Dennoch wäre es wichtig, eine Systematisierung zu erstellen, um angemessen, aber auch effektiv reagieren zu können.

Folgen: Auch hinsichtlich der Folgen der EKE für die betroffenen Kinder, deren Familien, Bezugspersonen, die Gesellschaft insgesamt etc. besteht weiterer Forschungsbedarf, obwohl der bisherige Forschungsstand relativ einheitlich und konsistent ist. Ungeklärt ist z.B., ob die EKE ein erkennba-

60 Vgl. dazu Bone (2022); Ackerman (1995); Staub ZKE 2010, 349 ff.; Castellote, Psychology Today v. 9.7.2021.

res Symptomen-Muster (Syndrom) ergibt. Auch das Leiden der Eltern und anderer Betroffener im Familienumkreis wurde bislang kaum erforscht.⁶¹ Dabei kann dieses sehr hoch und für die Betroffenen nicht auszuhalten sein, gerade wenn Mütter oder Väter von ihren Kindern abgelehnt, vielleicht sogar verspottet und gehasst werden. Denn auch Eltern spüren eine Bindung zu ihren Kindern – die womöglich biologische Wurzeln haben könnte.⁶² Berichtet wird sogar von Suizidfällen.⁶³

Ohne genauere Kenntnis der Folgen ist auch eine *Evaluation* der Maßnahmen gegen EKE schwer möglich. Dafür ist es notwendig, aus dem Teufelskreis zu kommen: Wissenschaft wird kaum betrieben, weil EKE (zumindest in Deutschland)⁶⁴ überwiegend unbekannt ist. Das wiederum ist Ausfluss der mangelnden Forschung. Bis zu dem notwendigen Paradigmenwechsel werden Täter ungehindert Kinder vom anderen Elternteil entfremden können – auf Kosten der (kindlichen) Opfer, des entfremdeten Elternteils und der Gesellschaft insgesamt.

2. Intergenerationaler Effekt

Der bei der EKE festgestellte intergenerationale Effekt passt nicht immer zu geläufigen Parametern. Bekannt ist die *aktive* Weitergabe an die nächste Generation von *passiv* erlebten Familienmustern – z.B. über Rollenbilder, verinnerlichte Verhaltensweisen und Toleranzgrenzen. Im Falle der EKE ist dagegen auffällig, dass der Effekt nicht selten zweimal *passiv* eintritt (als Kind aber auch als Elternteil *wird* man entfremdet).

61 Vgl. Katona, S. 95 ff.

62 Vgl. Orchard et al. *Sci Rep* 13 (2023), 4719; Paternina-Die et al. *Cerebral Cortex Communications* 1 (2020); Abraham et al. *International Journal of Psychophysiology* 136 (2019), 39 ff.; Hoekzema et al. *Nature Neuroscience* 20 (2017), 287 ff.; Kim et al. *New directions for child and adolescent development* 2016, 47 ff.; Kim et al. *Social neuroscience* 9 (2014), 522 ff.; Kim et al. *Behavioral Neuroscience* 124 (2010), 695 ff. Insbesondere sind die Bereiche im Gehirn, die sich auf Bindung zu den Kindern beziehen, solche die sich dauerhaft verändern. Dies suggeriert, dass ein abrupter Bruch der Eltern-Kind Bindung – insbesondere unter den Umständen der EKE – einen schwer ausgleichbaren Schaden auch bei den Eltern hervorrufen kann (s.u.).

63 Vgl. z.B. Baker (2019); Fidler et al. (2013).

64 Vgl. Harman et al. *Psychology* 58 (2022), 1887 ff.; Deutschland ist hinsichtlich der aktuellen Forschung jedoch kaum vertreten, vgl. Zimmermann/Fichtner/Walter et al. *ZKJ* 2023, 83 (86).

Dies erschwert das Verständnis der zugrundeliegenden Kausalität. Ob eine unbewusst erfolgte Partnerwahl, gar, ob Epigenetik involviert ist, ist weitestgehend ungeklärt.⁶⁵ Dabei ist der intergenerationale Effekt bei der EKE überzufällig. Es ist unwahrscheinlich, dass dieses vergleichsweise seltenes Phänomen oft Menschen zweimal im Leben trifft, ohne dass insoweit ein Zusammenhang besteht.⁶⁶

3. Rolle des Familienhelfersystems

Was das Familienhelfersystem betrifft, so soll die Diskrepanz zwischen quantitativen und qualitativen Ergebnissen besser verstanden werden, damit es wirksamer seine kinderschützende und -fördernde Funktion erfüllen kann: Weshalb spricht die quantitative Analyse für eine mangelnde Relevanz des Familienhelfersystems in Bezug auf die Lebenszufriedenheit und die Gesundheit der Betroffenen, während qualitativ die Arbeit des Familiensystems (sehr) negativ bewertet wurde?

Vermutlich könnte die Wahrnehmung des Familienhelfersystems positiver auffallen, wenn die Betroffenen feststellen würden, dass seine Arbeit zu zufriedenstellenden Ergebnissen führt. Wie dies aber zu realisieren ist, ob systemische Faktoren (Struktur, Tradition, Vorgehensweisen) verändert werden sollten bzw. wie man die externe Wahrnehmung von Maßnahmen verbessern kann, sollte genauer untersucht werden.

4. Elternkonflikt

Die vom Verfasser durchgeführte Studie belegt, dass die für die hypothesenbezogenen Variablen widrigen Konfliktexposition und die Involvierung von Kindern in den Elternkonflikt entlang der Gruppen (von A nach B und dann C) gravierender werden.

In dem Sinne wäre z.B. zu analysieren, welche Faktoren zur Beilegung des Konfliktes beitragen, welche zu dessen Eskalation oder zur Involvierung der Kinder in den Elternkonflikt. Wichtig ist weiter, ob und ggf.

65 Vgl. bspw. Prüfer, ZEITmagazin 25/2023.

66 Vgl. LaBrenz et al. *Social Work Practice* 30 (2020), 832 ff.; Maltais et al. *Child Abuse & Neglect* 88 (2019), 362 ff.; Carlson et al. *Child & Family Social Work* 25 (2020), 192 ff.

wie die EKE von anderen Phänomenen (bspw. häusliche Gewalt⁶⁷) abzugrenzen ist. Neue Wege der elterlichen Konfliktbeilegung sollten exploriert werden.

VI. Fazit

Wer ein Kind einem Elternteil ungerechtfertigt vorenthält, agiert rechtswidrig – umso mehr, wenn man das Kind als Instrument dafür durch Manipulation missbraucht.

Da das Sorgerecht, das grundsätzlich im Interesse des Kindes ausgeübt werden soll, genutzt wird, um dem Kind den Kontakt zum anderen Elternteil zu nehmen, kann von einem Rechtsmissbrauch gesprochen werden – mit möglicherweise strafrechtlicher Relevanz. Unabhängig davon liegt aus Perspektive des Familienrechts regelmäßig eine Kindeswohlgefährdung vor.

Für diese Einordnung liefert die Psychologie eine Reihe stichhaltiger Argumente. Dabei sind neben der Belastung durch den regelmäßig hochskalierten Elternkonflikt, in den die Kinder involviert werden, neben der Manipulation als solcher und neben dem dadurch hervorgerufenen Bindungsabbruch mögliche Schuldgefühle zu berücksichtigen, die im Erwachsenenalter auf die Kinder zukommen können – wenn sie eines Tages entdecken, dass der abgelehnte Elternteil eigentlich herzlich und liebevoll gewesen ist und dennoch, in der Wahrnehmung der Kinder: aufgrund ihrer Entscheidung ausgeschlossen wurde. Am schlimmsten ist dies, wenn der entfremdete Elternteil mittlerweile verstorben sein sollte, so dass eine Entschuldigung bzw. Versöhnung nicht mehr möglich ist.

Nicht zu vergessen ist auch, dass dies alles mitten in der empfindlichsten Phase des Persönlichkeitsbildung, nämlich während der (mitunter früheren) Kindheit geschieht. In dieser Zeit entwickeln sich das Zentralnervensystem sowie seine Verbindungen, was für den Rest des Lebens prägend sein wird.

Die vom Verfasser durchgeführte Studie belegt, dass die Beziehung der Kinder zu ihren Eltern im Falle einer Entfremdung nicht mehr „normal“ sein wird: Die Bindung zu einem Elternteil oder beiden Elternteilen wird

67 Vgl. bspw. Klovert, *Der Spiegel* v. 28.3.2023; Rupflin, *Zeit Online* v. 15.11.202; Hammer (2022); Lurel (2022); a.A. Avieli *Journal of Family Violence* 37 (2021), 1391 ff.; Hoyle (2016).

dauerhaft gestört.⁶⁸ Dabei bildet diese Bindung einen lebenslangen Eckpfeiler für die Zufriedenheit und Gesundheit.

Vor diesem Hintergrund sind deutlich höhere Anstrengungen als bisher erforderlich, um EKE präventiv vorzubeugen bzw. entgegenzuwirken. Insofern ist der Staat kraft des ihm obliegenden, verfassungsrechtlich durch Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG vorgegebenen Wächteramtes in der Pflicht. Doch auch eine gesellschaftliche Bewusstseinsänderung ist erforderlich, dass das Wohl von Entfremdungskindern gefährdet ist – mögen diese durch den betreuenden Elternteil auch im Übrigen gut versorgt werden. Bei Fachkräften liegt insoweit (meist) eine kognitive Dissonanz vor, die sich aus dem Kontrast zwischen dem Auftrag zu umfassendem Kinderschutz und der Realität der EKE als de facto geduldeter Kindeswohlgefährdung ergibt. Die kognitive Dissonanz wird u.a. so gelöst, dass man bspw. das EKE-Risiko als zu niedrig einschätzt. Dies dürfte mit dem Aufsatz widerlegt worden sein. Das durch EKE hervorgerufene Risiko ist in vielerlei Hinsicht sehr hoch, und dazu noch willkürlich, weil ungerechtfertigt. Insofern dürfte gelten: Je schneller wir an den Kipp-Punkt gelangen, an dem ein allgemeines Bewusstsein für die durch eine EKE hervorgerufene Kindeswohlgefährdung besteht, desto mehr Menschen werden vor diesem Schicksal bewahrt.

Literatur

- Abraham, Eyal/Hendler, Talma/Zagoory-Sharon, Orna/Feldman, Ruth: Interoception sensitivity in the parental brain during the first months of parenting modulates children's somatic symptoms six years later, The role of oxytocin, *International Journal of Psychophysiology* 136 (2019), 39 ff.
- Ackerman, Marc J.: *Clinician's guide to child custody evaluations*, Hoboken 1995
- Avieli, Hila: False Allegations of Domestic Violence, A Qualitative Analysis of Ex-Partners' Narratives, *Journal of Family Violence* 37 (2021), 1391 ff.
- Baker, Amy J.L.: *Parental alienation: A developmental approach*, Berlin 2019
- Baumann, Menno/Michel-Biegel, Charlotte/Rücker, Stefan u.a.: Zur Notwendigkeit professioneller Interventionen bei Eltern-Kind-Entfremdung, *ZKJ* 2022, 244 ff. u. 292 ff.
- Bernet, William: Recurrent misinformation regarding parental alienation theory, *American Journal of Family Therapy* 51 (2023), 334 ff.
- Ders./Baker, Amy J.L.: Parental alienation, DSM-5, and ICD-11: response to critics, *The journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 41 (2013), 98 ff.

68 Guerra, S. 157 ff.

- Ders./Gregory, Nilgun/Rohner, Ronald/Reay, Kathleen M.: Measuring the Difference Between Parental Alienation and Parental Estrangement, The PARQ-Gap, *Journal of forensic sciences* 65 (2020), 1225 ff.
- Ders./Boch-Galhau, v., Wilfrid/Baker, Amy J.L./Morrison, Stephen L.: Parental Alienation, DSM-V, and ICD-II, *The American Journal of Family Therapy* 38 (2010), 76 ff.
- Boch-Galhau, v., Wilfrid: Parental Alienation (Syndrome), Eine ernst zu nehmende Form von psychischer Kindesmisshandlung, *Neuropsychiatrie* 32 (2018), 133 ff.
- Ders.: Parental Alienation, A Serious Form of Child Psychological Abuse and a World-wide Health Problem, that Affects Children and Victim Parents all Over the World, *International Journal of Psychiatry Research* 2021, 1 ff.
- Carlson, Lyndsey/Carty, Stephanie/Priest, Helena/Melia, Yvonne: Reunification of looked-after children with their birth parents in the United Kingdom, A literature review and thematic synthesis, *Child & Family Social Work* 25 (2020), 192 ff.
- Castelloe, Molly S.: Signs of Parental Alienation When grief turns to retaliation, *Psychology Today* v. 9.7.2021, online verfügbar unter <https://www.psychologytoday.com/us/blog/the-me-in-we/202107/signs-parental-alienation> (letzter Abruf 31.8.2023)
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.): BeckOK Grundgesetz, 55. Edition, München 2023 (zit.: BeckOK GG/Bearbeiter)
- Fidler, Barbara J./Bala, Nicholas/Saini, Michael A.: Children who resist postseparation parental contact, A differential approach for legal and mental health professionals, Oxford 2013
- Forslund, Tommie/Granqvist, Pehr/Ijzendoorn, v., Marinus H. u.a.: Attachment goes to court, child protection and custody issues, *Attachment & Human Development* 24 (2022), 1 ff.
- Füchle-Voigt, Traudl: Verordnete Kooperation im Familienkonflikt als Prozess der Einstellungsänderung: Theoretische Überlegungen und praktische Umsetzung, FPR 2004, 600 ff.
- Guerra González, Jorge: Ursachen und langfristige Folgen von Trennungs- und Entfremdungserfahrungen in der Kindheit, Eine quantitative/qualitative Studie, Lüneburg 2023, online verfügbar unter https://www.leuphana.de/fileadmin/user_upload/Forschungseinrichtungen/ifus/professuren/energie-und-umweltrecht/Schriftenreihe/28Gonzalez_Trennungs-undEntfremdungserfahrungen.pdf (letzter Abruf 31.8.2023)
- Grüneberg, Christian: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl., München 2023 (zit.: Grüneberg/Bearbeiter)
- Haines, Janet/Matthewson, Mandy/Turnbull, Marcus: Understanding and Managing Parental Alienation, A Guide to Assessment and Intervention, London 2019
- Hammer, Wolfgang: Familienrecht in Deutschland, Eine Bestandsaufnahme, Norderstedt 2022
- Harman, Jennifer J./Warshak, Richard A./Lorandos, Demosthenes/Florian, Matthew J.: Developmental psychology and the scientific status of parental alienation, *Developmental Psychology* 58 (2022), 1887 ff.

- Harris, Michelle A./Orth, Ulrich: The link between self-esteem and social relationships, A meta-analysis of longitudinal studies, *Journal of Personality and Social Psychology* 119 (2020), 1459 ff.
- Hepper, Erika G./Carnelley, Katherine B.: Attachment and romantic relationships, The role of models of self and other, in: Paludi, Michele A. (Hrsg.), *The psychology of love*, Bd. 1, London 2012, S. 133 ff.
- Heintschel-Heinegg, v., Bernd (Hrsg.): *BeckOK StGB*, 58. Edition, München 2023 (zit.: BeckOK StGB/Bearbeiter)
- Hoekzema, Elseline, Barba-Müller, Erika, Pozzobon u.a.: Pregnancy leads to long-lasting changes in human brain structure, *Nature Neuroscience* 20 (2017), 287 ff.
- Hoyle, Carolyn/Speechley, Naomi-Ellen/Burnett, Ros: *The Impact of Being Wrongly Accused of Abuse in Occupations of Trust, Victims' Voices*, Oxford 2016
- Katona, Esther Theresia: *Parental Alienation Syndrome – Der Verlust des eigenen Kindes durch Trennung und Scheidung, Eine Studie über den Verlauf des Kontaktabbruchs zum eigenen Kind und den daraus resultierenden Auswirkungen auf betroffene Eltern*, Diplomarbeit, Freiburg i. Br. 2007
- Kim, Pilyoung: *Human Maternal Brain Plasticity, Adaptation to Parenting, New directions for child and adolescent development* 2016, 47 ff.
- Dies./Rigo, Paola/Mayes, Linda C. u.a.: Neural plasticity in fathers of human infants, *Social neuroscience* 9 (2014), 522 ff.
- Dies./Leckman, James F./Mayes, Linda C. u.a.: The plasticity of human maternal brain: Longitudinal changes in brain anatomy during the early postpartum period, *Behavioral Neuroscience* 124 (2010), 695 ff.
- Klovert, Heike: Dass Eltern einander niedermachen, lässt sie nicht zu, Bericht des Nachrichtenmagazins *Der Spiegel* v. 16.12.2022, online verfügbar unter <https://www.spiegel.de/familie/marie-france-carlier-dass-eltern-einander-niedermachen-laesst-sie-e-nicht-zu-a-53ee9c82-ff54-4578-bf9a-f2c19f0dcef5> (letzter Abruf 31.8.2023)
- Dies.: Stigmatisierte Mütter, diskreditierte Väter, Bericht des Nachrichtenmagazins *Der Spiegel* v. 28.3.2023, online verfügbar unter <https://www.spiegel.de/familie/familiener-echt-bei-trennung-und-scheidung-was-es-mit-der-hammer-studie-auf-sich-hat-a-e1960902-e377-4596-a93f-c27ea964c611> (letzter Abruf 31.8.2023)
- LaBrenz, Catherine A./Panisch, Lisa S./Liu, Chung u.a.: Reunifying Successfully, A Systematic Review of Interventions to Reduce Child Welfare Recidivism, *Research on Social Work Practice* 30 (2020), 832 ff.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian (Begr.)/Heger, Martin (Bearb.): *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl., München 2023
- Lurel, Marie-Lee: La nécessaire vigilance à l'égard de l'aliénation parentale invoquée comme cause d'éloignement progressif entre l'enfant et le parent non-gardien, *Droits Fondamentaux* 2022, online verfügbar unter <https://www.crdh.fr/revue/n-20-2022/la-necessaire-vigilance-a-legard-de-lalienation-parentale-invoquee-comme-cause-deloignement-progressif-entre-lenfant-et-le-parent-non-gardien-comite-des-droits-de-le-nfant-des-nations-unies/> (letzter Abruf 31.8.2023)

- Maltais, Christine/Cyr, Chantal/Parent, Geneviève/Pascuzzo, Katherine: Identifying effective interventions for promoting parent engagement and family reunification for children in out-of-home care, A series of meta-analyses, *Child Abuse & Neglect* 88 (2019), 362 ff.
- Marques, Telma/Narciso, Isabel/Ferreira, Luana C.: Empirical research on parental alienation, A descriptive literature review, *Children and Youth Services Review* 119 (2020), 105572
- Menkens, Sabine: Warum die „Zahlväter“ wegen der Ampel-Unterhaltsreform neue Konflikte befürchten, Bericht der Tageszeitung Die Welt v. 31.8.2023, online verfügbar unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/plus247188356/Unterhaltsreform-Warum-die-Zahlvaeter-neue-Konflikte-befuerchten.html?> (letzter Abruf 31.8.2023)
- Miralles, Paloma/Godoy, Carmen/Hidalgo, María D.: Long-term emotional consequences of parental alienation exposure in children of divorced parents, A systematic review, *Current Psychology* 2021, online verfügbar unter online verfügbar unter <https://link.springer.com/article/10.1007/s12144-021-02537-2> (letzter Abruf 31.8.2023)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, 8. Aufl., München 2020 (zit.: MüKoBGB/Bearbeiter)
- Orchard, Edwina R./Voigt, Katharina/Chopra, Sidhant u.a.: The maternal brain is more flexible and responsive at rest: effective connectivity of the parental caregiving network in postpartum mothers, *Sci Rep* 13 (2023), 4719
- Paternina-Die, María/Martínez-García, Magdalena/Pretus, Clara u.a.: The Paternal Transition Entails Neuroanatomic Adaptations that are Associated with the Father's Brain Response to his Infant Cues, *Cerebral Cortex Communications* 1 (2020), online verfügbar unter <https://academic.oup.com/cercorcomms/article/1/1/tgaa082/5955504> (letzter Abruf 31.8.2023)
- Prüfer, Tilmann: Hauptsache, das Kind ist glücklich. ZEITmagazin 25/2023, online verfügbar unter https://www.zeit.de/zeit-magazin/2023/25/kindheit-glueck-forschung-praegung-erziehung?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F (letzter Abruf 31.8.2023)
- Rudolph, Jürgen: „Kinderschutz“ im Netzwerk, FPR 2009, 574 ff.
- Rupflin, Alexander: Mama?, Bericht des Magazins Zeit Online v. 15.11.2022, online verfügbar unter <https://www.zeit.de/2022/46/gewalt-familie-mutter-missbrauch-alkoholismus> (letzter Abruf 31.8.2023)
- Schlenzog-Schuster, Franziska/Keil, Jan/Klitzing, v., Kai u.a.: From Maltreatment to Psychiatric Disorders in Childhood and Adolescence: The Relevance of Emotional Maltreatment, *Child Maltreatment* 2022 (im Erscheinen), online verfügbar unter <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/10775595221134248> (letzter Abruf 31.8.2023)
- Schmidt, Christopher: Der Umgang von Eltern und Kind im Existenzsicherungsrecht, NJW 2020, 812 ff.
- Ders.: Finanzierung von Mediation aus Mitteln der Kinder- und Jugendhilfe, ZKM 2020, 128 ff.

- Ders.: Pflegschaft für Minderjährige, in: Oberloskamp, Helga (Begr.)/Dürbeck, Werner (Hrsg.), Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, München 2023, 393 ff.
- Sher, Leo: Parental alienation, the impact on men's mental health, *International journal of adolescent medicine and health* 29 (2017), 83 ff.
- Staub, Liselotte: Kontaktwiderstände des Kindes nach der Trennung der Eltern: Ursache, Wirkung und Umgang, *ZKE* 2010, 349 ff.
- Sünderhauf-Kravets, Hildegund/Widrig, Martin: EGMR anerkennt „Parental Alienation“, *sui generis* 2020, 491 ff.
- Sünderhauf-Kravets, Hildegund/Guerra González, Jorge: Kindeswohl – Wechselmodell – Mediation, *Neue psychologische Forschung und rechtspolitische Forderungen, Die Mediation* 2023, 72 ff.
- Templer, Kate/Matthewson, Mandy/Haines, Janet/Cox, Georgina: Recommendations for best practice in response to parental alienation: findings from a systematic review, *Journal of Family Therapy* 39 (2017), 103 ff.
- Wettig, Jürgen: Eltern-Kind-Bindung: Kindheit bestimmt das Leben, *Deutsches Ärzteblatt* 103 (2006), 2298 ff.
- Zimmermann, Janin/Fichtner, Jörg/Walper, Sabine u.a.: Verdorbener Wein in neuen Schläuchen, Warum wir allzu vereinfachte Vorstellungen von „Eltern-Kind-Entfremdung“ hinter uns lassen müssen, *ZKJ* 2023, 43 ff. u. 83 ff.

Zehn Jahre Wechselmodell – ein persönlicher Rückblick

Prof. Dr. Hildegund Sünderhauf

Während die Einführung der gemeinsamen rechtlichen elterlichen Sorge als gesetzlicher Normalfall nach Trennung und Scheidung im Jahr 1998 dazu führte, dass de jure die Eltern weiter gemeinsam für das Kind verantwortlich sind, setzt das Wechselmodell die gemeinsame Verantwortung in der Praxis um. Dass dies nicht minder auf Widerstände stößt als es bei anderen gesellschaftlichen Neuerungen der Fall war, ist verständlich – und spiegelt sich in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung wider. Doch keiner, der sich ernsthaft mit dem Thema beschäftigen will, kommt an der Verfasserin des vorliegenden Beitrags vorbei, welche die Diskussion in den letzten zehn Jahren geprägt hat wie keine andere.

Inhalt

I.	Einleitung	66
II.	Veröffentlichungen (ab 2013)	67
	1. Monografie	67
	2. Praxisratgeber	67
III.	Deutscher Familiengerichtstag (2013)	67
	1. Arbeitskreis 7	67
	2. Reaktion des Vorstands	68
IV.	Gründung des International Council on Shared Parenting (2013)	69
	1. Vereinszweck	69
	2. Konferenzen des ICSP	69
V.	Deutscher Juristinnenbund (2014)	70
	1. Vereinszweck	70
	2. Erfahrungen	70
VI.	Resolution des Europarats zu Shared Parenting / Wechselmodell (2015)	71
	1. Shared Parenting als gesetzliches Leitbild	71
	2. Mediation stärken	71
VII.	Verfassungsbeschwerden (2015)	72
VIII.	Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (2017)	73
IX.	Soziale Arbeit und elterliche Trennung (2019)	73
	1. Inhalte	73
	2. Bedeutung	74
X.	Studie Kindeswohl und Umgangsrecht (2015 -2023)	74
	1. Intention der Studie	74
	2. Wissenschaftlicher Beirat	75
	3. Nichtabnahme der Ergebnisse und alternative Veröffentlichung	75
	4. Klage auf Herausgabe der Studienergebnisse	76
XI.	„Getrennt gemeinsam erziehen“ – Allensbachstudie (2017)	76
	1. Intention der Studie	76
	2. Ergebnisse der Studie	77

XII. Wechselmodell im Koalitionsvertrag (2021–2025)	77
1. Ankündigungen	78
2. Realität	78
XIII. Reform des Unterhaltsrechts (2023)	79
1. Problemstellung	79
2. Lösung	80
XIV. Fazit	80

I. Einleitung

Wenn man vor über zehn Jahren die noch sehr übersichtliche Rechtsprechung zur Anordnung von paritätischer Betreuung im Wechselmodell an deutschen Familiengerichten sichtete, stieß man auf zwei sich widersprechende Annahmen:

- Die einen lehnten die Anordnung des Wechselmodells ab und sagten (sinngemäß): So lange nicht wissenschaftlich bewiesen ist, dass das Wechselmodell für die kindliche Entwicklung förderlich ist, ordnen wir es nicht an.¹
- Die anderen schrieben: So lange nicht wissenschaftlich bewiesen ist, dass das Wechselmodell für die kindliche Entwicklung schädlich ist, ordnen wir es an, denn es entspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes zum Elternrecht am ehesten.²

Es wäre doch gelacht, wenn sich dazu in der psychologischen Scheidungsfolgenforschung der vergangenen sechzig Jahre nichts finden ließe ... und das Forschungsvorhaben meines Lebens nahm seinen Lauf.

Heute, nach über zehn Jahren, ist es an der Zeit, Resümee zu ziehen. Die folgenden Punkte sollen einige wichtige Schritte in der rechtspolitischen Entwicklung in Deutschland bis heute darstellen.

1 Vgl. z.B. OLG Brandenburg NJOZ 2003, 3041 (3043) = BeckRS 2003, 6684, dem viele Gerichte folgten.

2 Z.B. OLG Dresden NJW-RR 2005, 7 (7 f.) = BeckRS 2004, 7997. Erstmals wohl AG Hannover FamRZ 2000, 846 (846 ff.) = BeckRS 2009, 3627 (Eilverfahren) und JAmt 2001, 557 (557) in derselben Sache; zur näheren Begründung vgl. Sünderhauf, 2013, S. 420 ff.

II. Veröffentlichungen (ab 2013)

1. Monografie

Nach jahrelanger Forschungsarbeit veröffentlichte ich 2013 die Monografie *„Wechselmodell: Psychologie, Recht, Praxis“*³, welche eine kontroverse Debatte in der juristischen und sozialpädagogischen Fachwelt, unter betroffenen Eltern und in politischen Lagern und Medien auslöste. Das Buch war das erste in deutscher Sprache, das sich mit der Thematik der paritätischen Betreuung wissenschaftlich fundiert beschäftigt hat und ist bis heute auch das einzige, in dem neben juristischen Fragen auch die psychologischen Erkenntnisse sowie Fragen der Operationalisierung durch gelebte abwechselnde Betreuung dargestellt werden.

2. Praxisratgeber

Um Letzteres zu vertiefen, veröffentlichte ich sieben Jahre später den *„Praxisratgeber Wechselmodell – wie Getrennterziehen im Alltag funktioniert“*.⁴

Andere Autorinnen und Autoren haben Ratgeber aus ihrer Perspektive veröffentlicht, so die Soziologin Prof. Dr. Nina Weimann-Sandig (*„Weil Kinder beide Eltern brauchen“*);⁵ die Psychologin und familienpsychologische Gutachterin Marianne Nolde (*„Eltern bleiben nach der Trennung“*)⁶ sowie die Mediatoren Thomas Matthäus und Dr. Isabell Lütkehaus (*„Umgang im Wechselmodell“*).⁷

III. Deutscher Familiengerichtstag (2013)

1. Arbeitskreis 7

Der 20. Deutsche Familiengerichtstag e.V. (DFGT) hatte im September 2013 in Brühl einen Arbeitskreis (AK) zum Wechselmodell aus kindschaftsrechtlicher Sicht einberufen (*„Umgang zwischen Wochenend- und Wechselmodell“*), dessen Leitung ich übernehmen durfte.

3 Sünderhauf, 2013 (917 Seiten).

4 Sünderhauf, 2020 (179 Seiten).

5 Weimann-Sandig, 2022 (206 Seiten).

6 Nolde, 2020 (190 Seiten).

7 Matthäus/Lütkehaus, 2021 (268 Seiten).

75 fachkundige Teilnehmerinnen und Teilnehmern haben nach ausführlicher Diskussion in demokratischer Abstimmung folgende Thesen⁸ verabschiedet:

- Nach einer Definition des Begriffs Wechselmodell (These 1.)
- wurde mit großer Mehrheit bejaht, dass das Wechselmodell *rechtssystematisch* eine Frage der elterlichen Sorge sei, nicht des Umgangsrechts (These 2a.).
- Unabhängig von dieser Einschätzung könne bereits heute *de lege lata* im Rahmen eines Umgangsverfahrens eine paritätische Betreuung angeordnet werden (These 2b).
- Ebenfalls mit sehr großer Mehrheit wurde befürwortet, das Wechselmodell auch gegen den Willen eines Elternteils anzuordnen und ggf. eine Probezeit vorzusehen sei (These 3.).
- Abschließend gab es eine (knappe) Mehrheit für die Annahme, dass auch in hochstrittigen Elternkonstellationen, unter Einhaltung besonderer Anforderungen an den Betreuungsplan, eine paritätische Betreuung angeordnet werden könne (These 4).

2. Reaktion des Vorstands

Nachdem mir im Vorfeld von einem Mitglied des Vorstandes gesagt worden war, dass ein *wechselmodellkritisches* Ergebnis erwartet würde, war man mit dem Ergebnis und den Schlussthesen⁹ des AK 7 nicht einverstanden. So wenig, dass der Vorstand sich im Januar 2014 bemüßigt sah, auf der Webseite des einflussreichen Vereins einen Hinweis zu veröffentlichen, in dem man sich von den Thesen des AK 7 distanzierte.

Entgegen seinen Vereinsstatuten ist der DFGT offenkundig weder an wissenschaftlich evidenzbasierten Argumenten interessiert noch bereit, seine Zirkel für Fachkolleginnen und -kollegen zu öffnen, die eine von der Mehrheit im Vorstand nicht erwünschte rechtspolitische Meinung vertreten.

8 Die Thesen sind online unter https://www.dfgt.de/resources/2013_Arbeitskreis_7.pdf zu finden (letzter Abruf: 13.9.2023) und in FF 2014, 46 f. abgedruckt.

9 Arbeitskreisergebnis mit Thesen und Abstimmungsergebnissen verfügbar unter https://www.dfgt.de/resources/2013_Arbeitskreis_7.pdf (letzter Abruf: 13.9.2023).

IV. Gründung des International Council on Shared Parenting (2013)

Mit Gründungsmitgliedern aus sieben Ländern gründeten wir 2013 den Internationalen Rat für paritätische Doppelresidenz/International Council on Shared Parenting e.V. (ICSP). Dieser hat zurzeit ca. 100 Mitglieder aus 28 Ländern.

1. Vereinszweck

Der Verein besteht aus drei Säulen:

- Einzelpersonen und Organisationen aus der *Wissenschaft* (Psychologie, Recht, Soziologie u.a.),
- Persönlichkeiten aus *Familienberufen* („family professions“, also allen, die im Rahmen von kindschaftsrechtlichen Verfahren mitwirken) und
- Vertretern der *Zivilgesellschaft* (Vereine, die sich für die Interessen der am kindschaftsrechtlichen Verfahren beteiligten Gruppen stark machen)

Gemäß seiner Satzung ist der Vereinszweck:

- Verbreitung und Weiterentwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse über die Bedürfnisse und Rechte („Wohl“) von Kindern, deren Eltern getrennt leben und
- Formulierung evidenzbasierter Empfehlungen zur rechtlichen und praktischen Umsetzung der gemeinsamen Elternschaft.

2. Konferenzen des ICSP

Um diese Ziele zu erreichen, veranstaltet der ICSP u.a. internationale Konferenzen.¹⁰ Die ersten beiden internationalen Konferenzen fanden 2014 und 2015 in Bonn statt. Es folgten Konferenzen 2017 in Boston/USA, 2018 auf Einladung des Europarats in Straßburg/Frankreich, 2020 in Vancouver/Kanada (wegen Corona kurzfristig nur online durchgeführt) und zuletzt 2023 in Athen/Griechenland. Im Mai 2024 wird der ICSP sein zehnjähriges Jubiläum mit einer Konferenz in Bonn feiern.

10 Informationen zum Verein und Dokumentation der Konferenzen verfügbar unter <https://www.twohomes.org/> (letzter Abruf: 13.9.2023).

V. Deutscher Juristinnenbund (2014)

Der Deutsche Juristinnenbund e.V. (djb), dem ich über 25 Jahre angehörte, vertritt die Interessen von Frauen in Justiz und Recht.

1. Vereinszweck

In der Satzung wird der Vereinszweck beschrieben als:

1. „die Förderung der Wissenschaft durch Fortentwicklung des Rechts, unter anderem auf dem Gebiet der Gleichberechtigung und Gleichstellung der Frau in Gesellschaft, Beruf und Familie sowie der rechtlichen Absicherung der Lebenssituation von Kindern und alten Menschen,
2. die Förderung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern.“¹¹

2. Erfahrungen

Bereits als Studentin hatte ich mit Kommilitoninnen die „djb Regionalgruppe Bodensee“ gegründet und war jahrelang in der sog. Familienrechtskommission auf Bundesebene tätig gewesen.

Durfte ich im September 2014 auf der djb-Jahrestagung in Bonn noch einen Vortrag zum Wechselmodell mit dem Titel „*Entwicklung der elterlichen Verantwortung im europäischen Kontext unter besonderer Berücksichtigung von Trennung / Scheidung und Genderaspekten*“¹² halten, wurde mir im Folgejahr mitgeteilt, dass meine Mitarbeit im Verein nicht mehr erwünscht sei. Die Begründung: Mit dem Thema Wechselmodell würde ich die Interessen von Väterverbänden vertreten und hätte somit quasi die Seite gewechselt.

Dagegen sprechen meines Erachtens zwei gewichtige Einwände:

- Erstens geht es nicht um Väterinteressen, sondern primär um Kinderinteressen und wenn Elterninteressen betroffen sind, dann auch die von Müttern.

11 Satzung online verfügbar unter <https://www.djb.de/ueber-uns/satzung> (letzter Abruf: 13.9.2023).

12 Sünderhauf djbZ 2014, 164 (164 ff.).

- Zweitens war es doch einmal ein zentrales Anliegen der Frauenbewegung gewesen, Familienarbeit auf den Schultern von Müttern *und* Vätern gleichberechtigt und -verpflichtet zu verteilen.

Meiner Auffassung nach gibt es kein Betreuungsmodell für getrenntlebende Eltern, das so konsequent Gleichberechtigung von Müttern und Vätern und geteilte Verantwortung für die Familie verwirklicht wie das Wechselmodell.

VI. Resolution des Europarats zu Shared Parenting / Wechselmodell (2015)

Ein Licht am Horizont war und ist die Resolution des Europarats Nr. 2079 aus dem Jahr 2015 mit dem Titel „*Equality and shared parental responsibility – the role of fathers*“.¹³

Ziel der Resolution ist es, im oben genannten Sinn¹⁴ Gleichberechtigung zwischen Müttern und Vätern zu fördern und Väter als Betreuungsperson für Kinder getrenntlebender Eltern zu erhalten. Die Resolution formuliert unter anderem zwei Forderungen an alle europäischen Mitgliedsstaaten, die unbedingt zusammen gedacht werden müssen:

1. Shared Parenting als gesetzliches Leitbild

Das Wechselmodell als Leitbild der Rechtsordnung: Danach soll geteilte gleichberechtigte und -verpflichtete Betreuung von Trennungskindern der Normalfall werden, eine Betreuung durch ganz überwiegend nur einen Elternteil (Residenzmodell) die Ausnahme.¹⁵

2. Mediation stärken

Strukturelle Stärkung der Mediation im Familienrecht: Kindschaftsrechtliche Verfahren (insbesondere um elterliche Sorge und Umgangsrecht) sollen

13 Übersetzt: „Gleichberechtigung und geteilte elterliche Verantwortung – die Rolle der Väter“.

14 Dazu s. V. 2.

15 Vgl. Parlamentarische Versammlung des Europarates (PACE), Empfehlung 2079 (2015), Ziff. 5.5.

prioritär im Wege der Mediation gelöst werden, nicht durch einen Richterspruch.¹⁶

Dabei hängt die Stärkung der Mediation insoweit mit dem Wechselmodell als gesetzlichem Leitbild zusammen, als sie eine gleichberechtigte Ausgangssituation voraussetzt. Daran fehlt es in Fällen des Residenzmodells.

VII. Verfassungsbeschwerden (2015)

Dem BVerfG wurden bis heute eine Vielzahl von Verfassungsbeschwerden vorgelegt, mit denen Elternteile (meist Väter) eine paritätische Betreuung einfordern wollten. Bisher wurde keine dieser Verfassungsbeschwerden gem. § 93a BVerfGG zur Entscheidung angenommen.

Allerdings hat das BVerfG im Rahmen eines Nichtannahmebeschlusses aus dem Jahr 2015 seine Sicht der Dinge darlegt.¹⁷

So könne aus den Grundrechten kein Anspruch auf paritätische Betreuung abgeleitet werden. Das gelte auch für Art. 6 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund, dass der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers nicht dadurch überschritten werde, dass das Gesetz das Wechselmodell nicht als Regelfall vorsehe.¹⁸ Dass die §§ 1671, 1684 BGB mittelbar Männer diskriminierten, so dass ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG in Betracht komme, sei durch den Beschwerdeführer nicht hinreichend dargetan worden.¹⁹

Jedoch haben Gerichte, so das BVerfG weiter, bei der Entscheidung um eine (grundsätzlich mögliche) Wechselmodellanordnung nicht nur eine Kindeswohlprognose anzustellen, sondern auch eine Deeskalationsprognose. Die Richter/innen müssen sich also fragen, welche Auswirkungen ihre Entscheidungen auf den Konflikt zwischen den Eltern haben wird und wie sich das wiederum auf das Wohl des Kindes niederschlägt.

Zudem ließ das BVerfG ausdrücklich offen, ob der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers mit Blick auf Art. 6 Abs. 2 GG dann überschritten wäre, wenn dieser die gegen den Willen eines Elternteils getroffene Anordnung paritätischer Betreuung ausschließen würde.²⁰

16 Parlamentarische Versammlung des Europarates (PACE), Empfehlung 2079 (2015), Ziff. 5.9.

17 BVerfG NJW 2015, 3366 (3366 ff.) = NZFam 2015, 755 (755 ff.).

18 BVerfG NJW 2015, 3366 (3366) = NZFam 2015, 755 (756).

19 BVerfG NJW 2015, 3366 (3367) = NZFam 2015, 755 (756).

20 BVerfG NJW 2015, 3366 (3366) = NZFam 2015, 755 (756).

VIII. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (2017)

Diese Vorlage des BVerfG nahm der BGH mit einer weichenstellenden Entscheidung zum Wechselmodell aus dem Jahr 2017 auf.²¹ Hintergrund war die Rechtsbeschwerde eines Vaters aus Franken, weil sein Antrag auf Betreuung im Wechselmodell vom OLG Nürnberg mit der Begründung abgelehnt worden war, eine paritätische Betreuung sei gesetzlich nicht vorgesehen und könne daher nicht angeordnet werden.²²

Dieser Rechtsauffassung erteilte der BGH eine klare Absage. Er stellte fest, dass auch im Rahmen der geltenden Regelungen des BGB eine paritätische Betreuung im Sinne eines Wechselmodells angeordnet werden könne, wenn diese dem Kindeswohl, unter Berücksichtigung des Kindeswillens, am ehesten entspricht. Rechtsgrundlage dafür sei § 1684 Abs. 1, 3 S. 1 i.V.m. § 1697a BGB. Denn das Gesetz enthalte „eine Beschränkung des Umgangsrechts dahingehend, dass vom Gericht angeordnete Umgangskontakte nicht zu hälftigen Betreuungsanteilen der Eltern führen dürfen“.²³

IX. Soziale Arbeit und elterliche Trennung (2019)

Im Juni 2019 kam ein Sonderheft des Sozialmagazins heraus, mit dem Titel „Elterliche Trennungen“, das von der Verfasserin und *Dr. Marc Serafin* herausgegeben wurde.

1. Inhalte

Das Heft enthält aktuelle Beiträge zu relevanten Fragestellungen rund um Trennung und Scheidung, unter anderem:

- Rolle von Großeltern bei Trennung und Scheidung²⁴
- Gleichgeschlechtliche Eltern bei Trennung und Scheidung²⁵

21 BGH NJW 2015, 1815 (1815 ff.) = NZFam 2017, 206 (206 ff.).

22 OLG Nürnberg FamRZ 2016, 2119 (2119 f.) = BeckRS 2015, 115994.

23 BGH NJW 2015, 1815 (1816) = NZFam 2017, 206 (207 f.).

24 Hermes Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 77 ff.

25 Schug Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 86 ff.

- Aufgaben der Sozialen Arbeit im Kontext von Trennung und Scheidung²⁶
- Wechselmodell und Mediation²⁷
- Soziale Arbeit mit Trennungsvätern²⁸
- Empirische Ergebnisse einer Elternbefragung²⁹

2. Bedeutung

Neben den o.g. Beiträgen ist diese Publikation vor allem bedeutend, weil der Stand der psychologischen Forschung von Prof. Dr. Linda Nielsen (USA)³⁰ und der Stand der Forschung zum Wechselmodell in Schweden durch Dr. Emma Fransson³¹ nun in deutscher Sprache vorliegen und zur Begründung von Anträgen bei Ämtern und Gerichten genutzt werden können.

X. Studie Kindeswohl und Umgangsrecht (2015 -2023)

1. Intention der Studie

Immer wieder wurde in der Diskussion bemängelt, die psychologischen Studien seien allesamt aus dem Ausland, überwiegend aus den USA und skandinavischen Ländern, und die Ergebnisse deshalb nicht ohne weiteres auf deutsche Verhältnisse übertragbar.³² Der Ruf wurde laut nach einer deutschen Studie zum Wechselmodell und ein entsprechendes Forschungsvorhaben vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) im Frühjahr 2015 ausgeschrieben.

Den Zuschlag erhielten Prof. Dr. Franz Petermann (Universität Bremen) und die Forschungsgruppe Petra. Der Titel der Studie lautete „Kindeswohl und Umgangsrecht“, denn den (weiblichen) Mitarbeiterinnen des Ministeriums war es ein Anliegen, dass das Wort „Wechselmodell“ (oder Doppelresidenz) nicht vorkommt – dabei ging es um nichts anderes.

26 Etwa mit Blick auf die Leitung von Jugendämtern, s. Serafin Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 6 ff.

27 Sünderhauf Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 58 ff.

28 Schulte Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 72 ff.

29 Haumann Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 20 ff.; dazu s. unter XI.

30 Nielsen Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 38 ff.

31 Fransson Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 30 ff.

32 Dem widerspricht Fransson Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 30 ff.

2. Wissenschaftlicher Beirat

Ein Wissenschaftlicher Beirat mit zwanzig Mitgliedern wurde einberufen, zusammengesetzt aus Expertinnen und Experten unterschiedlicher Professionen sowie jeweils einem MdB als Vertreter (männlich) von CDU, SPD, Linken und Grünen. Der Beirat tagte Anfang 2016 zum ersten Mal.³³

Was folgte ist eine jahrelange Arbeit der Forschungsgruppe, deren Inhalte jedoch im Einzelnen undurchsichtig waren. Selbst der wissenschaftliche Beirat wurde nicht mehr einbezogen. Dafür wurden Datenschutzbedenken vorgeschoben, selbst eine Verwertung bereits durchgeführter Befragungen infrage gestellt. Auffällig (und irritierend) waren die Einflussnahme auf das Studiendesign von Mitarbeiterinnen des BMFSFJ, später scheinbar abgesprochene Wortmeldungen und Antworten bei Sitzungen. Am Ende tagten nur noch ausgewählte Mitglieder des Beirats, während kritische Stimmen vom Informationsfluss abgeschnitten wurden. Seit Frühjahr 2017 hat das Ministerium den Beirat nicht mehr einberufen und Nachfragen von Beiratsmitgliedern nicht beantwortet.³⁴

3. Nichtabnahme der Ergebnisse und alternative Veröffentlichung

Der Fortgang der Forschung verzögerte sich, nachdem *Petermann* 2019 bedauerlicherweise erkrankte und verstarb.³⁵ Als die abschließenden Ergebnisse 2019 dem BMFSFJ vorgelegt wurden, sollten diese nach dem Willen des Ministeriums im Dunkeln bleiben. Man entschied, die Studie nicht als fertiggestellt abzunehmen. Stattdessen wurde von „Studienfragmenten“ gesprochen – denn was nicht abgenommen ist, kann bzw. darf auch nicht veröffentlicht werden.

Um der Öffentlichkeit doch noch ein Ergebnis präsentieren zu können (schließlich waren mehr als 1,3 Mio. Euro für die Studie ausgegeben worden), wurde eine Schlussversion beim Deutschen Jugendinstitut in München in Auftrag gegeben, welches unter der Leitung von Prof. *Dr. Sabine*

33 Diese und die nachfolgenden Informationen beruhen darauf, dass die Verfasserin Mitglied des Beirats war.

34 Vgl. zur Einflussnahme auf die Studienergebnisse auch Schäfer, FAZ v. 6.2.2021.

35 Vgl. Pressemitteilung des BMFSFJ v. 26.8.2019, <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelle-s/presse/pressemitteilungen/zum-tod-von-professor-franz-petermann-137990> (letzter Abruf: 13.9.2023).

Wapler steht und überwiegend vom BMSFSJ finanziert wird. Die auf diese Weise „frisierten“ Ergebnisse wurden 2023 veröffentlicht.³⁶

4. Klage auf Herausgabe der Studienergebnisse

Damit war freilich das letzte Wort noch nicht gesprochen. Der Potsdamer Vater und Rechtsanwalt *Ingo Stöckl* hat gegen das BMFSFJ die Herausgabe der Studienergebnisse nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) erstritten³⁷ und sie im August 2023 auf der Webseite „Kindeswohl und Umgangsrecht“ online gestellt.³⁸ Auf Reaktionen hierauf darf man gespannt sein.

Da der Verdacht auf Manipulationen und Rechtsbrüche durch das BMFSFJ im Raum stehen, wurde seitens des Interessenverbands Unterhalt und Familienrecht (ISUV) bereits die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses gefordert.³⁹

XI. „Getrennt gemeinsam erziehen“ – Allensbachstudie (2017)

1. Intention der Studie

In Deutschland werden zu allen möglichen Fragen Statistiken erhoben, ohne dass sich ein praktischer Nutzwert ohne Weiteres erschließen würde. So ist bei Statista.de ein Sonderreport zum Oktoberfest verfügbar, in dem über Anzahl und Angebot von Gastronomieständen ebenso informiert wird wie über die Entwicklung des Bierpreises.⁴⁰ Umso mehr verwundert es, dass es bis 2017 keine verlässlichen Daten dazu gab, wie getrenntlebende Eltern ihre Kinder betreuen – und ob sie mit dieser Form der Betreuung zufrieden sind oder welche Wünsche sie diesbezüglich haben. Diese Lücke

36 Vgl. <https://www.projekt-petra.de/files/contaoLive/Materialien/Studien/230811%20final%20Gesamt%20Brosch%C3%BCre%20Kindeswohl%20und%20Umgangsrecht.pdf> (letzter Abruf: 13.9.2023).

37 VG Berlin BeckRS 2021, 25768.

38 Unter <https://kindeswohlundumgangsrecht.de/> (letzter Abruf: 13.9.2023). Hier wird auch auf das IFG-Verfahren eingegangen.

39 Vgl. ISUV, Meldung v. 31.8.2023, <https://www.isuv.de/informationen/stellungnahmen/stellungnahmen-familienrecht/post/detail/News/studie-kindeswohl-und-umgangsrecht-manipulationen-rechtsbrueche-durch-familienministerium-unte/> (letzter Abruf: 13.9.2023).

40 Statista, Report Oktoberfest 2022.

hat die Studie „Getrennt gemeinsam erziehen“ des Instituts für Demografie Allensbach (IfD) geschlossen, die online verfügbar ist.⁴¹

2. Ergebnisse der Studie

Unter den vielen sehr interessanten Ergebnissen seien hier nur einige herausgegriffen:

- Nur 33 % der Befragten finden es generell richtig, wenn die Mutter des Kindes die Betreuung überwiegend übernimmt – aber bei 65 % der Trennungsfamilien ist genau dies der Fall.⁴² Hier klaffen Ideal und Realität auseinander.
- In der allgemeinen Bevölkerung sind sogar 77 % der Befragten der Ansicht, dass Trennungseltern ihre Kinder weiterhin gemeinsam betreuen und erziehen sollten.⁴³
- Viele Väter würden gerne mehr Betreuung übernehmen und viele Mütter würden den Vätern auch gerne mehr Betreuung überlassen.⁴⁴
- Befragt, wie viele getrenntlebende Eltern tatsächlich gleich viel Betreuungsarbeit übernehmen, sind es (nur?) 22 %.⁴⁵

Der Gesetzgeber würde also dem Wunsch vieler Eltern und dem Ideal der Gesamtbevölkerung entsprechen, wenn er die paritätische Betreuung als Regelfall in das BGB aufnehmen würde.

XII. Wechselmodell im Koalitionsvertrag (2021–2025)

Der Koalitionsvertrag zwischen SPD, Grünen und FDP für die laufende Legislaturperiode trägt den vielversprechenden Namen „Mehr Fortschritt wagen“. Immerhin fehlt es nicht an vollmundigen Ankündigungen, auch

41 Unter https://www.ifd-allensbach.de/fileadmin/studien/Abach_Trennungseltern_Bericht.pdf (letzter Abruf: 13.9.2023).

42 Allensbach-Studie (o. Fn. 41), S. 15 (Schaubild 10).

43 Allensbach-Studie (o. Fn. 41), S. 16 (Schaubild 11).

44 Allensbach-Studie (o. Fn. 41), S. 17 (Schaubild 12).

45 Allensbach-Studie (o. Fn. 41), S. 11 (Schaubild 6).

solchen, welche die gemeinsame Betreuung von Kindern nach Trennung und Scheidung betreffen.⁴⁶

1. Ankündigungen

So wurden in den Abschnitt zum Familienrecht auch Passagen zum Wechselmodell aufgenommen:

„Wir werden die partnerschaftliche Betreuung der Kinder nach der Trennung fördern, indem wir die umgangs- und betreuungsbedingten Mehrbelastungen im Sozial- und Steuerrecht besser berücksichtigen. Wir wollen allen Familien eine am Kindeswohl orientierte partnerschaftliche Betreuung minderjähriger Kinder auch nach Trennung und Scheidung der Eltern ermöglichen und die dafür erforderlichen Bedingungen schaffen. Wir wollen im Unterhaltsrecht die Betreuungsanteile vor und nach der Scheidung besser berücksichtigen, ohne das Existenzminimum des Kindes zu gefährden.

Wir wollen gemeinsam mit den Ländern die Erziehungs-, sowie Trennungs- und Konfliktberatung verbessern und dabei insbesondere das Wechselmodell in den Mittelpunkt stellen. [...] Wir werden die Modernisierung im Kindschafts- und Unterhaltsrecht mit Studien begleiten.“⁴⁷

Hintergrund war offenbar, dass die FDP vor den Wahlen gefordert hatte, das Wechselmodell zum gesetzlichen Regelfall zu machen.⁴⁸

2. Realität

Doch der Fortschritt lässt auf sich warten:

- Eine Studie zur Situation, auf die Trennungseltern in den Beratungsangeboten treffen, wird aktuell abgeschlossen, die Ergebnisse sind noch nicht

46 Der Koalitionsvertrag ist online verfügbar unter https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf (letzter Abruf: 13.9.2023).

47 Koalitionsvertrag (o. Fn. 46), S. 80.

48 Vgl. Erklärung v. 13.2.2019, <https://www.fdp.de/wechselmodell-zum-regelfall-machen> (letzter Abruf: 13.9.2023).

veröffentlicht.⁴⁹ Sie werden schon aus Zeitgründen nicht mehr in dieser Legislaturperiode Früchte tragen.

- Die durch den Bundesjustizminister aktuell angekündigte Unterhaltsreform⁵⁰ wird wohl ebenfalls nicht mehr in einem Gesetzentwurf münden oder, falls doch, der Diskontinuität zum Opfer fallen.⁵¹
- Eine Initiative zur Änderung des Rechts der elterlichen Sorge und des Umgangsrechts, die das Wechselmodell in den Mittelpunkt stellen würde, ist nicht einmal angekündigt. Zwar hat die Arbeitsgruppe *"Sorge- und Umgangsrecht, insbesondere bei gemeinsamer Betreuung nach Trennung"*, an der die Verfasserin beteiligt war, von April 2018 bis September 2019 im Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) über Reformbedarfe hinsichtlich des Wechselmodells beraten, die Ergebnisse⁵² sind aber scheinbar irgendwo versickert.
- Auch die dringend erforderliche und so vielversprechende Stärkung der Mediation im Familienrecht ist nicht in Sicht.

Das alles, obwohl die Resolution des Europarats nun schon vor acht Jahren beschlossen wurde – und entgegen vollmundigen Ankündigungen im Koalitionsvertrag.

XIII. Reform des Unterhaltsrechts (2023)

1. Problemstellung

Das geltende Unterhaltsrecht des BGB geht hinsichtlich des Verwandtenunterhalts in § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB von der Rollenaufteilung aus: Einer betreut – einer bezahlt. Meist betreuen die Mütter und die Väter leisten finanziellen Unterhalt. Wenn immer mehr Eltern sich die Betreuung teilen, passt das veraltete Modell aber nicht mehr. Die Rechtsprechung hat zwar Regelungen für Fälle exakt paritätischer Betreuung (50:50 Prozent der Be-

49 Federführend ist die PROGNOSE AG.

50 Vgl. BMJV, Pressemitteilung v. 25.8.2023, https://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/0825_Unterhaltsrecht.html (letzter Abruf: 13.9.2023).

51 Dazu s. unter XIII.

52 Ein Abschlussbericht sowie ein veröffentlichtes Thesenpapier liegen vor unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/102919_Thesen_AG_SorgeUndUmgangsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (letzter Abruf: 13.9.2023).

treuungszeit) aufgestellt, wie der Unterhalt von beiden Eltern erwirtschaftet werden muss, in Fällen von Betreuungsanteilen zwischen 30 zu 70 Prozent, ggf. sogar für solche von 49 zu 51 Prozent der Betreuungszeit (asymmetrisches Wechselmodell) gibt es jedoch keine befriedigende Rechtslage.⁵³

2. Lösung

Zu der Frage, wie solche Fälle unter Wahrung des Kindeswohls zwischen den Eltern gerecht entschieden werden können, wurde in der Arbeitsgruppe *Kindesunterhalt bei Betreuung im Wechselmodell* im BMJV ein Konzept erarbeitet, an dem die Verfasserin mitwirken durfte. Die Arbeitsgruppe tagte von Januar 2016 bis Anfang 2017. Die Ergebnisse sind in einem Bericht des Ministeriums zusammengefasst.⁵⁴ Sie sollen jetzt in eine Gesetzesinitiative des BMJV eingebracht werden. In der Pressemitteilung dazu heißt es u.a.: „*Das Eckpunktepapier schlägt klare gesetzliche Vorgaben dafür vor, wie die Unterhaltslasten im asymmetrischen Wechselmodell zu verteilen sind.*“⁵⁵

XIV. Fazit

Im Ergebnis stellt sich die Frage, was in den zurückliegenden zehn Jahren erreicht wurde: Setzt sich das Wechselmodell zunehmend durch – oder gewinnen politische Beharrungskräfte die Oberhand, denen es nicht um die Sache geht, sondern um Pfründe und Besitzstände?

Diese Frage lässt sich nicht klar beantworten. Der Eindruck, dass sowohl politische Entscheidungen als auch weite Teile der familiengerichtlichen Rechtsprechung nicht auf evidenzbasierten wissenschaftlichen Fakten basiert getroffen werden, ist jedoch stark und begründet.

Mitunter ist es auch so, dass es zwei Schritte vorwärts geht, und dann wieder einen Schritt zurück. Immerhin bedeutet das: Die Richtung stimmt!

53 Vgl. dazu Weber NZFam 2016, 829 (829 ff.); Duderstadt NZFam 2020, 1097 (1079 ff.); zum Ehegattenunterhalt beim Wechselmodell Bruske NZFam 2020, 865 (865 ff.).

54 Vgl. BT-Drs. 19/24274.

55 BMJV, Pressemitteilung v. 25.8.2023, https://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/0825_Unterhaltsrecht.html (letzter Abruf: 13.9.2023).

Literatur

- Bruske, Frank: Ehegattenunterhalt und paritätisches Wechselmodell, Herausforderungen für die Unterhaltsberechnung, NZFam 2020, 865 ff.
- Duderstadt, Jochen: Kindesunterhalt beim Wechselmodell, NZFam 2020, 1097 ff.
- Fransson, Emma: Sind schwedische Kinder anders?, Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 30 ff.
- Haumann, Wilhelm: Gemeinsam erziehen nach der Trennung – Kernergebnisse einer Befragung von Trennungseltern in Deutschland, Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 20 ff.
- Hermes, Christel: Die Bedeutung der Großeltern im elterlichen Trennungskonflikt, Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 77 ff.
- Matthäus, Thomas/Lütkehaus, Isabell: Umgang im Wechselmodell, München 2021
- Nielsen, Linda: Wechselmodell versus Residenzmodell – was sagt uns die Forschung über die Auswirkungen auf Kinder?, Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 38 ff.
- Nolde, Marianne: Eltern bleiben nach der Trennung, Was Ex-Partner für sich und ihre Kinder wissen sollten, München 2020
- Schäfer, Christoph: Kampf ums Kindeswohl, Bericht der FAZ v. 6.2.2021, online verfügbar unter <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/sabotiert-das-ministerium-eine-studie-zum-kindeswohl-17183089.html> (letzter Abruf 13.9.2023)
- Schug, Alexander: Es ist nicht alles bunt unterm Regenbogen, Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 86 ff.
- Schulte, Marc: Soziale Arbeit mit Vätern in Trennungssituationen – Von der Nebenrolle zur zweiten Hauptrolle, Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 72 ff.
- Serafin, Marc: Die Aufgaben Sozialer Arbeit bei elterlichen Trennungen, Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 6 ff.
- Sünderhauf, Hildegund: Entwicklung der elterlichen Verantwortung im europäischen Kontext unter besonderer Berücksichtigung von Trennung / Scheidung und Genderaspekten, djbZ 2014, 164 ff.
- Dies.: Praxisratgeber Wechselmodell: wie Getrennterziehen im Alltag funktioniert (mit Illustrationen von Katharina Kravets), Wiesbaden 2020
- Dies.: Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung, Wiesbaden 2013
- Dies.: Wechselmodell und obligatorische Mediation, Sozialmagazin 2019, Heft 5/6, 58 ff.
- Weber, Martin: Unterhalt beim Wechselmodell, NZFam 2016, 829 ff.
- Weimann-Sandig, Nina: Weil Kinder beide Eltern brauchen, Neue Perspektiven nutzen – faire Betreuungsmodelle finden, München 2022

2. Alter und Behinderung

Ehrenamtliche Betreuung durch Studierende – Bedeutung der Reform des Betreuungsrechts zum 1.1.2023 für Studiengänge der Sozialen Arbeit und Pflege

Prof. Dr. Alexander Schmid

Durch die zum Beginn des Jahres 2023 in Kraft getretene Reform des Betreuungsrechts ist die rechtliche Betreuung erneut in den Mittelpunkt des öffentlichen Interesses getreten. Weitgehend unbekannt ist jedoch, dass Fachkräfte Sozialer Arbeit ebenso wie Juristen mit dem Abschluss ihres Studiums über die zur Führung von Betreuungen erforderliche Sachkunde verfügen. Für den Autor des vorliegenden Beitrags war das Anlass, gemeinsam mit einem örtlichen Betreuungsverein ein innovatives hochschuldidaktisches Projekt zu etablieren, bei dem Studierende der Hochschule Esslingen, Fakultät SABP Gelegenheit hatten, Erfahrungen mit ehrenamtlichen Betreuungen zu übernehmen.

Inhalt

I.	Einleitung	84
II.	Bedeutung der Reform für die Studiengänge der Sozialen Arbeit und Pflegewissenschaft	84
III.	Kurzer Überblick über die Reform	85
	1. Ehegattenvertretungsrecht	86
	2. Regelungen mit gesundheitsrechtlichen Fragestellungen in §§ 1814 ff. BGB	86
IV.	Führung ehrenamtlicher Betreuungen durch Studierende	88
	1. Projektidee und Studium Generale	88
	2. Aufbau der Lehrveranstaltungen	89
	a) Theoretische Vorbereitung	90
	b) Praxisphase	91
V.	Rück- und Ausblick	92

I. Einleitung

Menschenrechte und deren Bedeutung für die Soziale Arbeit und Pflegewissenschaft zu verbinden, gelingt besonders gut auf dem Gebiet des Betreuungsrechtes. Die vielfältigen Bestrebungen des Gesetzgebers, das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention – UN-BRK) in das deutsche Recht umzusetzen, werden¹ auch anhand der zum 1.1.2023 in Kraft getretenen Betreuungsrechtsreform sehr deutlich.²

Angeregt durch Projekte in Frankfurt und Hamburg³ wurde im Wintersemester 2022/23 an der Fakultät Soziale Arbeit, Bildung und Pflege der Hochschule Esslingen Studierenden die Möglichkeit geboten, zunächst Grundlagen im Bereich des Betreuungswesens zu erwerben. Für das Sommersemester 2023 bestand die Möglichkeit, die gewonnenen Kenntnisse im Rahmen einer ehrenamtlichen Betreuung zu vertiefen. Bevor näher auf die Grundlagen und die Erfahrungen aus diesem Projekt eingegangen wird, soll zunächst auf den Zusammenhang zwischen der aktuellen Betreuungsrechtsform und des Studiums der Sozialen Arbeit sowie der Pflegewissenschaft eingegangen werden. Zudem wird ein kurzer Überblick über einige Neuregelungen bezüglich der Reform insgesamt gegeben werden.

II. Bedeutung der Reform für die Studiengänge der Sozialen Arbeit und Pflegewissenschaft

Der Gesetzgeber hat mit der Reform auch weiter zur Klärung der Rolle der Sozialen Arbeit im Bereich des Betreuungswesens beigetragen. In der Vergangenheit wurde die Frage nach der Qualifikation von Absolventen und Absolventinnen des Studienganges der Sozialen Arbeit als Grundlage für die Tätigkeit als Berufsbetreuer- und Betreuerinnen breit diskutiert.⁴ Durch den neuen Mindeststandard für die Eignung und Qualifikation von Betreuern und Betreuerinnen wurde in § 7 Abs. 6 Betreuerregistrierungs-

1 Banafsche, Rn. 26.

2 Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/24445.

3 Zu den dortigen Projekten vgl. Bewerbung um den BGT-Projektpreis (ohne Datum), https://www.bgt-ev.de/fileadmin/Mediendatenbank/ueber_den_BGT/Foerderpreis/2020/Preistraeger_Projektpreis.pdf (letzter Abruf: 2.9.2023).

4 Klüser, S. 35 ff.

verordnung (BtRegV)⁵ geklärt, dass bei Antragstellern und Antragstellerinnen mit der Befähigung zum Richteramt und denjenigen, die ein Studium der Sozialpädagogik oder Sozialen Arbeit erfolgreich abgeschlossen haben, die erforderliche Sachkunde als nachgewiesen gilt. Alle anderen Personen müssen die Sachkunde durch ein Zeugnis über den erfolgreichen Abschluss eines anerkannten Sachkundelehrgangs nach § 6 BtRegV oder durch anderweitige Nachweise nach § 7 BtRegV belegen. Die in der Anlage zu § 3 Absatz 4 BtRegV aufgenommenen Themen der entsprechenden Lehrgänge umfassen beispielsweise Betreuerbestellung und Zusammenarbeit mit dem Betreuungsgericht, Betreuungsführung, Recht der Unterbringung und der ärztlichen Zwangsmaßnahmen, Fragen der Personensorge und der Vermögenssorge, Kenntnisse des Sozialrechts sowie Grundlagen der betreuungsspezifischen Kommunikation und Methoden der unterstützten Entscheidungsfindung.

Für Absolventen und Absolventinnen der Pflegewissenschaft wird zu prüfen sein, inwieweit ein Antrag von Hochschulen nach § 5 (2) BtRegV sinnvoll ist, sofern alle für den Nachweis der Sachkunde erforderlichen Kenntnisse nach § 3 Absatz 1 bis 3 BtRegV vermittelt werden. Da die Studienordnungen der Pflegewissenschaft derzeit vermutlich nicht alle o.g. Themenbereiche der Anlage zu § 3 Absatz 4 BtRegV umfassen, könnte bei Hochschulen mit Studiengängen der Sozialen Arbeit eine Öffnung der entsprechenden Module für Studierende der Pflegewissenschaft erfolgen, um insgesamt alle Themenbereiche für den Sachkundenachweis abzudecken. Andernfalls steht insbesondere Studierenden der Pflegewissenschaft die Möglichkeit offen, nach § 7 BtRegV einen anderweitigen Nachweis der Sachkunde zu führen und ggf. fehlende Inhalte durch anerkannte Lehrgänge zu vervollständigen.

III. Kurzer Überblick über die Reform

Bevor auf die konkrete Umsetzung des Projekts der ehrenamtlichen Betreuung durch Studierende näher eingegangen wird, soll ein kurzer Überblick über die Reform des Betreuungsrechts zum 1.1.2023 gegeben werden. Zwei Aspekte sind für die Soziale Arbeit und die Pflegewissenschaft von besonderer Bedeutung: das neue Ehegattenvertretungsrecht und die Änderungen

5 BGBl. 2022 I S. 1154.

der Regelungen im Zusammenhang mit gesundheitsrechtlichen Fragestellungen in § 1814 ff BGB.

1. Ehegattenvertretungsrecht

Die in § 1358 BGB n.F. enthaltene Regelung möchte u.a. folgende Fallgestaltung aufgreifen: Ein Ehegatte wird einwilligungsunfähig und es müssen Entscheidungen aus dem Bereich der Gesundheitspflege getroffen werden.

In dieser ohnehin belastenden Situation soll künftig vermieden werden, dass eine vorläufige Betreuung angeordnet werden muss.⁶ Für die Dauer von sechs Monaten erhält der andere Ehegatte ein auf die Gesundheitspflege beschränktes Vertretungsrecht. Es stellen sich jedoch Fragen, inwieweit die Vertretungsbefugnis im Zusammenhang mit der Gesundheitspflege reicht.⁷ Jedenfalls bei Überschreitung von sechs Monaten und bei Fragen der allgemeinen Vermögenspflege genügt das Ehegattenvertretungsrecht nicht. Für die Praxis wird es zudem immer wieder herausfordernd sein, die Voraussetzung des Ehegattenvertretungsrecht zu bestimmen.⁸ Das Bundesministerium der Justiz hat zusammen mit der Bundesärztekammer und der Deutschen Krankenhausgesellschaft zu den hier angesprochenen Fragen ein Formular mit entsprechenden Hinweisen entwickelt.⁹

2. Regelungen mit gesundheitsrechtlichen Fragestellungen in §§ 1814 ff. BGB

Ein Grund für die Reform war die in Art. 12 UN-BRK geforderte Stärkung der Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung.¹⁰ Insgesamt steht das deutsche Betreuungswesen immer wieder im Fokus der Arbeit des UN-Fachausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen¹¹

6 BT-Drs. 564/20, S. 196.

7 Szantay NZFam 2021, 805 (807 f.).

8 Jurgeleit NJW 2023, 1 (5 f.).

9 Das Formular ist online verfügbar unter www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/BAEK/Service/Ehegattennotvertretungsrecht_BMJV-Formular_Stand_August_2022.docx (letzter Abruf: 2.9.2023).

10 Schwedler NZFam 2022, 1011 (1011).

11 Vgl. BMAS, Zweiter und dritter Staatenbericht zur UN-BRK (2019), https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/PDF/DB_Menschenrechtsschutz/

und der Monitoring-Stelle des Deutschen Institutes für Menschenrechte.¹² Wesentlich ist zunächst der neue Standort des Betreuungsrechts im BGB. Waren die betreuungsrechtlichen Regelungen bislang in §§ 1896 ff. BGB zu finden, sind die neuen Regelungen nun in §§ 1814 ff. BGB aufgenommen.¹³ Regelungen zu Patientenverfügungen und betreuungsgerichtlichen Bestimmungen sind in §§ 1827 bis 1829 BGB n.F. enthalten. Freiheitsentziehende Unterbringung und freiheitsentziehende Maßnahmen werden durch § 1831 BGB geregelt. Im Anschluss daran finden sich die Voraussetzungen der ärztlichen Zwangsmaßnahme nach § 1832 BGB. Mit § 1830 BGB besteht weiterhin eine Regelung zur Sterilisation.¹⁴ Flankiert werden diese Vorschriften durch geänderte Bestimmungen des Verfahrensrechts.

Eine besondere Erwähnung verdient die neue Regelung in § 1821 BGB.¹⁵ Gegenüber der Vorgängerregelung in § 1901 BGB sollte in sehr deutlicher Weise herausgestellt werden, dass Wünsche der betreuten Person nicht mehr an einem objektivierbaren Wohlbegriff zu prüfen sind.¹⁶ Nunmehr zählt der subjektive Wunsch einer betreuten Person bis zu den in § 1821 BGB genannten Grenzen. In § 1821 Abs. 2 findet sich die erste Grenze für Wünsche, die den individuellen Möglichkeiten des betreuten Menschen entgegenstehen. Diese Grenze muss aufgrund der völkerrechtlichen Verpflichtung in Art. 12 UN-BRK, Partizipation zu gewährleisten,¹⁷ zumindest äußerst einschränkend ausgelegt werden. Soweit wie irgend möglich, muss es Sache der betroffenen Person sein, die eigenen Möglichkeiten zu bestimmen. Ist insbesondere im Bereich der gesundheitlichen Versorgung des betroffenen Menschen ein Schutz erforderlich, so sind die nachfolgenden Grenzen des § 1821 Abs. 3 BGB ausreichend. Diese bestehen in den Fällen, in denen Wünsche, die seitens des betreuten Menschen formuliert werden, dessen Person oder Vermögen erheblich gefährden und der Betreute die

CRPD/2_und_3_Staatenbericht/CRPD_Staatenbericht_DEU_2_3_2019.pdf (letzter Abruf: 2.9.2023), S. 22 ff.

12 Vgl. Deutsches Institut für Menschenrechte, <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/das-institut/abteilungen/monitoring-stelle-un-behindertenrechtskonvention/staatenberichtsverfahren> und <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/im-fokus/rechtliche-betreuung-von-menschen-mit-behinderungen> (letzter Abruf jeweils: 2.9.2023).

13 Engel BtPrax 2022, 209 (209 f.).

14 Schnellenbach/Normann-Scheerer/Loer BtPrax 2021, 83 (83 ff.).

15 Riedel/Schmid PFLEGE Zeitschrift 2023, 14 (14 ff.).

16 Braun/Gather/Henking/Vollmann/Scholten Ethik in der Medizin 34 (2022) 515 (515 ff.).

17 Banafsche, Rn. 26.

Gefährdung nicht erkennen bzw. nicht einer vorhandenen Einsicht entsprechend handeln kann (Abs. 3 Nr. 1). Gleiches gilt, sofern für den Betreuer oder die Betreuerin nicht zumutbare Wünsche (Abs. 3 Nr. 2) bestehen. Sollte kein Wunsch vorliegen oder besteht eine Grenze nach § 1821 Abs. 3 BGB, kommt eine weitere neu aufgenommene Regelung zum Tragen: Nach § 1821 Abs. 4 BGB wird nun der mutmaßliche Wille relevant. Die entsprechende Formulierung wurde aus der Regelung zu Patientenverfügung des § 1901a Abs. 2 BGB a.F. übernommen.

Nicht unerwähnt bleiben darf der Hinweis, dass auch nach dem neuen Recht – wie bereits in den Regelungen zu § 1901 BGB a.F.¹⁸ – eine betreute Person, welche geschäftsfähig oder zumindest einwilligungsfähig ist, je nach betroffenem Bereich weiterhin auch erheblich gefährdende Wünsche ohne Unterstützung eines Betreuers oder einer Betreuerin selbstbestimmt umsetzen kann.

Neben der geänderten Regelung im BGB wurden ebenfalls zum 1.1.2023 alle bislang bestehenden bundesrechtlichen Regelungen zum öffentlich-rechtlichen Betreuungsrecht im neuen Betreuungsorganisationsgesetz (BtOG) zusammengefasst. Im BtOG sind beispielsweise die bereits eingangs erwähnte Registrierungspflicht für Berufsbetreuer und Berufsbetreuerinnen (§ 23 ff BtOG), Regelungen für Betreuungsvereine (§ 14 ff BtOG) und nicht zuletzt Vorgaben für Betreuungsbehörden (§ 1 ff BtOG) enthalten. Ergänzt wird das BtOG durch landesrechtliche Ausführungsvorschriften.¹⁹

IV. Führung ehrenamtlicher Betreuungen durch Studierende

1. Projektidee und Studium Generale

Studierende der Sozialen Arbeit und der Pflegewissenschaft erhalten an der Fakultät Soziale Arbeit, Bildung und Pflege der Hochschule Esslingen eine grundlegende Übersicht über die für das jeweilige Studium relevanten

18 MüKoBGB/Schneider BGB § 1901 Rn. 19.

19 Gesetz zur Ausführung des Betreuungsgesetzes und des Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts (Gesetz zur Ausführung des Betreuungsrechts – AG BtG), zuletzt geändert durch Gesetz v. 21.12.2022 (GBl. S. 673) sowie die Verordnung des Sozialministeriums zur Ausführung des Gesetzes zur Ausführung des Betreuungsrechts (Betreuungsrechtsausführungsverordnung – AGBtGAVO) v. 30.12.2022.

Rechtsgebiete. Diese Kenntnisse können je nach gewähltem Studienverlauf in weiteren Veranstaltungen vertieft werden. Angeregt wurde die Möglichkeit für Studierende, ehrenamtliche Betreuungen zu übernehmen durch einen Betreuungsverein, mit welchem seit langen Jahren in vielfältiger Weise eine Zusammenarbeit stattfindet. Um die notwendigen Erfahrungen mit einem solchen Angebot zu sammeln, wurde das Projekt im Rahmen des Studium Generale durchgeführt, welches das Pflichtangebot ergänzt und eine relativ breite und freie Themenwahl zulässt.

Für das wöchentlich einstündige Studium Generale „Ehrenamtliche Betreuung durch Studierende“ haben sich sowohl Studierende aus den Studiengängen der Pflegewissenschaft als auch der Sozialen Arbeit angemeldet. Einige Studierende der Pflegewissenschaft konnten aufgrund einer parallelen Pflichtveranstaltung aus dem Bereich Recht und Ethik, in welcher betreuungsrechtliche Grundlagen gelehrt werden, für das Studium Generale gewonnen werden.

2. Aufbau der Lehrveranstaltungen

Eine Besonderheit dieses Projektes im Studium Generale bestand in dem breiten Kreis der Lehrenden. Neben dem an der Hochschule Esslingen hauptberuflich tätigen Autor waren Lehrbeauftragte aktiv, welche über langjährige Erfahrung in einem Betreuungsverein, bei Betreuungsbehörden oder bei Gerichten verfügen.²⁰ Insbesondere bei der ersten einführenden und bei der abschließenden Einheit standen die Lehrenden zumindest zu zweit zur Verfügung. Für Fragen und Erfahrungen der Studierenden wurde ein breiter Raum geboten. Alle Lehrbeauftragten haben sich die Mühe gemacht, Musterakten zu erstellen, um die Abläufe gut darstellen zu können. Teilweise konnten die aktuellen Änderungen im Rahmen der Ersten Beratung des Gesetzentwurfs der Landesregierung – Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Betreuungsgesetzes – Drucksache 17/3462

20 Herzlichen Dank für die Mitwirkung gebühren: Klaus Gölz, Leiter der Betreuungsbehörde Stuttgart i. R.; Andrea Schwin-Haumesser und Bernd Seifriz-Geiger, Verein für Betreuungen e.V. Esslingen sowie Christian Gimbel, Amtsgericht Stuttgart.

im Betreuungsrecht auf Landesebene im Livestream des Landtages Baden-Württemberg mitverfolgt und anschließend gemeinsam erörtert werden.²¹

a) Theoretische Vorbereitung

Vom Ablauf her erfolgten zunächst zwei einführende Termine mit einer Übersicht der bevorstehenden Änderungen und weiteren Grundlagen des Betreuungsrechtes. Im Rahmen einer weiteren Einheit wurde das Tagesgeschäft einer Betreuung erläutert. Anhand eines fiktiven, aber praxisnahen Falles wurde über die Anregung einer Betreuung durch eine Sozialstation der Weg zur Betreuer- und Betreuerinnenbestellung aufgezeigt.

Anschließend wurden v.a. mit Blick auf ambulante Settings erste wichtige Schritte nach einer Betreuerbestellung erläutert wie z.B. die Frage, wie Einnahmen gesichert oder generiert werden können, welche Ausgaben vorliegen, darunter insbesondere Mietschulden. Ergänzt wurde diese Einheit durch einen Filmbeitrag, welcher die Tätigkeit des kooperierenden Betreuungsvereins zum Gegenstand hatte.²² Die Studierenden wurden gebeten, die Rolle eines Betreuers oder einer Betreuerin einzunehmen und folgende Leitfragen zu diskutieren:

- Wie kann die Situation zu Hause verbessert werden?
- Kann die Wohnung (Bad) so belassen werden?
- Was wäre hierfür ggf. zu tun / zu beantragen?
- Sollte der Betreuer oder die Betreuerin in Zukunft einen Wohnungsschlüssel haben?
- Sollte das Wochengeld für sinnvollere Dinge gekürzt werden?
- Was spricht für einen weiteren Verbleib zu Hause?
- Was spricht für eine Heimaufnahme?

Als nächstes wurden wichtige Punkte hinsichtlich der Betreuung stationär in Pflegeheimen untergebrachter Menschen thematisiert. Ausgangsfall war hier eine im Eilverfahren eingerichtete Betreuung. Erneut war die Verknüpfung zwischen Praxis und rechtlichen Grundlagen zentral. Wichtige erste Schritte wie die Kontaktaufnahme mit dem Sozialdienst und ehemaligen Nachbarn und Nachbarinnen, Sicherstellung notwendiger Unterlagen zur

21 Vgl. LT-Drs. 17/3462 u. LT-PIPr 17/49 v. 9.11.2022. In der Mediathek des Landtags sind die Redebeiträge verfügbar unter <https://www.landtag-bw.de/home/mediathek/videos/2022/20221109sitzung0492.html?t=0#> (letzter Abruf: 2.9.2023).

22 Dokumentation des SWR, <https://youtu.be/oXb0sI7qLLI> (letzter Abruf: 2.9.2023).

Wohnung, Bankverbindungen, Versicherungen und das Erstgespräch mit der betreuten Person, wurden anschaulich geschildert. Ein besonderer Gewinn war auch an dieser Stelle, dass den Studierenden mittels fiktiver Anträge und anonymisierter Bescheide die praktische Bedeutung der sozialen Sicherungssysteme aufgezeigt werden konnte (Sozialhilfe, Pflegeversicherung, ergänzende Privatversicherungen).

Eine weitere Einheit widmete sich den Aufgaben des Betreuungsgerichtes und den entsprechenden Verfahren. Neben der Übersicht des Verfahrensablaufs im ordentlichen Verfahren wurden die Unterschiede im einstweiligen Verfahren dargestellt. Auch hier wurden mittels fiktiver Fallgestaltungen wesentliche Verfahrensschritte und deren Dokumentation aufgezeigt. Einen Schwerpunkt stellten auch die einzelnen Aufsichtspflichten des Gerichts dar. Hier wurden mittels Anfangsberichts und Vermögensverzeichnis, Jahresberichts und Rechnungslegung die Pflichten der Betreuer und Betreuerinnen sowie die Aufgaben des Gerichtes erläutert. Einzelne Beispiele zu Genehmigungsvorbehalten zeigten den Studierenden weitere Schnittstellen zwischen Gericht und Betreuern sowie Betreuerinnen auf.

b) Praxisphase

Das Angebot, mit Unterstützung des kooperierenden Betreuungsvereines eine ehrenamtliche Betreuung zu übernehmen, hat trotz der intensiven Vorbereitung nur ein Studierender angenommen. Dabei ist zu betonen, dass eine Verpflichtung zur Führung ehrenamtlicher Betreuungen nicht bestand. Auch für den Fall der Übernahme einer ehrenamtlichen Betreuung besteht keine dauerhafte Verpflichtung. Beispielsweise bei Wegzug nach Abschluss des Studiums oder in anderen Fällen hat der kooperierende Betreuungsverein zugesichert, gegenüber dem Betreuungsgericht zu erklären, diese Betreuungen zu übernehmen.

Das bedeutet aber nicht, dass andere Studierende keine praktischen Erfahrungen gesammelt hätten. So wurde mitgeteilt, dass diese bereits in ehrenamtliche Betreuungen im familiären Kreis eingebunden seien bzw. die Übernahme einer ehrenamtlichen Betreuung bevorstehe. Eine weitere Studierende war in geringem Umfang als Berufsbetreuerin tätig.

V. Rück- und Ausblick

Insgesamt waren die Dozierenden und Studierenden mit diesem Studium Generale sehr zufrieden. Die Dozierenden haben die guten Nachfragen und die von den Studierenden hergestellten Bezüge zur Praxis sehr geschätzt. Die Studierenden der Pflegestudiengänge konnten die Fallgestaltungen oft durch eigene Erfahrungen während der bisherigen Berufstätigkeit ergänzen. Studierende der Sozialen Arbeit verfügten nicht selten über weitere Praxisfälle aus entsprechenden Nebentätigkeiten oder praktischen Studiensemestern.

Alle Studierenden lobten die Praxisnähe, die Vielfalt der Themen und die hohe Aktualität. Gut waren die unterschiedlichen Erfahrungshorizonte der Studierenden der Sozialen Arbeit und der Pflegestudiengänge, welche sich in den Diskussionen in der Lehrveranstaltung hervorragend ergänzten. Kontrovers diskutiert wurde die Frage, ob ein solches Studium Generale auch für Studierende anderer Studiengänge weiterer Fakultäten geöffnet werden sollte. Dafür spricht in jedem Fall die gesamtgesellschaftliche Bedeutung. Auch könnte es eine Bereicherung sein, Studierende außerhalb der Pflege und der Sozialen Arbeit einzubeziehen. Allerdings könnte es sich dann als notwendig erweisen, den Studierenden anderer Fakultäten vor Besuch dieses besonderen Studium Generale die Grundlagen des Betreuungsrechts zu vermitteln. Gestärkt werden könnte auch der Einbezug von Menschen mit Betreuung. Im Wintersemester 22/23 konnte die Sichtweise der Betroffenen zumindest durch einen geeigneten Filmbeitrag eingebracht werden.

Literatur

Banafsche, Minou: Behindertenrechtskonvention, in: Deinert, Olaf/Welti, Felix/Luik, Steffen/Brockmann, Judith (Hrsg.), Stichwort-Kommentar Behindertenrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2022.

Braun, Esther/Gather, Jakob/Henking, Tanja/Vollmann, Jochen/Scholten, Matthé: Das Verständnis von Wohl im Betreuungsrecht – eine Analyse angesichts der Streichung des Wohlbegriffs aus dem reformierten Gesetz, Ethik in der Medizin 34 (2022), 515 ff.

Engel, Alexander: Literatur zum reformierten Betreuungsrecht – Ein Überblick zu Beiträgen in Fachzeitschriften und neuen Büchern, BtPrax 2022, 209 f.

Jurgeleit, Andreas: Die gesetzliche Vertretung von Ehegatten in Angelegenheiten der Gesundheitssorge, NJW 2023, 1 ff.

Kersting, Philipp: Nur Wunsch, kein Wohl? – Zu den Pflichten bei der Betreuungsführung nach § 1821 BGB n.F., Betreuungsrechtliche Praxis 2021, 203 ff.

- Klüser, Anne: Zum Verhältnis von Sozialer Arbeit und Betreuung unter besonderer Berücksichtigung beruflicher Selbständigkeit, Verberuflichungs- und Professionalisierungsprozesse am Beispiel freiberuflicher Betreuungsführung in Köln, phil. Diss. Duisburg-Essen 2005
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, 8. Aufl., München 2020 (zit.: MüKoBGB/Bearbeiter)
- Riedel, Annette/Schmid, Alexander: Neues Betreuungsrecht: Vom Wohl zum Wunsch, PFLEGE Zeitschrift 2023, 14 ff.
- Schnellenbach, Annette/Normann-Scheerer, Sabine/Loer, Annette: Das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts ist verabschiedet – Ein Überblick über die wesentlichen Änderungen im Vergleich zum Referentenentwurf, BtPrax 2021, 83 ff.
- Schwedler, Anna: Die Betreuungsrechtsreform, NZFam 2022, 1011 ff.
- Szantay, Matthias: Notgeschäftsführung zwischen Eheleuten, NZFam 2021, 805 ff.

Rechtliche Betreuung und Erbrecht: Ein oder mehrere Originaltestamente?

Dr. Peter Neumann

In der Praxis der Sozialen Arbeit werden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von karitativen Einrichtungen, Kirchen und Sozialverbänden mit Fragen zu Betreuungsrecht, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung konfrontiert. In noch stärkerem Umfang gilt dies für (Berufs-)Betreuer. Insoweit liegt ein Bezug zur Sozialen Arbeit vor, zumal nach § 7 Abs. 6 BtRegV die für eine Registrierung als Berufsbetreuer gem. § 23 Abs. 1 Nr. 2 BtOG erforderliche Sachkunde bei Absolventen von Studiengängen der Sozialen Arbeit und der Sozialpädagogik als nachgewiesen gilt. Im Rahmen rechtlicher Betreuungen sind aber erbrechtliche Fragen von Klienten an der Tagesordnung.¹ Der Verfasser widmet sich einer solchen Fragestellung – nämlich der gar nicht so seltenen Konstellation, dass ein Erblasser zwei oder mehr gleichlautende handschriftliche Testamente erstellt hat oder erstellen möchte. Zum Schluss des Beitrags nennt er eine Alternative zu den mit einem solchen Vorgehen verbundenen Risiken.

Inhalt

I.	Problemaufriss	96
II.	Das Auffinden des handschriftlichen Testamentes	96
	1. Erstellung und Ablage einer Kopie des handschriftlichen Testamentes an einem anderen Ort	96
	2. Erstellung mehrerer gleichlautender handschriftlicher Originaltestamente	97
III.	Problemstellungen bei gleichlautenden handschriftlichen Testamenten	98
	1. Gesetzliche Regelung	98
	2. Rechtsprechung	99
	a) OLG München: zweites Original oder Abschrift?	99
	b) OLG Köln: Aufhebungswille bei vergessenem Testament	101
	c) Eigene Stellungnahme	102
IV.	Fazit	103

1 Vgl. Zimmermann, S. 1 ff.

I. Problemaufriss

Nicht selten wird die Erstellung von zwei oder mehreren Originaltestamenten als Mittel zur Sicherung des letzten Willens betrachtet.

Hintergrund ist die Befürchtung, dass jene Personen, die den Nachlass in ihrem Besitz oder zumindest Zugriff hierauf haben, ein ihnen ungünstiges Testament „verschwinden lassen“ könnten – mit dem Ergebnis, dass ein früheres Testament oder die gesetzliche Erbfolge in Kraft treten.

Dies ist auf das Versäumnis des Erblassers zurückzuführen, angemessene Vorkehrungen zum Schutz seiner letztwilligen Verfügungen zu treffen. Bei nachfolgenden Überlegungen soll die Möglichkeit eines öffentlichen, also notariell errichteten Testamentes² bewusst außen vorgelassen werden. Im Zentrum der Überlegungen steht das gleichlautende zweifach oder mehrfach erstellte Original des handschriftlichen Testaments.

II. Das Auffinden des handschriftlichen Testamentes

Auch bei einem handschriftlichen Testament³ muss gewährleistet werden, dass der letzte Wille des Erblassers umgesetzt wird.

Das gilt aus den o.g. Gründen insbesondere im Falle der Enterbung oder der Korrektur eines früheren Testamentes durch dessen Vernichtung und Erstellung eines neuen Testamentes.

Wie wirkt man also der Unterdrückung eines handschriftlichen Testamentes durch den „falschen“ Finder des Testamentes entgegen?

1. Erstellung und Ablage einer Kopie des handschriftlichen Testamentes an einem anderen Ort

Man stellt den „falschen“ Finder in der Tat bloß, wenn man ihn in der Weise täuscht, dass man das Originaltestament an leicht zugänglicher Stelle positioniert, eine Kopie dagegen an anderer, nicht sofort sichtbarer Stelle ablegt.

Der „falsche“ Finder wird im Fall der Vernichtung des Originaltestamentes nämlich i.d.R. nicht davon ausgehen, es gäbe ein weiteres mit dem

2 Brox/Walker, § 10 Rn. 1 ff.

3 Zu den Voraussetzungen eines formgültigen handschriftlichen Testamentes: Löhnig/Fischinger, Rn. 23; Leipold Rn. 305 ff.

gleichen Inhalt. Er wird mit dem ersten Auffinden daher auch seine weitere Suche nach einem Testament einstellen.

Ein umgekehrtes Szenario ist jedoch auch denkbar. Wenn der „falsche“ Finder lediglich eine Kopie oder eine Abschrift findet, lässt dies seine Suchbemühungen nicht enden. Im Gegenteil: Er weiß jetzt, dass es noch ein Original geben muss. Er wird seine Bemühungen daher eher intensivieren.

Auch die Strategie, das Originaltestament an einem leicht zugänglichen Ort aufzubewahren und daneben an anderer, weniger sichtbarer Stelle Kopien zu hinterlegen, ist riskant: Zwar gelingt es, den Erstfinder „vorzuführen“, wenn offenbar wird, dass es ein Originaltestament gegeben haben muss, das nicht mehr aufzufinden ist, nachdem das Ordnungsamt oder Dritte die Kopie des Testamentes gefunden haben. Die Kopie genügt aber den Formanforderungen des § 2247 BGB nicht. Zwar ist unter bestimmten Umständen denkbar, dass auch eine Kopie vom Original zur Erbscheinergangung genügt; dies ist aber mit einigen Schwierigkeiten verbunden.⁴ Sicher ist dieser Weg nicht. Zumindest ist er mit einigen Anstrengungen und, wie im Erbrecht häufig, mit seelischen Belastungen verbunden.

2. Erstellung mehrerer gleichlautender handschriftlicher Originaltestamente

Die Lösung könnte sein, mehrere gleichlautende Originaltestamente zu erstellen und diese an verschiedenen Stellen zu hinterlegen. Insbesondere kann – sofern hier nicht die Überraschung erwünscht war oder die Verschwiegenheit des Erben gewährleistet werden sollte – gerade dem erbrechtlich Begünstigten ein gleichlautendes Originalexemplar des Testamentes übergeben werden. Ist dies nicht opportun, so kommt ein anderer Platz in der Wohnung, bei einem Freund oder einem Rechtsanwalt in Betracht.

Der mit einem solchen Vorgehen verbundene Aufwand führt zwar zu der Frage, weshalb von der Errichtung eines notariellen Testamentes abgesehen wurde. Aus der Beratungspraxis ist jedoch bekannt, dass es hierfür im Einzelfall gute, zumindest aus der (subjektiven) Sicht des Erblassers nachvollziehbare Gründe geben kann.⁵

⁴ Roglmeier jurisPR-FamR 27/2021 Anm. 3.

⁵ Beispiele: Der Erblasser wünscht kein frühzeitiges Offenbaren seines Willens (Burandt/Rojahn/Lauck § 2231 Rn. 10) oder der Erblasser hält eine Offenlegung seines Vermögens für verfrüht, etwa aufgrund geplanter Umstrukturierungen.

Das Ziel, einen „falschen“ Erstfinder des Testamentes trotz Vernichtung des aufgefundenen Testaments von der Erbfolge auszuschließen, ist mit mehreren gleichlautenden Originaltestamenten zumindest gut erreichbar. Eine Verpflichtung, mehrere Originale zu erstellen, besteht dagegen nicht.⁶

Zwar bleiben verloren gegangene oder vernichtete Testamente wirksam. Der Nachweis der formgerechten Testamenterrichtung und der Nachweis des Inhaltes des Testamentes sind gem. § 352 Abs. 3 S. 2 FamFG möglich, wenn andere Beweismittel zur Verfügung stehen. In der Praxis gestaltet sich dies freilich schwierig. Denn wenn der Begünstigte keine Kenntnis von dem „verschwundenen“ Testament hat, scheidet ein solches Vorgehen aus – und auch andernfalls sind die Hürden hoch. Regelmäßig ist daher gem. § 352 Abs. 3 S. 1 FamFG zur Erbscheinserteilung ein Testament im Original vorzulegen.

Kann die Errichtung eines Testamentes nicht nachgewiesen werden, geht dies zu Lasten jener Personen oder Personen, die aus dem Testament Rechte herleiten.⁷

III. Problemstellungen bei gleichlautenden handschriftlichen Testamenten

Ohne Herausforderungen ist das Erstellen mehrerer gleichlautender Originaltestamente indessen nicht. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Erblasser sein Testament widerrufen möchte.⁸ Bei einem Widerruf eines eigenhändigen Testamentes, das in mehreren Urschriften vorliegt, ist besondere Aufmerksamkeit geboten.

1. Gesetzliche Regelung

Der Erblasser hat gem. § 2235 BGB jederzeit die Möglichkeit, sein erstelltes handschriftliches Testament zu widerrufen.⁹ Auch ist ein Widerrufstestament gem. § 2254 BGG denkbar. Der Erblasser errichtet ein Testament, in

6 Brox/Walker, § 11 Rn. 4 ff.

7 Zimmermann, Rn. 67.

8 Leipold, Rn. 329 ff.

9 MAH ErbR/Siegmann/Scheuing Teil B. § 9 Rn. 4 ff.; Löhnig/Fischinger, Rn. 261.

dem er lediglich erklärt, ein vorhergehendes Testament ganz oder zum Teil zu widerrufen.¹⁰

Durch § 2255 BGB wird dem Erblasser das Recht eingeräumt, ein handschriftlich errichtetes Testament durch Vernichtung der Testamentsurkunde zu widerrufen.¹¹ Der Widerruf kann auch durch Erstellung eines neuen, jüngeren Testamentes erfolgen, § 2258 BGB. Dann wird das frühere Testament aufgehoben.¹²

Erstellt ein Erblasser ein neues, jüngeres handschriftliches Testament, das den älteren gleichlautenden Testamenten nachfolgt, ergeben sich keine Schwierigkeiten: Die beiden gleichlautenden, älteren Testamente sind gem. § 2258 Abs. 1 BGB aufgehoben.¹³

Problematisch ist es dagegen, wenn der Erblasser das Testament aufheben möchte, aber nur eines von mehreren gleichlautenden Originaltestamenten vernichtet. Dies kann deshalb geschehen, weil der Erblasser schlicht vergessen hat, dass oder wo er ein gleichlautendes Originaltestament ab- bzw. hinterlegt hat. Auch ist es denkbar, dass eine im gleichlautenden Testament als Erbe vorgesehene Person dieses nicht mehr herausgibt.

Daher stellt sich die Frage, wie man bei zwei gleichlautenden Testamenten das physische Vernichten lediglich eines Testaments zu beurteilen hat.

2. Rechtsprechung

a) OLG München: zweites Original oder Abschrift?

Das OLG München¹⁴ hatte darüber zu befinden, ob das „Zerreißen“ eines von zwei gleichlautenden Testamenten durch den Erblasser einen wirksamen Widerruf bedeute.

Zunächst erörterte das Oberlandesgericht, ob denn überhaupt zwei Originaltestamente vorlagen. Die Frage, ob lediglich ein Original vorgelegen und das zweite Exemplar als Abschrift anzusehen habe, wurde eingehend erörtert. Im zweiten Fall wäre die Vernichtung des Originals unzweifelhaft

10 Löhnig/Fischinger, Rn. 262.

11 Groll/Esser, Rn. 383 ff.

12 Löhnig/Fischinger, Rn. 263.

13 Zur Frage des Nachweises der Errichtung des Originaltestamentes bei Widerruf vgl. OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 13124; Reinert AnwZert ErbR 3/2020 Anm. 2.

14 Vgl. OLG München NJW-RR 2020, 776 (776 f.) = BeckRS 2020, 8724; Goldkamp jurisPR-FamR 15/2020 Anm. 6; Lange jurisPR-FamR 15/2011 Anm. 6; Lamberz Rpfleger 2020, 469 ff.

ausreichend gewesen, um von einem Widerruf auszugehen. Aus den Gesamtumständen entnahm das OLG München jedoch, dass zwei (nahezu) gleichlautende – zumindest inhaltsgleiche – Originale vorlagen. Kriterium für diese Einschätzung war zum einen, dass keine der Ausfertigungen als „Kopie“ oder „Abschrift“ bezeichnet wurde, zum anderen der Umstand, dass beide handschriftlich erstellt und daher formwirksam waren. Insbesondere aber der Umstand, dass der Erblasser von dem potentiellen Erben nach der Vernichtung des ersten gleichlautenden Testaments über einen Betreuer versucht hatte, das weitere Exemplar heraus zu verlangen, schien dem Gericht maßgebliches Indiz für diese Einschätzung zu sein. Der Erblasser habe damit deutlich gemacht, dass er von zwei Originalen ausgegangen sei.

Das Gericht entschied auf dieser Grundlage, dass das zweite Originaltestament mit der Vernichtung des ersten Originaltestamentes nicht wirksam widerrufen worden sei. Das zweite nahezu inhaltsgleiche Testament sei mit Testierwillen formwirksam (§ 2247 Abs. 1 BGB) errichtet worden. Dem nicht wirksamen Widerruf stünde auch nicht entgegen, dass der potenzielle Erbe sich geweigert habe, das zweite Original an den vom Erblasser beauftragten Betreuer herauszugeben. Selbst wenn ein Herausgabeanspruch bestünde, habe die rechtswidrige Vorenthaltung nämlich nicht die nachträgliche Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung zur Folge.

Ob das Verhalten des potenziellen Erben zu einer Erbenunwürdigkeit führen würde,¹⁵ ließ das OLG München offen.¹⁶ Denn die Erbenunwürdigkeit wäre erst dann relevant, wenn diese nach Geltendmachung gem. § 2342 BGB von den ordentlichen Gerichten durch Urteil festgestellt worden wäre – was bislang nicht der Fall war.¹⁷

15 Bonefeld/Kroiß/Tanck/Kind, § 2 Rn. 59 ff.; Burandt/Rojahn/Müller-Engels § 2339 Rn. 11 ff.

16 Maßgeblich ist, ob einer der abschließenden Erbenunwürdigkeitsgründe des § 2339 BGB greift. Eine analoge Anwendung auf ähnlich schwerwiegende Fälle scheidet aus, vgl. Burandt/Rojahn/Müller-Engels § 2339, Rn. 11; Löhnig/Fischinger, Rn. 399.

17 OLG Karlsruhe ZEV 2023, 310 ff. = BeckRS 2023, 299.

b) OLG Köln: Aufhebungswille bei vergessenem Testament

Auch das OLG Köln hatte darüber zu entscheiden, ob die Vernichtung eines von mehreren gleichlautenden Testamenten einen wirksamen Widerruf darstellt.¹⁸

Dieses kam indessen zu einem anderen Ergebnis wie das OLG München. Es weicht dabei zwar nicht von den Rechtsgrundsätzen ab, die der Entscheidung des OLG München zu Grunde lagen. Diese werden vielmehr weiterentwickelt.

So stellt das Gericht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung fest:

„Der Erblasser kann ein Testament jederzeit und ohne besonderen Grund widerrufen (§ 2253 BGB). Der Widerruf eines Testamentes kann unter anderem dadurch erfolgen, dass der Erblasser in der Absicht, das Testament aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet (§ 2255 S. 1 BGB). Hat der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet, so wird vermutet, dass er die Aufhebung des Testamentes beabsichtigt habe (§ 2255 S. 2. BGB).“¹⁹

Für die Fälle zweier gleichlautender Originale ergänzt das Gericht:

„Sind allerdings mehrere Urschriften eines Testamentes vorhanden, so kann zum Widerruf die Vernichtung oder Veränderung nur einer von mehreren Urschriften nur dann genügen, wenn kein Zweifel über den Aufhebungswillen des Erblassers besteht. Die Vermutung des § 2255 S. 2 BGB findet keine Anwendung.“²⁰

Das OLG Köln stellt fest, dass es der freien, nicht durch die Vermutungsregelung des § 2255 S. 1 BGB gebundenen, Beurteilung unterliege, ob der Erblasser die Absicht hatte, auch das in der anderen, gleichlautenden Urschrift niedergelegte Testament zu widerrufen.

Hier hatte die Erblasserin ein Original in Gegenwart eines Rechtsanwaltes zerstört und kundgetan, nicht an dieser Erbeinsetzung festhalten zu wollen. Das hatte der Rechtsanwalt als Zeuge bestätigt. Offenbar, so das OLG Köln, habe die Erblasserin das zweite Original vor diesem Hintergrund

18 OLG Köln ZEV 2020, 695 = BeckRS 2020, 10044.

19 OLG Köln ZEV 2020, 695 = BeckRS 2020, 10044.

20 OLG Köln ZEV 2020, 695 = BeckRS 2020, 10044.

vergessen. Daher könne der feststehende Aufhebungswille als maßgeblich angenommen werden.²¹

c) Eigene Stellungnahme

Hätte das OLG München die Maßstäbe des OLG Köln angelegt, wäre zumindest unklar, ob dessen Entscheidung nicht anders ausgefallen wäre.

Das OLG München ging nach richterlicher Prüfung von zwei gleichlautenden Originalen aus. Die erfolgte Unterdrückung und Vernichtung eines Exemplars standen dort nicht in Zweifel. Wenn dem so war, hätte die – wegen der Abbedingung des § 2255 S. 2 BGB nun zulässige – freie Beweiswürdigung bzw. die Erforschung des Willens des Erblassers durchaus zu dem Ergebnis kommen können, dass der Erblasser seinen unmissverständlichen Willen zur vollumfänglichen Unwirksamkeit der ehemaligen letztwilligen Verfügung erklärt hatte.

Der Betreuer hätte Zeugnis über eben diesen Willen ablegen können, so wie es der Rechtsanwalt in dem Verfahren vor dem OLG Köln getan hatte.

Eine gewisse Unsicherheit im Umgang mit der Vernichtung gleichlautender Urschriften des Testamentes bleibt bestehen. Das wiederum spricht nicht zwingend dagegen, dennoch mehrere Urschriften eines handschriftlichen Testamentes zu erstellen.

Zumindest in den Fällen, in denen dem Erblasser die Berechtigung zur Testamentserstellung verblieben ist, kann dieser vorgenannten Herausforderungen dadurch begegnen, dass er nicht das eine – ihm verbliebene – vorhandene gleichlautende Original durch Zerreißen zerstört, sondern schlicht ein neues Testament mit jüngerem Datum erstellt. Durch die Errichtung eines neuen, jüngeren Testamentes wird ein älteres, früheres Testament insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht, § 2258 Abs. 1 BGB.²²

Zudem verbleibt ihm die Möglichkeit eines Widerruftestamentes gem. § 2254 BGB,²³ d.h. er kann durch Errichtung eines Testamentes, das lediglich den vollständigen oder teilweisen Widerruf des früheren Testamentes beinhaltet, hinreichende Befriedigung seines Interesses erlangen.

21 OLG Köln ZEV 2020, 695 = BeckRS 2020, 10044.

22 Grüneberg/Weidlich § 2258 Rn. 1 f.

23 Baumann ErbR 2022, 452 ff.

IV. Fazit

Zu Beweiszwecken und zur Sicherung der Durchsetzung seines letzten Willens kann es Sinn ergeben, mehrere Urschriften eines Testamentes zu erstellen. Die geschilderte Gefahr der Unterdrückung des letzten Willens ist in der Praxis von erheblicher Bedeutung.

Ist – aus welchen Gründen auch immer – eine Korrektur vom Erblasser erwünscht, so ist Aufmerksamkeit geboten. Hatte man sich bei der Testamenterstellung anwaltlichen Rat eingeholt, so mag es sinnhaft sein, diesen erneut aufzusuchen. Im Falle zunehmender Vergesslichkeit wird er anhand der Akten noch nachvollziehen können, ob und wenn ja wie viele gleichlautende Testamente erstellt wurden und ggf. auch, wo diese deponiert wurden.

Ist die Testierfreiheit uneingeschränkt gegeben, so mag gegenüber einer Vernichtung der alten gleichlautenden Originaltestamente die erneute Testamenterstellung sicherer erscheinen und präferiert werden. In einem solchen jüngeren, neuen Testament kann auch jene Erbfolge festgehalten werden, die bei Unwirksamkeit der gleichlautenden Originaltestamente bestanden hätte. Für den Fall, dass die Unwirksamkeit der gleichlautenden Originaltestamente zur Geltung der gesetzlichen Erbfolge geführt hätte, ist dies unschädlich. Auch die nun erfolgende Erklärung unter der Überschrift „Testament“ bzw. „letztwillige Verfügung“, dass die gesetzliche Erbfolge gelten solle, ist zulässig.

Eine empfehlenswerte Alternative besteht in der Beratung von Menschen, die sich Sorgen machen, ob ein Testament verloren gehen bzw. beiseitegeschafft werden kann und die sich deshalb an ihren Betreuer oder an pädagogische Fachkräfte in der Altenarbeit wenden, darin, zwar nur eine Ausfertigung zu errichten, diese aber gem. § 2248 BGB i.V.m. § 346 FamFG beim Amtsgericht zu hinterlegen.²⁴ Demgegenüber besteht die frühere Möglichkeit einer notariellen Hinterlegung handschriftlicher Testamente²⁵ nicht mehr.²⁶

Literatur

Artz, Markus/Ball, Wolfgang/Benecke, Martina u.a.: beck-online.GROSSKOMMENTAR

24 Zu einem solchen Vorgehen rät Horn NJW 2013, 2166 (2169).

25 Dazu vgl. Mot. V, S. 296 (Mugdan V, S. 156) m.w.N.

26 BeckOGK/Grziwotz § 2248 Rn. 2.

- BGB, Stand: 1.4.2023, München (zit.: BeckOGK/Bearbeiter)
- Baumann, Wolfgang: Widerrufs- oder Widerspruchstestamente – Zur Abgrenzung zwischen § 2254 BGB und § 2258 BGB, zugleich Anmerkung zu OLG München Beschl. v. 26.1.2022 – 31 Wx 441/21, ErbR 2022, 452 ff.
- Bonefeld, Michael/Kroiß, Ludwig/Tanck, Manuel (Hrsg.): Der Erbprozess, 6. Aufl., Bonn 2023 (zit.: Bonefeld/Kroiß/Tanck/Bearbeiter)
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Erbrecht, 29. Aufl., München 2021
- Burandt, Wolfgang/Rojahn, Dieter: Gesamtkommentar zum Erbrecht, 4. Aufl., München 2022 (zit.: Burandt/Rojahn/Bearbeiter)
- Goldkamp, Tobias: Widerruf durch Vernichtung der Testamentsurkunde bei weiterer Urschrift, jurisPR-FamR 15/2020 Anm. 6
- Groll, Michael: Praxishandbuch Erbrechtsberatung, 4. Aufl., Köln 2015 (zit.: Groll/Bearbeiter)
- Grüneberg, Christian: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl., München 2023 (zit.: Grüneberg/Bearbeiter)
- Horn, Claus-Henrik: Zehn Optimierungsmöglichkeiten für das Berliner Testament, NJW 2013, 2166 ff.
- Lamberz, Markus: Anmerkung zu einer Entscheidung des OLG München, Beschluss vom 05.05.2020 (31 Wx 246/19, 247/19, 248/19, 249/19, 269/19) – Zum Widerruf von mehreren Originaltestamenten, Rpfleger 2020, 469 ff.
- Lange, Jerome: (Unterlassene) Vernichtung einer Testamentsurkunde durch dritte Person im Auftrag des Erblassers, jurisPR-FamR 15/2011 Anm. 6
- Leipold, Dieter: Erbrecht, 23. Aufl., Freiburg, 2022
- Löhnig, Martin/Fischinger, Philipp: Erbrecht, 4. Aufl., München 2022
- Reinert, Patrick: Voraussetzungen für den Widerruf eines Testaments: Beweis der Errichtung und Wirksamkeit bei Fehlen des Originaltestaments (zugleich Anm. zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.02.2019 – 25 Wx 65/18), AnwZert ErbR 3/2020 Anm. 2
- Roglmeier, Julia: „Anmerkung zu: OLG Rostock, Beschluss vom 19.3.2021, 3 W 13/18, Testamentsnachweis durch Kopie und Testamentswiderruf, jurisPR-FamR 27/2021 Anm. 3
- Scherer, Stephan: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 3. Aufl., München 2020 (zit.: MAH ErbR/Bearbeiter)
- Zimmermann, Walter: Betreuung und Erbrecht, 3. Aufl., Bielefeld 2022

3. Existenzielle Notlagen

Die Idee einer Kindergrundsicherung: Zwischen Anspruch und Wirklichkeit

Prof. Dr. Clarita Schwengers

Kinder sind in erster Linie Kinder, ob arm oder reich. Deshalb soll der Lebensunterhalt aller Kinder durch eine einzige Sozialleistung gedeckt werden, mit denen der Lebensunterhalt der Kinder und ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft gesichert ist. Das ist die charmante Idee der sog. Kindergrundsicherung.

Inhalt

I.	Aktuelle Situation	105
II.	Bisherige Reformen	106
III.	Konzepte einer Kindergrundsicherung	107
IV.	Eckpunkte einer Kindergrundsicherung und Referentenentwurf	109
	1. Bürokratieabbau durch Leistungsbündelung	109
	2. Verbesserte Inanspruchnahme	110
	3. Armutsbekämpfung	111
	4. Umfassender Leistungsausgleich	112
	5. Personenkreis	112
	6. Rechtsstellung des Kindes	114
	7. Verhältnis zu anderen Sozialleistungen	115
V.	Ergebnis	116

I. Aktuelle Situation

Aktuell sieht die Situation jedoch anders aus: So gibt es nach dem 9. Familienbericht des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) aus dem Jahr 2021 ca. 150 familienbezogene Maßnah-

men.¹ Problematisch ist diese unübersichtliche und intransparente Situation insbesondere für Familien, die über wenig Einkommen verfügen und bei denen die vielfältigen, ihnen zustehenden Leistungen nicht ankommen. Wie groß die Zahl dieser Haushalte ist, die in sog. verdeckter Armut leben, lässt sich nicht eindeutig ermitteln. Verschiedene Studien, die im Zeitraum zwischen 2012 und 2018 veröffentlicht wurden, schätzten die Dunkelziffer, also den Anteil der Anspruchsberechtigten ohne Arbeitslosengeld-II-Bezug an allen als anspruchsberechtigten simulierten Haushalten, auf zwischen rund 33 % und 45 %.² Ursachen können sein, dass sie sie nicht kennen, dass bürokratische Hürden bestehen (z. B. Antragserfordernisse, Nachweispflichten, mangelnde Sprachkenntnisse), Scham und Stigmatisierung oder die Kurzzeitigkeit oder geringe Höhe der Sozialleistungen.³ Denkbar ist auch, dass die Familien bei zueinander im Vor- und Nachrangverhältnis stehenden Sozialleistungen zwischen den Behörden hin- und verwiesen werden. Mitunter wollen Eltern auch nicht von Leistungen der Existenzsicherung leben, gerade wenn sie ihren eigenen Bedarf decken können und nur wegen der Bedarfe ihrer Kinder hilfebedürftig nach dem SGB II werden.

II. Bisherige Reformen

Diese Problematik hatte der Gesetzgeber durch die Einführung des sog. Kinderzuschlags nach §§ 6a f. BKGG zu lösen versucht. Ihn können Familien mit geringem Einkommen zusätzlich zum Kindergeld und Wohngeld beziehen. Er wird von der Familienkasse in einkommensabhängiger Höhe, max. 250 € monatlich, ausbezahlt. In den Jahren nach seiner Einführung zeigte sich, dass er nur wenige Familien erreichte und dass Familien mit

-
- 1 BMFSFJ, Neunter Familienbericht – Eltern sein in Deutschland, BT-Drs. 19/27200, 456.
 - 2 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Strengmann-Kuhn u. a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 19/2804, 10 unter Berufung auf Auswertungen des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB).
 - 3 Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit GmbH (IZA), Dokumentation des wissenschaftlichen Workshops „Forschungsfragen für die Armuts- und Reichtumsberichterstattung der Bundesregierung“, Dez. 2021, S. 19 m.w.N., https://www.armuts-und-reichtumsbericht.de/SharedDocs/Downloads/Berichte/dokumentation-workshop-forschungsfragen-armuts-reichtumsberichterstattung.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (letzter Abruf: 8.4.2023).

geringem Anspruch auf Kinderzuschlag auf diesen verzichten. Er wurde gänzlich versagt, wenn er nicht ausreichte, um Hilfebedürftigkeit der Familie nach dem SGB II zu beseitigen. Auch Kinder von Alleinerziehenden profitierten anfangs kaum vom Kinderzuschlag, da der Kindesunterhalt bzw. der Unterhaltsvorschuss den Kinderzuschlag in voller Höhe minderte, so dass der Anspruch entfiel. In weiteren Reformen des Kinderzuschlags wurden diese Probleme angegangen, insbesondere indem ein begrenztes Wahlrecht zwischen Kinderzuschlag und SGB II- bzw. SGB XII-Leistungen eingeführt bzw. ausgebaut wurde,⁴ indem das monatliche Hin- und Herverweisen zwischen den Leistungssystemen eingeschränkt wurde (vgl. § 12a S. 2 SGB II)⁵ und indem das Kindeseinkommen nicht mehr vollständig, sondern nur noch zu 45 % angerechnet wurde, um die Familien mit alleinerziehenden Elternteilen in den Kinderzuschlag einzubeziehen.⁶

III. Konzepte einer Kindergrundsicherung

Doch auch nach diesen Reformen blieb der Kinderzuschlag in seiner Wirkung begrenzt. Im Jahr 2022 erreichte er 727.843 Kinder in 292.844 Familien.⁷ Parallel dazu entwickelte sich im gesellschaftlichen und politischen Raum der Wunsch nach einer einheitlichen Kindergrundsicherung als eine Sozialleistung, die die bestehenden Sozialleistungen bündelt und künftig unbürokratisch die Bedarfe aller Kinder quasi „aus einer Hand“ deckt. Weitere Anliegen sind eine Erhöhung der existenzsichernden Leistungen für Kinder⁸ sowie die Abschaffung der ungleichen staatlichen För-

4 Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch (EGRBEG), v. 24.3.2011 BGBl. I 2011 453; anschließend im Folgenden Starke-Familien-Gesetz v. 29.4.2019, BGBl. I 2019 530.

5 Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch (EGRBEG), BGBl. I 2011 453.

6 Starke-Familien-Gesetz v. 29.4.2019, BGBl. I 2019 530.

7 Bundesagentur für Arbeit, Statistik, Familienkasse Direktion, Kindergeld /Kinderzuschlag, Jahreszahlen 2021, Kinderzuschlag (KiZ) Tabelle 1.4 Zahl der Bezieher und deren Kinder Bund Dezember 2021, https://statistik.arbeitsagentur.de/Statistikdaten/Detail/202112/famka/famka-jz/famka-jz-d-0-202112-pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (letzter Abruf: 8.4.2023).

8 Deutscher Caritasverband, Kinder vor Armut bewahren – Eckpunkte einer Kindergrundsicherung, S. 3, <https://www.caritas.de/fuerprofis/stellungnahmen/18-12-2022-kinder-vor-armut-bewahren--eckpunkte-einer-kindergrundsicherung> (letzter Abruf: 8.4.2023).

derung von Kindern im Bürgergeldbezug, von Kindern in Familien mit mittleren Einkommen und von Kindern in Familien mit Gut-oder Spitzenverdienern.⁹ Es entstanden unterschiedliche Modelle einer Kindergrundsicherung-:.¹⁰ So fordert z. B. das bereits im Jahr 2019 gegründete „Bündnis Kindergrundsicherung“¹¹, dem inzwischen 19 Verbände sowie unterstützende Wissenschaftler angeschlossen sind, eine Bündelung eines Großteils der Familienleistungen zu einer Kindergrundsicherung in Höhe des maximalen Entlastungsbetrags durch das steuerliche Kinderexistenzminimum für alle Kinder.¹² Doch es gibt auch weniger weitgehende Modelle, wie z. B. das Teilhabegeld der Bertelsmann Stiftung,¹³ die das z. B. Wohngeld und die Bedarfe für das Wohnen nicht in diese einheitliche Sozialleistung einbezieht, so dass sie entsprechend niedriger ausfällt. Den Vorschlägen ist überwiegend gemein, dass sich die Kindergrundsicherung in einen einkommensabhängigen und einen einkommensunabhängigen Teil aufsplittet. Vereinzelt wird auch eine komplett einkommensunabhängige, also bedingungslose Kindergrundsicherung vorgeschlagen, um damit zugleich Ungeheimheiten beim Unterhaltsvorschuss zu beheben.¹⁴ Kernelement vieler Konzepte der Kindergrundsicherung ist zudem die Forderung nach einer bedarfsgerechteren Ermittlung des Kinderexistenzminimums und damit nach höheren Leistungen für Kinder im Bezug von Bürgergeld oder Sozialhilfe.

-
- 9 Während das Kindergeld im Jahr 2023 nur 250 € pro Kind beträgt, ist aufgrund des progressiven Steuertarifs bei Familien mit hohem Einkommen eine steuerliche Entlastung von bis zu 354 € monatlich möglich.
 - 10 Etwa DGB, Kindergrundsicherung: „Geringverdienende unterstützen – soziale Teilhabe für alle Kinder ermöglichen!“, <https://www.dgb.de/downloadcenter/++co++042b0200-9507-11ea-a727-52540088cadaDGB> (letzter Abruf: 8.4.2023).
 - 11 Bündnis Kindergrundsicherung, Kinder brauchen mehr! Unser Vorschlag für eine Kindergrundsicherung, http://www.kinderarmut-hat-folgen.de/download/Konzept_Kindergrundsicherung_2023.pdf (letzter Abruf: 13.2.2023).
 - 12 Zum Konzept des Bündnis Kindergrundsicherung s. auch erläuternd Liebert/von zur Gathen SozSich 2019, 141. Kritisch hier zu den Aspekten der Armutsbekämpfung, zum einheitlichen Betrag über alle Altersklassen und zur alleinigen Fokussierung auf junge Menschen losgelöst von ihren Eltern Butterwege SozSich 2019, 147, 149 ff.
 - 13 Bertelsmann-Stiftung, Neue finanzielle Leistung: Das Teilhabegeld für Kinder und Jugendliche, <https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/unsere-projekte/familie-und-bildung-politik-vom-kind-aus-denken/projektthemen/neue-existenzsicherung-fuer-kinder-und-jugendliche-1-3> (letzter Abruf: 13.2.2023).
 - 14 Vgl. Schmidt, ZRP 2018, 145, der eine bedingungsloses Kindergrundeinkommen in Höhe des Mindestunterhalts vorschlägt.

IV. Eckpunkte einer Kindergrundsicherung und Referentenentwurf

Die Idee einer Kindergrundsicherung ist von den politischen Parteien aufgegriffen und in unterschiedlicher Weise übernommen¹⁵ sowie im Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung als Vorhaben festgeschrieben worden.¹⁶ Das federführende BMFSFJ hat Anfang des Jahres 2023 Eckpunkte vorgelegt.¹⁷ Im Kern soll es sich bei der künftigen Kindergrundsicherung um eine Sozialleistung handeln, die einen einkommensabhängigen Garantiebetrags für alle Kinder (in Nachfolge zum bisherigen Kindergeld in Höhe von zunächst einheitlich 250 € monatlich) mit einem einkommensabhängigen Zusatzbetrag (für Kinder aus Familien ohne oder mit geringem Einkommen) kombiniert. Sie soll von einer Behörde, der bisherigen Familienkasse, ausgezahlt werden. Nachdem eine interministerielle Arbeitsgruppe, die seit März 2022 tagte,¹⁸ ihre Arbeit abgeschlossen hatte und Streitigkeiten über den Umfang des zur Verfügung stehenden Budgets für diese Reform in der Bundesregierung beigelegt worden waren, legte das federführende Ministerium Ende August einen Referentenentwurf vor.

Schon die Eckpunkte, v.a. aber der Referentenentwurf lassen befürchten, dass das Konzept einer Kindergrundsicherung hinter seinem Anspruch zurückbleibt. Dies soll nun anhand von einigen Zielen verdeutlicht werden, die mit der Kindergrundsicherung verfolgt wurden.

1. Bürokratieabbau durch Leistungsbündelung

Ziel war es, durch eine Bündelung von Leistungen weniger Bürokratie zu erzeugen. So ist vorgesehen, das Kindergeld, die steuerlichen Kinderfreibeträge, die Leistungen für Kinder nach dem SGB XII, SGB XII und den Kinderzuschlag sowie Teile des Bildungs- und Teilhabepakets zu bündeln

15 Antrag der Abgeordneten Baerbock u.a. und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, Faire Chancen für jedes Kind -Kindergrundsicherung einführen, BT-Drs. 19/14326; Antrag der Abgeordneten Müller (Potsdam) u.a. und der Fraktion DIE LINKE, Kinderarmut überwinden, Kindergrundsicherung einführen, BT-Drs. 19/17768.

16 Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, Grünen und FDP, S. 5, 78 f.

17 Die Eckpunkte sind zum Zeitpunkt der Erstellung des Beitrags noch nicht veröffentlicht.

18 BMFSFJ, Interministerielle Arbeitsgruppe Kindergrundsicherung konstituiert sich, <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/interministerielle-arbeitsgruppe-kindergrundsicherung-konstituiert-sich-194724> (letzter Abruf: 8.4.2023).

und in die Zuständigkeit der Familienkasse, künftig „Familienservice“, zu überführen. Die Sozialleistungen Wohngeld, Unterhaltsvorschuss und Ausbildungsförderung sollen daneben erhalten bleiben. Während in den Eckpunkten noch eine einheitliche Leistung mit zwei Bestandteilen vorgesehen war, setzt sich die Kindergrundsicherung nach dem Referentenentwurf künftig aus mehreren Leistungen mit unterschiedlicher Anspruchsinhaberschaft zusammen: Dem Kindergarantiebetrags (vormals Kindergeld), dem Kinderzuschlag und den Leistungen für Bildung und Teilhabe.

Im Hinblick auf das Ziel, Bürokratie abzubauen, ist zunächst festzustellen, dass der bürokratische Aufwand für die Familien, die bislang lediglich das Kindergeld beziehen, unverändert bleibt. Wer bislang zusätzlich zum Kindergeld auf das Wohngeld und den Kinderzuschlag angewiesen war, wird auch künftig neben der Familienkasse zur Wohngeldbehörde gehen müssen, auch wenn inhaltlich die beiden Leistungen der Familienkasse zusammengeführt werden. Hier entfällt allenfalls das zweite Antragsverfahren. Zwar ist auch in der Kindergrundsicherung ein pauschalierter Betrag für die Wohnkosten enthalten. Doch ist fraglich, inwieweit dessen Höhe ausreicht, um Wohngeld zu vermeiden. Denn das würde bedeuten, dass die Anzahl der Bezieherinnen und Bezieher von Wohngeld sinken könnte. Deren Anstieg infolge der jüngsten Wohngeldreform wird jedoch von der aktuellen Bundesregierung gefeiert, der damit möglicherweise zunichte gemacht würde.

Familien indes, die bislang ausschließlich von Leistungen nach dem SGB II gelebt haben, werden künftig oftmals weiterhin zusätzlich zur Kindergrundsicherung, die sie von der Familienkasse erhalten, auch Leistungen beim Jobcenter beantragen müssen. Denn einige Teile des bisherigen Bürgergelds, z. B. nicht pauschalierte Elemente des Bildungs- und Teilhabepakets oder Bedarfe für Unterkunft und Heizung, die über die in der Kindergrundsicherung enthaltene Wohnkostenpauschale hinausgehen, weiterhin über von den Ländern zu bestimmende Stellen oder über die Jobcenter im Rahmen der Elternbedarfe abgedeckt werden müssen.

2. Verbesserte Inanspruchnahme

Ein weiteres Ziel der Kindergrundsicherung ist die verbesserte Inanspruchnahme der Sozialleistungen für Kinder und Jugendliche. In diesem Punkt ist die weitgehend einheitliche Verortung der Kindergrundsicherung bei

der Familienkasse durchaus sinnvoll, wenn jede Familie ohne Angst vor Stigmatisierung Kindergrundsicherung beantragt, die dann je nach Einkommen unterschiedlich hoch ausfällt. Auch die Idee einer digitalen Antragstellung unter automatisiertem Datenabgleich mit anderen Behörden ist diesem Ziel zuträglich. Insofern wäre durch die Kindergrundsicherung tatsächlich vielen Familien geholfen, die aktuell in sog. verdeckter Armut leben, weil sie höhere Leistungen des Jobcenters wegen bürokratischer Hürden oder aus Angst vor Stigmatisierung nicht geltend machen. Allerdings wird es auch künftig die Familien geben, die ergänzend auf Leistungen nach dem SGB II angewiesen sein werden, etwa bei den Bedarfen für Unterkunft und Heizung oder Mehrbedarfen.¹⁹ Insofern bleiben auch hier ggf. Personengruppen bestehen, die aus den anfangs dargestellten Gründen evtl. nicht alle ihnen zustehenden (bedarfsdeckenden) Leistungen in Anspruch nehmen werden. Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang auch die geplante Neuregelung im SGB II, dass bei Kindern, für die ihre Eltern den Kindergarantiebtrag (bislange Kindergeld) erhalten, vermutet wird, dass die Bedarfe gedeckt sind. Zudem birgt auch das geplante gesonderte Antragsverfahren im SGB II für diese Kinder die Gefahr, nicht alle zustehenden Leistungen in Anspruch zu nehmen.

3. Armutsbekämpfung

Neben der Bekämpfung der verdeckten Armut hat die Kindergrundsicherung auch zum Ziel, mittels einer Neubemessung der Kinderregelbedarfe die Leistungen für Kinder zu verbessern. Hier ist zunächst festzustellen, dass höhere Kinderregelbedarfe nicht nur den Familien zugutekommen, die den Zusatzbetrag im Rahmen der Kindergrundsicherung erhalten. Denn höhere Regelbedarfe fließen in den von der Bundesregierung beschlossenen Existenzminimumsbericht²⁰ ein und erhöhen dadurch das steuerliche Kinderexistenzminimum. Sie führen damit zu steuerlichen Mindereinnahmen des Staates bei Familien mit höherem Einkommen. Das steuerliche Kinderexistenzminimum hat überdies Einfluss auf die Höhe des Mindest-

¹⁹ Dazu s.o. unter 1.

²⁰ Vgl. den von der Bundesregierung am 2.11.2022 beschlossenen Bericht des BMF über die Höhe des steuerfrei zu stellenden Existenzminimums von Erwachsenen und Kindern für das Jahr 2024 (14. Existenzminimumsbericht), S. 10 ff., https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Steuern/14-existenzminimumbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (letzter Abruf: 8.4.2023).

unterhalts des Kindes (§ 1612a Abs. 1 S. 2 BGB), nach dem sich wiederum die Höhe des Unterhaltsvorschusses bestimmt (§ 2 Abs. 1 S. 1 UnterhVG). Entsprechend hohe Staatsausgaben sind mit der Erhöhung der Regelbedarfe verbunden. Letzteres mag dann auch der Grund dafür sein, dass im Hinblick auf eine Neubemessung der Kinderregelbedarfe in einem ersten Schritt nur eine Anpassung der sog. Verteilungsschlüssel bzgl. der Ausgaben in den Familienhaushalten in den Abteilungen für Strom und Instandhaltung bzw. Haushaltseinrichtung vorgesehen ist. Da diese Anpassungen sich voraussichtlich nur in geringem Maße auf die Höhe der Regelbedarfe auswirken werden und zugleich zu niedrigeren Regelbedarfen der Eltern führen würden, ist das Ziel der Armutsbekämpfung bei Familien, die jetzt schon von Bürgergeld leben, nicht erfüllt. Damit auch diese Familien von der Kindergrundsicherung profitieren, wären Verbesserungen im Verfahren der Bemessung der Kinderregelsätze unerlässlich. Dies könnte z. B. durch die Festlegung einer anderen Referenzgruppe als die derzeitigen unteren 20 % der nach ihrem Einkommen geschichteten Haushalte der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (§ 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 RBEG 2021) geschehen.

4. Umfassender Leistungsausgleich

Ein letztes erklärtes Ziel des BMFSFJ ist es, über die Kindergrundsicherung einen umfassenden Familienleistungsausgleich herzustellen. Dies wäre erreicht, wenn der Garantiebetrags der Kindergrundsicherung der maximalen steuerlichen Entlastung pro Kind entsprechen würde. Allerdings ist die Erhöhung des Garantiebetrags der Kindergrundsicherung, aktuell des Kindergeldes, sehr kostenintensiv, da alle Familien von ihr profitieren würden. Insofern wird dieses Ziel auch bislang nur perspektivisch genannt, aber aktuell auch in den Eckpunkten noch nicht umgesetzt.

Über die eigenen Ziele der Bundesregierung (BMFSFJ) hinaus lässt sich die Kindergrundsicherung an weiteren Kriterien messen:

5. Personenkreis

Für die Reichweite einer Kindergrundsicherung ist relevant, wem diese Leistungen zu Gute kommen sollen. Während anfänglich insbesondere junge Menschen im Rechtskreis des SGB II und SGB XII im Blick waren,

ist umstritten, ob die Kindergrundsicherung auch Kinder aus dem Asylbewerberleistungsgesetz erreichen soll. Sie erhalten bislang kein Kindergeld. Das würde das Ziel unterstützen, alle Kindereinzubeziehen und niemanden außen vor zu lassen. In der Regierungskoalition fand sich hierzu jedoch kein Konsens, so dass diese Kinder auch nach dem Referentenentwurf keine Kindergrundsicherung erhalten sollen.

Eine im Reformprozess viel beachtete Gruppe sind weiterhin die im Ausland lebenden Kinder von ausländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in Deutschland. Für sie erhalten ihre Eltern auch bislang schon Kindergeld. Erklärtes Ziel des Ministeriums ist es, diesen Familien weiterhin den einkommensunabhängigen Betrag der Kindergrundsicherung zukommen zu lassen, nicht jedoch zusätzlich den einkommensabhängigen Zusatzbetrag. Das ist insofern – unabhängig von finanziellen Erwägungen – plausibel, da wenn die Kindergrundsicherung den notwendigen Lebensunterhalt sichern soll, die Bedarfe dieser Kinder sich an den Verhältnissen im Herkunftsland orientieren müssten und diese wiederum aufwändig zu ermitteln wäre. Allerdings war bislang auch der Kinderzuschlag eine ins EU-Ausland exportierfähige Familienleistung.²¹ Der Grund dafür ist, dass der Kinderzuschlag eine Pauschale ist, die mit steigendem Einkommen abgeschmolzen wird. Indes sind die derzeitigen Leistungen für Kinder nach dem SGB II, SGB XII und AsylbLG-Leistungsbezug als bedarfsabhängige Leistungen nicht exportierfähig.²² Wenn die Exportierfähigkeit des einkommensabhängigen Zusatzbeitrags vermieden werden soll, stellt ihn dies vor große Herausforderungen: So müsste es einerseits gelingen, die gewollt einheitliche Leistung der Kindergrundsicherung in zwei rechtlich selbständige Sozialleistungen zu unterteilen, von denen eine als Familienleistung exportierfähig bleibt und die andere als bedarfsabhängige nicht. Wenn hingegen das nicht gelingt, würden entweder alle im Ausland lebenden Kinder von in Deutschland tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die komplette Kindergrundsicherung erhalten – mit den dargestellten finanziellen und verwaltungsaufwändigen Folgen. Oder wenn es eine einheitliche bedarfsabhängige Leistung wäre, würde die Exportierfähigkeit komplett entfallen. Das würde möglicherweise in Bezug auf das Ziel, europäische Arbeitskräfte zu Bekämpfung des Fachkräftemangels in Deutschland zu halten oder sie dafür zu gewinnen, von Relevanz sein. Vor diesem Hintergrund erscheint die nun im Referentenentwurf vorgese-

21 BSG NZS 2023, 177 (180) = BeckRS 2022, 5200.

22 Kingreen, S. 15 f.

hene Aufspaltung der Kindergrundsicherung in mehrere selbständige Sozialleistungen nachvollziehbar.

6. Rechtsstellung des Kindes

Zu prüfen wäre auch, wie sich die neue Kindergrundsicherung auf die Rechtsstellung des Kindes auswirkt. Hierzu ist zunächst auf die Anspruchsinhaberschaft einzugehen²³: Nach aktuellem Recht hat das Kind selbst einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung seines Lebensunterhalts nach § 19 Abs. 1 S. 1 bzw. 2 SGB II, § 27 SGB XII oder § 1 AsylbLG. Die Eltern hingegen haben Anspruch auf den Kinderzuschlag und das Kindergeld. Nach den zunächst in den Eckpunkten dargelegten Vorstellungen des BMFSFJ sollte die Inhaberschaft für die Kindergrundsicherung allein bei den Eltern liegen, zumindest bis zum Auszug des volljährigen Kindes. Dies wäre nicht nur aus kinderrechtlicher Perspektive problematisch. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besteht ein grundrechtlich geschützter Anspruch eines jeden Grundrechtsträgers auf Sicherstellung des menschenwürdigen Existenzminimums gegen den Staat aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG,²⁴ also eben auch der Kinder. Diese Rechtsposition würde den Kindern und Jugendlichen durch die Reform verloren gehen.²⁵ Insofern ist es zu begrüßen, dass nach dem Referentenentwurf das Kind Anspruchsinhaber bzgl. des Kinderzuschlagsbetrags ist und zudem die Ansprüche nach dem SGB II und SGB XII als Auffangsystem erhalten bleiben.

Von Relevanz ist in diesem Zusammenhang zudem die steuerrechtliche Situation von Familien. So sind Eltern nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts berechtigt, die Ausgaben, die sie für den Lebensunterhalt und die Betreuung und Erziehung ihrer Kinder leisten, steuerlich abzusetzen. Nach aktueller Rechtslage ist das den Eltern zustehende Kindergeld eine Vorauszahlung auf die Steuererstattung. Wenn indes die Anspruchsinhaberschaft für die Kindergrundsicherung auf das Kind übergehen würde, wäre diese Verrechnung nicht mehr möglich. Es bestünde dann die Gefahr, dass der Staat den Lebensunterhalt dieser Kinder mehrfach finanzieren könnte, einmal über die Steuerersparnis bei den Eltern und

23 Zum Ganzen eingehend Schwengers info also 2023, 99 ff.

24 BVerfG NJW 2010, 505 (507) = BeckRS 2010, 109647.

25 Nach Kingreen, S. 15 f. ließe sich durch eine Anspruchsinhaberschaft des Kindes auch die Exportierfähigkeit der Kindergrundsicherung ausschließen.

einmal über die Kindergrundsicherung bei den Kindern. Es bleibt eine Herausforderung für den Gesetzgeber, diese Problematik zu lösen, ohne das grundrechtlich garantierte Recht des Kindes auf Sicherstellung seines Existenzminimums zu unterlaufen. Vor diesem Hintergrund scheint die in den Eckpunkten vorgesehene Aufsplittung der Leistung eine tragfähige Lösung zu sein.

7. Verhältnis zu anderen Sozialleistungen

Von Relevanz ist aber auch das Verhältnis der Kindergrundsicherung zu weiteren kindbezogenen Leistungen. Das BMFSFJ beabsichtigte in seinen Eckpunkten, den Garantiebetrug der Kindergrundsicherung künftig vollständig beim Kind zu belassen. Dies ist für Kinder relevant, die bislang Leistungen des Jobcenters oder des Sozialamts bezogen haben. So wird nach aktueller Rechtslage das derzeitige Kindergeld im Rahmen des Bürgergelds insoweit auf die Kinderbedarfe leistungsmindernd angerechnet, als es zur Deckung seiner Bedarfe braucht. Wenn es -aufgrund weiteren eigenen Einkommens – seine Bedarfe übersteigt, wird es zusätzlich zur Deckung der elterlichen Bedarfe verwendet. Wenn diese Rechtsfolge entfällt, stärkt dies seine Position in der Familie und die Familie insgesamt.

Für die Kinder, die bislang Kinderzuschlag bezogen haben, ist hingegen vor allem relevant, wie der Kindesunterhalt und der auch künftig erhalten bleibende Unterhaltsvorschuss in Zukunft als Einkommen berücksichtigt werden. Hier gab es unterschiedliche Regelungen im SGB II und SGB XII einerseits und beim Kinderzuschlag andererseits. Während im SGB II und SGB XII der Kindesunterhalt bislang in voller Höhe leistungsmindernd berücksichtigt wurde, wurde er beim Kinderzuschlag zuletzt nur knapp zur Hälfte angerechnet. Durch diese Regelung wurde sichergestellt, dass auch Alleinerziehendenhaushalte von dem Kinderzuschlag profitierten (s.o.). Wenn künftig das Kindeinkommen bei der Kindergrundsicherung in voller Höhe angerechnet würde, würden einige Kinder, die aktuell den Kinderzuschlag beziehen, künftig keinen Anspruch auf seinen Nachfolger, dem einkommensabhängigen Zusatzbetrag haben. Dies wäre insbesondere für Alleinerziehende eine Schlechterstellung. Zu begrüßen ist daher, dass der Referentenentwurf die für die Familien günstigere Variante einer Anrechnungsrate von 45 % vorsieht.

V. Ergebnis

Die Eckpunkte und der Referentenentwurf des BMFSFJ zur Einführung einer Kindergrundsicherung bleiben hinter den Erwartungen zurück. Eine große Chance der Kindergrundsicherung liegt darin, Kinder in Familien zu erreichen, die aktuell ein Einkommen unterhalb des Grundsicherungsniveaus haben oder etwas darüber und keine Sozialleistungen beziehen. Damit würde es gelingen, Familien aus der verdeckten Armut zu holen. Ob es durch die aktuell vorgesehene Bündelung der Leistungen tatsächlich gelingt, den Zugang insgesamt zu verbessern, bleibt zweifelhaft. So bleiben die bürokratischen Hürden für Familien, die weiterhin auf nicht pauschalierbare Leistungen angewiesen sind, bestehen. Auch der Aufbau einer neuen Behörde bei den Familienkassen, die bislang keine Bedarfsprüfung vorgenommen haben, lässt befürchten, dass die Bedarfe der Familien zumindest übergangsweise nicht angemessen gedeckt werden. Die eigene Rechtsstellung der jungen Menschen im Hinblick auf die Sicherung ihres Existenzminimums muss auch künftig gewahrt werden. Der größte Nachholbedarf liegt allerdings bei der bislang kaum vorgesehenen Erhöhung des kindlichen Existenzminimums. Ohne eine solche bleibt die Kindergrundsicherung für einkommensarme Familien ein leeres Versprechen.

Literatur

- Butterwegge, Christopher: Kindergrundsicherung auf dem Prüfstand – Geeignetes Konzept zur Armutsbekämpfung oder familienpolitischer Irrweg?, *SozSich* 2019, 147 ff.
- Kingreen, Thorsten: Europarechtliche Prüfung des Teilhabegelds für Kinder und Jugendliche- Rechtsgutachten für die Bertelsmann Stiftung, 2017, online verfügbar unter <https://www.bertelsmann-stiftung.de/en/publications/publication/did/europarechtliche-pruefung-des-teilhabe-gelds-fuer-kinder-und-jugendliche> (letzter Abruf 19.3.2023)
- Liebert, Jana/Gathen, v.z., Marion: Das Modell der Kindergrundsicherung, *SozSich* 2019, 141 ff.
- Schmidt, Christopher: Grundeinkommen für Kinder statt Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz?, *ZRP* 2018, 145 ff.
- Schwengers, Clarita: Eltern oder Kind? – Wer hat Anspruch auf eine Kindergrundsicherung? *info also* 2023, 99 ff.

Wohnungsnotfallhilfe und Housing First – zur Gesetzeslage in Deutschland

Prof. Dr. Falk Roscher

Kaum ein Thema wurde im Kontext der Wohnungslosenhilfe zuletzt intensiver diskutiert als Housing First. Dabei ist der Ansatz alles andere als unproblematisch, gerade unter Berücksichtigung der Rahmenbedingungen des deutschen Rechts. Der Verfasser des vorliegenden Beitrags, ehemals Rektor der Hochschule für Sozialwesen (HfS), bringt Licht ins Dunkel. Sein Beitrag ist mit umso mehr Sachkenntnis verfasst, als er nicht nur Autor diverser Fachveröffentlichungen, sondern auch Mitglied des Fachausschusses Sozialrecht der BAG Wohnungslosenhilfe ist.

Inhalt

I.	Einleitung	117
II.	Wohnungsnotfallhilfe nach den §§ 67 ff. SGB XII	122
	1. Voraussetzungen	122
	2. Verfassungsrechtlicher Bezug im Unterschied zu HF	124
	3. Bearbeitung von Hintergrundproblemen statt Konstruktion von „Multiproblemfällen“	125
	4. Zusammenfassung zu „Philosophie und Werten“	126
III.	Housing First als „Weiterentwicklung“ der gesetzlichen Wohnungsnotfallhilfe?	127
	1. Eingeschränkter emanzipatorischer Ansatz	127
	2. Fehlender Rechtsanspruch auf Hilfe	128
	3. Kein rationales und generalisiertes Verfahren der Auswahl der „schweren“ Fälle	132
	4. Verbindung von Wohnangeboten mit „treatment“ und Einschränkung von Freiheit	133
	5. Housing First-Projekte verschärfen die Problematik	134
IV.	Housing First und die Rückkehr der Gespenster der Vergangenheit	135
V.	Emanzipatorische Wohnungsnotfallhilfe statt Housing First für „Multiptoblemfälle“	138
VI.	Konsequenzen der unterschiedlichen Philosophien	140

I. Einleitung

Die Wohnungsnotfallhilfe¹ hat ihre gesetzliche Grundlage in den §§ 67 bis 69 SGB XII sowie der Verordnung zur Durchführung der Hilfe (VO) und zwar für Leistungen zur Überwindung sozialer Schwierigkeiten, die mit besonderen Lebensverhältnissen (konkret mit Wohnungsnotfällen) verbunden sind (§ 67 SGB XII, § 1 Abs. 2 VO).

1 Zur Definition s. Bundesarbeitsgemeinschaft Wohnungslosenhilfe e. V., Position 2010.

Housing First (im Folgenden HF) ist ein in den USA seit den 1990er Jahren entwickeltes Hilfekonzept für bereits längere Zeit wohnungslose, auf der Straße lebende Menschen, deren Situation nicht durch die Wohnungslosigkeit allein gekennzeichnet ist, sondern durch Leiden vor allem psychischer Art. Kerngedanke des Konzepts ist es, dass diesen Menschen zu Beginn der Hilfe bedingungslos normaler Mietwohnraum zur Verfügung gestellt wird, wobei bedingungslos bedeutet, ohne jegliche Verpflichtung, an weiteren Unterstützungsangeboten („treatment“) teilnehmen zu müssen. Zwar wird Unterstützung regelmäßig für die ganze Breite der Problemlage angeboten, sie anzunehmen bleibt aber den Einzelnen überlassen. Entscheidend ist dabei, dass die Nicht-Inanspruchnahme keine Konsequenzen für den Fortbestand des Mietverhältnisses hat.² Als Hintergrund für diese Wertentscheidung wird auf das Menschenrecht auf Wohnen („housing a basic right for all people“)³ verwiesen. Dies ist der einzige juristische Anknüpfungspunkt des Konzepts in den USA. Es wurde entwickelt und ausgestaltet im Rahmen von unterschiedlich finanzierten Projekten ohne gesetzlich geregelte Individualansprüche potenzieller Teilnehmer.⁴ Empirisch betrachtet, sind Erfolge nicht nur in den USA, sondern auch für europäische Länder einschließlich Deutschland belegt, und zwar in Form einer längerfristigen Stabilisierung der Wohnsituation bei einer größeren Anzahl der Projektteilnehmer.⁵

Unabhängig von dieser Entwicklung wurde für die deutschen Wohnungsnotfallhilfe etwa seit Beginn der 2010er Jahre sowohl aus psychiatrischer Sicht als auch aus der stationären Wohnungslosenhilfe heraus

2 Einer der wichtigen Vertreter von HF in den USA, Sam Tsemberis, beschreibt unter der Überschrift „philosophy and values“ HF folgendermaßen: „The Pathways to Housing program [...] that is, people with psychiatric disabilities, co-occurring substance use disorders, a history of incarceration or violence, and other serious difficulties – and offers them immediate access to an independent apartment of their own, without requiring sobriety or participation in treatment as a condition for housing“, Tsemberis, S. 278.

3 Tsemberis, S. 278.

4 Wenn überhaupt kann in Projekten, die vor allem aus Bundeshaushaltsmitteln zeitlich und der Höhe nach befristet unterstützt werden, Hilfe geleistet werden, wobei insbesondere das Assertive Community Treatment (ACT) Grant Program vom Department of Health and Human Services Substance Abuse and Mental Health Services Administration bei HF eine wichtige Rolle spielt, z.B. für 2023 unter <https://www.grants.gov/web/grants/view-opportunity.html?oppId=342907> (letzter Abruf 24.3.2023).

5 Dazu mit ausführlichen Nachweisen zu den Projekten in Europa, vgl. Busch-Geertsema, in: Daßler, S. 143 (148). Für Deutschland ist zu nennen Gerull 2021.

von den Sozialhilfeträgern vermehrt der Wohnungsnotfall in einen „psychiatrischen Kontext“⁶ gestellt. Stichworte dafür sind „Mehrfachproblemlagen“, „Multiproblemfall“, „Menschen mit besonderem Unterstützungsbedarf“ u.ä., wobei oft die Suchtproblematik gemeint ist.⁷ Damit verbunden ist ausdrücklich⁸ oder auch nur unterschwellig die Frage, ob eine Orientierung einer Wohnungsnotfallhilfe primär an der sozialen Lage der Wohnungslosen richtig ist, also entsprechend dem Gesetzeswortlaut nur an ihren „sozialen Schwierigkeiten“. Auch die Diskussion um das neue Bundesteilhabegesetz (BTHG) spielte hier wohl eine Rolle, obwohl nach § 93 Abs. 2 SGB IX Hilfen bei sozialen Schwierigkeiten von den Neuregelungen „unberührt“ bleiben sollten.⁹

Zusammentreffend mit dieser Entwicklung wurde in den vergangenen Jahren HF mit den wesentlichen Elementen des Konzepts aus den USA in Deutschland bekannt gemacht und dabei durchaus passend zu diesem Konzept auf die beschriebene Begrifflichkeit zurückgegriffen – HF als ein Hilfeansatz für wohnungslose Menschen mit „Mehrfachproblemlagen“. Ganz bewusst wurde die praktische Entwicklung in Projekten unterstützt, also die Möglichkeit eines individuellen Rechtsanspruchs auf Hilfe nach dem Hilfeansatz HF im Rahmen der in Deutschland geltenden Bestimmungen nicht verfolgt, abgesehen von dem aus den USA übernommenen Verweis auf Wohnen als Menschenrecht.¹⁰ Mehr oder weniger implizit wurde davon ausgegangen, dass die Wohnungsnotfallhilfe auf Basis deutschen Rechts unvereinbar mit HF sei. Mit Bezug zur Praxis der Wohnungsnotfallhilfe wurde angenommen, der Zugang zu einem Wohnangebot sei nicht getrennt von der Verpflichtung, weitere Hilfen anzunehmen. Wohnangebote erfolgten in Stufen, d.h. ein echtes Mietverhältnis könne nur nach Bewährung („Wohnfähigkeit“) in „betreuten“ Wohnformen erreicht werden. Es werde versucht, aktive Beteiligung mit Zwang zu erreichen. Insgesamt seien

6 So eine Formulierung bei Schreiter/Gutwinski/Rössler *Der Nervenarzt* 2020, 1025.

7 Dazu mehrere Beiträge in Daßler 2023.

8 Dezidiert Speckmann *Blätter der Wohlfahrtspflege* 2018, 225.

9 Kritisch und ausführlich zum (Wieder-)Aufkommen der Konstruktion von „Multiproblemfällen“ und ihrer Vereinbarkeit mit der „Philosophie“ der §§ 67 ff. SGB XII s. Roscher *NDV* 2015, 613 ff.

10 Eine Ausnahme ist z. B. der Beitrag von Bullermann/Holzinger/Müncho *wohnungslos* 2021, 136 ff.

Wahlfreiheit und Selbstbestimmung – wesentlich bei HF – nicht gewährleistet, ebenso wenig wie die Ausrichtung auf Gesundheit und Heilung.¹¹

Vor dem Hintergrund dieser der deutschen Wohnungslosenhilfe vermeintlich innewohnenden negativen Elemente wird das Konzept von HF teils als Weiterentwicklung, teils als paradigmatischer¹² und notwendiger Wechsel der Wohnungsnotfallhilfe bezeichnet. Entsprechend heftig werden die Auseinandersetzungen im Hilfesystem um die Bedeutung von HF für die Wohnungsnotfallhilfe geführt. Dies ist auch zurückzuführen auf einen im politischen Raum, aber auch in der Berichterstattung über HF erzeugten Eindruck, HF sei der Schlüssel zur Lösung aller Wohnungsnotfälle.¹³ Wenn man HF so versteht, dann wäre sein Inhalt banal: alle Menschen mit qualifiziertem Wohnraum zu versorgen beseitigt den Wohnungsnotfall. Inwieweit die Vertreter des HF-Ansatzes dieses Missverständnis mit Formulierungen wie „the philosophy of housing first is applicable to every person and every family that is homeless“¹⁴ mit bewirkt haben, mag dahingestellt bleiben.¹⁵ Die Realität des Wohnungsmangels ist aber bei HF mitgedacht; das Konzept soll eine Hilfe genau in dieser Realität (nur) bei einem ausgewählten Personenkreis darstellen, für welchen zu Hilfebeginn entsprechende Wohnmöglichkeiten bereitgestellt werden. War dies mit Aufkommen der HF-Diskussion in Deutschland nicht immer klar,¹⁶ wird dies nun eindeutig formuliert: HF sei ein „komplexes Hilfskonzept für eine spezifische Gruppe von Wohnungslosen“¹⁷ oder auch keine „One Size

11 All diese Argumente finden sich in Deutscher Verein, Empfehlungen 2022 und werden so regelmäßig in den Beiträgen von Busch-Geertsema wiederholt, zuletzt in: Daßler, S. 143 ff.

12 Welche Entwicklungen der Wohnungsnotfallhilfe einen Paradigmenwechsel darstellen, erörtert grundsätzlich Specht wohnungslos 2023, 25 ff., mit deutlicher Kritik an der Behauptung, HF nach Tsemberis sei für Deutschland ein Paradigmenwechsel.

13 Rosenke wohnungslos 2023, 2 ff. plädiert deshalb dafür, die Diskursebenen klarer zu trennen und auch jeweils zu benennen, auf welcher Ebene diskutiert wird: auf der allgemein- bzw. wohnungspolitischen oder auf der fachlichen, die sich inhaltlich zumindest in eine sozialarbeiterische und eine juristische Ebene trennen lasse. Allerdings – und das soll auch dieser Beitrag zeigen – sind die Ebenen in dem konkreten Feld verschränkt und aufeinander bezogen.

14 Tsemberis, S. 277.

15 Missverständlich auch Busch-Geertsema rausch 2021, Heft 4, 66 (71): „Aber Housing First und die rasche Versorgung mit Normalwohnraum sollten zentrale Elemente jeder Strategie zur Reduzierung von Wohnungslosigkeit werden“.

16 Vor allem im politischen Raum.

17 Busch-Geertsema, in: Daßler, S. 143 (152).

Fits All“-Lösung für alle von Wohnungs- und bzw. oder Obdachlosigkeit betroffenen Menschen“.¹⁸

Da es sich bei HF um ein Konzept handelt, das aus einem anderen Rechtskreis kommt, in welchem für Wohnungsnotfälle nicht annähernd vergleichbare gesetzliche Regeln, insbesondere individuelle Rechtsansprüche auf Hilfe bestehen,¹⁹ sollte auch unter juristischen Gesichtspunkten untersucht werden, ob HF für die Wohnungsnotfallhilfe in Deutschland eine „Weiterentwicklung“ darstellt oder möglicherweise eher einen Rückschritt. Ziel ist dabei nicht, zu prüfen ob und wie „philosophy and values“²⁰ von HF möglicherweise doch oder gar besser im Rahmen der in Deutschland bestehenden Rechtsansprüche nach den §§ 67 ff. SGB XII verwirklicht werden könnten. Solche Versuche bestimmen teilweise die Diskussion um HF.²¹ Vielmehr wird es darum gehen, die „Philosophie und die Werte“ zu benennen, die für den bestehenden individuellen Rechtsanspruch (§ 67 SGB XII) und für die Regeln zum Hilfeprozess (§ 68 SGB XII und VO zu § 69 SGB XII) leitend sind. Ferner soll herausgearbeitet werden, welche Lösungen sich aufgrund der Gesetzeslage ergeben.

Dazu muss notwendigerweise auf das HF-Konzept Bezug genommen werden. Mit den Empfehlungen zum HF-Ansatz in den Wohnungsnotfallhilfen des Deutschen Vereins von 2022 liegt nun ein zusammenfassendes Konzept vor, das auch in den wesentlichen Punkten die Positionen von *Busch-Geertsema* widerspiegelt, der den Ansatz mit seinen Veröffentlichungen in Deutschland populär gemacht hat.²² Auf diese Empfehlungen wird sich im Folgenden deshalb bezogen, ohne sie hier im Detail zu referieren.²³

Zunächst wird in Teil II in aller Kürze der rechtliche Rahmen der Wohnungsnotfallhilfe mit einem Schwerpunkt beim verfassungsrechtlichen

18 Deutscher Verein, Empfehlungen 2022, S. 6.

19 Dieser in der Diskussion weitgehend ausgeblendete Gesichtspunkt – wohl mitbewirkt durch den Rückbezug aller Projekte auch international auf das universelle „Menschenrecht auf Wohnen“ – wird auch betont bei Rosenke wohnungslos 2023, 2.

20 Tsemberis, S. 278.

21 Bullermann/Holzinger/Müncho wohnungslos 2021, 136 ff.

22 Wie beispielsweise Busch-Geertsema, in: Daßler, S. 143 ff. und rausch 2021, Heft 4, 66 ff.

23 Nicht näher eingegangen wird auf das finnische Konzept, das zwar auch unter dem Label HF praktiziert und in der Literatur dargestellt wird, aber deutlich mit seinen klar auf Wohnungsnot und Armut ausgerichteten Grundgedanken vom HF-Ansatz des Deutschen Vereins abweicht. Es ist näher bei den in §§ 67 ff. SGB XII vorgesehenen Lösungen einzuordnen, allerdings nicht in gleicher Weise rechtlich abgesichert. Ein Überblick mit weiterführenden Literaturhinweisen zum finnischen HF findet sich bei Rosenke wohnungslos 2023, 2 (3).

Hintergrund im Hinblick auf das bei HF besonders betonte Prinzip der Selbstbestimmung dargestellt. Weiter werden die rechtlichen Vorgaben für „Multiproblemfälle“ in Abgrenzung zu HF behandelt.

In Teil III wird untersucht, ob HF im Verhältnis zu den bestehenden gesetzlichen Regeln als „Weiterentwicklung“ der Wohnungsnotfallhilfe gesehen werden kann. Dabei ist etwas vertiefter auf den Ansatz von HF einzugehen.

Mit Bezug zum historischen Hintergrund der heutigen Regeln soll in Teil IV auf die „Gespenster der Vergangenheit“ aus der früheren Nichtsesshaftenhilfe bei HF eingegangen werden, aber auch auf die Anregungen, die HF für die praktische Wohnungsnotfallhilfe gibt.

Teil V fasst in sieben Punkten zusammen wie auf der Basis der bestehenden Rechtsansprüche eine emanzipatorische Wohnungsnotfallhilfe – auch in den von HF in den Mittelpunkt gestellten „Multiproblemfällen“ – stattfindet.

Abschließend werden in Teil VI die unterschiedlichen Philosophien von HF einerseits und der Wohnungsnotfallhilfe nach den §§ 67 ff. SGB XII andererseits gegenübergestellt und die Konsequenzen zusammenfassend benannt.

II. Wohnungsnotfallhilfe nach den §§ 67 ff. SGB XII²⁴

I. Voraussetzungen

Voraussetzungen der Wohnungsnotfallhilfe nach §§ 67 ff. SGB XII sind das Vorliegen besonderer Lebensverhältnisse, damit verbundene soziale Schwierigkeiten sowie das Fehlen der eigenen Kraft zur Überwindung dieser Schwierigkeiten.

„Besondere Lebensverhältnisse“ meint keineswegs – wie die Formulierung zunächst vermuten lässt – einen „Multiproblemfall“, „komplexe Problemlage“ oder ähnliches. Die VO zu § 69 SGB XII nennt neben anderen als erstes Beispiel dafür „fehlende oder nicht ausreichende Wohnung“. Es geht um soziale Mangellagen, die von gesellschaftlicher Normalität abweichen.

24 Dazu im Einzelnen LPK-SGB XII/Roscher SGB XII, Kommentierung zu §§ 67 bis 69. Hierzu vgl. auch Deutscher Verein, Empfehlungen 2015. Aus welchem Grund in den Empfehlungen des Deutschen Vereins 2022 zu HF jeglicher Bezug zu den Empfehlungen von 2015 fehlt, die sich mit der „Leistungsgewährung bei mehrfachen Hilfebedarfen“ beschäftigen, wird nicht erklärt.

Das „besondere“ umformuliert: Es geht um nicht normale Lebensverhältnisse, um „Nichtversorgung“ in existenziell wichtigen sozialen Bereichen. Das Gesetz nimmt an, dass es besondere Situationen von Schutzlosigkeit, Fremdsein, Not und letztlich Hilflosigkeit gibt wie eben Wohnungslosigkeit, und zwar neben den gleichsam „normalen“ Fährnissen des Lebens wie v.a. Krankheit, Sucht, Behinderung, Pflegebedürftigkeit, die an in der Person liegenden Umständen anknüpfen. Für diese ist ein ausgebautes Hilfeangebot vorhanden.

„Soziale Schwierigkeiten“ i.S.d. § 67 SGB XII sind dann anzunehmen, wenn Menschen das eigene Leben in ihrer sozialen Umwelt nicht (mehr) selbstbestimmt so organisieren und gestalten können, dass sie in „normalen“ Lebensverhältnissen leben und im Falle des Wohnungsverlusts (auch des drohenden) den Wohnungsnotfall überwinden können.

Mit den ersten beiden Tatbestandsmerkmalen rückt als hilfeauslösend und den Hilfeprozess bestimmend die akute, die Hilfesuchenden belastende soziale Lage ins Zentrum. Dies war bereits mit dem reformierten § 72 BSHG von 1974 beabsichtigt, der die noch der alten Nichtsesshaftenhilfe verbundenen §§ 72 ff. des BSHG von 1961 ablöste („Mangel an innerer Festigkeit“).²⁵ Es soll hier nicht der lange Weg nachgezeichnet werden, der gegangen werden musste, bis die „Pathologisierung“ von Wohnungslosigkeit ein Ende hatte.²⁶ Auszugehen ist vielmehr davon, dass die Hilfe auf die dauerhafte Überwindung einer akuten sozialen Notlage ausgerichtet ist und nicht auf therapeutische Prozesse für in der Person liegenden Auffälligkeiten. Das verdeutlicht § 2 Abs. 2 S. 2 VO zu § 69 SGB XII, der von „Beratung und [...] Unterstützung [...] bei der Erhaltung und Beschaffung einer Wohnung“ spricht.

Der Gesetzgeber hat also die mit HF angestrebte Entkoppelung von Hilfe in der sozialen Notlage einerseits und therapeutischen Hilfen für mögliche Hintergrundprobleme andererseits bereits ausdrücklich vorgenommen. Dass in der Person liegende Umstände im Hintergrund von Wohnungsnotfällen eine Rolle spielen können, wird aber durchaus von der gesetzlichen Regelung aufgenommen. Die VO beschreibt genau den Weg, wie damit

25 Dazu und zur Entwicklung seit der Verabschiedung des BSHG im Jahre 1961 s. LPK-SGB XII/Roscher SGB XII § 67 Rn. 5.

26 Einen guten Überblick der Entwicklung vom „Wandertrieb“, über psychiatrische Krankheitsbilder zur Psychologisierung bis weit in die 1990er Jahre gibt Rohrmann rausch, Heft 4, 55 ff.

umzugehen ist.²⁷ Allerdings wird Wohnungslosigkeit dadurch nicht erneut – wie vor der Reform – in einen dunklen „psychiatrischen Kontext“ gestellt.

Das dritte Tatbestandsmerkmal „aus eigener Kraft nicht fähig“ ist auf die Überwindung sozialer Schwierigkeiten bezogen und damit auf die Möglichkeiten, selbständig das eigene Leben (mit „eigener Kraft“) erfolgreich gestalten zu können. Hierin besteht der verbindliche verfassungsrechtliche Bezug der Wohnungsnotfallhilfe nach den §§ 67 ff. SGB XII – und nicht wie der Deutsche Verein in seinen Empfehlungen meint, in einem „Grundrecht“ auf Wohnen ohne rechtliche Verbindlichkeit. Die fehlende Verbindlichkeit wird in einer Fußnote der Empfehlungen erkannt und betont („soziales Grundrecht, aus dem kein individualrechtlicher Anspruch folgt“),²⁸ ohne allerdings daraus eindeutige Konsequenzen für eine am Grundgesetz orientierte Verrechtlichung des Konzepts zu ziehen.

„Überwindung“ bedeutet, das eigene Leben in der sozialen Umwelt (wieder) gestalten und organisieren zu können. Es geht um die Entfaltungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG und damit auch um die Menschenwürde nach Art. 1 GG, da Handlungsfreiheit eine ihrer wesentlichen Ausprägungen ist.²⁹ Durch Hilfen eröffnete Handlungsmöglichkeiten „zur selbständigen Bewältigung [...] der sozialen Schwierigkeiten“ (§ 2 Abs. 1 S. 2 VO) bahnen den Weg zur Wahrung der Würde, denn „die Würde des Menschen zeigt sich namentlich in der Möglichkeit zu freiem Handeln“;³⁰ konkret im Wohnungsnotfall durch dessen Überwindung, also „normales“ Wohnen.

2. Verfassungsrechtlicher Bezug im Unterschied zu HF

Der beschriebene verfassungsrechtliche Bezug macht die Verwirklichung des Rechtsanspruchs nach § 67 SGB XII bei gegebenem Tatbestand in jedem Wohnungsnotfall verpflichtend, also auch bei komplexen Problemlagen im Sinne von HF, sozusagen den schweren Fällen, und zwar als Soforthilfe nach § 18 Abs. 1 SGB XII. Zentrales Problem ist dabei die Versorgung mit qualifiziertem Wohnraum, d.h. mit Wohnraum, der normalen Lebensverhältnissen entspricht, i.d.R. in der Form des Normalmietverhältnisses. Bei HF und in den Empfehlungen des Deutschen Vereins wird

27 Dazu s. unter 3.

28 Deutscher Verein, Empfehlungen 2022, S. 4 (Fn. 2).

29 Grundsätzlich dazu Roscher wohnungslos 2022, 38 ff.

30 Möllers, S. 94.

dies als Hilfeansatz vertreten, aber nur für die „Multiproblemfälle“. Die verfassungsrechtlich gebotene Generalisierung wird ausdrücklich ausgeschlossen.³¹ Das Gesetz dagegen macht keine Unterschiede.

Allerdings kommt das Gesetz ebenso wenig wie HF an der Tatsache vorbei, dass auch im Bereich des Wohnraums die Verteilung begrenzter Güter weitgehend nach marktwirtschaftlichen Prinzipien erfolgt, in Deutschland abgemildert, u.a. durch das soziale Mietrecht des BGB, Wohngeldansprüche, „Sozialwohnungen“ und nicht zuletzt das Ordnungsrecht. Die Generalisierung stößt also an eine Grenze, allerdings eine gesellschaftliche, konkret die geltende Eigentumsordnung. Diese Situation kann das Gesetz zwar nicht lösen, aber es versucht in § 68 SGB XII darauf zu reagieren, damit das verfassungsrechtliche Gebot, Handlungsmöglichkeiten in jedem Wohnungsnotfall zu eröffnen, Leitorientierung bleibt: *Abwendung* (Erhalt der Wohnung) und *Beseitigung* (neues Mietverhältnis) sind zentral, *Milderung* und *Verschlimmerung* verhüten (ggf. mit „unterwertigem“ Wohnangebot z. B. nach § 578 Abs. 3 BGB) nachgeordnet, wenn anderes wegen fehlender qualifizierter Wohnungen nicht möglich ist. Handlungsmöglichkeiten müssen aber auch bei den „unterwertigen“ Wohnungsnotfallhilfen gewährleistet werden. Maßstab kann dabei nur sein, solche Hilfen so nah wie möglich an Normalmietverhältnisse anzunähern, also insbesondere auch ohne zwingende Verbindung von „Behandlung“ und Wohnraum, die nach geltendem Recht nicht geboten ist.

3. Bearbeitung von Hintergrundproblemen statt Konstruktion von „Multiproblemfällen“³²

Das Gesetz schweigt nicht zu den bereits angedeuteten, möglicherweise im Hintergrund der Wohnungsnotfälle wirkenden Problemen, die in der Person liegen. Diese sind allerdings weder der Ausgangspunkt der Hilfe noch bilden sie die steuernde Leitlinie für den Hilfeprozess. Im Verlauf des Hilfeprozesses ist jedoch auf Hintergrundprobleme einzugehen, wenn erkennbar zu vermuten ist, dass sie auf den Wohnungsnotfall Einfluss haben. Konkret bedeutet dies, dass ohne ihre Berücksichtigung die im Fokus der Hilfe stehenden sozialen Schwierigkeiten nicht angegangen werden können (§ 3 Abs. 1 und 2 S. 2 VO zu § 69 SGB XII).

31 Deutscher Verein, Empfehlungen 2022, S. 6: „HF [...] keine ‚One Size Fits All‘-Lösung für alle von Wohnungs- und oder Obdachlosigkeit betroffene Menschen“.

32 Dazu Roscher NDV 2015, 613 ff.

Das in Wohnungsnotfällen mögliche *Spannungsverhältnis* zwischen der Hilfe bei sozialen Schwierigkeiten, die mit den besonderen Lebensverhältnissen verknüpft sind, und den Hilfen für eventuell wirkende Hintergrundprobleme ist zu lösen, indem die Hilfe nach §§ 67 ff. SGB XII mit anderen möglichen Hilfen „verbunden“ wird („verbundener Einsatz“ § 2 Abs. 3 S. 3 VO zu § 69 SGB XII). Die Hilfen stehen als eigenständige nach ihren jeweils eigenen Bedingungen nebeneinander und haben sich zu ergänzen. Der Hilfe nach §§ 67 ff. SGB XII kommt insoweit eine den Hilfeprozess im Einzelfall konkret gestaltende und koordinierende Funktion zu, weil sie an der *akuten*, d. h. die Hilfesuchenden auch existenziell belastende Situation im Hier und Jetzt, ansetzt und für deren Überwindung weiter verantwortlich bleibt („Leithilfe“).³³

4. Zusammenfassung zu „Philosophie und Werten“

Es besteht eine sozialrechtliche Verpflichtung, in allen Wohnungsnotfällen Hilfe zu leisten. Dieser Verpflichtung entspricht ein *individueller Rechtsanspruch*. Die Hilfe ist darauf gerichtet, die *soziale Notlage zu beseitigen*, d. h. die Hilfesuchenden in die Lage zu versetzen, *selbständig wieder „normale“ Lebensverhältnisse organisieren und gestalten*, konkret: „normal“ wohnen zu können. *Orientierung* ist dabei ihre *Handlungsfreiheit*, wie sie sich aus Art. 2 Abs. 1 GG als erste Ausprägung der Menschenwürde im Sinne des Art. 1 GG ergibt. Vordringlich und entscheidend kommt es darauf an, die aufgrund der sozialen Notlage nur eingeschränkt vorhandenen oder nicht mehr gegeben *Handlungsmöglichkeiten* mit den Hilfen zu *erhalten bzw. wiederzugewinnen*, um nicht mehr durch die sozialen Schwierigkeiten am selbstbestimmten Handeln gehindert zu werden. Stellt sich heraus, dass im Hintergrund des Wohnungsnotfalls weitere Belastungen – z.B. aus dem Bereich von Krankheit und Behinderung – die Handlungsmöglichkeiten einschränken, dann sind die dafür vorhandenen Rechtsansprüche ergänzend zu erschließen, aber unverändert die Ansprüche nach §§ 67 ff. SGB XII zur Beseitigung der sozialen Notlage weiter zu erfüllen.

33 Hierzu ausführlich Roscher rausch 2021, 73 ff.

III. Housing First als „Weiterentwicklung“ der gesetzlichen Wohnungsnotfallhilfe?

„Der Housing-First-Ansatz ist ein komplexes Hilfskonzept für eine spezifische Gruppe von Wohnungslosen“ so die Einschätzung des Hauptpromoters von HF in Deutschland.³⁴ In Kapitel II. wurde dargestellt, dass die Hilfen nach den §§ 67 ff. SGB XII einen *generellen* Ansatz in Wohnungsnotfällen verfolgen ohne „leichte“ und „schwere“, „einfache“ und „spezielle“ Fälle zu differenzieren, also „Multiproblemfälle“ besonders zu regeln. Aber der gesetzlich vorgegebene Hilfeprozess zeichnet für diese Fälle rechtlich verbindliche Leistungswege vor, und zwar auch für die Situationen, die bei HF im Vordergrund stehen: die Hintergrundprobleme. Ob nun HF gegenüber dem gesetzlichen Programm ein „Mehr“ bietet, also „Weiterentwicklung“ ist, wie die Empfehlungen Deutschen Vereins formulieren, wird im Folgenden erörtert.

1. Eingeschränkter emanzipatorischer Ansatz

Emanzipatorisch ist HF durch die Bereitstellung von Wohnraum nach normalem Mietrecht, weil es nicht zwangsläufig von den Hilfesuchenden die Bereitschaft verlangt, für die Wohnraumbereitstellung an sozialarbeiterischen, psychologischen oder psychiatrischen Behandlungsangeboten („treatment“) teilzunehmen. Die Verbindlichkeit des Ansatzes kann allerdings nicht mit dem national unverbindlichen „Menschenrecht auf Wohnen“ begründet werden, es ist ohne besondere Wirkkraft.³⁵

Im Gegensatz dazu ist – wie die dargestellte verfassungsrechtliche Herleitung über Handlungsfreiheit und Menschenwürde nach dem Grundgesetz zeigt – der emanzipatorische Ansatz in der einfachgesetzlichen Regelung der §§ 67 ff. SGB XII verankert. Die normative Schwäche des HF-Ansatzes ist also bei §§ 67 ff. SGB XII nicht gegeben, der emanzipatorische Anspruch ist generell auf alle unter die Vorschriften fallenden Wohnungsnotfälle bezogen und nicht nur auf solche, bei welchen spezielle Personenmerkmale addiert werden müssen,³⁶ um den Weg für ein „bedingungsloses“, die

34 Busch-Geertsema, in: Daßler, S. 143 (152).

35 Deutscher Verein, Empfehlungen 2022, S. 4 (Fn. 2).

36 Zur Dekonstruktion der „Addition“ bei der Überwindung der klassischen Nichtsesshaftenhilfe s. Rohrmann rausch 2021, Heft 4, 55 (60 ff.).

Selbstbestimmung währendes Wohnangebot im Rahmen von HF freizumachen. Für die emanzipatorische Hilfe nach dem SGB XII ist in allen Wohnungsnotfällen die soziale Notlage der Ansatz, d.h. die Not muss nicht erst mit „personenzentrierter Hilfeplanung“ erweitert werden, um Handlungsfreiheit in den Mittelpunkt zu rücken.³⁷

Der bereits in der Einleitung beschriebene Versuch, eine emanzipatorische Besonderheit von HF gegenüber der Wohnungsnotfallhilfe nach §§ 67 ff. SGB XII mit bestimmten Praktiken zu begründen geht fehl. Praktiken wie Wohnfähigkeitstraining, zwingend zu durchlaufende Wohnstufen, Wohnangebote nur befristet und zwingend an „Treatment“ gebunden etc. entsprechen, wie aus der Beschreibung des emanzipatorischen Ansatzes des Gesetzes³⁸ deutlich geworden sein sollte, keineswegs den gesetzlichen Vorgaben. Sie sind oft den aus der „Nichtsesshaftenhilfe“ überkommenen Traditionen geschuldet und folgen teilweise auch Vorstellungen der Leistungsträger von pädagogisierenden Hilfen, die dann mit „Hilfeplangesprächen“ – trotz nach § 18 Abs. 1 SGB XII gebotener Soforthilfe – durchgesetzt werden sollen.

2. Fehlender Rechtsanspruch auf Hilfe

Die Auffassung des Deutschen Vereins in seinen Empfehlungen zu HF, man könne für die sog. wohnbegleitenden Hilfen des „multiprofessionellen Teams“³⁹ zur Finanzierung auf Ansprüche nach den §§ 67 ff. SGB XII zurückgreifen,⁴⁰ erinnert an das Bemühen der freien Träger in den 1970er Jahren, ihre großen stationären Einrichtungen finanziell abzusichern. Die Vorschrift des § 72 BSHG i.d.F. aus dem Jahr 1974 hatte einen grundsätzlich neuen Ansatz auch für die Wohnungslosenhilfe gewählt und sich auf Hilfen zur Überwindung sozialer Schwierigkeiten konzentriert, auch bei Menschen im Wohnungsnotfall. Im neuen Gesetz war der Begriff des „Nichtsesshaften“ gestrichen worden. Das passte allerdings nicht zu den Unterkunftsangeboten der stationären Einrichtungen: Mit der Unterkunft waren umfangreiche und mit hohen Personalkosten verbundene personenbezogene Hilfen verbunden, vor allem die klassischen „Arbeitsgewöhnungsmaßnahmen“ zur Überwindung des „Mangels an innerer Festigkeit“, aber auch

37 So aber Deutscher Verein, Empfehlungen 2022, S. 5 mit dem 7. Grundprinzip.

38 Dazu s.o. unter II. 1. a.E. u. 2.

39 Deutscher Verein, Empfehlungen 2022, S. 8 f.

40 Deutscher Verein, Empfehlungen 2022, S. 11 f.

Suchthilfen und andere gesundheitsbezogene Hilfen. Es war schnell klar, dass das ganze etablierte Konzept der Finanzierung der stationären Hilfen in Gefahr war, also auch die Ökonomie der großen Einrichtungen und damit ein großer Zweig der Aktivitäten freier Träger. Auf der Basis des neuen § 72 BSHG mit seiner Konzentration auf die soziale Lage und die sozialen Schwierigkeiten waren die personenbezogenen Angebote nicht mehr zu rechtfertigen. Die neuen gesetzlichen Regelungen ohne Bezug zum Personenproblem „Mangel an innerer Festigkeit“ wie im § 72 BSHG von 1961 und mit dem Verweis auf den Ausschluss der Hilfen nach § 72 BSHG insbesondere für Eingliederungsbedarfe der damaligen Behindertenhilfe (sog. interner Nachrang), schlossen eigentlich Leistungen nach dem neuen § 72 BSHG für die Personen in den Einrichtungen aus.

In der Folge haben deshalb die freien Träger massiv den Verordnungsgeber beeinflusst und mit der VO von 1976 ihre Einrichtungen mehr oder weniger unauffällig weiter abgesichert. Die VO hatte zwar in § 1 Abs. 2 den „Nichtsesshaften“ als zum Kreis der nach dem neuen § 72 BSHG zu unterstützenden Personen gerechnet, obwohl das alte Leitbild des Nichtsesshaften im Gesetz selbst auch begrifflich gestrichen war und obwohl der Inhalt dieses in der VO dann weitertransportierten Bildes definitorisch nicht zur Verbindung von besonderen Lebensverhältnissen und sozialen Schwierigkeiten in § 1 Abs. 1 VO passte. Aber nur das Weiterleben der Begrifflichkeit in der VO sicherte wegen der klaren Ausrichtung der Neuregelung auf die soziale Lage nicht das Hilfemodell der am alten Leitbild orientierten stationären Nichtsesshaftenhilfe. Die Lösung war so einfach wie (ökonomisch für die Träger) genial: In § 4 VO wurde definiert, dass zu den Nichtsesshaften, die Hilfe nach § 72 BSHG beanspruchen könnten, auch solche Personen gehörten, die zwar nicht „ohne wirtschaftliche Lebensgrundlage umherziehen“ (§ 4 Hs. 1. VO), sich aber – nun ganz allgemein in Hs. 2 formuliert – „zur Vorbereitung auf eine Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft oder zur dauernden persönlichen Betreuung in einer Einrichtung für Nichtsesshafte aufhalten“. Damit war der Inhalt der Arbeit in den klassischen Einrichtungen der Nichtsesshaftenhilfe und ihr Verhältnis zu den Maßnahmen, die eigentlich nach § 72 BSHG i.d.F. v. 1974 vorgesehen waren – Überwindung der sozialen Schwierigkeiten – nicht mehr hinterfragbar. Allein der Aufenthalt in der Einrichtung rechtfertigte und sicherte – ganz unabhängig vom gesetzlichen Tatbestand und den daraus folgenden Maßnahmen – die Finanzierung der Einrichtung über die Individualansprüche der Personen in den Einrichtungen, letztlich gegründet auf den durch die VO überdehnten § 72 BSHG.

Den gleichen Weg versucht nun der Deutsche Verein mit seinen Empfehlungen zu HF zu gehen. Für HF-Projekte – in Normalwohnraum lebende Menschen mit „komplexen Problemlagen“, unbefristet mit einem umfassenden Betreuungsangebot verbunden, erbracht durch ein „multiprofessionelles Team“: die „wohnbegleitenden Hilfen“ – wird, wie von den freien Trägern in den 1970er Jahren, gefordert, dass diese Projekte in der Finanzierung so zu behandeln seien wie Hilfen für Menschen, die in besonderen Lebensverhältnissen mit sozialen Schwierigkeiten leben. Wenn damals gesagt wurde, *Nichtsesshafte nach § 1 Abs. 2 VO seien im Sinne des Gesetzes auch Menschen, die sich in Einrichtungen für Nichtsesshafte befinden*, dann meint der Deutsche Verein heute analog, *Personen mit sozialen Schwierigkeiten, verbunden mit besonderen Lebensverhältnissen i.S.d. Gesetzes seien auch Menschen, die sich in HF Projekten befinden*. Auch wenn es bei HF also gerade nicht primär um die durch die §§ 67 ff. SGB XII zu lösenden Probleme geht – ebenso wenig wie es bei den klassischen Arbeiterkolonien 1974 eigentlich um die im neuen § 72 BSHG gemeinten Probleme ging – soll so der Weg frei gemacht werden, die Finanzierung der wohnbegleitenden Hilfen der multiprofessionellen Teams sicherzustellen.

Der Fokus liegt also auf der Sicherstellung einer weit definierten „ganzheitlichen Hilfe“ mit einer einzigen Rechtsgrundlage, vergleichbar dem Ansatz der früheren stationären Großeinrichtungen. Wenn der Deutsche Verein die Leistungsvoraussetzungen nach § 67 SGB XII mit „Überwindung der sozialen Schwierigkeiten“ beschreibt und dann anschließend formuliert „weitere persönliche Voraussetzungen verlangt das Gesetz nicht“;⁴¹ schließt er aus der Nichtnennung, dass beim Vorliegen der gesetzlich beschriebenen Voraussetzungen zusätzlich für weitere personenbezogene Problematiken die Vorschriften als Leistungsgrundlage herangezogen werden können. Ausgeblendet wird also, dass mit der Beschreibung der Leistungsvoraussetzungen in § 67 SGB XII eine ausdrückliche Beschränkung des Leistungsumfangs auf Hilfen für soziale Schwierigkeiten gemeint ist. Diese Beschränkung stellen die Hinweise im Gesetz dar, dass die Hilfen nach § 67 SGB XII nicht auf Bedarfe ausgedehnt werden dürfen, für die andere Vorschriften, insbesondere die Eingliederungshilfe (jetzt SGB IX) herangezogen werden können und müssen. Gerade weil das Gesetz „weitere persönliche Voraussetzungen“ nicht verlangt, wie der Deutsche Verein formuliert, können mit personenbezogenen Problemen zusammenhängende Bedarfe nicht einfach in den Leistungsbereich von § 67 SGB XII „gezogen“ werden.

41 Deutscher Verein, Empfehlungen 2022, S. II.

Um eben dies zu verhindern, wurde auf Drängen der Leistungsträger eine spezielle Nachrangregelung bereits 1974 in das BSHG aufgenommen, wie sie heute in § 67 SGB XII enthalten ist. Verhindert werden sollte damit, dass die neue, jetzt im Gegensatz zum § 72 BSHG von 1961 mit einem Rechtsanspruch verbundene Hilfe, „uferlos“ (wie es damals warnend in den Gesetzesmaterialien hieß)⁴² ausgedehnt werden kann. Für die früheren großen stationären Einrichtungen gelang es dann den freien Trägern wie beschrieben doch mit der Regelung in der VO von 1976 die „Ufer“ deutlich breiter zu gestalten und das klassische stationäre System zumindest vorübergehend abzusichern. Erst mit der auch hilfepolitisch sich entwickelnden Absage an den alten Ansatz, Wohnungslosigkeit als personenbedingte „Nichtsesshaftigkeit“ zu definieren, brach auch das herkömmliche Finanzierungssystem für stationäre Einrichtungen weitgehend zusammen, juristisch endgültig mit der Streichung der fraglichen Regelung in der VO zu § 69 SGB XII aus dem Jahr 2001.

Das Dauerproblem bei den modernen stationären Einrichtungen, das heute im deutschen gegliederten Leistungssystem entsteht, nämlich die ergänzenden Hilfen nach anderen Leistungsvorschriften zu koordinieren und sicherzustellen, ist durchaus verwandt mit den Problemen, auf die HF reagieren will. „Ganzheitlichkeit“ ist grundsätzlich nicht durch Überdehnung des Leistungsbereichs der §§ 67 ff. SGB XII erreichbar. Eine solche Überdehnung ist aber auch hilfepolitisch mit der Absage an eine „Nichtsesshaftenhilfe“, die von Gesetzes wegen – BSHG 1961 – Wohnungslosigkeit in einen „psychiatrischen Kontext“ stellte, nicht gewollt.⁴³ Der Deutsche Verein hat bereits 2015 mit seinen Empfehlungen „zur Anwendung der Hilfe nach §§ 67 ff. SGB XII“⁴⁴ das Problem der ganzheitlichen Hilfe aufgenommen und auf die gesetzlich vorgegebenen Wege zu dessen Lösung verwiesen („Verbundhilfen“). Das besonders Merkwürdige und Unerklärliche an den Empfehlungen des Deutschen Vereins zu HF ist in diesem Zusammenhang: Die Empfehlungen von 2015 werden mit keinem Wort erwähnt, im Gegensatz übrigens zu den für die gesamte Problematik eben-

42 Dazu LPK-SGB XII/Roscher SGB XII § 67 Rn. 30 mit weiteren Nachweisen.

43 Als Wechsel „von der Therapeutisierung der Nichtsesshaften zur vorrangigen Wohnungsversorgung in Wohnungsnotfällen“ beschreibt Specht wohnungslos 2023, 25 ff. den hilfepolitischen „säkularen Paradigmenwechsel 1975–1980“, der durch die Gesetzesänderung 1974 eingeleitet wurde.

44 Deutscher Verein, Empfehlungen 2015.

so wichtigen Empfehlungen zum Verständnis und zur Ausgestaltung der Mitwirkung in der Hilfe nach §§ 67 ff. SGB XII von 2019.⁴⁵

3. Kein rationales und generalisiertes Verfahren der Auswahl der „schweren“ Fälle

Bei dem fehlenden Rechtsanspruch auf Hilfen für das Konzept von HF wird für die Auswahl der in das Konzept passenden Fälle in Projekten nur auf vage Kriterien wie „Menschen mit besonderen Unterstützungsbedarf“⁴⁶ zurückgegriffen. Neben den möglichen Hintergrundproblemen spielt der eigentliche Anlass für ein Hilfeangebot, der Wohnungsnotfall, bei der Auswahl keine Rolle. Diese akute Not macht die Fälle nur auffällig als eventuell zum Programm von HF passend. Entsprechend lassen sich dann die „passenden“ Fälle aussuchen, die mit dem marktgesteuerten raren Angebot an geeigneten Wohnräumen befriedigt werden können. Da sich aber auch HF den Marktbedingungen nicht entziehen kann, müssen die einzelnen Fälle – je schlechter die Lage am Wohnungsmarkt ist – umso intensiver dramatisiert bzw. ggf. auch „psychiatrisiert“ werden, um Hilfe im Rahmen eines Projekts bei beschränkter Anzahl qualifizierter Wohnungen zu erhalten. Für den nach §§ 67 und 68 SGB XII gegebenen Anspruch, bei nicht möglicher Abwendung oder Beseitigung der Notlage wenigstens mildernde oder Verschlimmerung verhütende Hilfe zu bekommen, hat HF bei den nicht in die Auswahl gelangten Personen trotz Wohnungsnotfall kein Angebot. Banal und ein offenes Eingeständnis der Willkürlichkeit von HF wäre es, wenn HF-Konzepte dafür auf die „übliche“ Wohnungsnotfallhilfe verweisen würden.

Der Hinweis, dass HF der Akquise von Wohnraum deshalb besondere Bedeutung zumisst, ändert nichts daran, dass sich HF aufgrund der genannten Mechanismen immer weiter von einer generell an der sozialen Lage orientierten Wohnungsnotfallhilfe entfernt, nicht zuletzt, weil die objektive Lage des Marktes auch längerfristig eher schlechter wird. Der Rückgriff innerhalb von HF-Projekten auf „niederwertige“ Wohnangebote, um möglichst auch unter schwierigen Marktbedingungen die Notlage zu verbessern, bleibt konzeptbedingt für die mangels Wohnraums abgewiesenen „nicht so schlimmen Multiproblemfälle“ verschlossen.

45 Deutscher Verein, Empfehlungen 2019.

46 Wie z. B. Bullermann/Holzinger/Müncho wohnungslos 2021, 136 ff.

4. Verbindung von Wohnangeboten mit „treatment“ und Einschränkung von Freiheit

Die Entscheidung, Menschen in ein HF-Programm aufzunehmen, bedeutet, dass in ihren Fällen nicht soziale Unterstützung in ihrer sozialen Notlage, dem Wohnungsnotfall, für notwendig erachtet wird, sondern „treatment“, die Behandlung ihres Multiproblemfalles. Diese Entscheidung wird unabhängig von den Hilfesuchenden „für sie“ getroffen. Bei der Onlinediskussion der BAG Wohnungslosenhilfe im Dezember 2022⁴⁷ war bei einem der vorgestellten Projekte von einem regelrechten Bewerbungsverfahren die Rede, in welchem die Hilfesuchenden ausgesucht würden. Entsprechend würden sie von Anfang an mit einem zum Angebot gehörenden Hilfesetting konfrontiert, in den Empfehlungen des Deutschen Vereins wohl mit dem helfenden „multiprofessionellen Team“.⁴⁸ Die Chancen, sich trotz einer existenziellen Notlage nicht unbedingt auch zusätzlich einer „Behandlung“ ausliefern zu müssen, also Hilfe unabhängig von weiterem Hintergrundleid zu bekommen, gehen mit der Bestimmung zum „Multiproblemfall“ gegen Null. Die aktive und sofortige Unterstützung und Entwicklung der eigenen sozialen Handlungsfähigkeit beim Problem Wohnungsnotfall als Ziel, eventuell ausdrücklich gewünscht, wird bei HF konzeptbedingt kein Thema. Das mag in den USA, wo es an rechtlich ergänzenden Hilfen in den „komplexen Problemlagen“ fehlt, durchaus Sinn ergeben, damit für den Personenkreis überhaupt irgendeine Hilfe angeboten werden kann.

In der deutschen Rechtssituation aber stützen sich eventuell notwendige ergänzende Leistungen im Rahmen des verbundenen Einsatzes auf Rechtsansprüche. Aus diesen Rechtsansprüchen ergibt sich, wann Leistungen zu erbringen sind und was zum Leistungsspektrum gehört. Auch wenn die professionellen Hilfen dann nach therapeutischen und ähnlichen Standards erbracht werden, wird durch die Rechtsvorschriften eine Regelmäßigkeit vorgegeben, die nicht nur Ansprüche, sondern auch Freiheitsräume der Hilfesuchenden absichert. Die Ausrichtung der Hilfen an Rechtsansprüchen gewährleistet Entscheidungsfreiheit, weil die ergänzenden Hilfen nicht mehr oder weniger von den Vorstellungen des „multiprofessionellen Teams“ abhängig sind, sondern weil die Hilfesuchenden gerade bei diesen

47 Bundesarbeitsgemeinschaft Wohnungslosenhilfe e. V., Fachgespräch "Housing First: Chancen und Grenzen des Housing First Hilfeansatzes", <https://www.bagw.de/de/veranstaltungen/fachtagungen/fachgespraeche> (letzter Abruf: 24.3.2023).

48 Deutscher Verein, Empfehlungen 2022, S. 8 f.

Hilfen außerhalb des SGB XII schon wegen der dort geltenden Antragsverfahren formal, aber auch inhaltlich bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen, mit uneingeschränkter Entscheidungsmacht eingebunden sind (einschließlich der Möglichkeit Hilfen zurückzuweisen!). Auch insoweit sind die Vorgaben in § 3 Abs. 1 der VO zu § 69 SGB XII emanzipatorisch ausgerichtet, wenn hinsichtlich ergänzender Leistungen gefordert wird, darüber „zu unterrichten“, diese „zu vermitteln“ sowie „Inanspruchnahme und Wirksamkeit zu fördern“ – alles Formulierungen, die den Hilfesuchenden in ihrer sozialen Notlage Handlungsmöglichkeiten erhalten sollen, um ihre Würde zu gewährleisten. Das deutsche gegliederte Sozialleistungssystem, über das regelmäßig als „bürokratisch“ geklagt wird, weil es „Ganzheitlichkeit“ der Hilfe erschwert, sichert im sozialen Rechtsstaat eben auch Leistungen, ohne die Einzelnen einer „Vollerfassung“ in allen Lebensbezügen auszuliefern. Auf die besondere Problematik, wie mit dem in den Empfehlungen vorgesehenen Hilfeplanverfahren genau diese „Vollerfassung“ verbunden ist, soll hier nur verwiesen werden.⁴⁹

5. Housing First-Projekte verschärfen die Problematik

Wenn die Empfehlungen des Deutschen Vereins andeuten, dass HF vielleicht nur in Projektform stattfinden sollte, allerdings mit institutioneller Förderung,⁵⁰ dann werden die als „Multiproblemfälle“ definierten Personen nicht nur um ihre bestehenden Rechtsansprüche nach den §§ 67 ff. SGB XII gebracht, vielmehr verstellen die „wohnbegleitenden“ Hilfen der „multiprofessionellen Teams“, die eindeutig auf Hintergrundprobleme im Wohnungsnotfall gerichtet sind, auch den Zugang zu möglichen ergänzenden Hilfen, wie er in der VO zu § 69 SGB XII vorgezeichnet ist.

Die hilfekonzeptionell bedingten, nicht an klaren gesetzlichen Vorgaben ausgerichteten Auswahlprozesse für Projekte entsprechen nicht rechtsstaatlichen Anforderungen. Dazu gehört auch die Frage nach der Gleichbehandlung entsprechend Art. 3 GG. Projekte ohne individuellen Rechtsanspruch auf Hilfe, festgemacht an weit („komplex“, „besonderer Unterstützungsbedarf“) definierten Personenproblemen und immer ungesichert, nur entsprechend dem Angebot von Projektplätzen, lassen die Nähe zu den dunk-

49 Dazu ausführlich Roscher, in: Gillich/Keicher/Kirsch (Hrsg.), S. 29 ff.

50 Deutscher Verein, Empfehlungen 2022, S. 11: „vom befristeten Projekt zum dauerhaften Angebot“ mit einer „sozialrechtlich abgesicherten Regelfinanzierung“.

len Zeiten der früheren stationären Nichtsesshaftenhilfe nicht nur schwach durchschimmern.

Schließlich haben HF-Projekte eine problematische Entlastungsfunktion für Leistungsträger und für Kommunen, die zwar nicht Leistungsträger, aber für die Sicherung ausreichender Unterkunft ordnungsrechtlich zuständig sind. Die Projekte transportieren – gewollt oder ungewollt ist gleichgültig – die problematische Botschaft: Wohnungsnotfälle seien eben zuallererst ein Personenproblem.⁵¹ Auch wenn erkannt wird, dass HF – wie die Wohnungsnotfallhilfe insgesamt – auf die „Erschließung und Bereitstellung von Individualwohnraum“, nicht zuletzt auch durch „kommunale Wohnraumförderprogramme“, angewiesen ist (und dies durchaus öffentlich konsentiert verhandelt wird), darf aus dem kollektiven Gedächtnis der Wohnungslosenhilfe nicht verbannt werden, dass viele Jahrzehnte Wohnungslosen die eigentliche Hilfe „mit einer Wohnung“ durch die Addition der Personenprobleme zum Wohnungsnotfall verweigert wurde (vom Wandertrieb bis zum Mangel an innerer Festigkeit). Unter den bestehenden Marktbedingungen und der absehbar nicht nur kurzfristig sich noch steigenden Wohnungsnot wäre es fatal, wenn in der Konkurrenz um das rare Gut den Menschen im Wohnungsnotfall ihre wie auch immer gearteten Hintergrundprobleme als Rechtfertigung für eine Unterversorgung mit Wohnraum wieder entgegengehalten würden – weil diese, wie die Projekte „zeigen“, das „eigentliche Problem“ seien. Die wachsende Unterstützung solcher Projekte im kommunalen Raum sollte insoweit ein Warnzeichen sein.

IV. Housing First und die Rückkehr der Gespenster der Vergangenheit

Das Konstrukt der „Mehrfachproblemlagen“ und die Forderungen nach speziellen Hilfen dafür sind nicht neu. In dem Sammelband „Der nicht-seßhafte Mensch“ schrieb etwa *Polligkeit* 1938:

„Betrachten wir [...] Lebensläufe einzelner Landstreicher, die seit Jahren, vielfach seit Jahrzehnten, der Landstraße verfallen sind, so entrollt sich vor uns ein fast verwirrendes Bild von dem Zusammentreffen einer

51 Nicht zuletzt durch den politischen und medialen Hype um HF, in welchem Einschränkungen des Personenkreises, auf den das Konzept zielt, wie: „dieser Personenkreis macht nur einen geringen Teil der wohnungslosen Menschen [...] aus“ (Deutscher Verein, Empfehlungen 2022, S. 7), einfach untergehen.

Vielheit von Faktoren, die das Abgleiten und schließlich völlige Scheitern bewirkt haben. Charakteranlage und äußere Einflüsse mischen sich im günstigen und ungünstigen Sinne so vielfältig, daß allgemein wie im Einzelfall schwer festzustellen ist, ob Anlage oder Umwelteinflüsse den sozialen Verfall entscheidend verursacht haben“.⁵²

Die Lösung laut *Polligkeit*: „eine reichsgesetzliche Regelung, welche die [...] Behandlung der Nichtseßhaften einheitlich ordnet“.⁵³

„Vielheit der Faktoren“ ist sprachlich ganz nah bei der „komplexen Problemlage“ von der die Empfehlungen Deutschen Vereins sprechen – und die „einheitlich geordnete Behandlung“ nicht fern von einem „einhergehenden besonderen Unterstützungsbedarf“.

Waren die §§ 72 ff. des 1961 neu geschaffenen BSHG noch ganz diesen Vorstellungen von der Verbindung zwischen sozialer Notlage und Problemen in der Person des Nichtseßhaften verbunden, so nahm die Reform des BSHG von 1974 ausdrücklich davon Abstand, indem die soziale Situation in den Vordergrund gerückt wurde, aufgrund derer Menschen in Not geraten können, etwa in einen Wohnungsnotfall. Daran sollte Hilfe anknüpfen und nicht an Personenproblemen. Wie der oben dargestellte heutige Rechtszustand zeigt, wurde sowohl mit den beiden Durchführungsverordnungen zu § 72 BSHG (1976) bzw. zu § 69 SGB XII (2001) als auch mit den Anpassungen des Wortlauts des § 72 BSHG im Jahr 1996⁵⁴ der sozialpolitische Weg gefestigt, die Hilfe auf die akuten „besonderen Lebensverhältnisse“ und die damit verbundenen „sozialen Schwierigkeiten“ sowie auf die Handlungsfreiheit und die Handlungsmöglichkeiten der Hilfesuchenden zu konzentrieren.⁵⁵

Diesen sozialpolitischen Weg verläßt HF ohne Not, weil für Deutschland – anders als in den USA – für die bei HF in den Vordergrund gestellten möglichen Hintergrundprobleme im Wohnungsnotfall eine rechtlich geordnete, generelle, d.h. in allen Wohnungsnotfällen anzuwendende Lösung, existiert. Das Verlassen dieses Weges ist keine „Weiterentwicklung“ moderner Wohnungslosenhilfe.⁵⁶

52 *Polligkeit*, in: Bay. Landesverband, S. 371 (372).

53 *Polligkeit*, in: Bay. Landesverband, S. 17 (48).

54 Inhaltsgleich 2003 in die jetzigen §§ 67–69 SGB XII überführt.

55 Dazu s.o. unter II.

56 Dazu s.o. unter III.

Dennoch ist die Diskussion von HF auf drei Ebenen für die Wohnungsnotfallhilfe anregend:

- Die Kritik von HF-Konzepten an gegenwärtig tatsächlich geübten Praktiken bei der Bereitstellung von Wohnraum im Wohnungsnotfall geht zwar an den gesetzlichen Vorgaben vorbei, aber sie lässt an deren emanzipatorischen Gehalt erinnern und verweist darauf, dass diese Praktiken verändert werden müssen, allerdings nicht mit HF-Projekten, sondern auf der bestehenden gesetzlichen Basis mit ihrem Bezug zu Art. 2 Abs. 1 GG.
- Mit der Qualifizierung der Wohnungsnotfälle bei HF als „Multiproblemfälle“, als Fälle mit „besonderem Unterstützungsbedarf“ etc., ist deutlich geworden, dass die „Tabus“ der Wohnungslosenhilfe (Sucht, Wohnunfähigkeit, psychische Erkrankung), deren Beachtung aus der Nichtsesshaftenhilfe erst moderne Wohnungsnotfallhilfe machen,⁵⁷ die also verhindern, die sozialen Phänomene Wohnungsnot und Armut wieder in die Personen zu verlagern, wie Gespenster weiterleben. Die Bekämpfung dieser Gespenster bleibt angesagt.
- Für das in nicht wenigen Fällen unzweifelhaft gegebene Spannungsverhältnis⁵⁸ von sozialer Not einerseits und im Hintergrund vermutlich zusätzlich wirkenden Schwierigkeiten, auch aus den Bereichen von Krankheit und Behinderung, andererseits (Dialektik),⁵⁹ sind gesetzgeberisch den Bedarfen angemessene, vor allem auch freiheitswahrende Lösungen vorgezeichnet. Die problematischen Versuche der HF-Konzepte und auch die der Empfehlungen des Deutschen Vereins, die Dialektik quasi mit einem Schwenk zurück zum Wohnungsnotfall als Personenproblem aufzulösen, zeigen aber eins deutlich: Es ist bislang weder den Leistungsträgern noch der Wohnungsnotfallhilfe gelungen, die gesetzgeberische Vorgaben zu den „verbundenen“ Hilfen in der Breite⁶⁰ durchschaubar und handlungsleitend in Konzeptionen für Sozialverwaltungen und die Leistungserbringer umzusetzen.

57 Zur Bedeutung dieser „Tabus“ grundsätzlich Holtmannspötter wohnungslos 2003, 86 ff.

58 Ausführlich zum Spannungsverhältnis Roscher rausch 2021, 73 (80).

59 Dialektik von „psychischer Verfassung“ und den „beeinträchtigenden Bedingungen“, s. Rohrmann, rausch 2021, Heft 4, 55 (63).

60 Die praktischen Beispiele, die es gibt, sollten für eine breit angelegte Entwicklung entsprechend der Gesetzeslage genutzt werden.

*V. Emanzipatorische Wohnungsnotfallhilfe statt Housing First für
„Multiptoblemfälle“*

Richtig kann bei Beachtung der gesetzlichen Grundlagen der Wohnungsnotfallhilfe nur sein:

- Die zügige Versorgung mit „bedingungslosem“ Normalwohnraum entspricht der Zielsetzung der §§ 67 f. SGB XII – die Überwindung der mit dem besonderen Lebensverhältnis Wohnungslosigkeit verbundenen sozialen Schwierigkeiten: Abwendung (Erhalt der Wohnung) und Beseitigung (neues Mietverhältnis) sind zentral. Wenn wegen der gesellschaftlich bedingten eingeschränkten Verfügbarkeit des knappen Guts „Normalwohnraum“ im Vergleich zu diesem nur „unterwertiger“ Wohnraum zur Verfügung steht, muss es darum gehen, diesen so nahe wie möglich an Wohnraum heranzuführen, in welchem Handlungsfähigkeiten nicht eingeschränkt bzw. Handlungsmöglichkeiten geschaffen werden – in der Terminologie des Gesetzes: Milderung und Verschlimmerung verhüten, § 68 SGB XII.
- In der Situation des Mangels an qualifiziertem Wohnraum für alle Wohnungsnotfälle ist die unvermeidbare Auswahl zwischen Personen im Wohnungsnotfall nach ihrer konkreten sozialen Lage zu treffen. Maßgebend ist in allen Fällen das konkrete Elend zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung. Kriterien sind u.a. Auswahl nach der fehlenden bzw. gefährdeten Wohnung, nach materieller, physiologischer, medizinischer Unterversorgung, nach erkennbarer Hilflosigkeit bei der Nutzung institutioneller Hilfen und von gesetzlichen Ansprüchen, nach Dauer des Wohnungsnotfalls, nach den aktuellen Anstrengungen, den Wohnungsnotfall selbst zu überwinden bzw. zu mildern.⁶¹ Dies alles macht die besonderen Lebensverhältnisse aus und verweist auf die damit verbundenen sozialen Schwierigkeiten, also die eingeschränkten Möglichkeiten, das eigene Leben selbstbestimmt zu organisieren. Auch bei diesem Ansatz auf Basis der §§ 67 ff. SGB XII muss also für das beschränkte Wohnangebot ausgewählt werden, aber nach sozialer und akut auch objektivierbarer Not.
- Die Auswahl hat in klarer Abgrenzung zu HF nicht nach – beim Beginn der Hilfe letztlich nur zu vermutenden (oder „zuschriebenen“) –

61 „Besondere Lebensverhältnisse“ als Mangelsituationen im Vergleich mit Menschen, die sich in „normalen“ Lebensverhältnissen, also mit Wohnung, befinden, LPK-SGB XII/Roscher SGB XII § 67 Rn. 11 ff.

Hintergrundproblemen des Wohnungsnotfalls, wie z.B. Krankheit und Behinderung zu erfolgen (keine Verflechtung).

- Der Wohnungsnotfall wird ausdrücklich nicht in einen „psychiatrischen Kontext“ gestellt und er wird nicht in Krankheits- oder Behinderungsbilder projiziert, um seine „Schwere“ für ein qualifiziertes Wohnangebot zu begründen. Im Zentrum hat die Veränderung der sozialen Lage jetzt zu stehen und nicht „Heilungs- und Gesundungsprozesse“ (echte Entkopplung).
- Zentral muss es sein, die Hilfe auf die bestehenden Rechtsansprüche in allen Wohnungsnotfällen zu stützen. Die §§ 67 ff. SGB XII waren und sind der entscheidende Paradigmenwechsel weg von der früheren Nichtsesshaftenhilfe und hin zur modernen Wohnungslosenhilfe. Deren emanzipatorischen Gehalt gilt es generell zu verwirklichen.
- Das Erschließen von Hilfen nach anderen gesetzlichen Regeln für weitere Bedarfe hat im Rahmen der Hilfe nach §§ 67 ff. SGB XII als verbundene Hilfen zu erfolgen, aber ebenfalls entlang klarer gesetzlicher Bestimmungen, über deren Inanspruchnahme die Hilfesuchenden entscheiden. Der vom Gesetzgeber vorgegebene Hilfeprozess regelt, wie mit der Dialektik von sozialer Lage und den damit möglicherweise verbundenen Hintergrundproblemen im Verlaufe der Wohnungsnotfallhilfe umzugehen ist, und zwar eindeutig anders als bei HF: Der Hilfeprozess stellt keinen der Wohnungsnotfälle gleich von Anfang an in einen „psychiatrischen Kontext“, er differenziert nicht nach Personenmerkmalen. Den Umgang mit dem Spannungsverhältnis in entsprechende Konzeptionen für alle Wohnungsnotfälle umzusetzen, ist Aufgabe der Leistungserbringer und der Leistungsträger, bei welchen neben den Sozialhilfeträgern insbesondere auch die Leistungsträger für die ergänzenden Hilfen in die Pflicht genommen werden müssen, z.B., wenn es um die Finanzierung konzeptionell vorgesehener ergänzender Individualhilfen geht.⁶²
- Wohnungsnotfallhilfe benötigt neben der sozialrechtlichen Absicherung Zugang zu Individualwohnraum. Dafür sind unterschiedliche Strategien entwickelt⁶³ und auch z. B. durch den Wohnungsbau freier Träger

62 Auch insoweit bleibt unerklärlich, warum der DV sich mit seinen Empfehlungen 2022 das HF-Konzept zu eigen gemacht hat, nachdem er mit den Empfehlungen von 2015 unter „3. Leistungsgewährung bei mehrfachen Hilfebedarfen“ insbesondere unter 3.1 die Hinweise zum „verbundenen“ Einsatz der Hilfen gegeben hat, und zwar genau für die Fälle, die nun mit HF gelöst werden sollen.

63 Empfehlung der Bundesarbeitsgemeinschaft Wohnungslosenhilfe e.V., Position 2017.

umgesetzt worden. Prinzipiell für den gesamten Bereich einzusetzende Mittel der Akquise ausdrücklich nur für einen bestimmten Personenkreis – „wohnungslose Menschen mit komplexen Problemlagen“ – zu verwenden⁶⁴ bzw. diesen gesondert zu fördern,⁶⁵ ist allerdings mit dem aus den §§ 67 ff. SGB XII abgeleiteten Hilfeansatz unvereinbar und zwar ganz besonders im Hinblick auf die problematischen Konsequenzen der Auswahl der „schweren“ Fälle für die akquirierten Wohnungen.⁶⁶ Hier ist uneingeschränkt der unter Ziff. 2. und 3. beschriebene Weg zu gehen.

VI. Konsequenzen der unterschiedlichen Philosophien

„*Philosophy and values*“ von HF sind geprägt von einer in den USA seit den 1980er Jahren fortschreitenden sehr massiven Unterversorgung der von psychischem und psychiatrischem Leid betroffenen Menschen, verbunden mit einer v.a. in den großen städtischen Zentren massiv sich steigenden Wohnungslosigkeit dieses unterversorgten Personenkreises. Nicht zuletzt wurde diese Entwicklung mitverursacht durch den Wegfall verschiedener Förderprogramme zum Wohnungserhalt und durch „Deinstitutionalisierungen“ im psychiatrischen Bereich. Auf generell rechtlich gesicherte individuelle Ansprüche auf Hilfe in der Wohnungsnot kann in den USA nicht zurückgegriffen werden.⁶⁷ In dieser Situation stellt HF die „mental health“ Problematik als Hilfeanlass in den Vordergrund und verweist für die Frage des Wohnens auf das Menschenrecht auf Wohnen. Dieses ist aber nicht die eigentliche Grundlage des „Housing First‘ Approach“⁶⁸ (kann es wegen der Unverbindlichkeit des Menschenrechts auch gar nicht sein). Grundlage ist die Evidenz der Stabilisierung der angestrebten Gesundungsprozesse durch Bereitstellung des normalen Wohnraums im Hilfeprozess, und zwar ausdrücklich ohne verbindliche Teilnahme an „treatment“. Übersetzt man HF mit „zuerst einmal Wohnung“ wird die „dienende“ Funktion der Bereitstellung des Wohnraums für die Behandlungsprozesse deutlicher, insbesondere die diese Prozesse unbestritten fördernde Möglichkeit des selbstbestimmten Handelns in und mit der Wohnung. Gemeint ist aber damit nicht ein von

64 So ist vermutlich Deutsche Verein, Empfehlungen 2022, S. 9 f. zu verstehen.

65 Dies geschieht in verschiedenen HF-Projekten.

66 Dazu s.o. unter III. 3.

67 Es findet Projektfinanzierung statt, z. B. mit dem eingangs (Fn. 4) erwähnten Programm ACT.

68 Tsemberis, S. 277.

den gesundheitlichen Problemen unabhängiges Programm, um Menschen „normales“ Leben in (auch rechtlich) geschützter Wohnumgebung zu ermöglichen. Der Ansatz entkoppelt also den Zusammenhang nicht, sondern die Verkoppelung ist sein tragendes Prinzip. Anders ausgedrückt: Ein Wohnungsnotfall „an sich“ und die damit verbundenen sozialen Einschränkungen sind nicht das Thema von HF. These: möglicherweise schlicht deshalb nicht, weil in den USA (zumindest bis zu den großen ökonomischen Krisen der letzten Jahre) für „Nur-Wohnungsnot“ einige wenige Hilfen durch verzelte Programme als ausreichend angesehen wurden.

Philosophie und Werte der Wohnungslosenhilfe in Deutschland sind geprägt von einer über 150-jährigen höchst problematischen Geschichte des Umgangs mit Wohnungsnot als Ausdruck persönlicher Störungen und von einem entsprechend langem Kampf um einen Rechtsanspruch auf Hilfe im Wohnungsnotfall, ohne dass man sich für die zu gewährende Leistung pathologisch als psychiatrisch bzw. psychisch krank oder allgemein als „ohne innere Festigkeit“ einstufen lassen muss (wie bei der „Hilfe für Gefährdete“ im BSHG 1961). Das (Wieder-)Erreichen der objektiv im Wohnungsnotfall nicht mehr gegebenen sozialen Handlungsmöglichkeiten – allen Menschen mit der Entfaltungsfreiheit gem. Art. 2 GG als Ausprägung des Würdeprinzips des Art. 1 GG verfassungsrechtlich zugewiesen – ist nunmehr als Ziel sozialstaatlich zu leistender Beratung und Unterstützung bei der selbständigen Organisation und Gestaltung wieder „normaler“ Lebensverhältnisse mit den §§ 67 ff. SGB XII vorgegeben. Dieser Rechtsanspruch ist ausdrücklich entkoppelt von mit dem Wohnungsnotfall einhergehenden, diesen möglicherweise verschärfenden sonstigen „Fährnissen“ des Lebens.⁶⁹ Solche Fährnisse verändern nicht den generellen Hilfeansatz und seine Zielsetzung, selbstverantwortlich gestaltetes soziales Leben zu ermöglichen. Die im Einzelfall für mögliche Hintergrundprobleme notwendigen und vorhandenen Hilfen als ergänzende zu erschließen und (mit)zugestalten, gehört jedoch zum Hilfeansatz, nicht zuletzt, weil sie in Deutschland v.a. in den Sozialgesetzbüchern geregelt und mit klaren Ansprüchen vorhanden sind.

Die Gegenüberstellung soll zunächst noch einmal deutlich machen, dass sich die beiden Philosophien in ihrer normativen Absicherung, also ihrer

69 Diese Entkopplung wird unkenntlich, wenn der Wohnungsnotfall als Multiproblemmfall, als komplexe Problemlage etc. definiert wird. Man gerät damit schon begrifflich in die gleiche „Erkenntnisfalle“ die Holtmannspötter bereits vor Jahren bei der Verwendung des Nichtsesshaftenbegriffs konstatierte: Statt der sozialen Problematik der Wohnungslosigkeit geraten Personenprobleme in den Vordergrund, vgl. Holtmannspötter Gefährdetenhilfe 1982, Heft 4, 1 f.

Verbindlichkeit durch individuelle Rechtsansprüche grundsätzlich unterscheiden, bei großer Unverbindlichkeit von HF. Sie macht aber auch deutlich, dass die Philosophie von HF grundsätzlich quer zur Philosophie des deutschen Rechts steht. Es geht um grundsätzlich andere Werte – bei HF Gestaltung einer Hilfe für schwere pathologische Fälle, für die offenbar keine adäquaten Hilfen in den USA vorhanden sind (bzw. in den Empfehlungen des Deutschen Vereins inzident auch für Deutschland verneint werden); hier eine endlich erreichte generelle Hilfe für alle Wohnungsnotfälle, die nicht mehr die Betroffenen pathologisieren muss, um im Wohnungsnotfall helfen zu können (Entkoppelung). Die Philosophien sind nicht vereinbar, HF als Konzept passt deshalb nicht in den Rahmen der §§ 67 ff. SGB XII. Das bedeutet aber, dass HF als „neue Hilfeform“ vor dem historischen Hintergrund der deutschen Gesetzeslage und der Überwindung der Pathologisierung des Wohnungsnotfalls, ein Rückschritt wäre, natürlich auch wegen des mit HF verbundenen Verlusts mühsam erkämpfter Rechtsansprüche.

Wesentlich ist aber nun, dass das rechtliche Instrumentarium der §§ 67 ff. SGB XII sich der Problematik von mit dem Wohnungsnotfall zusammenreffenden pathologischen Gegebenheiten durchaus annimmt, allerdings in einer anderen Weise als HF bzw. die Empfehlungen des Deutschen Vereins. Das Gesetz stellt sich generell und nicht nur in „schweren“ Fällen dem Spannungsverhältnis von Wohnungsnotfall und möglicherweise ebenfalls wirkenden Hintergrundproblemen. Dabei wird der Wohnungsnotfall nicht von Anfang an unter Gesichtspunkten von Krankheit, Behinderung etc. angegangen, weil Handlungsfreiheit und das Schaffen von Handlungsmöglichkeiten in der sozialen Notlage Leitlinien sind. Aber mit den gesetzlichen Vorgaben lassen sich auch die von HF in den Fokus gerückten „schweren“ Fälle auf einem verfassungsrechtlich begründeten emanzipatorischen Niveau lösen. Dieses Niveau ist gegenüber dem verfassungsrechtlich nicht gesicherten „Recht auf Wohnen“, auf welches sich HF und die Empfehlungen des Deutschen Vereins beziehen, deutlich höher zu bewerten und v.a. ist es rechtsverbindlich. Unter den Bedingungen keineswegs sinkender, sondern sich steigernder Wohnungsnot sind allerdings die angeregten konzeptionellen Arbeiten⁷⁰ dringend zu verstärken,⁷¹ durchaus unter Berücksichtigung der Diskussionen um HF.

70 Dazu s.o. unter V. (Ziff. 6).

71 Auch hierzu sind wichtige Hinweise in den Empfehlungen des Deutschen Vereins 2015 unter 3.1 am Ende gegeben.

Literatur

- Bieritz-Harder, Renate/Conradis, Wolfgang/Thie, Stephan (Hrsg.): Sozialgesetzbuch XII. Sozialhilfe, 12. Aufl., Baden-Baden 2020 (zit.: LPK-SGB XII/Bearbeiter SGB XII)
- Bundesarbeitsgemeinschaft Wohnungslosenhilfe e. V.: Bezahlbaren Wohnraum schaffen, Wohnraum für wohnungslose Menschen akquirieren, Position 2017, online verfügbar unter https://www.bagw.de/fileadmin/bagw/media/Doc/POS/POS_17_Wohnraum_beschaffen.pdf (letzter Abruf 24.3.2023)
- Dies.: Wohnungsnotfalldefinition der Bundesarbeitsgemeinschaft Wohnungslosenhilfe e.V., Position 2010, online verfügbar unter https://www.bagw.de/fileadmin/bagw/media/Doc/POS/POS_10_BAGW_Wohnungsnotfalldefintion.pdf (letzter Abruf 24.3.2023)
- Bullermann, Ingo/Holzinger, Karen/Müncho, Corinna: Housing First for all: Wie können die Hilfen nach den Paragraphen 67, 68 SGB XII die Grundprinzipien von Housing First umsetzen?, *wohnungslos* 2021, 136 ff.
- Busch-Geertsema, Volker: Housing First – Ein Versorgungskonzept und sein Beitrag für eine bedarfsgerechte Versorgung wohnungsloser Menschen mit psychischen Erkrankungen, in: Daßler, Hennig (Hrsg.): *Wohnungslos und psychisch erkrankt*, Köln 2023, S. 143 ff.
- Ders.: *Housing First – Ansatz, Erkenntnisse, Möglichkeiten und Grenzen*, rausch. Wiener Zeitschrift für Suchttherapie 2021, Heft 4, 66 ff.
- Daßler, Hennig (Hrsg.): *Wohnungslos und psychisch erkrankt*, Köln 2023.
- Deutscher Verein für private und öffentliche Fürsorge e. V.: *Empfehlungen des Deutschen Vereins zum Housing First-Ansatz in den Wohnungsnotfallhilfen – Konzept und Umsetzungshinweise*, 2022, online verfügbar unter https://www.deutscher-verein.de/de/uploads/empfehlungen-stellungnahmen/2022/dv-1-22_housing-first.pdf (letzter Abruf 24.3.2023)
- Ders.: *Empfehlungen des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e. V. zum Verständnis und zur Ausgestaltung der Mitwirkung in der Hilfe nach §§ 67 ff. SGB XII*, 2019, online verfügbar unter <https://www.deutscher-verein.de/de/empfehlungen-stellungnahmen-2019-empfehlungen-des-deutschen-vereins-fuer-oeffentliche-und-private-fuersorge-ev-zum-verstaendnis-und-zur-ausgestaltung-der-mitwirkung-in-der-hilfe-nach-67-ff-rgb-xii-3564,1726,1000.html> (letzter Abruf 24.3.2023)
- Ders.: *Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Anwendung der Hilfe nach §§ 67 ff. SGB XII. Leistungsberechtigte in besonderen sozialen Schwierigkeiten bedarfsdeckend unterstützen*, 2015, online verfügbar unter <https://www.deutscher-verein.de/de/empfehlungen-stellungnahmen-2015-leistungsberechtigte-in-besonderen-sozialen-schwierigkeiten-bedarfsdeckend-unterstuetzen-empfehlungen-des-deutschen-vereins-zur-anwendung-der-hilfe-nach-67-ff-rgb-xii-1859,728,1000.html> (letzter Abruf 24.3.2023)
- Gerull, Susanne: *Evaluation des Modellprojekts „Housing First Berlin“*. Endbericht, 2021, online verfügbar unter https://housingfirstberlin.de/evaluation/Housing-First_Evaluationsendbericht_2021.pdf (letzter Abruf 24.3.2023)
- Holtmannspötter, Heinrich: *Entwicklung und Kontinuität der Wohnungslosenhilfe. Zum Selbstverständnis der Wohnungslosenhilfe*, *wohnungslos* 2003, 86 ff.

- Ders.: Plädoyer zur Trennung von dem Begriff „Nichtsesshaftigkeit“, *Gefährdetenhilfe* 1982, Heft 4, 1f.
- Möllers, Christoph: *Freiheitsgrade*, 3. Aufl., Berlin 2021.
- Polligkeit, Wilhelm: Die Haltung der Volksgemeinschaft gegenüber dem nichtseßhaften Menschen, in: Bayerischer Landesverband für Wanderdienst (Hrsg.), *Der nichtseßhafte Mensch, Ein Beitrag zur Neugestaltung der Raum- und Menschenordnung im Grossdeutschen Reich*, München 1938, S. 17 ff.
- Ders.: Menschen und Schicksale, Aus Lebensläufen von Landstreichern, in: Bayerischer Landesverband für Wanderdienst (Hrsg.), *Der nichtseßhafte Mensch, Ein Beitrag zur Neugestaltung der Raum- und Menschenordnung im Grossdeutschen Reich*, München 1938, S. 371 ff.
- Rohrmann, Eckhard: Historische und neuere Entwicklungslinien der Hilfe für wohnungslose drogengebrauchende Menschen, *rausch. Wiener Zeitschrift für Suchttherapie* 2021, Heft 4, 55 ff.
- Roscher, Falk: Die §§ 67 ff. SGB XII – mehr als ein Rechtsanspruch im Wohnungsnotfall!, *wohnungslos* 2022, 38 ff.
- Ders.: Die Bedeutung des Rechts der Wohnungsnotfallhilfe für suchtkranke Menschen ohne Wohnung, *rausch. Wiener Zeitschrift für Suchttherapie* 2021, Heft 4, 73 ff.
- Ders.: Eingliederungshilfe nach neuem Recht – ein Problem für die Wohnungslosenhilfe?, in: Gillich, Stefan/Keicher, Rolf/Kirsch, Sebastian (Hrsg.), *Alternativen zu Entrechtung und Ausgrenzung*, Freiburg 2019, S. 29 ff.
- Ders.: Wohnungslosenhilfe nach §§ 67 ff. SGB XII bei komplexen Problemlagen noch nötig?, *NDV* 2015, 613 ff.
- Rosenke, Werena: *Der Housing-First-Ansatz in der Wohnungsnotfallhilfe in Deutschland*, *wohnungslos* 2023, 2 ff.
- Schreiter, Stefanie/Gutwinski, Stefan/Rössler, Wulf: Wohnungslosigkeit und seelische Erkrankungen, *Der Nervenarzt* 2020, 1025 ff.
- Specht, Thomas: Arbeit in der Achterbahn: Von der Therapeutisierung der Nichtsesshaften zur vorrangigen Wohnungsversorgung von Wohnungsnotfällen – Der säkulare Paradigmenwechsel 1975- 1980 zum “Housing First“ in Deutschland, *wohnungslos* 2023, 25 ff.
- Speckmann, Hermann: Hilfe ohne Hilfe – Über Grundprobleme der Wohnungslosenhilfe, *Blätter der Wohlfahrtspflege* 2018, 225 ff.
- Tsemberis, Sam: “Housing First“ Approach, in: Levinson, David (Hrsg.), *Encyclopedia of Homelessness*, Thousand Oaks 2004, S. 277 ff.

4. Flucht und Migration

Soziale Arbeit und das Recht auf Kriegsdienstverweigerung: Forderungen an das Asyl- und Ausländerrecht

Rudi Friedrich/Peter von Auer

Das Flüchtlingsrecht für Kriegsdienstverweigerer und Deserteure ist von dem Grundsatz geprägt, der die Wehrpflicht als eine allgemeine staatliche Pflicht ansieht und Strafverfolgung und Bestrafung für eine Verweigerung daher als legitimes staatliches Handeln einstuft. Ausnahmen werden nur in bestimmten Konstellationen anerkannt. Die Verfasser diskutieren die rechtlichen Rahmenbedingungen und die Konsequenzen für die Asylantragsteller. Dabei werfen sie auch einen Blick auf eine mögliche Entscheidungspraxis zu Russland, Belarus und der Ukraine.¹

Inhalt

I.	Rechtsgrundlagen	146
II.	Russland, Belarus, Ukraine: Wie steht es um den Schutz der Verweigerer?	148
	1. Unterschiede: Desertion, Militärdienstentziehung und Kriegsdienstverweigerung	148
	2. Rechtliche Bedingungen von Kriegsdienstverweigerung und Desertion in Russland, Belarus und der Ukraine	149
	3. Hunderttausende fliehen auf allen Seiten	151
	4. Asyl: Nur wenige Türen öffnen sich	152
	5. Zur Praxis des BAMF	153
	6. Faktenlage widerspricht BAMF	155
	7. „Beachtliche Wahrscheinlichkeit“ wird entscheidend	156
III.	Menschenrecht auf Kriegsdienstverweigerung – Situative Verweigerung	157
IV.	Forderungen an die Politik	159
	1. Kriegsdienstverweigerung und Desertion als Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe werten	159
	2. Schutz und Asyl für Kriegsdienstverweigerer und Deserteure aus Russland, Belarus und Ukraine	160

1 Rechtsstand des Artikels ist März 2023.

I. Rechtsgrundlagen

Rechtsgrundlagen sind die Europäische Richtlinie (EU) 2011/95 (Qualifikationsrichtlinie) und Art. 3 ff. AsylG.

In der Asylrechtsprechung wird die Verfolgung von Kriegsdienstverweigerung und Desertion nur dann als relevant angesehen, wenn die Handlung vom Verfolgerstaat als ein politischer Akt angesehen wird oder eine übermäßige Bestrafung erfolgt. Verfolgung könne diesbezüglich nur dann angenommen werden, wenn „besondere Umstände“ hinzutreten, aus denen sich ergebe, dass „mit der Inpflichtnahme beabsichtigt sei, Wehrpflichtige wegen Verfolgungsgründen, insbesondere wegen einer wirklichen oder vermuteten, von der herrschenden Staatsdoktrin abweichenden politischen Überzeugung zu treffen“.² Eine übermäßige Bestrafung könne vorliegen, wenn Verweigerer oder Deserteure als Verräter angesehen werden. So hatte das Büro des Hohen Kommissars für Flüchtlinge der Vereinten Nationen (UNHCR) 1979 im Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft ausgeführt, dass derjenige, der sich der Einberufung entzieht, nur dann als Flüchtling anerkannt wird, wenn er dartun kann, dass er aufgrund seiner Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politischen Überzeugung wegen eines militärischen Deliktes eine *unverhältnismäßig schwere Strafe* zu erwarten hätte.³

Eine Erweiterung erfolgte durch die Qualifikationsrichtlinie der Europäischen Union (RL 2011/95/EU), die in Art. 9 Abs. 2 lit. e i.V.m. Art. 12 Abs. 2 regelt, dass Personen als Flüchtlinge in der Europäischen Union anerkannt werden sollen, wenn sie wegen ihrer Weigerung, sich an völkerrechtswidrigen Handlungen oder Kriegen zu beteiligen, Verfolgung befürchten müssen. Umgesetzt wird dies im nationalen Recht durch § 3a Abs. 2 Nr. 5 AsylG.

Im Jahr 2015 stellte der EuGH im Fall des US-Deserteurs *André Shepherd* fest, dass sich „alle Militärangehörigen einschließlich des logistischen und unterstützenden Personals“ auf die Regelung der Qualifikationsrichtlinie beziehen können.⁴ Nach Auffassung des Gerichts fällt auch die Instandsetzung von Hubschraubern darunter, die im Kriegsgebiet eingesetzt wurden. *Shepherd* war Mechaniker für Hubschrauber in der US-Armee und desertierte 2007, nachdem öffentlich geworden war, dass Soldaten im Irak aus

2 Marx, in: Connection/Pro Asyl, S. 13 (14) m.w.N.

3 UNHCR, Handbuch 1979, Rn. 169.

4 EuGH NVwZ 2015, 575 (577) mAnm. Marx = BeckEuRS 2015, 434127.

den Hubschraubern heraus auf Zivilisten geschossen hatten.⁵ Zugleich legte der Gerichtshof hohe Maßstäbe an, ob die Einsätze der Hubschrauber tatsächlich Kriegsverbrechen waren, und machte deutlich, dass der Antragsteller zunächst ein Verfahren zur Kriegsdienstverweigerung durchlaufen müsse, wenn ihm dieses zur Verfügung stehe. Die Kriegsdienstverweigerung müsse zudem das einzige Mittel darstellen, das es dem Antragsteller erlaube, der Beteiligung an den behaupteten Kriegsverbrechen zu entgehen.⁶

Eine weitere wichtige Entscheidung des EuGH erging im Jahr 2020. Diese betraf einen syrischen Militärdienstentzieher. Mit der Entscheidung stellte der EuGH klar, dass es in bestimmten Fällen unerheblich sein könne, ob der Betroffene vor dem Einsatz nachweisen kann, dass er in Kriegsverbrechen verwickelt werden würde. Das Gericht entschied, dass es im Kontext eines allgemeinen Bürgerkriegs, der durch die wiederholte und systematische Begehung von Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch die Armee unter Einsatz von Wehrpflichtigen gekennzeichnet ist, unerheblich sei, dass der Betroffene sein zukünftiges militärisches Einsatzgebiet nicht kenne. Denn in solchen Fällen sei die Wahrscheinlichkeit sehr hoch, dass ein Wehrpflichtiger veranlasst werde, unmittelbar oder mittelbar an der Begehung der betreffenden Verbrechen teilzunehmen.⁷ Im Übrigen, so der EuGH, könne vom Kriegsdienstverweigerer auch nicht verlangt werden, dass er seine Verweigerung in einem bestimmten Verfahren formalisiert, wenn eine Möglichkeit, den Kriegsdienst zu verweigern, vom Recht des Herkunftsstaats nicht vorgesehen sei.⁸

Allerdings ist auf die Ausschlussklausel des Art. 12 Abs. 2 lit. a der Qualifikationsrichtlinie hinzuweisen. Danach sind Schutzsuchende von der Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft ausgeschlossen, wenn schwerwiegende Gründe zu der Annahme berechtigen, dass sie ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen haben. Entscheidend ist hier, dass im Asylrecht – im Unterschied zum Strafrecht – nicht nachgewiesen werden muss, dass die Person wirklich entsprechende Straftaten begangen hat. Vielmehr genügt, dass ein Verdacht erhärtet werden kann. Das bedeutet in der Praxis, dass Deserteure, die vor ihrer Desertion an Orten eingesetzt waren, an denen

5 Vgl. Marx NVwZ 2015, 579 (579); Pro Asyl, Meldung v. 25.6.2014, <https://www.proasyl.de/news/europaeischer-gerichtshof-verhandelt-ueber-asyl-fuer-us-deserteur/> (letzter Abruf: 18.8.2023).

6 EuGH NVwZ 2015, 575 (578) mAnm. Marx = BeckEuRS 2015, 434127.

7 EuGH ZAR 2021, 84 (86) mAnm. Petterson = BeckEuRS 2020, 665377.

8 EuGH ZAR 2021, 84 (85) mAnm. Petterson = BeckEuRS 2020, 665377.

Kriegsverbrechen begangen wurden, regelmäßig vom Flüchtlingsschutz ausgeschlossen sind, wenn sie diese Annahme nicht entkräften können – selbst, wenn sie an diesen Kriegsverbrechen nicht persönlich beteiligt waren.

Demgegenüber hatte der EGMR im Fall eines Zeugen Jehova bereits 2011 entschieden, dass eine strafrechtliche Verurteilung wegen Kriegsdienstverweigerung dann gegen die durch Art. 9 EMRK gewährleistete Gewissens-, Gedanken und Religionsfreiheit verstoßen könne, wenn die Kriegsdienstverweigerung mit einem ernsthaften und unauflösbaren Gewissenskonflikt eines Menschen oder seinen tiefen und echten Glaubensüberzeugungen begründet werde.⁹

II. Russland, Belarus, Ukraine: Wie steht es um den Schutz der Verweigerer?

Wie sich diese Rechtsnormen für die Betroffenen auswirken, lässt sich deutlich machen an aktuellen Fällen aus Russland, Belarus und der Ukraine.¹⁰ Seit Anfang 2023 liegen Connection e.V. und Pro Asyl mehrere Entscheidungen des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (BAMF) zu Militärdienstpflichtigen aus Russland vor. Darin spiegelt sich die gegenwärtige Asylrechtsprechung wider.

1. Unterschiede: Desertion, Militärdienstentziehung und Kriegsdienstverweigerung

Zum Verständnis und zur Einschätzung der rechtlichen Hintergründe und asylrechtlichen Möglichkeiten sind einige Begriffe zu definieren.

Die meisten flüchtigen Militärdienstpflichtigen sind Militärdienstentzieher. Sie haben sich vor einer Erfassung, der Musterung oder einer möglichen Rekrutierung dem Zugriff des Militärs entzogen. Zum Teil werden sie auch als Wehrdienstflüchtlinge bezeichnet.

9 EGMR NVwZ 2012, 1603 (1606 f.) = BeckRS 2012, 80059; ebenso BeckOK MigR/Sigg GRCh Art. 10 Rn. 2. Die Entscheidung war deshalb mit Spannung erwartet worden, weil das Recht auf Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen gem. Art. 10 Abs. 2 EMRK grundsätzlich dem nationalen Recht überantwortet ist.

10 Andere länderspezifische Einschätzungen haben Connection e.V. und Pro Asyl bereits an anderer Stelle veröffentlicht. Zu Eritrea: Förderverein Pro Asyl/Connection e.V., S. 6 ff.; Zur Türkei: Friedrich, in: Connection e.V./Union Pacifiste de France/War Resisters' International, S. 12 ff.

Die Anzahl der Deserteure ist deutlich geringer. Sie haben zumindest eine Einberufung erhalten und werden daher als Soldaten angesehen. Deserteure flüchten nach Erhalt einer Einberufung oder während des Militärdienstes bzw. des Einsatzes.

Die Kriegsdienstverweigerung ist eine persönliche Entscheidung, nicht dem Militär beizutreten und wird oft gegenüber den Behörden oder dem Militär erklärt.

Als zusammenfassender Begriff wird im Englischen häufig „Refuser“ benutzt,¹¹ was im Deutschen nur unzureichend mit „Verweigerer“ zu übersetzen wäre.

2. Rechtliche Bedingungen von Kriegsdienstverweigerung und Desertion in Russland, Belarus und der Ukraine

In allen drei Ländern gibt es eine Wehrpflicht, der Männer zwischen 18 und 27 Jahren unterliegen. Russland hat das Alter für eine mögliche Einberufung auf 65 Jahre erhöht,¹² die Ukraine auf 60 Jahre.¹³ Dem Recht auf Kriegsdienstverweigerung, das nach regionalen und internationalen Menschenrechtsstandards immer und überall gewährleistet werden müsste,¹⁴ wird in keinem der drei Länder genügt.

In Russland¹⁵ und Belarus¹⁶ ist ein Antrag auf Kriegsdienstverweigerung nur bis zur Einberufung möglich. Reservisten und Soldaten können den

11 Auch „Refusenik“, ein Begriff aus der früheren Sowjetunion.

12 Radio Free Europe, Meldung v. 25.5.2022, <https://www.rferl.org/a/russia-raises-military-age/31867388.html>.

13 Tagesschau, Meldung v. 25.2.2022, <https://www.tagesschau.de/ausland/europa/ukraine-mobilmachung-101.html> (letzter Abruf: 18.8.2023).

14 Vgl. UNHCHR, Report A/HRC/41/23 v. 24.5.2019, Abs. 60 lit. c; Parlamentarische Versammlung des Europarates (PACE), Empfehlung 1518 (2001), Abs. 5.2.; Ministerkomitee des Europarates, Empfehlung CM/Rec(2010)4, Abs. 42 ff.; OSCE, ODIHR Report 2008, S. 85. Zudem: Nach internationalen Menschenrechtsgesetzen und -standards gilt das Recht auf Kriegsdienstverweigerung sowohl in Kriegs- als auch in Friedenszeiten, so z.B. UN-Menschenrechtskomitee, Anmerkungen zu den Staatenberichten, CCPR/CO/82/FIN v. 2.12.2004, Abs. 14.

15 International Fellowship of Reconciliation (IFOR), Formal Briefing on Russian Federation v. 17.10.2022, https://static1.squarespace.com/static/54c00acde4b022a64cd0266b/t/634e6d49461e6e3e53ef33d6/1666084170488/IFOR+I36+HRCttee_+formal+briefing+statement+Russia+-+public.pdf (deutsche Fassung verfügbar unter <https://de.connaction-ev.org/article-3683>, letzter Abruf jeweils: 18.8.2023).

16 Friedrich, Rundbrief "KDV im Krieg", April 2022.

Kriegsdienst also nicht verweigern. Hinzu kommt, dass die Anträge nicht durch ein unabhängiges Gremium geprüft werden, wie es aus der Perspektive des Völkerrechts zu fordern wäre.¹⁷ Vielmehr wird in beiden Staaten das Militär an den Entscheidungen beteiligt. In Belarus wird das Recht zudem auf religiöse Kriegsdienstverweigerer beschränkt.

Selbst dann, wenn unter diesen Restriktionen überhaupt eine Kriegsdienstverweigerung möglich ist, bestehen weitere Unzulänglichkeiten. Denn Kriegsdienstverweigerer müssten die Möglichkeit haben, einen Dienst unabhängig vom Militärdienst abzuleisten. Belarus sieht jedoch nur einen unbewaffneten Dienst im Militär vor und auch in Russland ist durch eine Gesetzesänderung aktuell der Einsatz von Kriegsdienstverweigerern innerhalb des Militärs möglich geworden.¹⁸

Wer trotz Einberufung nicht zum Militär geht, dem droht eine Bestrafung von Geldstrafen bis zu mehreren Jahren Haft. Schärfer verfolgt wird eine Desertion, insbesondere in Kriegszeiten. In Russland beispielsweise droht Deserteuren nach einer Gesetzesänderung eine Haftstrafe von bis zu zehn Jahren.¹⁹

In den Separatistengebieten wird zwangsrekrutiert.²⁰ Dort gibt es kein Recht auf Kriegsdienstverweigerung. Verweigerer werden an die Front geschickt oder inhaftiert.

Die Ukraine hat das bestehende Gesetz zur Kriegsdienstverweigerung mit dem Kriegsrecht am 24.2.2022 ausgesetzt.²¹ Zuvor konnten Angehörige von zehn kleinen religiösen Gemeinschaften einen Antrag stellen. Durch die Aussetzung ist ihnen dieses Recht genommen worden. Einige Kriegsdienstverweigerer wurden bereits zu mehrjährigen Haftstrafen verurteilt.²²

17 UN-Menschenrechtskomitee, Anmerkungen zu den Staatenberichten, CCPR/CO/78/ISR v. 21.8.2003, Abs.14; EGMR, Urt. v. 22. November 2011, Nr. 43965/04 (frz. Originalfassung verfügbar unter <https://hudoc.echr.coe.int/>).

18 Arnold, Forum 18 News Service v. 18.12.2022.

19 ZDF, Meldung v. 24.9.2022, <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/deserteure-gesetz-russland-100.html> (letzter Abruf: 18.8.2023).

20 Verschwele, Spiegel v. 5.5.2022.

21 Ukrainian Pacifist Movement, Schreiben an das UNHCR v. 11.11.2022 (deutsche Fassung in Auszügen unter <https://de.connection-ev.org/article-3691>, letzter Abruf: 18.8.2023).

22 Al Mayadeen, Meldung v. 31.1.2023, <https://english.almayadeen.net/news/politics/ukraine-begins-jailing-draft-dodgers-mp> (letzter Abruf: 18.8.2023).

3. Hunderttausende fliehen auf allen Seiten

Connection e.V., ein deutscher Verein, der sich für ein umfassendes Recht auf Kriegsdienstverweigerung einsetzt, hatte wiederholt Analysen vorgelegt, wie viele militärdienstpflichtige Männer aus Russland, Belarus und der Ukraine geflohen sind.²³ Solche Zahlen können jedoch nur Schätzungen sein. Es gibt keine eindeutigen Statistiken über die Zahl der Menschen, die das jeweilige Land verlassen haben. Es ist nicht bekannt, ob die Flucht vor einer Rekrutierung der einzige oder der ausschlaggebende Grund ist. Unbekannt ist ebenfalls, wie viele der Flüchtlinge im Herkunftsland Ausnahmeregelungen in Anspruch nehmen können.

Für Februar 2023 kommt Connection e. V. zu folgendem Ergebnis: Für Russland ist von mehr als 150.000 militärdienstpflichtigen Männern auszugehen, die das Land verlassen haben. Für die Ukraine beträgt die Zahl der militärdienstpflichtigen Männer, die nach Westeuropa gekommen sind, etwa 175.000. Für Belarus sind es geschätzt 22.000 militärdienstpflichtige Männer, die das Land verlassen haben.²⁴

Die wenigsten Militärdienstentzieher und Deserteure aus Russland und Belarus sind in Länder Westeuropas geflohen. Hauptfluchtländer sind Kasachstan, Georgien, Armenien, Türkei, auch Serbien oder Israel. Grund dafür ist vor allem eine sehr restriktive Handhabung der Visavergabe durch die Länder des Schengen-Raums.²⁵ Die Situation in den Hauptfluchtländern ist zum Teil prekär. Die Türkei – und seit Ende Januar auch Kasachstan – gewährt russischen Staatsbürgern nur einen begrenzten Aufenthaltsstatus von drei Monaten, der nicht beliebig verlängerbar ist.²⁶

Anders stellt sich dies für ukrainische Verweigerer dar. Wie alle anderen ukrainischen Staatsbürger haben sie das Recht, ohne Visum in die Europäische Union einzureisen und erhalten hier zumindest einen befristeten humanitären Aufenthaltsstatus nach § 24 AufenthG. Allerdings hat die Ukraine mit Beginn des Krieges die Grenze für militärdienstpflichtige Männer geschlossen. Ende 2022 wurde berichtet, dass im Jahr 2022 fast 12.000 mutmaßliche Verweigerer an den Grenzen aufgegriffen wurden.²⁷

23 Vgl. Friedrich, Rundbrief "KDV im Krieg", Oktober 2022.

24 Friedrich, Rundbrief "KDV im Krieg", April 2023.

25 Friedrich, Rundbrief "KDV im Krieg", April 2023.

26 Müller, Handelsblatt v. 23.1.2023; Friedrich, Rundbrief "KDV im Krieg", April 2023.

27 Der Spiegel, Meldung v. 30.12.2022, <https://www.spiegel.de/ausland/ukraine-news-am-freitag-ukraine-wehrt-naechtliche-welle-von-drohenangriffen-ab-a-089ca08b-8404-4c37-9e86-d9137d49137d> (letzter Abruf: 18.8.2023).

4. Asyl: Nur wenige Türen öffnen sich

Im Juni 2020 legte *Julia Idler* eine ausführliche Untersuchung dazu vor, wie sich die Flüchtlingsanerkennung von Kriegsdienstverweigerern und Deserteuren nach der Genfer Flüchtlingskonvention entwickelt hat. Sie untersuchte insbesondere die Rechtsprechung in Deutschland und den angloamerikanischen Staaten. Dabei kommt sie zu dem Schluss, dass es sich nach der obergerichtlichen Rechtsprechung in den Mitgliedsstaaten der EU sowie in Großbritannien, Kanada und den USA bei der Wehrpflicht „um eine allgemeine staatliche Pflicht handelt, die alle Bürger (oder jedenfalls alle Bürger im wehrfähigen Alter und gegebenenfalls männlichen Geschlechts) gleichermaßen trifft; Strafverfolgung und Bestrafung für eine Verweigerung wird daher als legitimes staatliches Handeln eingestuft.“²⁸

Das Bundesministerium des Innern und für Heimat (BMI) geht im Fall russischer Deserteure davon aus, dass diesen Verfolgungshandlungen aus politischen Gründen drohen. Wörtlich heißt es in einer Mitteilung vom Mai 2022 dazu, es könne

„davon ausgegangen werden, dass drohende Verfolgungshandlungen in der Regel in Anknüpfung an einen Verfolgungsgrund (§ 3b AsylG) erfolgen. Da bereits die Bezeichnung ‚Krieg‘, bezogen auf den Angriff auf die Ukraine, in der Russischen Föderation als oppositionelle politische Darstellung geahndet werden kann, kann eine Desertion – als aktives Bekunden gegen die Kriegsführung – als Ausdruck einer oppositionellen Überzeugung gewertet werden.“²⁹

Allerdings wurde dies ausdrücklich nicht auf sog. Wehrdienstflüchtlinge bezogen: Diese seien von den Ausführungen nicht umfasst. Auch stehe die Zuerkennung des Flüchtlingsschutzes unter dem Vorbehalt, dass keine Ausschlussstatbestände entgegenstünden, etwa § 60 Abs. 8 AufenthG und § 3 Abs. 2 AsylG. Ausdrücklich erwähnt wird die Beteiligung an Kriegsverbrechen vor der Desertion.³⁰

Wenn dies so umgesetzt würde, dann müssten zumindest diejenigen russischen Soldaten, die eine Einberufung oder eine Desertion nachweisen

28 Idler, S. 126 f.; ähnlich für Deutschland Göbel-Zimmermann/Eichhorn/Beichel-Benedetti Rn. 82.

29 Bundesministerium des Innern und für Heimat, Bericht v. 11.5.2022, S. 3.

30 Ggf. blieben aufgrund Art. 3 EMRK aber nationale Abschiebeverbote zu prüfen, insbesondere § 60 Abs. 5 AufenthG, s. Bundesministerium des Innern und für Heimat, Bericht v. 11.5.2022, S. 4.

können, Flüchtlingsschutz erhalten. Die Militärdienstentziehung hingegen wird nicht in dieser Weise bewertet.

Fraglich ist aber, wie es sich auswirkt, dass in Russland (theoretisch) eine Kriegsdienstverweigerung denkbar ist. Außerdem könnte sich hinsichtlich Militärdienstentziehern und Deserteuren aus Belarus die Problematik stellen, dass von belarussischen Organisationen ein Kriegseintritt befürchtet wird, dieser bisher aber nicht erfolgt ist.

Wie oben ausgeführt, wird Art. 9 Abs. 2 lit. e i.V.m. Art. 12 Abs. 2 der Qualifikationsrichtlinie vom EuGH restriktiv ausgelegt.³¹ Daher ist es in der aktuellen Situation wenig wahrscheinlich, dass auf dieser Basis Kriegsdienstverweigerer oder Militärdienstentzieher wirksamen Schutz erhalten. Denn die Betroffenen müssten zuvor in ihrem Land einen förmlichen Antrag auf Kriegsdienstverweigerung gestellt haben, der abgelehnt wurde oder sie zumindest nicht davor bewahrt, als Teil der kämpfenden Truppe ins Kriegsgebiet entsendet zu werden. Sie müssten nachweisen, dass sie wirklich rekrutiert wurden und ein Einsatz im Krieg ernsthaft droht. Kaum jemand wird dies erfüllen können.

5. Zur Praxis des BAMF

Vor diesem Hintergrund sind die uns vorliegenden Bescheide zu beurteilen. An den Beispielen zeigt sich sehr klar, wie wenig Chancen insbesondere Militärdienstentzieher und Kriegsdienstverweigerer aus Russland haben, einen Flüchtlingsschutz zu erhalten.

Die überwiegend ablehnenden Bescheide des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge (BAMF) zu Russland³² stehen zunächst einmal im Widerspruch zu verschiedenen Äußerungen von Vertretern der Bundesregierung, wie Bundesinnenministerin *Nancy Faeser* und Bundeskanzler *Olaf Scholz*. So hatte die Ministerin Ende September 2022 erklärt: „Wer sich dem Regime von Präsident Wladimir Putin mutig entgegenstellt und deshalb in größte Gefahr begibt, kann in Deutschland wegen politischer Verfolgung

31 Dazu s.o. unter I.

32 Den Verfassern liegen verschiedene solcher Bescheide vor, z.B. BAMF, Bescheid v. 5.12.2022, Az. 9849607-160; Bescheid v. 24.1.2023, Az. 9772134-160; Bescheid v. 25.1.2023, Az. 9704860-160.

Asyl beantragen.“³³ Und der Bundeskanzler sagte kurz darauf: „Ich bin dafür, diesen Menschen [Russen, die die Einberufung zum Militär verweigern] Schutz anzubieten.“³⁴ Es erweckt den Eindruck, als ob das BAMF diesen politischen Vorgaben nicht wirklich folgt.

In einem weiteren Bescheid wird dem Antragsteller die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt. Interessanterweise nimmt der Bescheid keinen Bezug auf die verschiedenen Interviews und Äußerungen, die der Antragsteller bezüglich seiner Kriegsdienstverweigerung und Ablehnung des Krieges der Russischen Föderation gegen die Ukraine abgegeben hat;³⁵ eine Begründung der Entscheidung erfolgte nicht.³⁶

In einem weiteren Bescheid führt das BAMF aus:

„Allerdings ist nicht mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Antragsteller, ein (über 40-jähriger) Staatsangehöriger der Russischen Föderation, der nach seinen Angaben keinen Wehrdienst abgeleistet hat und damit nicht über militärische Vorkenntnisse und auch sonst nicht über (militärisch relevante) Spezialkenntnisse verfügt, überhaupt gegen seinen Willen zwangsweise zu den Streitkräften eingezogen würde. Gemäß § 22 des föderalen Gesetzes ‚Über die Wehrpflicht und den Militärdienst‘ werden alle männlichen russischen Staatsangehörigen im Alter zwischen 18 und 27 Jahren zur Stellung für den Pflichtdienst in der russischen Armee einberufen. Aus den vorliegenden Erkenntnis-mitteln ergibt sich nicht, dass die Russische Föderation aus Anlass des Krieges mit der Ukraine über die genannte Altersgruppe hinaus im Rahmen einer Teil- oder Generalmobilmachung weitere Jahrgänge zu den Streitkräften einziehen würde oder eine solche Mobilmachung in absehbarer Zeit bevorstehen würde. Eine solche Mobilmachung wird auch sonst für unwahrscheinlich gehalten, insbesondere, da sie nicht mit dem russischen Narrativ einer nach Plan verlaufenden, begrenzten ‚Spezialoperation‘ zu vereinbaren und innenpolitisch kaum zu vermitteln wäre.“³⁷

33 Süddeutsche Zeitung, Meldung v. 22.9.2022, <https://www.sueddeutsche.de/politik/konflikte-faeser-will-russischen-deserteuren-schutz-bieten-geht-das-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-220922-99-861096> (letzter Abruf: 18.8.2023).

34 Ewert/Schmidt, Neue Osnabrücker Zeitung v. 28.9.2022.

35 Vgl. Romankov, Rundbrief "KDV im Krieg", Oktober 2022; Funk, Frankfurter Rundschau v. 31.5.2022.

36 BAMF, Bescheid v. 4.1.2023, Az. 9154680-160.

37 BAMF, Bescheid v. 25.1.2023, Az. 9704860-160.

6. Faktenlage widerspricht BAMF

Dieser Bescheid erging im Januar 2023, also vier Monate nach der Verkündung der Teilmobilmachung in Russland. Auch die weitere Faktenlage wird von Organisationen, die sich seit vielen Jahren mit diesen Themen beschäftigen, ganz anders eingeschätzt. Der Internationale Versöhnungsbund führte Mitte Oktober 2022 in einer Expertise für die Vereinten Nationen aus:

„In der Praxis werden Vorladungen an Wehrpflichtige ohne Unterschrift in den Briefkasten gesteckt. Das Datum des Erscheinens kann außerhalb der Einberufungsfristen angegeben werden. Und anstelle des spezifischen Zwecks des Aufrufs enthält die Vorladung die allgemeine Formulierung ‚Klärung von Daten‘. Wenn ein Wehrpflichtiger in einer solchen Situation ein Militärkommissariat aufsucht, kann er sofort am Tag des Besuchs zum Militärdienst einberufen werden.“³⁸

Formal, dem Gesetz nach, sind für Erfassung, Musterung und Einberufung zwar amtliche, persönlich zugestellte, Schreiben notwendig. Der Wehrpflichtige muss den Empfang mit seiner Unterschrift bestätigen. Dieser formale Weg wird aber in Russland nicht mehr eingehalten. Anders als vom BAMF behauptet, ist eine Rekrutierung auch über das 27. Lebensjahr hinaus möglich: Am 25.5.2022 verabschiedete die Duma ein Gesetz, womit auch Männer bis zu 65 Jahren zur Armee eingezogen werden können.³⁹

Während der Teilmobilmachung im September und Oktober 2022 gab es Razzien und Straßenkontrollen zur Rekrutierung, wie die Expertise weiter ausführt:

„Seit Beginn der Mobilisierung ist es in den Großstädten eine weit verbreitete Praxis, dass Polizeibeamte Männer auf der Straße anhalten, ihre Papiere überprüfen und versuchen, ihnen eine Vorladung auszuhändigen. In letzter Zeit wurde eine weitere Praxis in Form von Razzien eingeführt. Am 9. Oktober kam die Polizei in das ‚Aufwärmzentrum‘ für Obdachlose in Moskau und nahm mehrere Dutzend Personen fest. Auch in Arbeiterwohnheimen gab es Razzien. In St. Petersburg blockierten

38 IFOR, Formal Briefing on Russian Federation v. 17.10.2022 (o. Fn. 15).

39 Radio Free Europe (o. Fn. 12); zur jüngsten gestaffelten Erhöhung des Höchstalters auf bis zu 70 Jahre s. Welt, Meldung v. 19.7.2023, <https://www.welt.de/politik/ausland/article246440114/Ukraine-News-Russland-hebt-Hoehstalter-fuer-Einberufung-an-Hochrangige-Offiziere-bis-70-Jahre.html> (letzter Abruf: 18.8.2023).

Polizeibeamte die Ausgänge mehrerer Wohngebäude und verteilten Vorladungen.“⁴⁰

Zudem lagen den für die Rekrutierung zuständigen Behörden keine Informationen über Ausmusterungen oder Zurückstellungen vor. Dadurch ist zu erklären, warum selbst von offiziellen russischen Stellen die Zahl von 9.000 zu Unrecht rekrutierten Personen im Zuge der Teilmobilmachung zugestanden wurde.⁴¹ Die tatsächliche Zahl ist unbekannt.

Diese Praxis führt dazu, dass viele Männer, die zwischen 18 und 65 Jahre alt sind und damit rekrutiert werden können, versuchen, jeden Kontakt mit den Militärbehörden zu vermeiden. Sie sehen die Gefahr, dass sie jederzeit rekrutiert und in der Ukraine eingesetzt werden könnten. Deshalb entscheiden sie sich, Russland zu verlassen, bevor sie Kontakt zum Militär hatten. So werden sie zu sogenannten Militärdienstentziehern.

7. „Beachtliche Wahrscheinlichkeit“ wird entscheidend

Ein entscheidender Punkt in den Asylverfahren wird die Frage sein, mit welcher „beachtlichen Wahrscheinlichkeit“ den Betroffenen in Russland eine Rekrutierung droht. Bislang ist davon auszugehen, dass dies von den deutschen Behörden in aller Regel verneint werden wird, selbst angesichts von Berichten, die zeigen, dass die Teilmobilmachung im Oktober 2022 auf willkürlicher Basis erfolgte und es mehrere tausend Fälle gab, in denen Männer zu Unrecht rekrutiert wurden. Auch die Wehrpflichtigen werden auf willkürlicher Basis rekrutiert. Die Betroffenen werden aber in jedem Einzelfall nachzuweisen haben, dass gerade sie mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit einberufen worden wären. Mit anderen Worten: Der Umstand, dass die Einberufung willkürlich erfolgt, lässt die bestehenden Schutzmechanismen ins Leere laufen.

40 IFOR, Formal Briefing on Russian Federation v. 17.10.2022 (o. Fn. 15).

41 ZDF, Meldung v. 1.2.2023, <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/putin-teilmobilmachung-ukraine-krieg-russland-102.html> (letzter Abruf: 18.8.2023).

III. Menschenrecht auf Kriegsdienstverweigerung – Situative Verweigerung

Die Rechtsprechung des EGMR, mit der dieser im Jahr 2011 gestützt auf die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit aus Art. 9 EMRK das Menschenrecht auf Kriegsdienstverweigerung anerkannt hat,⁴² spiegelt sich bislang nicht im Flüchtlingsrecht wider. Vielmehr schließt die Qualifikationsrichtlinie einen grundsätzlichen Schutz für Kriegsdienstverweigerer faktisch aus und bezieht einen möglichen Schutzstatus allein auf die Verweigerung einer Teilnahme an völkerrechtswidrigen Handlungen oder völkerrechtswidrigen Kriegen.

Doch auch ohne eine Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft kann ein Abschiebeverbot bestehen, so dass der Ausländer im Bundesgebiet bleiben darf. Maßgeblich ist insoweit § 60 Abs. 5 AufenthG. Danach darf ein Ausländer nicht abgeschoben werden, soweit sich die Unzulässigkeit der Abschiebung aus der EMRK ergibt. Mit anderen Worten: Die Rechtsprechung des EGMR kann dazu führen, dass der Ausländer einen niederen Schutzstatus erlangt.⁴³

Nicht alle Kriegsdienstverweigerer treffen eine absolute Entscheidung gegen jeden Kriegseinsatz. Häufig entscheiden sie sich vielmehr vor dem Hintergrund einer besonderen persönlichen oder gesellschaftlichen Situation gegen einen konkreten Kriegseinsatz. Aber auch in solch einer situativen Entscheidung spiegelt sich die Überzeugung wider, nicht an militärischen Einsätzen beteiligt sein zu wollen und die damit verbundene Waffengewalt abzulehnen. Das UNHCR weist in seinen Richtlinien darauf hin, dass eine Kriegsdienstverweigerung auch dann vorliegt, wenn Personen der Überzeugung sind, dass „die Anwendung von Gewalt unter bestimmten Umständen berechtigt ist, in anderen jedoch nicht, und dass sie daher den Dienst in diesen anderen Fällen verweigern müssen“.⁴⁴ Auch die Generalanwältin beim EuGH machte in ihrem Schlussantrag in der Rechtssache Shepherd v. 11.11.2014 deutlich, dass sich der Begriff der Kriegsdienstverweigerung „auch auf Personen beziehen [kann], die aus juristischen, moralischen oder politischen Gründen einen konkreteren Konflikt oder die Mittel und Methoden

42 Dazu s.o. unter I.

43 Auch hier ist die Rechtsprechung (leider) sehr restriktiv, vgl. VGH München BeckRS 2013, 49676; VG Augsburg BeckRS 2013, 48437; VG München BeckRS 2016, 126334.

44 UNHCR, Richtlinien zum internationalen Schutz Nr. 10 v. 12.11.2014, Ziff. 3.

zur Austragung dieses Konflikts ablehnen“.⁴⁵ Diese Argumentation spiegelt sich aber bislang nicht in den deutschen Asylverfahren wider.

Das BAMF sieht keinen Handlungsbedarf, wenn im Herkunftsland ein Recht auf Kriegsdienstverweigerung existiert. Damit sind freilich diejenigen von einem Schutz ausgeschlossen, für die ein Verbot kriegerischer Handlungen nicht absolut gilt. Auch bestehende Einschränkungen werden als nicht relevant angesehen. Folgerichtig wurde in einem weiteren Bescheid der Antrag eines 20-jährigen russischen Wehrpflichtigen mit Verweis darauf abgelehnt, dass „für jeden wehrpflichtigen Bürger der Russischen Föderation die Möglichkeit [bestehe], statt des Militärdienstes alternativ einen Zivildienst abzuleisten.“⁴⁶

Noch spricht niemand davon, aber in Zukunft wird diese Frage auch Männer aus der Ukraine betreffen. In zwei Jahren wird nach derzeitigem Stand der Dinge der humanitäre Status für ukrainische Flüchtlinge auslaufen. Die Dauer des vorübergehenden Schutzes beträgt maximal drei Jahre.⁴⁷ Da dieser mit Durchführungsbeschluss (EU) 2022/382 v. 4.3.2022 begann, endet der Zeitraum zum 4. März 2025. Bis zu diesem Zeitpunkt ist auch eine Aufenthaltsverfestigung, etwa durch eine Niederlassungserlaubnis, nicht möglich, da diese einen 5-jährigen Aufenthalt voraussetzt.⁴⁸ Das kann durchaus bedeuten, dass dann die ukrainischen Flüchtlinge – und mit ihnen militärdienstpflichtige Männer – in die Ukraine zurückkehren müssen.

Mit Blick auf die dort drohende Strafverfolgung könnten sie sich darauf berufen, dass es für sie in der Ukraine keine Möglichkeit gab, die Kriegsdienstverweigerung zu erklären. Bereits 2014 und 2015, als einige Tausend aus der Ukraine nach Deutschland kamen, wurde jedoch von deutschen Behörden und Gerichten festgestellt, dass dies kein ausreichender Grund sei, einen Schutz zu beanspruchen.⁴⁹ Es ist nicht davon auszugehen, dass die bislang enge Definition einer Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen auf eine situative Verweigerung ausgedehnt wird, wie vom UNHCR eingefordert.

45 Generalanwalt beim EuGH BeckRS 2014, 82350 (dort Ziff. 53).

46 BAMF, Bescheid v. 5.12.2022, Az. 9849607-160.

47 Vgl. Art. 4, 6 der Richtlinie 2001/55/EG.

48 Vgl. § 26 Abs. 4 i.V.m. § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG.

49 Vgl. etwa VGH München BeckRS 2016, 42593.

IV. Forderungen an die Politik

Die Praxis des BAMF entspricht nicht der dramatischen und lebensbedrohlichen Situation, in der sich die Schutzsuchenden in allen Ländern befinden. Eine Flüchtlingsanerkennung bezieht sich im Wesentlichen auf die Genfer Flüchtlingskonvention. Die Flüchtlingseigenschaft wäre dann zuzuerkennen, wenn ein Ausländer eine begründete Furcht vor Verfolgung wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe hat.⁵⁰ Eine der Voraussetzungen für die Flüchtlingseigenschaft im Sinne von Art.1 Abschnitt A der Genfer Flüchtlingskonvention ist das Bestehen eines Kausalzusammenhangs zwischen den Gründen der Verfolgung, nämlich Rasse, Religion, Nationalität, politischer Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe und den Verfolgungshandlungen bzw. dem fehlenden Schutz vor Verfolgungshandlungen.⁵¹

1. Kriegsdienstverweigerung und Desertion als Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe werten

In Bezug auf Personen, die den Kriegsdienst verweigern, ist insbesondere die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe bislang fast völlig außer Acht gelassen worden. Das UNHCR hat in seinen Richtlinien die „soziale Gruppe“ näher definiert. Es heißt dort: „Eine bestimmte soziale Gruppe ist eine Gruppe von Personen, die neben ihrem Verfolgungsrisiko ein weiteres gemeinsames Merkmal aufweisen oder von der Gesellschaft als eine Gruppe wahrgenommen werden. Das Merkmal wird oft angeboren, unabänderlich oder in anderer Hinsicht prägend für die Identität, das Bewusstsein oder die Ausübung der Menschenrechte sein.“⁵² In ähnlicher Weise wird auch in der Qualifikationsrichtlinie der EU in Art. 10 Abs. 1 lit. d eine soziale Gruppe definiert.

Entsprechend kommt das UNHCR in den Richtlinien Nr.10 zu der Schlussfolgerung, dass Kriegsdienstverweigerer als eine bestimmte soziale Gruppe anzusehen sind, da sie eine Überzeugung teilten, die für ihre Identität prägend sei:

50 Art.1 A Nr.2 GFK i.V.m. Art.1 Abs.2 des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 31.1.1967, umgesetzt in § 3, Abs.1 AsylG.

51 Vgl. Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2011/95/EU.

52 UNHCR, Richtlinien zum internationalen Schutz Nr. 2 v. 7.5.2002, Ziff. 11.

„Auch Personen mit gemeinsamen Erfahrungen, zum Beispiel Kindersoldaten, können eine bestimmte soziale Gruppe darstellen. Dasselbe kann im Fall von Wehrdienstentziehern oder Deserteuren der Fall sein, da beide Arten von Antragstellenden ein unabänderliches gemeinsames Merkmal aufweisen: Sie haben sich in der Vergangenheit dem Militärdienst entzogen oder diesen umgangen. Deserteure können in manchen Gesellschaften auch deshalb als bestimmte soziale Gruppe wahrgenommen werden, weil im Militärdienst generell ein Zeichen der Loyalität zu dem Land gesehen wird bzw. weil solche Personen anders behandelt werden [zum Beispiel durch Diskriminierung beim Zugang zu Beschäftigung im öffentlichen Dienst], wodurch sie sich als Gruppe von der allgemeinen Bevölkerung abheben und von dieser unterscheidbar werden. Dasselbe kann auch für Wehrdienstentzieher gelten. Rekruten können eine soziale Gruppe darstellen, deren gemeinsame Charakteristik ihre Jugend, ihre erzwungene Einbindung in das Militärkorps oder ihre untergeordnete Stellung aufgrund mangelnder Erfahrung und ihres niedrigen Ranges ist.“⁵³

Diese Argumentation überzeugt, so dass die Politik gefordert ist, bereits vor dem Hintergrund der Genfer Flüchtlingskonvention eine Flüchtlingsanerkennung von Personen sicherzustellen, die den Kriegsdienst verweigern.

2. Schutz und Asyl für Kriegsdienstverweigerer und Deserteure aus Russland, Belarus und Ukraine

Mit Blick auf die aktuellen Fluchtbewegungen aus Russland, Belarus und der Ukraine fordern Pro Asyl, ein Verein, der sich für den Schutz und die Rechte Asylsuchender einsetzt, und Connection e. V. zudem:

- Russische Staatsbürger sollten auch von Ländern außerhalb Russlands Anträge zur Aufnahme in die Europäische Union stellen können. Hier ist eine unbürokratische Lösung nötig, die sie vor einer Abschiebung aus einem Drittland zurück nach Russland schützt. *Humanitäre Visa* sind eine Möglichkeit, die die Bundesregierung und die anderen EU-Staaten verstärkt nutzen sollten. Nur so erhalten die Menschen die Chance, auf legalem Weg nach Deutschland zu kommen und hier um

53 UNHCR, Richtlinien zum internationalen Schutz Nr. 10 v. 12.11.2014, Ziff. 58.

Schutz zu bitten. Das muss ebenso für Geflüchtete anderer Nationalitäten gelten.

- Die Grenzen müssen geöffnet werden! Flüchtlinge müssen die Möglichkeit haben, Länder zu erreichen, die ihnen einen sicheren Aufenthalt gewähren. Die derzeit gültigen Regelungen für eine Visavergabe hindern viele daran, sichere Länder zu erreichen. Eine Aufnahme Schutzsuchender kann nur gelingen, wenn die illegalen Pushbacks gestoppt werden und die Menschen Zugang zu einem fairen Asylverfahren erhalten.
- Mit Blick auf Asyl oder einen anderen Aufenthaltsstatus müssen die EU-Länder nicht nur Kriterien für Deserteure entwickeln, sondern vor allem Lösungen für die große Zahl der Militärdienstentzieher finden. Sie sind bei einer zwangsweisen Rückkehr nach Russland einer Rekrutierung für einen völkerrechtswidrigen Krieg unterworfen.
- Die EU sollte ein Aufnahmeprogramm beschließen, damit diejenigen russischen Staatsbürger, die sich unter großem Risiko von der Regierung ihres Landes abgewandt haben, Möglichkeiten der Ausbildung und Beschäftigung erhalten.
- Ukrainische Kriegsdienstverweigerer, die aufgrund ihrer Entscheidung mehrjährige Haftstrafen befürchten müssen, wenn sie in die Ukraine zurückkehren sollten, verdienen ebenfalls die Unterstützung der EU und müssen hier die Chance auf Schutz erhalten. Die Ukraine ist aufzufordern, das Menschenrecht auf Kriegsdienstverweigerung umzusetzen.

Literatur

Arnold, Victoria: Russia – No legal provision for alternative civilian service during mobilisation, Forum 18 News Service v. 18.12.2022, online verfügbar unter https://www.forum18.org/archive.php?article_id=2797 (letzter Abruf 18.8.2023)

Bundesministerium des Innern und für Heimat (BMI): Beantwortung von offenen Fragen zu Top 1 („Bericht des Bundesministeriums des Innern und für Heimat über die aktuelle Lage im Ukraine-Konflikt sowie die damit verbundenen innenpolitischen Auswirkungen“) der Sitzung des Ausschusses für Inneres und Heimat vom 11. Mai 2022, online verfügbar unter https://de.connection-ev.org/pdfs/2022-05-17_IM.pdf (letzter Abruf 18.8.2023)

Decker, Andreas/Bader, Johann/Kothe, Peter: BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, 16. Edition, München 2023 (zit.: BeckOK MigR/Bearbeiter)

- Ewert, Burkhard/Schmidt, Tobias: Olaf Scholz will russische Kriegsdienstverweigerer aufnehmen, Bericht der Neuen Osnabrücker Zeitung v. 28.9.2022, online verfügbar unter <https://www.noz.de/deutschland-welt/politik/artikel/olaf-scholz-will-russische-kriegsdienstverweigerer-aufnehmen-43266665> (letzter Abruf 18.8.2023)
- Förderverein Pro Asyl/Connection e.V. (Hrsg.): Eritrea im Fokus, Das Willkürsystem verharmlost, Der Flüchtlingsschutz wird ausgehebelt, Frankfurt a.M. 2020, online verfügbar unter https://www.connection-ev.org/pdfs/2020-1_EritreaimFokus.pdf (letzter Abruf 18.8.2023)
- Friedrich, Rudi: Bundesamt für Migration lehnt Asyl für russischen Verweigerer ab, in: Connection e.V. (Hrsg.), Rundbrief "KDV im Krieg", April 2023, online verfügbar unter <https://de.connection-ev.org/article-3735> (letzter Abruf 18.8.2023)
- Ders.: Flucht vor der Beteiligung am Krieg – Zahlen zu Russland, Belarus und Ukraine, in: Connection e.V. (Hrsg.), Rundbrief "KDV im Krieg", Oktober 2022, online verfügbar unter <https://de.connection-ev.org/article-3608> (letzter Abruf 18.8.2023)
- Ders.: Kriegsdienstverweigerung und Desertion in Belarus, Russische Föderation und Ukraine, in: Connection e.V. (Hrsg.), Rundbrief „KDV im Krieg“, April 2022, online verfügbar unter <https://de.connection-ev.org/article-3516> (letzter Abruf 18.8.2023)
- Ders.: Kriegsdienstverweigerung und Asyl, in: Connection e.V./Union Pacifiste de France/War Resisters' International (Hrsg.), Kriegsdienstverweigerung in der Türkei, Offenbach u.a. 2021, S. 12 ff., online verfügbar unter <https://www.Connection-eV.org/pdfs/kriegsdienstverweigerung-tuerkei-2021.pdf> (letzter Abruf 18.8.2023)
- Funk, Viktor: Wehrdienstverweigerer aus Russland: Asyl in Deutschland ist unklar, Bericht der Frankfurter Rundschau v. 31.5.2022, online verfügbar unter <https://www.fr.de/politik/kriegsdienstverweigerer-haben-schlechte-aussichten-auf-bleiberecht-91583653.html> (letzter Abruf 18.8.2023)
- Göbel-Zimmermann, Ralph/Eichhorn, Alexander/Beichel-Benedetti, Stephan: Asyl- und Flüchtlingsrecht, München 2018
- Idler, Julia: Die Flüchtlingsanerkennung von Wehrdienstverweigerern und Deserteuren nach der Genfer Flüchtlingskonvention (jur. Diss. Potsdam 2020), Baden-Baden 2020
- Marx, Reinhard: Anm. zu EuGH, Urt. v. 26.2.2015, C-472/13, NVwZ 2015, 579 ff.
- Ders.: Kriegsdienstverweigerung im Flüchtlingsrecht, in: Connection e.V. und Förderverein PRO ASYL (Hrsg.), Kriegsdienstverweigerung und Asyl, Offenbach 2014, S. 13 ff.
- Müller, Mareike: Kasachstan verschärft Aufenthaltsbestimmungen für Russen, Bericht des Handelsblatts v. 23.1.2023, online verfügbar unter <https://www.handelsblatt.com/politik/international/ukraine-krieg-kasachstan-verschaerft-aufenthaltsbestimmung-n-fuer-russen/28938500.html> (letzter Abruf 18.8.2023)
- OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR): Handbook on Human Rights of Armed Forces Personnel and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel, Warschau 2008, online verfügbar unter <https://www.osce.org/files/f/documents/0/c/31393.pdf> (letzter Abruf 18.8.2023)

- Romankov, Mark: "Es gibt nichts worauf man stolz sein könnte", Interview v. 15.8.2022, Rundbrief „KDV im Krieg“, Oktober 2022, online verfügbar unter <https://de.connection-ev.org/article-3626> (letzter Abruf 18.8.2023)
- UNHCR: Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft gemäss dem Abkommen von 1951 und dem Protokoll von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, Genf 1979
- Verschwele, Lina: Wie Separatisten ukrainische Männer verschleppen und an die Front schicken, Bericht des Nachrichtenmagazins Der Spiegel v. 5.5.2022, online verfügbar unter <https://www.spiegel.de/ausland/zwangsmobilisierung-im-donbas-von-russland-unterstuetzte-separatisten-zwingen-maenner-zum-kaempfen-a-a909279a-da74-4244-8a1d-32c685bfe5db> (letzter Abruf 18.8.2023)

5. (Jugend-)Strafrecht

100 Jahre Jugendgerichtsgesetz*

Prof. Dr. Christopher Schmidt

Vor 100 Jahren, genauer: am 16. Februar 1923 wurde das Jugendgerichtsgesetz (JGG) ausgefertigt.¹ Zum ersten Mal wurden damit reichsweit Jugendgerichte eingerichtet und eine Vielzahl materiell-rechtlicher Sonderregelungen für Jugendliche geschaffen. Das JGG ist daher ebenso wie das im Jahr zuvor verkündete Reichsgesetz für die Jugendwohlfahrt (RJWG)² eine wichtige Wegmarke nicht nur der Weimarer Gesetzgebung, sondern auch der Etablierung einer – in der heutigen Terminologie – sozialpädagogischen Fachlichkeit. Grund genug für einen Rückblick.

Inhalt

I.	Regelungen des JGG von 1923	166
	1. Grundlagen der Strafbarkeit	166
	2. Erziehungsmaßregeln und Strafe	168
	3. Strafaussetzung und Vollzug	171
	4. Jugendgerichte	173
	a) Aufbau und Zuständigkeit	174
	b) Nichtöffentlichkeit	175
	5. Jugendstaatsanwälte	176
	6. Jugendgerichtshilfe	176
II.	Änderungen während des Nationalsozialismus	179
	1. Verordnungen zwischen 1939 und 1942	180
	2. Neufassung des JGG 1943	182
III.	Entwicklungen in DDR und Bundesrepublik	184
IV.	Jugendgerichtsbarkeit heute und Fazit	187

* Gewidmet ist der Beitrag Herrn Oberstaatsanwalt *Stefan Winter*, Köln.

1 RGBI. I S. 135; zur Entstehungsgeschichte, die eng mit dem Namen Franz von Liszt und dessen Antrittsvorlesung verbunden ist, die als Marburger Programm in die Geschichte des Jugendrechts einging, vgl. Stolp, S. 25 ff.; Fritsch, S. 24 ff.; Schady, S. 19 ff.; Miehe, in: Schaffstein, S. 1 ff.; Nothacker, S. 33 ff.; zeitgenössisch Drewes, S. 259 ff.; Siegel, S. 4 ff.

2 Zum RJWG vgl. Schmidt NZFam 2022, 636 ff.

I. Regelungen des JGG von 1923

Vergleicht man die Regelungen aus dem Jahr 1923 mit dem heutigen JGG, dann fällt zuerst der unterschiedliche Regelungsumfang auf. So bestand der Gesetzestext ursprünglich aus 51 Paragraphen, während es drei Jahrzehnte später schon 124 Paragraphen waren.

Vom Aufbau her enthielt das JGG im ersten Abschnitt (§§ 1–16) Regelungen zur Strafbarkeit Jugendlicher einschließlich der Strafzumessung und des Vollzugs, im zweiten Abschnitt (§§ 17–42) Regelungen zu Aufbau, Verfahren und Zuständigkeit der Jugendgerichte, zur Organisation der Staatsanwaltschaften sowie zur Jugendgerichtshilfe und im dritten Abschnitt (§§ 43–51) Übergangs- und Schlussvorschriften.

Das JGG ersetzte die für Jugendliche bzw. Kinder geltenden (wenigen) Spezialvorschriften des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 15.5.1871 (StGB)³ und galt über das Reichsstrafrecht hinaus für das Landesstrafrecht,⁴ nicht jedoch für militärische Verbrechen und Vergehen, hinsichtlich derer § 50 des Militär-Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 20.6.1872⁵ die Bestrafung unabhängig vom Alter des Täters anordnete.⁶

1. Grundlagen der Strafbarkeit

Materielles Jugendstrafrecht fand 1923 nur auf Jugendliche Anwendung: Den Begriff der Heranwachsenden kannte das JGG seinerzeit nicht. Jugendlicher war gem. § 1 JGG, wer das 14. Lebensjahr vollendet hatte,⁷ aber noch nicht 18 Jahre alt war. Das ist insoweit bemerkenswert, als die Regelung nicht mit zivilrechtlichen Wertungen übereinstimmte. Denn gem. § 2 BGB trat die Volljährigkeit bis 1975 erst mit Vollendung des 21. Lebensjahres ein.⁸ Mit anderen Worten: Junge Menschen traf die volle strafrechtliche Verantwortlichkeit bereits zu einem Zeitpunkt, zu dem sie zivilrechtlich

3 RGL. S. 127.

4 Heß § 1 JGG Anm. 1.

5 RGL. S. 174.

6 Drewes § 3 JGG Anm. 5.

7 Nach dem Wortlaut des Gesetzes mussten Jugendliche zwar „über vierzehn“ sein, insoweit wurde jedoch taggenau gerechnet und der Tag der Geburt mitgezählt, so dass das entsprechende Erfordernis mit dem 14. Geburtstag erfüllt war, vgl. Heß § 1 JGG Anm. 3; Drewes § 1 JGG Anm. 1.

8 Die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters auf 18 Jahre erfolgte durch das Gesetz zur Neuregelung des Volljährigkeitsalters v. 31.7.1974, BGBl. I S. 1713.

noch als Minderjährige geschützt wurden, während sich die Situation heute unter Berücksichtigung der Herabsetzung des Volljährigkeitsalters und der Geltung des JGG für Heranwachsende umgekehrt darstellt.

Kinder, die zum Zeitpunkt der Tat das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, konnten sich gem. § 2 JGG ebenso wie nach der seit 1975 in § 19 StGB aufgenommenen Regelung zur Schuldunfähigkeit nicht strafbar machen.

Mit der Vorschrift wurde die Strafmündigkeit um zwei Jahre erhöht. Denn nach § 55 StGB a.F. hatte ein Verfolgungshindernis vor Inkrafttreten des JGG nur bei Kindern bestanden, die das zwölfte Lebensjahr nicht vollendet hatten.⁹ Der Gesetzgeber hatte die Heraufsetzung der Strafmündigkeit sogar als besonders dringlich angesehen, was sich daraus erhellt, dass nach § 43 S.1 Hs.1 JGG 1923 die §§ 2 und 45 I mit Verkündung des Gesetzes und nicht, wie die übrigen Vorschriften, am 1. Juli 1923 in Kraft traten.¹⁰

Vorangegangen war eine lebhafte Diskussion. Dabei war für eine Strafmündigkeit ab dem vollendeten 14. Lebensjahr angeführt worden, dass dieses Alter für die meisten Jugendlichen ein „Wendepunkt“ sei: schließlich würden sie Schule und Elternhaus verlassen und ins Leben treten.¹¹ Im Verlauf der Beratungen eines früheren Gesetzentwurfs war sogar erwogen worden, die Strafmündigkeit erst mit 16 Jahren beginnen zu lassen. Dafür wurde angeführt, dass es gesellschaftlich nicht verantwortet werden könne, dass „Schulkinder vor den Strafrichter und in die Gefängnisse gebracht werden“, während von den Gegnern vertreten wurde, dass sich selbst unter den Zwölf- und Dreizehnjährigen „verdorbene Elemente“ befänden, hinsichtlich derer Erziehungsmaßregeln nicht ausreichten.¹²

Die deutlichste Neuerung gegenüber den vor Inkrafttreten des JGG in Kraft befindlichen Vorschriften des StGB zeigte sich darin, dass § 56 Abs.1 StGB a.F. für eine Verurteilung von Straftätern unter 18 Jahren lediglich an deren Einsichtsfähigkeit angeknüpft hatte, was nach h.M. Ausdruck der auch bei anderen Tätern zu fordernden Zurechnungsfähigkeit war,¹³ wäh-

9 Freilich hatten die Landesgesetze vor Inkrafttreten des StGB teilweise schon ein höheres Alter für die Strafmündigkeit vorgesehen, vgl. Eisenberg/Köbel § 3 Rn. 4.

10 Dass nach § 47 Abs.1 S.1 i.V.m. § 43 S.1 Hs.2 JGG 1923 die Vorschrift des § 55 StGB erst zum 1.7.1923 aufgehoben wurde, dürfte als Redaktionsversehen einzustufen sein.

11 So Siegel, S. 56.

12 Vgl. Beratungen der 13. Kommission aus dem Jahr 1913, RT-Prot. 1912/14, 20 (Bd. 302), Anlage Nr. 1054, S. 1735 ff.

13 Wentura, S. 1 ff. m.w.N.; zur Auslegung von § 56 Abs. 1 StGB a.F. vgl. RGSt 15, 97 (97).

rend der Jugendliche nach § 3 JGG zusätzlich imstande sein musste „seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen“. Die heute in § 3 S.1 JGG vorausgesetzte Steuerungsfähigkeit, welche nicht auf den Willen, sondern darauf abstellt, ob der Jugendliche imstande ist, seiner Einsicht gemäß zu handeln, meint im Kern nichts anderes.¹⁴

2. Erziehungsmaßregeln und Strafe

Im Fall einer Verurteilung hatte das Gericht nach §§ 5 f. JGG zu prüfen, ob Erziehungsmaßregeln erforderlich waren. Für den Fall, dass diese ausreichten, war von Strafe abzusehen. Damit wurde eine „Subsidiarität der Strafe“ geschaffen.¹⁵ Drewes meinte, dass dies „wohl die wesentlichste Bestimmung des ganzen Gesetzes sei“, weil der Grundsatz von Schuld und Sühne durchbrochen wurde.¹⁶ Auch systematisch wurde das Rangverhältnis deutlich, indem die Bestimmungen zu den Erziehungsmaßregeln im JGG vor jenen zur Strafe standen. Freilich schwieg das Gesetz ebenso wie heute zu der Frage, zu welchem Zweck die Erziehungsmaßregeln ausreichend sein sollten: für die Prognose eines straffreien Lebens oder (auch) zur Vergeltung der Schuld.¹⁷ Dies ist sinnfälliger Ausdruck des Spannungsverhältnisses zwischen Erziehungsgedanken und Strafe.

Das Jugendgericht konnte gem. § 5 Abs. 2 JGG 1923 die Erziehungsmaßregeln selbst anordnen oder deren Auswahl dem Vormundschaftsgericht überlassen. Insoweit findet die Vorschrift ihre Entsprechung in dem heutigen § 53 JGG, von dem allerdings nur in geringem Umfang Gebrauch gemacht wird.¹⁸

In § 5 Abs. 3 JGG 1923 war vorgesehen, dass Erziehungsmaßregeln auch angeordnet werden konnten, wenn der Jugendliche mangels Einsichts-

14 Ein Unterschied besteht allerdings darin, dass § 3 JGG 1923 die Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit nicht (positiv) zur Voraussetzung der Strafbarkeit gemacht, sondern lediglich bei deren Fehlen die Strafbarkeit entfallen ließ. Prozessrechtlich wurde § 3 S.1 JGG 1923 durch § 47 Abs.2 umgesetzt, der eine Neufassung von § 298 StPO vorsah.

15 Hene, S. 6.

16 Drewes § 6 JGG Anm.1; Ostendorf, in: Schumann/Wapler, S. 49 (52) spricht gar davon, das JGG 1923 sei „ein revolutionäres Gesetz“ gewesen.

17 Vgl. BeckOK JGG/Putzke § 5 Rn. 13 f.; MüKoStGB/Laue § 5 JGG Rn. 19; zur Rechtsanwendung in der Weimarer Republik und der Frage, wie umfassend das JGG die allgemeinen Strafzwecke überlagern sollte vgl. Nothacker, S. 41 ff.; kritisch hinsichtlich der Subsidiarität von Strafe Wolf, S. 362 ff.

18 Vgl. Eisenberg/Köbel § 53 Rn. 2.

oder Steuerungsfähigkeit nicht strafbar war, während die heutige Gesetzesfassung in § 3 S. 2 JGG in solchen Fällen nur erlaubt, (sorgerechtigliche) Maßnahmen anzuordnen, die i.Ü. in die Zuständigkeit des Familiengerichts fallen würden. Auch hierin wird ein Verständnis sichtbar, nach welchem noch stärker als heute eine Abgrenzung zwischen Erziehung und Strafe erfolgte.

Der Katalog der möglichen Erziehungsmaßnahmen ergab sich aus § 7 Abs. 1 JGG 1923. Darüber hinaus war in Abs. 2 der Vorschrift vorgesehen, dass die Reichsregierung mit Zustimmung des Reichsrats andere Erziehungsmaßnahmen für zulässig erklären und so mit neuen pädagogischen Ansätzen Schritt halten konnte.

Vorgesehen waren als Erziehungsmaßnahmen die Verwarnung, die Überweisung in die Zucht der Erziehungsberechtigten oder der Schule, die Auferlegung besonderer Verpflichtungen, die Unterbringung sowie Schutzaufsicht und Fürsorgeerziehung.

Dass es sich bei der Verwarnung um eine Erziehungsmaßregel handelte, verdeutlicht einen Vorteil des Dualismus zwischen Erziehen und Strafen gegenüber der heutigen Regelung, nach welcher zwischen beiden Polen die Zuchtmittel stehen. Denn zu Recht wird heute kritisiert, dass die Verwarnung, die als Zuchtmittel gegenüber Erziehungsmaßnahmen gem. § 5 Abs. 2 nachrangig ist, für den Jugendlichen eine gegenüber den meisten Erziehungsmaßnahmen geringere Eingriffsintensität aufweise.¹⁹

Mit einer Überweisung in die Zucht von Erziehungsberechtigten oder Schule, welche bereits terminologisch an die heutigen Zuchtmittel erinnert, waren u.a. solche Erziehungsmittel vorgesehen, die heute von § 1631 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB erfasst würden. Eine große praktische Bedeutung hatte dies jedoch nicht.²⁰ Die Auferlegung besonderer Verpflichtungen entsprach den heutigen Weisungen nach § 10 ebenso wie der Auflage nach § 15 JGG,²¹ die Unterbringung, Schutzaufsicht und Fürsorgeerziehung der Auferlegung von Hilfe zur Erziehung gem. § 12 JGG. Sie war verglichen mit dieser aber insoweit systemkonformer, als die Schutzaufsicht grundsätzlich und die Fürsorgeerziehung generell eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts

19 Dazu und zu den sich daraus ergebenden Verhältnis der unterschiedlichen Sanktionsformen vgl. MüKoStGB/Laue JGG § 5 Rn. 21; a.A. Lenz, S. 178, der aber gleichwohl von einem „dogmatisch widerspruchsfreie[n] Sanktionssystem“ ausgeht (S. 227).

20 Insoweit wurde darauf hingewiesen, dass sich der Jugendliche bereits bisher in der betreffenden Zucht befunden, diese aber versagt habe. so Hene, S. 14.

21 Vgl. Lenz, S. 79.

voraussetzten,²² anders als nach § 27 Abs.1 SGB VIII also nicht als Recht der Personensorgeberechtigten ausgestaltet waren.

Für den Fall, dass Erziehungsmaßregeln nicht ausreichten, konnten im Grundsatz dieselben Strafen wie nach allgemeinem Strafrecht angeordnet werden. Ausgeschlossen waren im Fall Jugendlicher gem. § 9 JGG 1923 allerdings Todes- und Zuchthausstrafe, so dass eine Verurteilung zu Gefängnisstrafe, Festungshaft bzw. Haft sowie zu Geldstrafen möglich blieb. Insoweit hatten bereits vor Inkrafttreten des JGG Strafzumessungsregelungen in § 57 StGB a.F. bestanden, welche das Strafmaß für jugendliche Straftäter herabgesetzt hatten. Diese wurden durch § 9 JGG 1923 teilweise übernommen, ließen aber insbesondere bei schweren Straftaten Raum für ein geringeres Strafmaß. So war nach § 57 Abs.1 Nr.1 StGB a.F. bei Straftaten, die nach allgemeinem Strafrecht mit dem Tode oder lebenslangem Zuchthaus bestraft wurden, auf Gefängnis zwischen drei und 15 Jahren zu erkennen, während § 9 Abs.2 Hs.1 JGG eine Gefängnisstrafe von einem Jahr ausreichen ließ. Bei Straftaten, die nach allgemeinem Strafrecht mit lebenslanger Festungshaft bedroht waren, wurde das Mindestmaß der auf zehn Jahre begrenzten Festungshaft durch § 9 Abs. 2 Hs. 2 JGG auf ein Jahr herabgesetzt. Auch enthielt § 9 Abs. 5 JGG anders als § 57 StGB a.F. ein Verbot der Überweisung an die Landespolizeibehörde bei Verurteilung zur Haft.²³

Soweit das StGB nicht die Todesstrafe oder eine lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen hatte, lag der Strafraumen gem. § 9 Abs. 3, 4 JGG zwischen dem gesetzlichen Mindestmaß und der Hälfte des Höchstmaßes der anzuwendenden Strafe bzw. konnte bei einem Vergehen oder einer Über-

22 Dazu vgl. Schmidt NZFam 2022, 636 (639). Vor dem Hintergrund dessen, dass das RJWG erst nach dem JGG in Kraft getreten ist, enthielt § 51 JGG 1923 Übergangsvorschriften.

23 Hierdurch hatte die Behörde gem. § 362 Abs. 3 S.1 StGB die Befugnis erhalten, die verurteilte Person für eine Dauer von bis zu zwei Jahren in einem Arbeitshaus unterzubringen oder zu gemeinnützigen Arbeiten zu verwenden. Nicht aufgehoben wurde § 362 Abs. 3 S.2 StGB, nach welchem im Fall weiblicher Jugendliche, die entgegen polizeilichen Anordnungen gewerbsmäßig Unzucht betrieben hatten, nach Überweisung an die Landespolizeibehörde die Unterbringung in einem Arbeitshaus unzulässig sein sollte und stattdessen eine Unterbringung in einer Besserungs- oder Erziehungsanstalt bzw. in einer Zufluchtsstelle vorgesehen war. Allerdings wurde die Vorschrift infolge § 9 Abs. 5 JGG gegenstandslos.

tretung in besonders leichten Fällen von Strafe abgesehen werden.²⁴ Eine Änderung bestand insoweit, als § 57 StGB a.F. nicht auf die anzuwendende, sondern auf die angedrohte Art der Strafe abgestellt hatte, was sich z.B. vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Mindeststrafe von Zuchthaus- und Gefängnisstrafe auswirkte.²⁵

Anders als bei der heutigen Jugendstrafe, die gem. § 18 Abs.1 JGG ein Mindestmaß von sechs Monaten hat, führte die Bezugnahme auf den Strafrahmen des StGB dazu, dass sehr kurze Freiheitsstrafen verhängt werden konnten, weil das Mindestmaß von Gefängnisstrafe, Festungshaft und Haft gem. §§ 16 ff. StGB jeweils einen Tag betrug.

Rechtstatsächlich war die häufigste Sanktionsform nach Inkrafttreten des JGG bis 1933 weiter die Strafe, die gegen 66,4 % der Verurteilten verhängt wurde, während es nur in 14,4 % der Fälle zu Erziehungsmaßnahmen ohne Strafe kam.²⁶ Schady geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass die Jugendgerichte ihre frühere Praxis auch nach Inkrafttreten des JGG fortgesetzt hätten.²⁷ Dafür spricht, dass die Dauer der verhängten Gefängnisstrafen zumeist kurz gewesen sein dürfte. So wurden 1928 in den Städten über 200.000 Einwohnern in 45,2 % der Fälle Gefängnisstrafen von bis zu 14 Tagen ausgesprochen, während der Anteil der Gefängnisstrafen über einem Jahr nur 0,9 % betrug. Die häufigsten Formen der Erziehungsmaßnahmen waren Schutzauufsicht und Verwarnung.²⁸ Daneben war eine verbreitete Nutzung des Opportunitätsprinzips zu verzeichnen.²⁹

3. Strafaussetzung und Vollzug

Während das JGG bei Freiheitsstrafen bereits 1923 eine als vorläufige Entlassung bezeichnete Strafrestaussetzung zur Bewährung kannte, wurde im allgemeinen Strafrecht die anfängliche Strafaussetzung zur Bewährung

24 Ein Vergehen war nach §1 Abs.2 StGB eine mi Festungshaft bis zu fünf Jahren, Gefängnisstrafe oder höheren Geldstrafen bedrohte Straftat; eine Übertretung lag nach §1 Abs. 3 StGB bei einer Androhung von Haft oder geringeren Geldstrafen vor.

25 Drewes § 9 JGG Anm. I.

26 Vgl. Schady ZJJ 2003, 389 (393).

27 Schady, S. 186 f.

28 Nachweise bei Schady ZJJ 2003, 389 (393 f.); zu zeitgenössischen Einschätzungen der Jugendrichter vgl. van Dühren ZBl. 1925, 77 (77 ff.).

29 Vgl. Schady, S. 188 und ZJJ 2003, 389 (394).

erst durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953³⁰ geschaffen. Zuvor waren zwar zwischen den Regierungen der deutschen Staaten im Jahr 1903 Grundsätze für die Bewilligung der bedingten Strafaussetzung vereinbart und eine Strafaussetzung in der Folge regelmäßig als Gnadenakt gewährt worden,³¹ tatrichterliche Entscheidungen hierüber aber nicht möglich gewesen. Die Regelung des § 10 Abs. 1 JGG war daher eine Neuerung über das Jugendrecht hinaus.³² Denn hiernach konnte das Gericht die Vollstreckung einer jeden Freiheitsstrafe im Urteil aussetzen, wenn die Möglichkeit bestand, dass der Verurteilte sich während einer Probezeit durch gute Führung einen Erlass der Strafe verdienen würde.³³ Insbesondere sollte die Aussetzung erfolgen, wenn durch den sofortigen Vollzug der Erfolg einer Erziehungsmaßregel gefährdet würde. Die Probezeit war gem. § 12 Abs. 1 JGG 1923 auf zwei bis fünf Jahre zu bemessen; sie konnte nachträglich auf die Höchstdauer verlängert werden. Während dieser Zeit konnten dem Verurteilten nach Abs. 2 der Vorschrift besondere Pflichten auferlegt werden; auch konnte er unter Schutzaufsicht gestellt werden. Nach Ablauf der Probezeit sollte abhängig davon, ob der Verurteilte sich bewährt hatte, gem. § 15 JGG die Strafe erlassen oder deren Vollstreckung angeordnet werden.

Dass die Aussetzung der Vollstreckung nicht nur ausnahmsweise erfolgen sollte, verdeutlicht § 10 Abs. 2 JGG. Denn danach mussten die Urteilsgründe dann, wenn die Strafe nicht ausgesetzt wurde, Angaben dazu enthalten, ob die Strafe vollstreckt oder die Aussetzung vorbehalten werden sollte. Insoweit war eine Art Vorbewährung vorgesehen, die von ihren praktischen Wirkungen her der heutigen Aussetzung der Verhängung einer Jugendstrafe nach §§ 27 ff. JGG ähnlich war. Selbst in Fällen, in denen im Urteil die Aussetzung abgelehnt oder mit der Vollstreckung der Strafe bereits begonnen worden war, konnte eine Aussetzung gem. § 11 JGG nachträglich erfolgen, wenn nach Erlass des Urteils Umstände bekannt wurden, welche diese angezeigt erscheinen ließen.

Für den Fall der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe war der Strafvollzug gem. § 16 Abs. 1 JGG so zu bewirken, dass die Erziehung gefördert wurde.

30 BGBl. I S. 735.

31 Vgl. BT-Drs. 1/3713, S. 26.

32 Zur Abgrenzung zwischen dem erkennenden Gericht und dem Richter als Organ der Justizverwaltung bei der Ausübung des Gnadenrechts vgl. Heß § 10 JGG Anm. 1. Den Unterschied betont auch Weyl, S. 39.

33 Erfasst waren also auch langjährige Strafen, vgl. Drewes § 10 JGG Anm. 1.

Vollstreckungsleiter war nach § 36 Abs. 1 JGG 1923 ebenso wie heute nach § 82 Abs. 1 JGG der Jugendrichter. Weitere Vorgaben enthielten § 36 Abs. 2 bis 4 JGG. So waren Jugendliche beim Vollzug von Freiheitsstrafen vollständig von erwachsenen Gefangenen zu trennen und sollten Freiheitsstrafen von einem Monat oder mehr in besonderen, ausschließlich für Jugendliche bestimmten Vollzugsanstalten oder Abteilung derselben vollstreckt werden. Dort konnten die Verurteilten mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde über das Jugendalter hinaus bis zur Vollendung des 21. Lebensjahrs, also bis zum Eintritt der Volljährigkeit verbleiben.³⁴

4. Jugendgerichte

Bereits ab 1907 war in Frankfurt a.M. das erste Jugendgericht eingerichtet worden, im Jahr darauf folgte in Köln. Dass bald im gesamten Reichsgebiet

34 Das Weitere über den Strafvollzug sollte gem. § 16 Abs. 5 JGG 1923 die Reichsregierung mit Zustimmung des Reichsrats mit Maßgabe dessen bestimmen, dass auf eine Mitwirkung des Jugendamtes beim Strafvollzug Bedacht zu nehmen wäre. Tatsächlich wurden die betreffenden Bestimmungen in die von den Landesregierungen vereinbarten Grundsätze für den Vollzug von Freiheitsstrafen v. 7.6.1923 (GVF, RGBl. II S. 263) aufgenommen. Deren §§ 196 f. wiederholten im Wesentlichen die Bestimmungen des § 16 Abs. 1 bis 4 JGG 1923. Durch § 199 GVF wurde für den Fall der Bildung von Beiräten nach §§ 17 ff. GVF die Beteiligung von mindestens einer Frau sowie eines Vertreters des Jugendamtes vorgegeben; zudem war das Jugendamt vor der Ernennung der übrigen Mitglieder zu hören. Falls kein Beirat gebildet wurde, wurden die Rechte und Pflichten des Beirats durch das Jugendamt ausgeübt. Außerdem wurden Aspekte des Jugendschutzes berücksichtigt. So war eine Einzel- oder Zellenhaft von mehr als drei Monaten gem. § 201 nur mit Zustimmung des Anstaltsarztes zulässig und gem. § 202 der Genuss von Alkohol und Nikotin untersagt. Die täglichen Arbeitszeiten wurden durch § 205 auf acht Stunden begrenzt, das Tagewerk sollte gem. § 206 geringer sein als bei Erwachsenen. Durch § 207 wurden Erholungszeiten sowie die Einrichtung eines Turnunterrichts vorgegeben. Und während im Regelvollzug gem. §§ 112, 118 der Empfang von Besuchen bzw. das Absenden von Briefen nur in „bestimmten Zeitabständen“ gestattet war, sollte dies bei Jugendlichen gem. §§ 209 f. i.d.R. alle vier bzw. zwei Wochen der Fall sein. Über die Vorgaben des JGG hinaus sollten gem. § 211 zudem längere Gefängnisstrafen an Minderjährigen, die keine Jugendlichen waren, grundsätzlich in für solche Gefangenen bestimmten Anstalten oder Abteilungen vollstreckt werden. Hinsichtlich des Personals war nach § 198 auf die Eignung zur Behandlung jugendlicher und minderjähriger Gefangener besonderer Wert zu legen.

Jugendgerichte bestanden hatten, wird anhand dessen deutlich, dass deren Zahl im Jahr 1912 auf 556 angewachsen war.³⁵

Der Unterschied zu der verbindlichen Einführung der Jugendgerichte durch das JGG hatte aber darin bestanden, dass die Einrichtung der Jugendgerichte bisher ihre Grundlage in den richterlichen Geschäftsverteilungsplänen hatte.³⁶ Auch war nicht klar definiert, was unter einem Jugendgericht zu verstehen sein sollte. So war im Rahmen der Befragung der Deutschen Zentrale für Jugendfürsorge e.V. aus dem Jahr 1912, eines Vorläufers der DVJJ, auf welche die o.g. Zahlen zurückgehen, unter einem Jugendgericht die „Vereinigung des Arbeitsgebiets des Straf-(Schöffen-)Richters und des Vormundschaftsrichters in der Hand einer oder mehrerer Personen“ aus pädagogischen Gründen verstanden.³⁷

a) Aufbau und Zuständigkeit

Nach § 17 Abs. 1 S. 2 JGG 1923 wurden als Jugendgerichte die Schöffengerichte definiert, also die gem. § 25 GVG gebildeten Spruchkörper für die Verhandlung und Entscheidung von Strafsachen bei den Amtsgerichten. Diese bestanden gem. § 26 GVG aus einem Amtsrichter als Vorsitzendem sowie zwei Schöffen, die ebenso wie heute ehrenamtlich tätig waren. Nach § 19 Abs. 2 JGG sollten die Geschäfte des Jugendrichters und des Vormundschaftsrichters bei Amtsgerichten, die mit mehreren Richtern besetzt waren, demselben Richter übertragen werden, so dass das Gesetz vom Leitbild einer gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung ausging. Zwingend war diese jedoch nicht. Einen Bedeutungswandel hat der Begriff des Jugendrichters erfahren. Dieser war 1923 nicht Spruchkörper, sondern gem. § 19 Abs. 1 JGG 1923 Vorsitzender des Jugend(schöffen)gerichts.

Während das Schöffengericht im allgemeinen Strafrecht nur für Übertretungen sowie für in § 27 GVG enumerativ aufgezählte Privatklagedelikte und Vergehen zuständig war, fielen in die Zuständigkeit des Jugendgerichts gem. § 17 Abs. 1 S. 1 JGG alle Strafsachen gegen Angeschuldigte, die zum Zeitpunkt der Anklage (nicht: zum Zeitpunkt der Tat) jugendlich waren.

35 Vgl. Ostendorf/Drenkhahn, S. 35. Die Zahlen in den einzelnen Gliedstaaten ergeben sich aus RT-Prot. 1912/14, 20 (Bd. 302), Anlage Nr. 1054, S. 1820 ff., wonach die meisten Jugendgerichte in Preußen (212), Bayern (168), Sachsen (76), Württemberg (59) und Hessen (21) bestanden hatten.

36 Vgl. Ostendorf, in: Schumann/Wapler, S. 49 (50).

37 RT-Prot. 1912/14, 20 (Bd. 302), Anlage Nr. 1054, S. 1820.

Daneben konnte die Staatsanwaltschaft gem. § 17 Abs. 2 JGG in Fällen, in denen der Beschuldigte bei Begehung der Tat jugendlich und bei Erhebung der Anklage minderjährig, also ebenso wie die heutigen Heranwachsenden zwischen 18 und 20 Jahre alt war, Anklage beim Jugendgericht erheben und dadurch dessen Zuständigkeit begründen. In Fällen, in denen nach allgemeinem Strafrecht erstinstanzlich das Reichs- oder Schwurgericht zuständig war,³⁸ bestand das Jugendgericht gem. § 17 Abs. 1 S. 3 JGG aus zwei Berufsrichtern und drei Schöffen. In dieser Zusammensetzung wurde es gem. § 24 Abs. 1 und § 29 Abs. 1 JGG als „große[s] Jugendgericht“ bezeichnet. Die Wahl der Jugendschöffen hatte bereits 1923 i.d.R. auf Vorschlag des Jugendamtes zu erfolgen.³⁹

In zweiter Instanz, also für die Entscheidung über die Berufung gegen Urteile des Jugendgerichts (§ 76 GVG i.V.m. § 18 Abs. 1 GVG), sollten Jugendsachen gem. § 19 Abs. 3 JGG besonderen Strafkammern zugewiesen werden. Hierbei handelte es sich um die Vorläufer der heutigen Jugendkammern.

b) Nichtöffentlichkeit

Hinsichtlich des Verfahrens war durch § 23 JGG vorgegeben, dass dieses einschließlich der Verkündung der Entscheidung nichtöffentlich sein musste. Zutritt zur Hauptverhandlung hatten außer den unmittelbar Beteiligten lediglich der gesetzliche Vertreter des Angeklagten sowie das Jugendamt, ferner i.d.R. sonstige Angehörige des Angeklagten, die Aufsichtsperson im Fall der Schutzaufsicht sowie Vertreter freier Träger der Jugendfürsorge.

Dass die Jugendämter sowie Vereinigungen der freien Jugendfürsorge an der Verhandlung teilnehmen konnten ist ebenso wie heute im Kontext von deren Funktion im Verfahren zu sehen.⁴⁰

38 Vgl. dazu bzw. § 80 i.V.m. §§ 73 f., 136 GVG (hinsichtlich der Schwurgerichte bei den Landgerichten) § 136 GVG (hinsichtlich des Reichsgerichts).

39 Dabei hatte der Vorschlag innerhalb des Jugendamtes durch Gremien zu erfolgen, die den späteren Jugendwohlfahrts- bzw. Jugendhilfeausschüssen vergleichbar waren, also durch die gem. § 9 Abs. 2 RJWG stimmberechtigten Mitglieder des Jugendamtes; näher zur Zweigliedrigkeit der Jugendämter nach dem RJWG Schmidt NZFam 2022, 636 (640).

40 Dazu s. unter 6.

Nach Weyl sollte die Nichtöffentlichkeit „im Hinblick auf das Ehrgefühl und andererseits auch auf die Eitelkeit jugendlicher Täter gerechtfertigt“ sein.⁴¹

5. Jugendstaatsanwälte

Nicht nur für das gerichtliche Verfahren enthielt das JGG 1923 erstmals zwingende Vorgaben, sondern auch hinsichtlich der Organisation der Staatsanwaltschaften. Denn insoweit wurde durch § 21 bestimmt, dass die Bearbeitung der Jugendsachen „tunlichst in den Händen bestimmter Beamter zu vereinigen“ sei, etwa früheren Vormundschaftsrichtern.⁴² Der richtigen Auswahl des Staatsanwalts wurde ein hoher Einfluss auf die Förderung der besonderen Behandlung von Jugendstrafsachen beigemessen.⁴³

Dass die Regelung gegenüber der früheren Praxis eine erhebliche Änderung bedeutete, wird erneut anhand der im Jahr 1912 durch die Deutsche Zentrale für Jugendfürsorge e.V. durchgeführten Befragung über Organisation und Praxis der deutschen Jugendgerichte deutlich. Denn bei der Befragung wurde die Frage, ob bei der Anklagebehörde ein besonderer Jugendstaatsanwalt tätig würde, hinsichtlich des Vorverfahrens von (nur) 125 und hinsichtlich des Hauptverfahrens von 70 Gerichten bejaht worden.⁴⁴

6. Jugendgerichtshilfe

Aus der Perspektive der Sozialen Arbeit bzw. Sozialpädagogik und der verwandten Disziplinen besonders interessant ist die Regelung der Jugendgerichtshilfe. Insoweit enthielt das JGG 1923 anders als die heutige Gesetzesfassung in § 42 S. 1 Hs. 1 eine Legaldefinition.⁴⁵ Danach war unter der Jugendgerichtshilfe die Tätigkeit der Jugendämter zu verstehen, die diesen durch das JGG zugewiesen wurde. Diese war durch die Jugendämter in Abstimmung mit den Vereinigungen für Jugendfürsorge auszuüben. Über das Zusammenwirken von Jugendämtern und freien Trägern konnten die Landesregierungen nähere Bestimmungen treffen.

41 Weyl, S. 41.

42 Heß § 21 JGG Anm. 1.

43 Drewes Anm. zu § 21.

44 Vgl. RT-Prot. 1912/14, 20 (Bd. 302), Anlage Nr. 1054, S. 1820 ff.

45 Heß § 42 JGG Anm. 4 A; Drewes § 42 JGG Anm. 1.

Dass es sich bei der Jugendgerichtshilfe um eine den Jugendämtern obliegende Aufgabe handelte, hatte auch das RJWG in § 3 Nr. 5 vorgesehen, der auf das zum Zeitpunkt seiner Verkündung in Vorbereitung befindliche JGG Bezug nahm. Gleichzeitig wurden die Aufgaben der Jugendgerichtshilfe als Tätigkeit im Rahmen der Jugendwohlfahrt verstanden. So sollte § 6 RJWG auf die Jugendgerichtshilfe Anwendung finden, nach welchem das Jugendamt die freiwillige Tätigkeit zur Förderung der Jugendwohlfahrt unter Wahrung ihrer Selbständigkeit und ihres satzungsmäßigen Charakters zur Mitarbeit heranzuziehen hatte.⁴⁶ Zulässig hätte gem. § 11 RJWG sogar sein sollen, die Jugendgerichtshilfe insgesamt auf Vereinigungen für Jugendhilfe zu delegieren.⁴⁷

Inhaltlich enthielt § 22 JGG eine Generalklausel, nach der die Jugendgerichtshilfe in allen Abschnitten des Strafverfahrens zur Mitarbeit herangezogen werden sollte. Dies bezog sich grundsätzlich auf das Vorverfahren und das Hauptverfahren ebenso wie auf die sich eventuell anschließende Vollstreckung von Urteilen des Jugendgerichts.⁴⁸ Aus der Vorschrift schlussfolgerte Hene, „dass das Jugendgericht kein Strafgericht sondern ein Erziehungsgericht ist“.⁴⁹ Insoweit wird es dem JGG in seiner Ursprungsfassung nicht gerecht, wenn die Mitwirkung des Jugendamts als „noch nicht ausgeprägt“ bezeichnet wird.⁵⁰

Über § 22 JGG hinaus waren konkrete Vorgaben in einer Vielzahl anderer Vorschriften enthalten.⁵¹ So hatte die Staatsanwaltschaft dem Jugendamt gem. § 27 JGG mitzuteilen, wenn gegen einen Jugendlichen die gerichtliche Voruntersuchung nach §§ 176 ff. StPO beantragt oder Anklage wegen eines Verbrechens, eines Vergehens bzw. bestimmter Übertretungen erhoben wurde. Gleiches galt, wenn die Staatsanwaltschaft die Einbeziehung des Jugendamtes in anderen Fällen für erforderlich erachtete. Nach § 8 Abs. 1 S. 2 JGG war das Jugendamt vor Erlass vorläufiger Anordnungen über die Erziehung und Unterbringung anzuhören. Durch § 12 Abs. 5 JGG wurde bestimmt, dass das Jugendamt im Falle der Aussetzung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zu den Ermittlungen über die Führung des Verurteilten hinzuzuziehen war. Eine Mitwirkung beim Strafvollzug war in § 16

46 Vgl. Bäumer/Hartmann/Becker Anm. zu § 6 (S. 47).

47 So ausdrücklich Bäumer/Hartmann/Becker Anm. zu § 11 (S. 64). Das JGG hatte eine solche Regelung anders als in der Entwurfsfassung freilich nicht (mehr) vorgesehen.

48 Drewes § 22 JGG Anm. 1.

49 Hene, S. 47.

50 So aber BeckOK JGG/Gertler/Schwarz § 38 Rn. 25.

51 Vgl. Heß § 42 JGG Anm. 4 B.

Abs. 5 vorgesehen.⁵² Nach § 27 Abs. 3 waren dem Jugendamt Kontakte zu in Untersuchungshaft befindlichen Jugendlichen zu gewähren und nach § 28 Abs. 3 S. 3 war das Jugendamt einem Beschuldigten auf Verlangen zum Beistand zu bestellen. Und auch die Wahl der Jugendschöffen erfolgte auf Vorschlag des Jugendamtes.⁵³

Die wichtigste Funktion des Jugendamtes betraf die in § 31 Abs. 1 JGG vorgesehene, möglichst frühzeitige Erforschung der Lebensumstände sowie sonstigen Gesichtspunkte, die zur Beurteilung der körperlichen und geistigen Eigenart des Beschuldigten dienen konnten. Die betreffende Ermittlungsarbeit, zu der das Jugendamt gem. § 31 Abs. 3 JGG hinzuzuziehen war, sollte nach *Drewes* „wesentliche[r] Bestand eines ordnungsmäßig durchgeführten Jugendgerichtsverfahrens“⁵⁴ sein. Sie diene sowohl der Beurteilung der Voraussetzungen der Strafbarkeit nach § 3 JGG, als auch ggf. der Frage, ob Erziehungsmaßnahmen bzw. Strafe erforderlich waren.

Nach § 50 Abs. 3 JGG waren dem Jugendamt Ort und Zeit der Hauptverhandlung ebenso wie heute mitzuteilen.⁵⁵ Innerhalb der Hauptverhandlung war dem Jugendamt auf Verlangen das Wort zu erteilen. Durch den letztgenannten Punkt wurde deutlich, dass die Jugendgerichtshilfe mehr als eine Hilfsfunktion für Gericht und Staatsanwaltschaft war, sondern der Verwirklichung des Auftrags der Jugendwohlfahrt aus § 1 Abs. 1, 3 RJWG diene,⁵⁶ nach welchem dann, wenn der sich aus Abs. 1 der Vorschrift ergebende Anspruch auf Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit von den vorrangig verantwortlichen Eltern nicht erfüllt wurde, unbeschadet der Tätigkeit freier Träger der Jugendhilfe eine Zuständigkeit der Jugendwohlfahrtsbehörden, also des Jugendamtes begründet wurde. Bereits vor Inkrafttreten des JGG war mit Blick auf § 3 Nr. 5 RJWG darauf verwiesen worden, dass die durch das Jugendamt ausgeübte Jugendgerichtshilfe neben der Unterstützung von Gerichten und Polizeibehörden die Wahrnehmung der Interessen der straffällig gewordenen Jugendlichen umfasse.⁵⁷

Schließlich wurde durch § 32 JGG sichergestellt, dass die Fachlichkeit des Jugendamtes auch dann nicht unberücksichtigt blieb, wenn die Staats-

52 Dazu s. unter 3.

53 Dazu s. unter 4. a).

54 *Drewes* § 31 JGG Anm. 1.

55 Allerdings fehlte noch die Klarstellung, dass dies in angemessener Frist zu erfolgen habe.

56 Zu § 1 RJWG vgl. Schmidt NZFam 2022, 636 (637).

57 Fichtl Anm. zu § 3 (S. 24).

anwaltschaft ein Ermittlungsverfahren einstellen wollte, weil die Grundlagen der Strafbarkeit verneint wurden. Denn vor der Einstellung sollte „tunlichst“ das Jugendamt gehört werden. In § 34 war eine Anhörung des Jugendamtes vor Entscheidungen über die Aussetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe vorgesehen, in § 40 Abs. 3 S. 2 JGG eine Anhörung vor Erlass einer Strafverfügung.

In der Praxis zeigte sich ein höchst unterschiedliches Bild der Jugendgerichtshilfe. So waren in größeren Städten bereits vor 1923 entsprechende Strukturen vorhanden, während im ländlichen Raum auch nach Inkrafttreten des JGG keine vergleichbaren Standards erreicht werden konnten.⁵⁸ Ausgeübt wurde die Tätigkeit der Jugendgerichtshilfe sowohl durch Bezirksfürsorger als auch durch ehrenamtliche Helfer.⁵⁹

II. Änderungen während des Nationalsozialismus

Durch die NS-Gesetzgebung wurde eine Vielzahl von Änderungen vorgenommen. So wurden die Altersgrenzen aufgeweicht und der auf Jugendliche anwendbare Strafrahmen ausgeweitet. Gleichzeitig wurden einerseits die NS-Ideologie zu jugendlichen Schwerverbrechern und der Tätertypenlehre in das Gesetz aufgenommen sowie entsprechend der Gleichschaltung von Staat und Partei Parteiorgane wie die Hitler-Jugend (HJ) in das Verfahren einbezogen, aber auch das Jugendrecht hinsichtlich der Rechtsfolgen i.Ü. gegenüber dem JGG 1923 weiter verselbständigt und der Erziehungsgedanke gestärkt.

Die Förderung des Erziehungsgedankens einerseits und härterer Strafen, u.a. durch die Anwendung allgemeinen Strafrechts auf Jugendliche andererseits muten auf den ersten Blick widersprüchlich an; tatsächlich handelt es sich in beiden Fällen um Auswirkungen der Tätertypologie: Diejenigen, die von der NS-Ideologie als wert erachtet und bei denen die Aussicht einer Eingliederung in den NS-Staat gesehen wurde, sollten erzogen werden, nötigenfalls durch Zuchtmittel und Strafe. Diejenigen aber, bei denen eine solche Aussicht nicht bejaht wurde, sollten aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, auch mit den Mitteln der Justiz, bis hin zur Todesstrafe.⁶⁰

58 Ausführlich Gies GRZ 2018, 17 (18).

59 Hene, S. 49.

60 Zur Ablösung des Grundsatzes „Erziehung statt Strafe“ aus dem Jahr 1923 durch „Erziehung oder Strafe“, bei der eine Weichenstellung zwischen einem pädagogisch-

1. Verordnungen zwischen 1939 und 1942

Eine erste wichtige Änderung brachte die Verordnung zum Schutz gegen jugendliche Schwerverbrecher vom 4.10.1939,⁶¹ nach welcher die Anklage vor den allgemeinen Strafgerichten erhoben werden und die gleichen Strafen bzw. Maßregeln der Besserung und Sicherung zur Anwendung kommen konnten, die gegen Erwachsene angedroht waren – einschließlich der Todesstrafe. Voraussetzung hierfür war, dass der Täter das 16. Lebensjahr vollendet hatte, nach seiner geistigen und sittlichen Entwicklung einer Person über 18 Jahren gleichstand und „die bei der Tat gezeigte, besonders verwerfliche verbrecherische Gesinnung oder der Schutz des Volkes eine solche Bestrafung erforderlich macht[e]“.

Die Verordnung galt rückwirkend für Straftaten, die vor ihrem Inkrafttreten begangen wurden, und hatte in den dort geregelten Fällen zur Folge, dass die Voraussetzungen des § 3 JGG keine Rolle mehr spielten.⁶² Umgekehrt führte das Nichtvorliegen der Voraussetzungen der Schwerverbrecherverordnung nicht dazu, dass eine Bestrafung nach allgemeinem Strafrecht ausschied. Denn dies war aufgrund einer „Typenkonkurrenz“ mit anderen NS-Unrechtsnormen, v.a. der Volksschädlingsverordnung vom 5.9.1939⁶³ oder der Verordnung gegen Gewaltverbrecher vom 5.12.1939,⁶⁴ dennoch möglich.⁶⁵

Durch die Verordnung zur Ergänzung des Jugendstrafrechts vom 4.10.1940⁶⁶ wurde ein Jahr später der Jugendarrest eingeführt, der anstelle einer Strafe mit Gefängnis oder Haft als Dauerarrest von einer Woche bis zu einem Monat oder für ein bis vier Wochenenden (sog. Wochenendkarzer) verhängt werden konnte und hinsichtlich dessen eine Entscheidung durch Strafbefehl oder polizeiliche Strafverfügung möglich war. Der Arrest war allerdings keine Erfindung des NS-Regimes: vielmehr waren entsprechende Forderungen bereits kurz nach Inkrafttreten des JGG 1923 erhoben

en Ansatz und Vergeltung vorgenommen wurde, vgl. Schumann, in: Schumann/Wapler, S. 73 (100 f.) m.w.N.; zeitgenössisch mit Blick auf die Todesstrafe Lange, in: Schaffstein, S. 53 (55).

61 RGBL. I S. 2000.

62 Peters § 1 VO v. 4.10.1939 Anm. 6.

63 RGBL. I, S. 1679.

64 RGBL. I, S. 2378.

65 So RGSt 75, 202 (205); Peters § 1 VO v. 4.10.1939 Anm. 7.

66 RGBL. I S. 1336.

worden.⁶⁷ Nach *Lange* sollte es sich bei dem Arrest weder um Strafe noch um Erziehung handeln, weil dieser „nicht ziehen, sondern stoßen“ wolle.⁶⁸

Es folgte bald eine Reihe weiterer Verordnungen. So wurden durch Verordnung vom 28.11.1940 die Zuchtmittel eingeführt, die sich freilich zunächst auf den Arrest beschränkten. Gleichzeitig wurde die Strafaussetzung zur Bewährung eingeschränkt: Diese war fortan nur noch zulässig, wenn die Verurteilung allein oder vorwiegend aufgrund einer fahrlässig begangenen Straftat erfolgt ist, und erforderte selbst dann besondere Gründe. Eine Durchführungsverordnung vom 27.1.1941⁶⁹ führte die Möglichkeit des Kurzarrests anstelle des Wochenendkarzers ein. Nach der Verordnung vom 16.5.1941⁷⁰ konnte die nächsthöhere Polizeibehörde über eine Beschwerde gegen die Festsetzung von Jugendarrest durch Strafverfügung endgültig entscheiden.

In der Verordnung über die unbestimmte Verurteilung Jugendlicher vom 10.9.1941⁷¹ tauchte zum ersten Mal im deutschen Recht⁷² der Begriff der „schädlichen Neigungen“ auf. Denn danach konnte der Richter das Mindestmaß einer Gefängnisstrafe festsetzen, deren Länge darüber hinaus aber offenlassen, wenn eine Gefängnisstrafe von mindestens neun Monaten geboten erschien und sich wegen der in der Tat zutage getretenen schädlichen Neigungen des Jugendlichen nicht voraussehen ließ, welche Strafdauer erforderlich sein sollte, um den Jugendlichen „durch die Erziehung im Strafvollzug wieder in die Gesellschaft eingliedern zu können“. Das Höchstmaß der Strafe betrug dann unabhängig vom gesetzlichen Strafraum vier Jahre. Nach Verbüßung der Mindestzeit war eine Strafentlassung zur Probe möglich. Doch auch bei Verbüßung der Höchstdauer ohne vorherige Strafentlassung zur Probe sollte geprüft werden, „ob der Jugendliche eine solche Gefahr für die Gemeinschaft geblieben ist, dass es erforderlich erscheint, gegen ihn vorbeugende polizeiliche Maßnahmen zu ergreifen“.⁷³

67 Vgl. van Dühren ZBl. 1925, 77 (82).

68 Lange, in: Schaffstein, S. 53 (55).

69 RGBl. I S. 45.

70 RGBl. I S. 286.

71 RGBl. I S. 567.

72 Zur Verwendung des Begriffs im österreichischen Recht ab 1928, die seinerseits an das englische Borstal-System angelehnt war, vgl. Bald, S. 7.

73 Freisler DJ 1941, 1013 (1018).

Durch Verordnung vom 6.1.1942⁷⁴ wurde das Anwendungsgebiet unbestimmter Verurteilungen ausgeweitet.⁷⁵ Die NS-Ideologie der Tätertypologie wurde zudem darin sichtbar, dass der Richter durch vorläufige Anordnung die bis zu sechswöchige Unterbringung für eine „kriminalbiologische Untersuchung“ anordnen konnte.

2. Neufassung des JGG 1943

Durch die Jugendstrafrechtsverordnung vom 6.11.1943⁷⁶ wurde das JGG umfassend neu gefasst. Änderungen gegenüber den bereits in Kraft befindlichen nationalsozialistischen Verordnungen waren, dass die Altersgrenzen für Jugendliche gem. § 1 Abs. 2 JGG n.F. nur für Deutsche galten, für Ausländer dagegen anderweitige Bestimmungen vorbehalten waren. Nach § 3 Abs. 2 S. 2 JGG konnte Jugendstrafrecht mit Ausnahme der Vorschriften über jugendliche Schwerverbrecher auch auf zwölf- und 13-jährige Kinder angewendet werden, wenn, wie es im damaligen Duktus hieß, „der Schutz des Volkes wegen der Schwere der Verfehlung eine strafrechtliche Ahndung fordert“. Hinsichtlich der Rechtsfolgen wurde unterschieden in Strafe, Zuchtmittel und Erziehungsmaßregeln. Letztere waren gem. § 11 JGG Weisungen, Schutzaufsicht und Fürsorgeerklärungen, während die Verwarnung und die Auferlegung besonderer Verpflichtungen ebenso wie der bereits zuvor eingeführte Jugendarrest gem. § 7 Abs. 2 JGG zu den Zuchtmitteln zählten. Angewendet werden sollten Zuchtmittel nach § 7 Abs. 1 JGG, der fast wörtlich § 13 Abs. 1 der heutigen Gesetzesfassung entspricht, wenn Jugendgefängnis nicht geboten war, dem Jugendlichen aber eindringlich zum Bewusstsein gebracht werden musste, dass er für das von ihm begangene Unrecht einzustehen habe.

Hinsichtlich der Strafen wurde nicht mehr auf Strafarten und -rahmen des allgemeinen Strafrechts verwiesen, sondern an deren Stelle gem. §§ 4 f. JGG eine Jugendgefängnisstrafe zwischen drei Monaten und zehn Jahren angedroht. Verglichen mit heute war das Mindestmaß der Jugendstrafe geringer, das Höchstmaß aber länger, sieht man von dem Fall des § 18 Abs. 1 S. 2 JGG n.F. ab. Ebenso wie bereits nach der Verordnung vom 10.9.1941 für den Fall der unbestimmten Verurteilung wurde festgelegt, dass die Straf-

74 RGBl. I S. 18.

75 Diese konnte nachträglich sowie in Fällen angeordnet werden, in denen wegen mehrerer Straftaten eine Gesamtfreiheitsstrafe von neun Monaten geboten war.

76 RGBl. I S. 635.

rahmen des allgemeinen Strafrechts keine Anwendung fanden. Vorgesehen war die Jugendgefängnisstrafe, „wenn das Bedürfnis der Volksgemeinschaft nach Schutz und Sühne wegen der Größe der Schuld oder wegen der schädlichen Neigungen des Jugendlichen, die in der Tat hervorgetreten sind, eine Strafe fordert“. Abermals ist die Ähnlichkeit zu § 17 Abs. 2 der heutigen Gesetzesfassung frappierend, sieht man einmal von dem Verweis auf das Bedürfnis der Volksgemeinschaft ab. Dass der Fokus stärker als bisher auf der Strafe liegen sollte, wird daraus deutlich, dass diese systematisch vor Zuchtmitteln und Erziehungsmaßnahmen geregelt wurden.

Durch § 20 JGG 1943 wurde die Geltung allgemeinen Strafrechts für Jugendliche gegenüber der Schwerverbrecherverordnung ausgeweitet. So fand sich eine der bisherigen Regelung vergleichbare Bestimmung in Abs. 1 der Vorschrift, die aber nicht mehr ab 16, sondern ab 14 Jahren anwendbar war. Zum Maßstab für die verwerfliche Gesinnung oder die Schwere der Tat wurde das „gesunde Volksempfinden“ erhoben. Nach § 20 Abs. 2 war allgemeines Strafrecht zudem auf Jugendliche anzuwenden, die zum Tatzeitpunkt nach ihrer geistigen und sittlichen Entwicklung Erwachsenen zwar nicht gleichgestellt werden konnten, hinsichtlich derer aber eine Gesamtwürdigung von Täterpersönlichkeit und Tat ergab, dass sie „charakterlich abartige Schwerverbrecher“ waren und „der Schutz des Volkes diese Behandlung fordert“.

Hinsichtlich der Jugendgerichte wurde durch § 21 JGG zwischen dem Amtsrichter als Jugendrichter und der Jugendkammer unterschieden, wobei für mehrere Gerichtsbezirke ein Bezirksjugendrichter bestellt werden konnte. Die Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit erfolgte gem. § 26 JGG ebenso wie heute nach Maßgabe der erwarteten Sanktion, wobei die Strafgewalt des Jugendrichters die Verurteilung zu Jugendgefängnis von bis zu vier Jahren umfasste. Nach § 25 Abs. 1 JGG sollte neben der Jugendgerichtshilfe die HJ im gesamten Verfahren zur Mitarbeit herangezogen werden; nach § 35 erhielt die HJ ebenso wie die Jugendgerichtshilfe auf Verlangen das Wort in der Hauptverhandlung. Die Jugendgerichtshilfe wurde nach Abs. 2 von den Jugendämtern im Zusammenwirken mit der Jugendhilfe und der NS-Volkswohlfahrt (NSV) ausgeübt.

III. Entwicklungen in DDR und Bundesrepublik

In der DDR wurde zunächst durch das Jugendgerichtsgesetz vom 23.5.1952⁷⁷ ein neues Jugendstrafrecht geschaffen (JGG-DDR). Nach dessen § 1 galt als Jugendlicher, wer 14, aber noch nicht 18 Jahre alt war.⁷⁸ Kinder unter diesem Alter waren strafrechtlich nicht länger verantwortlich.

Wenngleich die politische Komponente der Erziehung, im Fall des JGG-DDR gem. § 2 Abs. 2 der „Schutz der antifaschistisch-demokratischen Ordnung und Gesellschaft“ als Gemeinsamkeit mit dem NS-Strafrecht angesehen werden kann, überwogen die Unterschiede. So wurde durch § 3 JGG-DDR der Dualismus zwischen Erziehungsmaßregeln und Strafen, wie er nach dem JGG 1923 bestanden hatte, wieder eingeführt. Zuchtmittel waren nicht mehr vorgesehen. Dagegen blieb die Strafe gem. § 17 Abs. 1 S. 1 JGG-DDR ebenso wie nach dem JGG 1943 auf eine Freiheitsentziehung beschränkt. Auch der Strafraum wurde aus dem NS-Recht übernommen; die Strafe durfte jedoch anders als dort nicht höher sein als jene, die durch das allgemeine Strafrecht angedroht wurde.⁷⁹ Durch §§ 18 ff. JGG-DDR wurde die Strafaussetzung zur Bewährung wieder eingeführt. Systematisch regelte das JGG-DDR die Erziehungsmaßregeln vor der Strafe, was das gegenüber der NS-Gesetzgebung geänderte Regel-Ausnahme-Verhältnis bei der Sanktionsformen verdeutlicht.

Dennoch blieb gem. § 24 JGG-DDR die durch den NS-Gesetzgeber eingeführte Anwendung allgemeinen Strafrechts auf Jugendliche möglich, welche zwar nicht mehr mit der Täterskulptur, sondern mit der „Sicherung der antifaschistisch-demokratischen Ordnung“ und dem Schutz der Bürger begründet, dafür aber bei einem Katalog schwerer bzw. regimekritischer Straftaten ohne weitere Voraussetzungen erfolgte.⁸⁰ Anders als im

77 GBl. S. 411.

78 Vgl. Plath, S. 14 f.

79 Heute wird dies aus allgemeinen Erwägungen abgeleitet, eine entsprechende Regelung im Gesetz fehlt jedoch, vgl. BGH NSTZ 1990, 389 (389); Lenz, S. 214 ff. m.w.N. aus Rechtsprechung und Schrifttum.

80 Hierzu zählten Mord, Vergewaltigung, Sabotage und die wiederholte Begehung anderer schwerer Verbrechen, aber auch Straftaten i.S.d. Art. 6 VerfDDR 1949 (GBl. S. 653), also „Boykotthetze gegen demokratische Einrichtungen und Organisationen, Mordhetze gegen demokratische Politiker, Bekundung von Glaubens-, Rassen-, Völkerhaß, militaristische Propaganda sowie Kriegshetze und alle sonstigen Handlungen, die sich gegen die Gleichberechtigung richten“ sowie gegen das Gesetz zum Schutze des Friedens v. 15.12.1950 (GBl. S. 1199), worunter die Schmähung anderer Völker oder Rassen ebenso fiel wie Propaganda und Hetze zum Krieg, das Werben

NS-Strafrecht durfte gegenüber Jugendlichen nicht die Todesstrafe, wohl aber eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden und war bei einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr jährlich zu überprüfen, ob deren weitere Vollstreckung ausgesetzt werden konnte.

Die Organisation der Jugendgerichte wurde dahin geändert, dass für Strafsachen Jugendlicher gem. §§ 29 ff. JGG-DDR erstinstanzlich das Jugendschöffengericht beim Amtsgericht, in zweiter Instanz die Jugendstrafkammer beim Landgericht zuständig war. Der Jugendrichter als Spruchorgan wurde abgeschafft. Eine gewisse Kontinuität im Verfahrensrecht beider deutschen Diktaturen zeigt sich darin, dass nach § 41 Abs. 2 JGG-DDR anstelle der HJ Vertreter der Freien Deutschen Jugend (FDJ) in der Hauptverhandlung das Wort zu erteilen war.

Im Jahr 1968 wurde durch das neue StGB der DDR⁸¹ das Jugendrecht in das allgemeine Strafrecht implementiert und das JGG-DDR aufgehoben. Entsprechende Spezialvorschriften enthielten §§ 65 ff. StGB-DDR, die bisherige Unterscheidung zwischen Erziehung und Strafe wurde jedoch aufgegeben. Das StGB ermöglichte bis zum Inkrafttreten des Gesetzes vom 7.4.1977⁸² eine lebenslängliche Freiheitsstrafe Jugendlicher.

In der Bundesrepublik erfolgte eine Neuregelung des Jugendstrafrechts ein Jahr später als in der DDR durch das Jugendgerichtsgesetz vom 4.8.1953.⁸³

Dieses hat aus dem NS-Strafrecht die Dreiteilung der Rechtsfolgen in Erziehungsmaßregeln,⁸⁴ Zuchtmittel und Jugend(gefängnis)strafe übernommen. Die Jugendstrafe, die nun gem. § 18 Abs. 1 zwischen sechs Monaten und fünf, bei besonders schwerwiegenden Taten bis zu zehn Jahren betrug,

für ausländische Truppen, Propaganda für die Wiederaufrichtung des aggressiven deutschen Militarismus und Imperialismus, gegen völkerrechtliche Vereinbarungen zum Schutz des Friedens oder für die Nutzung von Massenvernichtungswaffen und das Verächtlichmachen der „Bewegung“ zum Schutz des Friedens.

81 StGB v. 12.1.1968, GBl. I S. 1.

82 Gesetz zur Änderung und Ergänzung straf- und strafverfahrensrechtlicher Bestimmungen, GBl. I S. 100.

83 BGBl. I S. 751; zur Entnazifizierung des JGG 1943 und den Vorarbeiten zum JGG 1953 vgl. Stolp, S. 93 ff.; zeitgenössisch Peters, *Werdendes Jugendstrafrecht*, S. 5 ff.

84 Zur Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit der Erziehungsmaßregeln in der jungen Bundesrepublik vgl. einerseits Hellmer RdJ 1955, 137 ff. u. 235 f., andererseits Cohnitz RdJ 1955, 139 ff. u. Potrykus RdJ 1955, 145 f.

konnte gem. § 19 JGG bis 1990⁸⁵ auf unbestimmte Zeit verhängt werden; in §§ 20 ff. JGG 1953 war die Aussetzung der Vollstreckung bzw. der Verhängung der Jugendstrafe zur Bewährung vorgesehen. Ebenso wie in der DDR wurde in der Bundesrepublik der Status quo ante insoweit wieder hergestellt, als Erziehungsmaßnahmen an erster Stelle und damit vor Zuchtmitteln und Jugendstrafe geregelt wurden.

Ein besonders auffälliges Beispiel der NS-Tätertypologie bzw. der Anknüpfung an kriminalbiologische Positionen⁸⁶ war und ist im Zusammenhang mit den Sanktionsformen, dass § 17 Abs. 2 JGG die Jugendstrafe bei „schädlichen Neigungen“ vorsieht,⁸⁷ zumal der Begriff unabhängig von seiner österreichischen Herkunft im deutschen Recht durch den Nationalsozialismus geprägt worden war. Insofern wurde das Gesetz einem seiner Hauptanliegen, nämlich der „Reinigung [...] von nationalsozialistischen Gedankengängen“⁸⁸ nicht gerecht – was freilich auch nicht verwundert, Denn die Tätertypologie hatte in den 1950er und 1960er Jahren ohnehin noch etliche Anhänger.⁸⁹ Abgeschafft wurden demgegenüber die strafrechtliche Verfolgung von Kindern unter 14 Jahren und die Anwendung des Erwachsenenstrafrechts auf Jugendliche.

Eine wichtige Neuerung bestand 1953 darin, dass das JGG gem. § 1 Abs. 1 neben Jugendlichen auf Heranwachsende Anwendung fand.⁹⁰ Diese wurden in Abs. 2 definiert als Personen, die zur Zeit der Tat 18, aber noch nicht 21 Jahre alt sind.

Nach § 105 Abs. 1 JGG war auf Heranwachsende ebenso wie heute das materielle Jugendrecht aus täter- oder tatbezogenen Gründen anzuwenden⁹¹ bzw. konnten nach § 106 JGG andernfalls die Rechtsfolgen des allgemeinen Strafrechts gemildert werden. Verglichen mit heute war die Bestrafung Heranwachsender 1953 milder, was u.a. darin zum Ausdruck kommt, dass das Höchstmaß der Jugendstrafe gem. § 105 Abs. 2 JGG auch bei Mord zehn Jahre (heute: 15 Jahre) betrug.

85 Die Vorschrift des § 19 JGG 1953 wurde gestrichen durch das Erste Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (I. JGGÄndG), BGBl. I S. 1853; dazu vgl. Böhm NJW 1991, 534 (537).

86 Walter/Wilms NStZ 2007, 1 (1).

87 Zur verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift vgl. Walter/Wilms NStZ 2007, 1 (3 f.); BeckOK JGG/Brögeler § 17 Rn. 5.

88 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 1/3264, S. 35.

89 Vgl. Höffler, in: Schumann/Wapler, S. 61 (68); Bellon, S. 18 ff.; Illchmann-Christ, S. 35.

90 Zu entsprechenden Forderungen vor 1953 vgl. BT-Drs. 1/3264, S. 36.

91 Zur Rechtsprechung des BGH vgl. insoweit Laue ZJJ 2017, 108 (109 ff.).

Zur Begründung der Einbeziehung Heranwachsender in das Jugendstrafrecht hieß es in dem Duktus der vorangegangenen Jahrzehnte, dass zwar die betreffende Gruppe an der Kriminalität insgesamt großen Anteil habe, ihre „Neigung zum Verbrechen“ beruhe jedoch „weniger auf einer anlagebedingten charakterlichen Minderwertigkeit als auf den besonderen Folgen [...] der Nachkriegszeit“.⁹² Allerdings waren entsprechende Forderungen bereits kurz nach Inkrafttreten des JGG 1923 erhoben worden, zu einem Zeitpunkt, in dem gegen die Betroffenen noch die Todesstrafe verhängt werden konnte. Eine Parallele zur Geschichte des Jugendrechts vor 1923 besteht auch insoweit, als eine besondere Behandlung der späteren Heranwachsenden bereits Jahrzehnte vor der Gesetzesänderung 1953 durch richterliche Geschäftsverteilungspläne ermöglicht wurde.⁹³

IV. Jugendgerichtsbarkeit heute und Fazit

Vergleicht man die Anwendung des heutigen⁹⁴ Jugendrechts⁹⁵ mit jener der Weimarer Zeit,⁹⁶ dann hat sich das Verhältnis von Erziehungsmaßnahmen und Strafe geändert. So waren im Jahr 2020 rund 34 % der von den Jugendgerichten ausgesprochenen Sanktionen Erziehungsmaßnahmen, während nur in 12 % der Fälle auf Jugendstrafe erkannt wurde. Den größten Anteil der Sanktionen machen mit 53,9 % die Zuchtmittel aus. Insoweit ist zu differenzieren: Hinsichtlich des Arrests, der 2020 einen Anteil von 14,8 % an den Zuchtmitteln hatte, fanden diese am ehesten eine Entsprechung in den kurzen Freiheitsstrafen, während die übrigen Formen nach damaliger Systematik eher als Erziehungsmaßnahmen einzustufen wären. Mit anderen Worten: Bei Zugrundelegung des Dualismus aus dem Jahr 1923 hat die quantitative Bedeutung des erzieherischen Ansatzes zu- und die der Strafe abgenommen.

Dass dies nicht selbstverständlich war, zeigt der Blick in die Geschichte. So wurde das Jugendrecht während der NS-Zeit im Sinn einer Selektion jugendlicher pervertiert und in der DDR der Status quo ante bis 1923 wieder-

92 BT-Drs. 1/3264, S. 36; zu den tatsächlichen Auswirkungen der Kriegs- und Nachkriegszeit vgl. Lohmar, S. 113 u. 159.

93 Vgl. Messerer, S. 79 ff.

94 Zu den Gesetzesänderungen seit 1953 vgl. Stolp, S. 161 ff.

95 Zur Statistik vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 3, S. 318 u. 346 f.

96 Dazu s. I. 2).

hergestellt, bei dem für Jugendliche lediglich einzelne Spezialvorschriften im StGB bestanden.

De lege ferenda wäre wünschenswert, die nach wie vor im JGG enthaltene NS-Terminologie zu beseitigen. Insoweit ist nicht nur an die „schädlichen Neigungen“ zu denken, die einen Bezug zur Tätertypenlehre haben und die vor dem Hintergrund des Schuldprinzips zu einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung gegenüber Erwachsenen führen,⁹⁷ sondern ebenso an den Begriff der „Zuchtmittel“.⁹⁸ Zudem erscheint das Konzept des Gesetzgebers der Weimarer Republik, der eine Zweiteilung der Rechtsfolgen in Erziehungsmaßregeln und Strafe vorgenommen hatte, unabhängig von der problematischen Anknüpfung an die Rechtsfolgen des allgemeinen Strafrechts schlüssiger als die durch den NS-Gesetzgeber vorgenommene Dreiteilung – auch mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, nach dem z.B. das Zuchtmittel der Verwarnung gegenüber stärker einschränkenden Erziehungsmaßregeln vorrangig sein dürfte.⁹⁹ Ebenso wenig überzeugt in systematischer Hinsicht die Abgrenzung zwischen der Erziehungsmaßregel der Weisung und dem Zuchtmittel der Auflage.¹⁰⁰ Insoweit kann das JGG der DDR als in Teilen moderner bezeichnet werden als die heutige Gesetzesfassung.

Doch ein runder Geburtstag ist vor allem Anlass, den Jubilar zu würdigen, hier also das JGG 1923. Dieses war seiner Zeit weit voraus und kann mit vielen seiner Regelungen bis heute als grundlegend für den Erziehungsgedanken im Jugendrecht sowie für die Tätigkeit von Jugendgerichten und Jugendgerichtshilfe gelten. Wie modern die Regelungen der Weimarer Zeit waren, verdeutlicht der Umstand, dass die Notwendigkeit eines eigenständigen Jugendstrafrechts noch nach der Jahrtausendwende in Zweifel gezogen wurde,¹⁰¹ wenn auch -glücklicherweise – erfolglos. Auch eine Ab-

97 Vgl. Bald, S. 73 ff. u. 131.

98 Mit Blick auf die Terminologie könnte zudem erwogen werden, ob der Begriff der Jugendgerichtshilfe vor dem Hintergrund dessen zeitgemäß ist, dass sich weder der sozialpädagogische Auftrag noch das Selbstverständnis der Jugendhilfe auf das eines „richterlichen Ermittlungsgehilfen“ reduzieren lassen, vgl. dazu Eisenberg/Kölbl JGG § 38 Rn. 10; Schmidt, S. 209.

99 Dazu s. I. b).

100 De lege ferenda für einen Dualismus zwischen Erziehungsmaßregeln einerseits und Zuchtmitteln bzw. Jugendstrafe andererseits Hellmer, S. 58 ff.

101 Vgl. etwa das Plädoyer des damaligen Justizsenators Hamburgs, Roger Kusch, für die Abschaffung des Jugendstrafrechts im Jahr 2006, NSTZ 2006, 65 ff.; dagg. Ostendorf NSTZ 2006, 320 ff.

senkung der Altersgrenzen wurde mehrfach gefordert.¹⁰² Die betreffenden Stimmen dürften – leider – nicht ohne Wirkung geblieben sein, sondern dazu beigetragen haben, dass eine Weiterentwicklung des Jugendrechts in die „richtige“ Richtung unterblieben ist. So wurde z.B. bereits in den 1950er und 1960er Jahren gefordert, dass Heranwachsende im Regelfall dem materiellen Jugendrecht unterfallen, also das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt werden sollte,¹⁰³ ohne dass das bis heute umgesetzt wurde.¹⁰⁴

Zurück zum JGG 1923. Nach dessen Verabschiedung meinte *Radbruch*, der den Entwurf verfasst hatte: „Das Gesetz ist gewiß ein hochofreudlicher Fortschritt, aber seit langem nicht mehr ein kühner Wurf.“¹⁰⁵ Im Nachhinein muss konstatiert werden: *Radbruch* war zu bescheiden. Denn in den 100 Jahren nach Verabschiedung des JGG gab es ein Auf und Ab, aber keinen annähernd ebenso großen Wurf wie im Jahr 1923.

Literatur

- Bald, Sabina: Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen, iur. Diss. Würzburg 1995
- Bäumer, Gertrud/Hartmann, Rudolf/Becker, Hans: Das Reichsgesetz für die Jugendwohlfahrt, Kommentar, Berlin 1923
- Bellon, Richard: Anwendungsbereich und Wirksamkeit der bestimmten Jugendstrafe (jur. Diss. Saarbrücken 1965), Köln u.a. 1966
- Bochmann, Christian: Entwicklung eines europäischen Jugendstrafrechts (jur. Diss. Kiel 2008), Baden-Baden 2009
- Böhm, Alexander: Zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes, NJW 1991, 534 ff.
- Cohnitz, Wolf-Günter: Zur Verfassungsmäßigkeit von Erziehungsmaßregeln im Jugendgerichtsgesetz, RdJ 1955, 139 ff.
- Drewes, Paul: Das Reichsgesetz für die Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922 und Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923 nebst Nebengesetzen, 2. Aufl., Berlin u.a. 1928
- Dühren, Heinrich van: Die Erziehungsmaßregeln des Jugendgerichtsgesetzes, ZBl. 1925, 77 ff.
- Fichtl, Franz: Reichsgesetz für die Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922 nebst dem Einführungsgesetz vom 9. Juli 1922, Kommentar, München 1922

102 Vgl. statt aller Hinz ZRP 2000, 107 ff.; Paul ZRP 2003, 204 ff.; a.A. bereits Peters, *Werdendes Jugendstrafrecht*, S. II (Herabsetzung der Altersgrenze kann „ernsthaft nicht in Betracht gezogen werden“).

103 Vgl. Lohmar, S. 161 m.w.N.

104 Demgegenüber erscheint eine europäische Harmonisierung auf dem Gebiet des Jugendrechts nicht vordringlich; a.A. Bochmann, S. 60.

105 *Radbruch* ZBl. 1923, 249 (251). *Radbruch* begründete seine Einschätzung damit, dass die Forderungen bereits viele Jahre zuvor erhoben und überdies bereits zum Teil durch die Justizverwaltung umgesetzt seien.

- Freisler, Roland: Gedanken zur Verordnung über die unbestimmte Verurteilung Jugendlicher, DJ 1941, 949 ff. (Teil 1), 981 ff. (Teil 2), 1013 ff. (Teil 3)
- Fritsch, Markus: Die jugendstrafrechtliche Reformbewegung, 1871–1923 (jur. Diss. Freiburg i. Br.), Freiburg i. Br. 1999
- Gertler, Nils Fabian/Kunkel, Volker/Putzke, Holm (Hrsg.): BeckOK JGG, 27. Ed., München 2022 (zit.: BeckOK JGG/Bearbeiter)
- Gies, Karsten: Das Jugendgerichtsgesetz von 1923, GRZ 2018, 17 ff.
- Eisenberg, Ulrich/Kölbl, Ralf: Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 23. Aufl., München 2022
- Hellmer, Joachim: Nochmals: Zur Verfassungswidrigkeit von Erziehungsmaßnahmen im Jugendgerichtsgesetz, RdJ 1955, 235 f.
- Ders.: Schuld und Gefährlichkeit im Jugendstrafrecht, Tübingen 1962
- Ders.: Zur Verfassungswidrigkeit von Erziehungsmaßnahmen im Jugendgerichtsgesetz, RdJ 1955, 137 ff.
- Hene, Wilhelm: Das Fürsorgerecht des Jugendgerichtsgesetzes (jur. Diss. Erlangen), Kulmbach 1932
- Heß, Walther: Jugendwohlfahrtsrecht, Reichsjugendwohlfahrtsgesetz, Bayerisches Jugendamtsgesetz, Reichsjugendgerichtsgesetz samt den einschlägigen weiteren Gesetzen und Bestimmungen des Reichs und Bayerns, Handausgabe mit Erläuterungen, München 1926
- Hinz, Werner: Strafmündigkeit ab vollendetem 12. Lebensjahr?, Ein rechtspolitisches Reizthema, ZRP 2000, 107 ff.
- Höffler, Katrin: Tätertypen im Jugendstrafrecht, in: Schumann, Eve/Wapler, Friederike (Hrsg.), Erziehen und Strafen, Bessern und Bewahren, Entwicklungen und Diskussionen im Jugendrecht im 20. Jahrhundert, Göttingen 2017, S. 61 ff.
- Illchmann-Christ, Adolf: Die Kriminologie und gerichtsärztliche Beurteilung der Heranwachsenden vom Standpunkte des neuen Jugendgerichtsgesetzes, in: DVJJ (Hrsg.), Neue Wege zur Bekämpfung der Jugendkriminalität, Köln u.a. 1953, S. 35 ff.
- Kusch, Roger: Plädoyer für die Abschaffung des Jugendstrafrechts, NSTz 2006, 65 ff.
- Lange, Richard: Strafe und Erziehung im Jugendstrafrecht, in: Schaffstein, Friedrich (Hrsg.), Weg und Aufgabe des Jugendstrafrechts, Darmstadt 1975, S. 53 ff.
- Laue, Christian: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 105 JGG, ZJJ 2017, 108 ff.
- Lenz, Torsten: Die Rechtsfolgensystematik im Jugendgerichtsgesetz (JGG), Eine dogmatische Strukturierung der jugendstrafrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (jur. Diss. Marburg 2006), Berlin 2007
- Lohmar, Klaus: Die strafrechtliche Behandlung der Heranwachsenden nach § 105 Jugendgerichtsgesetz (jur. Diss. Bonn 1965), Bonn 1966
- Messerer, R.: Die rechtliche Behandlung der 18–21jährigen Täter im Jugendgerichtsgesetz vom 6. August 1953, in: DVJJ (Hrsg.), Neue Wege zur Bekämpfung der Jugendkriminalität, Köln u.a. 1953, S. 79 ff.

- Miehe, Olaf: Die Anfänge der Diskussion über eine strafrechtliche Sonderbehandlung junger Täter, in: Schaffstein, Friedrich (Hrsg.), Weg und Aufgabe des Jugendstrafrechts, Darmstadt 1975, S. 1 ff.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 7, 4. Aufl., München 2022 (zit.: MüKoStGB/Bearbeiter)
- Nothacker, Gerhard: „Erziehungsvorrang“ und Gesetzesauslegung im Jugendgerichtsgesetz (jur. Diss. FU Berlin 1984), Berlin 1985
- Ostendorf, Heribert: Die Entwicklungsgeschichte des deutschen Jugendstrafrechts, Von den Anfängen bis zur Gegenwart, in: Schumann, Eve/Wapler, Friederike (Hrsg.), Erziehen und Strafen, Bessern und Bewahren, Entwicklungen und Diskussionen im Jugendrecht im 20. Jahrhundert, Göttingen 2017, S. 49 ff.
- Ders.: Gegen die Abschaffung des Jugendstrafrechts oder seiner Essentialia, NStZ 2006, 320 ff.
- Ders./Drenkhahn, Kirstin: Jugendstrafrecht, 9. Aufl., Baden-Baden 2017
- Paul, Andreas: Reform der Altersstufen im Jugendstrafrecht, ZRP 2003, 204 ff.
- Peters, Karl: Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923 mit ergänzenden Gesetzen, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften auf dem Gebiete des Jugendstrafrechts, Kommentar, Berlin 1942
- Ders.: Werdendes Jugendstrafrecht, Bonn 1947
- Plath, Jennifer: Das Jugendgerichtsgesetz der DDR von 1952, Eine darstellende und vergleichende Untersuchung (jur. Diss. Kiel), Hamburg 2005
- Potrykus, Gerhard: Zur Verfassungsmäßigkeit von Erziehungsmaßregeln im Jugendgerichtsgesetz, RdJ 1955, 145 f.
- Radbruch, Gustav: Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923 (RGBl. I. S. 135), Kommentar, ZBl. 1923, 249 ff.
- Schady, Jan: Das Jugendgerichtsgesetz von 1923: Eine Bilanz, ZJJ 2003, 389 ff.
- Ders.: Die Praxis des Jugendstrafrechts in der Weimarer Republik, Die Umsetzung des Jugendgerichtsgesetzes von 1923 im Spiegel der Statistiken und Akten (jur. Diss. Kiel 2002), Baden-Baden 2003
- Schmidt, Christopher: 100 Jahre Reichsgesetz für die Jugendwohlfahrt, NZFam 2022, 636 ff.
- Ders.: Kinder- und Jugendhilferecht: Lehr- und Praxisbuch, 2. Aufl., Weinheim 2021
- Schumann, Eva: Der Ausschuss für Jugendrecht der Akademie für Deutsches Recht 1934–1941, in: Schumann, Eve/Wapler, Friederike (Hrsg.), Erziehen und Strafen, Bessern und Bewahren, Entwicklungen und Diskussionen im Jugendrecht im 20. Jahrhundert, Göttingen 2017, S. 73 ff.
- Siegel, Albert: Die strafrechtliche Behandlung jugendlicher Personen, Die Vorschläge im Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919 und im ersten Abschnitt des Entwurfs zu einem Jugendgerichtsgesetz von 1920, jur. Diss. Jena 1922
- Stolp, Inga: Die geschichtliche Entwicklung des Jugendstrafrechts von 1923 bis heute, Eine systematische Analyse der Geschichte des Jugendstrafrechts unter besonderer Berücksichtigung des Erziehungsgedankens (jur. Diss. Kiel), Baden-Baden 2015

Walter, Michael/Wilms, Yvonne: Künftige Voraussetzungen für die Verhängung der Jugendstrafe: Was kommt nach einem Wegfall der „schädlichen Neigungen“?, NSTZ 2007, 1 ff.

Wentura, Elieser: Die Gründe der Strafflosigkeit des Jugendlichen nach dem Jugendgerichtsgesetz (jur. Diss. Rostock), Rostock 1926

Weyl, Richard: Das deutsche Jugendrecht, Leipzig 1927

Wolf, Gerhard: Strafe und Erziehung nach dem Jugendgerichtsgesetz (jur. Diss. Marburg), Marburg 1984

Vermögensabschöpfung im Jugendstrafrecht – Auswirkungen für die Soziale Arbeit?

Dr. Ralf Rose

Zum 1.7.2017 ist das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung in Kraft getreten.¹ Es dient der Umsetzung der Richtlinie 2014/42/EU „über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten“², durch die die Behörden der Mitgliedsstaaten zur regelmäßigen Anwendung der Maßnahmen zur Vermögensabschöpfung bewegt werden sollten; gleichzeitig sollte die Einziehung auf alle tatrelevanten Werkzeuge und alle Erträge oder Vermögensgegenstände erstreckt werden, die aus der Tat erlangt wurden.³ Der Gesetzgeber hat daher die Regelungen der §§ 73 ff. StGB dergestalt neu gefasst, dass die Einziehung regelmäßig zur Anwendung gelangt, um Abschöpfungslücken zu schließen und zu einer tatsächlichen Einziehung als Regelfall zu gelangen.⁴ Das Motiv des Gesetzgebers ist dabei, dass „möglichen Beeinträchtigungen des Vertrauens der Rechtsgemeinschaft in die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung [begegnet werden soll], die sich ergeben können, wenn Straftäter deliktisch erlangte Vermögenswerte dauerhaft behalten dürften“⁵ Im Ergebnis sollen sich Straftaten deshalb nicht lohnen, auch um keinen Anreiz zur Begehung gewinnorientierter Straftaten zu begeben.⁶

Aufgrund dieser Erwägungen sollte das neue Recht der Vermögensabschöpfung ausnahmslos gelten; bald schon stellte sich jedoch die Frage, ob die Entscheidung des Gesetzgebers, die materiell-rechtlichen Härtefallregelungen abzuschaffen, auch uneingeschränkt auf das Jugendstrafrecht übertragbar sein sollte. Gerade im Hinblick auf den im Jugendstrafrecht geltenden Erziehungsgedanken des § 2 Abs.1 S.2 JGG drängte sich die Frage auf, ob

1 Gesetz vom 13.04.2017, BGBl. I, S. 872.

2 Richtlinie 2014/42/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3.4.2014, ABLEU L 127/39 v. 29.4.2014.

3 Vgl. Swoboda ZStW 2020, 826 (868).

4 So BT-Drs. 18/9525, S. 2 f.; vgl. Swoboda ZStW 2020, 826 (869).

5 BGH NStZ 2021, 679 Rn. 22; vgl. auch BT-Drs. 18/9525, S. 45; BVerfGE 110, 29.

6 So auch Swoboda ZStW 2020, 826 (869).

zumindest in bestimmten Einzelfällen ein Ermessen des Jugendstrafgerichts in Bezug auf die Anwendbarkeit der §§ 73 ff. StGB nF eröffnet sein sollte.⁷

Inhalt

I.	Die Rechtslage bis ins Jahr 2017	194
II.	Die Neuregelung	195
	1. Überblick über die Neuregelung	195
	a) Das Erlangte	195
	b) Absehen von der Einziehung	196
	2. Härtefallregelung	197
	a) Unverhältnismäßigkeit der Vollstreckung	197
	b) Nicht erfolgversprechende Vollstreckung	198
	c) Fazit	198
III.	Auswirkungen der Neuregelung im Jugendstrafrecht	199
	1. Beispielfall	199
	2. Noch im Vermögen des Täters vorhandene Taterträge	199
	3. Nicht mehr im Vermögen des Täters vorhandene Taterträge	200
	a) Die Vorlagefrage	200
	b) Die Entscheidung des Großen Senats	201
	aa) Die alte Rechtslage	201
	bb) Die Neuregelung	201
	cc) Kein Widerspruch zum Erziehungsgedanken	202
	dd) Mehrere Rechtsfolgen gemäß § 8 JGG	204
	ee) Fazit	205
IV.	Konsequenzen für die Soziale Arbeit	205
	1. Allgemeine Kritik	205
	2. Resozialisierungsfonds	207
	3. Überlegungen de lege ferenda	207

I. Die Rechtslage bis ins Jahr 2017

Bis zur Reform der staatlichen Vermögensabschöpfung im Jahr 2017 war der sog. Verfall in den §§ 73 ff. StGB aF geregelt. Gemäß § 73 Abs. 1 StGB aF wurde der Verfall desjenigen angeordnet, das der Täter aus einer rechtswidrigen Tat erlangt hatte, wobei nach § 73 Abs. 2 StGB aF auch Nutzungen und Surrogate erfasst waren. In § 73a StGB aF war der Verfall des Wertersatzes geregelt, soweit das Erlangte nicht mehr vorhanden oder seine Einziehung – gleich aus welchem Grund – nicht mehr möglich ist.

Wesentlicher Unterscheidungspunkt zur heutigen Regelung war indes die Vorschrift des § 73c StGB aF. Danach wurde der Verfall *nicht* angeordnet, soweit er für den Betroffenen eine unbillige Härte darstellen würde, § 73c Abs. 1 S. 1 StGB aF. Weiter konnte gemäß § 73c Abs. 1 S. 2 StGB aF die

7 Vgl. nur Rose NSTz 2019, 648 (mit dem Autor weder personenidentisch noch sonst verwandt); Swoboda ZStW 2020, 826 (870 ff.); BGH 8.7.2020 – 1 StR 467/18.

Anordnung des Verfalls unterbleiben, soweit der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung im Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden war oder wenn das Erlangte nur einen geringen Wert hatte. Dabei sollte die Vorschrift dem im Strafrecht geltenden Übermaßverbot Rechnung tragen und in Fällen unbilliger Härte oder bei Bagatellen einen Dispens ermöglichen.⁸ Ein Härtefall – der zwingend einen Verfall ausschloss – wurde hiernach bejaht, wenn „die Anordnung des Verfalls schlechthin ungerecht wäre und das Übermaßverbot verletzen würde“⁹. Praktisch erstreckte sich der Anwendungsbereich beispielsweise auf Fälle unentgeltlicher Weitergabe oder lange andauernder Untersuchungshaft.¹⁰ Demgegenüber war in den Fällen des § 73c Abs. 1 S. 2 StGB aF (Entreicherung, geringer Wert) das pflichtgemäße Ermessen des Tatrichters eröffnet, wobei die Entscheidung über die (Nicht-)Anordnung des Verfalls immer mit Blick auf die Resozialisierung zu treffen war.¹¹

II. Die Neuregelung

Die Neuregelung der §§ 73 ff. StGB stellt sicher, dass das, was der Täter durch die Tat (oder für sie) erlangt hat, eingezogen wird.

1. Überblick über die Neuregelung

a) Das Erlangte

Dabei hat sich der Gesetzgeber in Anlehnung an das zivilrechtliche Bereicherungsrecht gemäß §§ 812 ff. BGB für die Geltung des Brutto-Prinzips bei der Frage, was „erlangt“ ist, entschieden.¹² Damit bleibt gemäß § 73d StGB beim Wert des Erlangten vollkommen außer Betracht, welche Aufwendungen für das Erlangte getätigt wurden. Es wird also nicht nur der Reingewinn der Straftat abgeschöpft, sondern alles (das Brutto), was im Zuge der Straftat erlangt wurde.¹³ Sogar Gegenstände, die beim Täter anlässlich der

8 Vgl. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger StGB § 73c Rn. 1.

9 BGH NSTZ 2010, 86 f.

10 Vgl. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger StGB § 73c Rn. 3.

11 Vgl. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger StGB § 73c Rn. 5.

12 Vgl. MüKoStGB/Joelcks/Meißner Vorbemerkung zu § 73 Rn. 21, 26.

13 Vgl. MüKoStGB/Joelcks/Meißner § 73 Rn. 8 ff.; Swoboda ZStW 2020, 826 (872).

Ermittlungen zu einer Tat aufgefunden werden, die zur Überzeugung des Gerichts aus einer (anderen) Straftat stammen müssen, ohne dass diese konkrete Tat nachgewiesen werden könnte, sind gemäß § 73a Abs. 1 StGB im Wege der sog. erweiterten Einziehung einzuziehen. Ist das Erlangte beim Täter nicht mehr vorhanden, so hat das Gericht gemäß § 73c StGB die Einziehung eines Geldbetrages anzuordnen, der dem Wert des Erlangten entspricht.¹⁴ Eine Entreichung schließt die Einziehung bei Täter oder Teilnehmer folglich nicht aus; dies geschähe nur im Rahmen des § 73e Abs. 1 StGB, soweit der Anspruch des Verletzten erloschen ist. Gemeint sind hiermit Vergleiche des Verletzten mit dem Täter über eine Zurückzahlung, Aufrechnung oder einen Schulderrlass.¹⁵

b) Absehen von der Einziehung

Ein (prozessuales) Absehen von der Einziehung ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 421 StPO zulässig. Die Vorschrift sieht drei Fälle vor, in denen das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft von der Einziehung absehen kann. Dabei dürfte in Verfahren der Jugendgerichtsbarkeit § 421 Abs. 1 Nr. 1 StPO, wonach ein Absehen bei geringem Wert des Erlangten möglich ist, besondere Bedeutung zukommen. Dabei liegt die Bestimmung der Geringwertigkeit im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, wobei sowohl auf die objektive Geringwertigkeit als auch auf das Verhältnis der Kosten der Einziehung zum Wert des Erlangten abgestellt werden kann.¹⁶ Hiernach werden zumeist Werte zwischen 30 EUR (in Anlehnung an § 248a StGB) und bis zu 150 EUR angenommen.¹⁷

Ein Absehen von der Einziehung ist nach dem Rechtsgedanken des § 154 StPO ebenfalls möglich, wenn sie neben der zu erwartenden Strafe nicht beträchtlich ins Gewicht fällt, § 421 Abs. 1 Nr. 2 StPO; indes kommt dieser Ausnahme keine praktische Bedeutung in Bezug auf Einziehungen nach

14 Vgl. Fischer, StGB § 73c Rn. 2.

15 So Swoboda ZStW 2020, 826 (873).

16 Vgl. Rose NSTz 2019, 648 (649).

17 Vgl. BeckOK StPO/Temming § 421 Rn. 5; MüKoStPO/Putzke/Scheinfeld § 421 Rn. 19; KK-StPO/Schmidt/Scheuß § 421 Rn. 3 befürworten sogar eine Wertgrenze von regelmäßig 500 EUR.

§§ 73, 73c StGB mehr zu, nachdem der Gesetzgeber diese auf Fälle der §§ 74 und 74c StGB beschränkt hat.¹⁸

Als dritte und letzte Möglichkeit sieht das Gesetz ein Absehen von der Einziehung in Fällen vor, in denen die Einziehung einen unangemessenen Aufwand erfordern oder das Verfahren ansonsten erheblich verzögern würde, § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO.¹⁹

Eine Härtefallregelung im Sinne des früheren § 73c StPO ist damit jedoch nicht mehr vorgesehen.

2. Härtefallregelung

Eine materiell-rechtliche Härtefallregelung entsprechend § 73c StGB aF kennt die Neuregelung der Einziehungsvorschriften nicht – auch nicht für Jugendliche und Heranwachsende. Die frühere Härtefallregelung wurde ins Vollstreckungsverfahren verschoben und findet sich jetzt in § 459g Abs. 5 StPO. Maßgeblicher Unterschied des alten zum neuen Recht ist folglich, dass die Härtefallprüfung nicht im Erkenntnis-, sondern erst nach Anordnung der Einziehung im Vollstreckungsverfahren stattfindet²⁰, sofern die Einziehung nicht einen gutgläubigen Drittbegünstigten im Sinne von § 73e Abs. 2 StGB betrifft.²¹

a) Unverhältnismäßigkeit der Vollstreckung

Nach § 459g Abs. 5 S. 1 StPO unterbleibt die Vollstreckung, wenn sie unverhältnismäßig ist. Insoweit ist zu beachten, dass eine Verarmung des Betroffenen durch allgemeine Pfändungsschutzvorschriften sichergestellt wird, sodass diese für sich genommen regelmäßig keine Unverhältnismäßigkeit zu begründen vermag.²² Unverhältnismäßigkeit dürfte nur dann bejaht werden, wenn das Erlangte nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist und ein doppelter Abfluss als unverhältnismäßig erschiene, zum

18 Zum früheren Meinungsstand vgl. Rose NSTZ 2019, 648 (649) und BeckOK StPO/Temming § 421 Rn. 6.

19 Vgl. hierzu nur Rose NSTZ 2019, 648 (649f.) und BeckOK StPO/Temming § 421 Rn. 7 unter Verweis auf die geringe praktische Bedeutung.

20 Und damit nach Kölbl/Eisenberg/Sonnen NSTZ 679 (684) ohne die Schutzmechanismen der Hauptverhandlung (Verteidiger, Öffentlichkeit, Rechtsmittel).

21 Vgl. BeckOK StPO/Coen § 459g Rn. 20.

22 So BeckOK StPO/Coen § 459g Rn. 25 ff.

Beispiel soweit auf das Erlangte Steuern gezahlt wurden oder das Erlangte aus Reue einer gemeinnützigen Organisation zugewandt wurde.²³ Nur in seltenen Fällen, wie bspw. dem Verlust von Arbeitsplätzen, mögen Folgen für Dritte beachtlich sein.²⁴

Die bloße Entreichung, die bis zum 1.7.2021 als weiterer Härtefall ausdrücklich in § 459g Abs. 5 S.1 StPO normiert war, hat der Gesetzgeber zwischenzeitlich als Unterfall der Unverhältnismäßigkeit gestrichen.²⁵

Zu berücksichtigen bleibt in Fällen der festgestellten Unverhältnismäßigkeit indes § 459g Abs. 5 S. 2 StPO, wonach die Vollstreckung jederzeit wieder aufgenommen werden kann, wenn die Voraussetzungen des § 459g Abs. 5 S.1 StPO nachträglich wegfallen; hierunter dürfte in erster Linie die Tatsache fallen, dass der Betroffene später über ausreichende finanzielle Mittel verfügt.²⁶ An dieser Neuregelung werden die Auswirkungen der Verlagerung der Härtefallregelung ins Vollstreckungsverfahren deutlich: während nach altem Recht eine Härtefallentscheidung mit dem materiell-rechtlichen Urteil in Rechtskraft erwuchs, so kann heute die Einziehung auch nach einer Härtefallentscheidung wieder aufgenommen werden, wenn sich das Vermögen des Betroffenen ins Positive verändert.²⁷

Zuständig für die Entscheidung ist der Jugendrichter als Vollstreckungsleiter, §§ 82, 110 JGG.

b) Nicht erfolversprechende Vollstreckung

Darüber hinaus unterbleibt die Vollstreckung, wenn sie in absehbarer Zeit nicht erfolversprechend ist, §§ 459g Abs. 2, 459c Abs. 2 StPO.

c) Fazit

Insgesamt trifft also Jugendliche und Heranwachsende entsprechend des Gesetzeswortlauts die Einziehung genauso wie Erwachsene.

23 Vgl. BeckOK StPO/Coen § 459g Rn. 28; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO § 459g Rn. 13a, 13b.

24 Vgl. BeckOK StPO/Coen § 459g Rn. 30.

25 Vgl. hierzu BeckOK StPO/Coen § 459g Rn. 20; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO § 459g Rn. 13.

26 Vgl. Swoboda ZStW 2020, 826 (875); Rose NSTZ 2019, 648 (650 f.); BeckOK StPO/Coen § 459g Rn. 33.

27 So auch Swoboda ZStW 2020, 826 (875 f.); Meyer-Goßner/Schmitt, StPO § 459g Rn. 14.

III. Auswirkungen der Neuregelung im Jugendstrafrecht

1. Beispielsfall

In einer Entscheidung des Landgerichts Münster vom 12.7.2018 wurde der zur Tatzeit heranwachsende Angeklagte wegen gewerbsmäßigen Handel-treibens mit Betäubungsmitteln in mehreren Fällen zu Arrest und einer Arbeitsauflage verurteilt; das vergleichsweise milde Strafmaß beruhte vor allem auf einem Geständnis, seinem straffreien Vorleben sowie dem Umstand, dass die Taten rund drei Jahre zurücklagen.²⁸ Nach den Feststellungen des Gerichts hatte der Angeklagte nach dem Brutto-Prinzip 13.585 EUR eingenommen, wovon 12.440 EUR zuvor für den Erwerb der Betäubungsmittel aufgewendet wurden. Der Reinerlös betrug demzufolge 1.045 EUR; dieser war im Urteilszeitpunkt noch im Vermögen des Angeklagten vorhanden, der im Übrigen Sozialhilfe bezog.

Es steht außer Frage, dass gemäß §§ 73, 73c StGB nF ein Betrag in Höhe von 13.585 EUR der Einziehung von Wertersatz unterliegt. Die Aufwendungen in Höhe von 12.440 EUR dürfen gemäß § 73d Abs. 1 S. 2 StGB nicht in Abzug gebracht werden. Dennoch entschied das Gericht, nur den Netto-Erlös von 1.045 EUR einzuziehen, weil die Abschöpfung nach dem Brutto-Prinzip nicht mit dem in § 2 Abs. 1 S. 2 JGG normierten Erziehungsgedanken in Einklang zu bringen sei.²⁹ Derart hohe Geldforderungen würden die weitere Entwicklung des Angeklagten zu stark gefährden. Dies sei auch bereits bei der Anordnung der Einziehung und nicht erst im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen.³⁰

2. Noch im Vermögen des Täters vorhandene Taterträge

Weitgehender Konsens herrscht hinsichtlich der Anwendbarkeit der Neuregelungen im Jugendstrafrecht, dass Einziehungen gemäß §§ 73, 73a StGB nF regelmäßig keinen Bedenken begegnen.³¹ Auch der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat seine Vorlagefrage an den Großen Senat entsprechend

28 LG Münster StV 2019, 486.

29 LG Münster StV 2019, 486; vgl. auch Swoboda ZStW 2020, 826 (882).

30 LG Münster StV 2019, 486 mit zustimmender Anmerkung Berberich/Singelstein StV 2019, 505.

31 Vgl. Lackner/Kühl/Heger, StGB § 73 Rn. 9.

eingeschränkt, da „die Einziehung von im Vermögen des Jugendlichen oder Heranwachsenden (noch) vorhandenen Taterträgen gemäß § 73 Abs. 1 StGB erzieherisch geboten sein dürfte“.³² Mit anderen Worten: In Fällen, in denen Taterträge noch im Vermögen des Betroffenen vorhanden sind, ist deren Einziehung regelmäßig erzieherisch geboten, um das erzieherische Signal zu setzen, dass sich Straftaten nicht lohnen.

Eine Kollision mit dem Erziehungsgedanken kommt nur dann in Betracht, wenn der Täter nicht mehr bereichert und zudem vermögenslos ist. In diesen Fällen besteht das Risiko, durch die Titulierung hoher Geldforderungen negative erzieherische Anreize zu setzen. Jugendliche und Heranwachsende können beispielsweise angesichts – aus ihrer Sicht unbezahlbar – hoher Forderungen jeden Anreiz für Schule, Ausbildung und Arbeit verlieren, wenn sie davon ausgehen müssen, über längere Zeit dennoch im Bereich der Pfändungsfreigrenzen existieren zu müssen.³³

3. Nicht mehr im Vermögen des Täters vorhandene Taterträge

Diese Frage war Gegenstand einer Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 20.1.2021:

a) Die Vorlagefrage

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat dem Großen Senat für Strafsachen die Frage vorgelegt, ob die Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73c Abs. 1 StGB im Jugendstrafrecht – anders als im allgemeinen Strafrecht – im Ermessen des Tatgerichts steht. Im dortigen Ausgangsfall wurde der Angeklagte zu einer Jugendstrafe von vier Jahren verurteilt. Durch die Taten hatte der Angeklagte etwa 17.000 EUR erbeutet, war jedoch nicht mehr bereichert und vermögenslos. Das Landgericht hatte von der Einziehung des Wertes von Taterträgen abgesehen und dies mit dem Erziehungsgedanken begründet. Die Einziehung, so sei zu erwarten, würde den Angeklagten entmutigen und der Versuchung aussetzen, erneut Straftaten zu begehen.³⁴ Nachdem der 1. Strafsenat die hiergegen gerichtete Revision verwerfen wollte, jedoch die Rechtsprechung der anderen Senate

32 BGH NStZ 2021, 679 Rn. 7, 24.

33 Vgl. hierzu Kölbl/Eisenberg/Sonnen NStZ 679 (684).

34 Vgl. BGH NStZ 2021, 679 Rn. 2; ergänzend Beukelmann NJW-Spezial 2021, 504.

teilweise entgegenstand, hat letztlich der Große Senat für Strafsachen hierüber (abweichend vom 1. Strafsenat) entschieden.³⁵

b) Die Entscheidung des Großen Senats

Der Große Senat für Strafsachen sieht in der Gesetzesnovelle vom 13.4.2017 keine Einschränkung des § 73c StGB dahingehend, dass Einziehungsanordnungen im Jugendstrafrecht im Ermessen des Tatgerichts stünden. Vielmehr gehöre § 73c S. 1 StGB zu den allgemeinen Vorschriften, die nach § 2 Abs. 2 JGG auch im Jugendstrafrecht Anwendung finden.³⁶

aa) Die alte Rechtslage

Der Große Senat stellt zunächst heraus, dass die Anwendung der „alten“ Verfallsregelungen auch im Jugendstrafrecht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs obligatorisch war. Inbegriffen sei sowohl die zwingende Verfallsanordnung als auch das Brutto-Prinzip gewesen. Der Vermeidung von Härten habe auch im alten Recht ausschließlich § 73c StGB aF gedient.³⁷

bb) Die Neuregelung

Im Zuge der Neuregelung der Einziehungsvorschriften sei sodann der „zwingende Charakter von Einziehungsanordnungen nach §§ 73, 73c StGB beibehalten“ worden.³⁸ Auch wenn die Frage der Anwendung der Neuregelungen – nebst der Verlagerung der Härtefallregelung in das Vollstreckungserfahren – im Jugendstrafrecht in den Gesetzesmaterialien nicht näher erörtert werde, so sei dennoch nicht anzunehmen, dass eine unbewusste Regelungslücke vorliege. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass zeitgleich mit der Änderung des Einziehungsrechts auch § 76 S. 1 JGG

35 Vgl. zu den Antwortbeschlüssen BGH NStZ 2021, 679 Rn. 4 f.

36 Vgl. BGH NStZ 2021, 679 Rn. 13 und Fischer, StGB § 73 Rn. 3b.

37 So BGH NStZ 2021, 679 Rn. 15 unter Verweis auf BGH NJW 2010, 3106 f., BGHSt 55, 174, 177 f.

38 BGH NStZ 2021, 679 Rn. 16.

redaktionell überarbeitet worden sei und sogar im vereinfachten Jugendverfahren auf die Einziehung verweist.³⁹

cc) Kein Widerspruch zum Erziehungsgedanken

Der Große Senat für Strafsachen sieht sodann keinen Widerspruch der Einziehungsvorschriften zum Erziehungsgedanken des Jugendstrafrechts:

- (1) Jugendstrafrecht verfolgt in erster Linie den Zweck, dass sich Jugendliche und Heranwachsende künftig gesetzzustreu verhalten und nicht erneut straffällig werden, § 2 Abs. 1 JGG. Der Große Senat erachtet diese Spezialprävention gerade dadurch gegeben, dass dem Jugendlichen oder Heranwachsenden „vor Augen geführt [wird], dass er rechtswidrig erlangte Vermögensvorteile nicht behalten darf [...]. Angesichts dessen wohnt der Einziehung von Taterträgen und deren Wert zugleich eine spezialpräventive Funktion inne, [die] sich mithin im Einzelfall unschwer mit dem Erziehungsgedanken vereinbaren“⁴⁰ lasse. Dass diese Maßnahme zugleich auch generalpräventiv wirke, stehe ihrer Erziehungsfunktion nicht entgegen.⁴¹
- (2) Dass eine Härtefallprüfung nunmehr nur noch im Vollstreckungsrecht stattfindet, widerspricht nicht den Grundsätzen des Jugendstrafrechts.
 - (a) Der Große Senat stellt dazu zunächst fest, dass „keine jugendstrafrechtliche Maxime des Inhalts [existiere], dass Rechtsfolgen durchgängig oder nahezu durchgängig im Zeitpunkt der Urteilsverkündung festzulegen sind.“⁴² Auch die Vorschriften der §§ 27 und 61 JGG beinhalten Entscheidungen, die nach Abschluss des Erkenntnisverfahrens zu treffen sind. Da § 459g Abs. 5 StPO im Nachgang des Erkenntnisverfahrens lediglich noch eine Abmilderung der Einziehungsentscheidung ermögliche, sei hierin kein Konflikt mit dem Erziehungsgedanken ersichtlich.⁴³

39 Vgl. dazu BT-Drs. 18/9525 S. 104.

40 BGH NSTZ 2021, 679 Rn. 24.

41 Dem entspreche auch die zivilrechtliche Lage, wo Minderjährigen die Folgen der verschärften Haftung nach § 819 BGB nicht erspart blieben, auch wenn sie entreichert sind, wenn die Vorteile aus einer unerlaubten Handlung stammen und der Minderjährige über die Einsicht analog § 828 Abs. 3 BGB verfügt.

42 BGH NSTZ 2021, 679 Rn. 26.

43 So BGH NSTZ 2021, 679 Rn. 26.

- (b) Auch aus § 15 JGG, der das Zuchtmittel der Geldauflage regelt, lasse sich keine Beschränkung der Vermögensabschöpfung entnehmen. Nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 JGG kann das Gericht die Zahlung einer Geldauflage anordnen, wenn dabei an den Jugendlichen oder Heranwachsenden keine unzumutbaren Anforderungen gestellt werden und anzunehmen ist, dass der Betroffene den Geldbetrag aus eigenen Mitteln bewirken kann. Hierin komme zum Ausdruck, dass der Betroffene gerade nicht finanziell überfordert werden soll, was auch in der Kostenregelung des § 74 JGG zum Ausdruck kommt.⁴⁴ Der Große Senat verweist indes auf die Entstehungsgeschichte des § 15 JGG⁴⁵, der vom Gesetzgeber bewusst neben den Einziehungsvorschriften installiert wurde. Andernfalls, das heißt bei konsequenter Anwendung des § 15 Abs. 2 Nr. 2 JGG, würde damit das abgeschaffte Netto-Prinzip gleichsam durch die Hintertür wieder eingeführt – was nicht dem Bestreben des Gesetzgebers entspreche.⁴⁶
- (c) Vielmehr streite der Beschleunigungsgrundsatz im Jugendstrafrecht für die gesetzliche Neuregelung der Einziehungsvorschriften, da das Erkenntnisverfahren hierdurch von Finanzermittlungen entlastet wird.⁴⁷
- (d) Aus der Unzulässigkeit der Geldstrafe im Jugendstrafrecht⁴⁸ folgert der Große Senat kein Verbot der zwingenden Wertersatzeinziehung. Denn der Einziehungsentscheidung komme gerade kein Strafcharakter zu, weil im Falle der Uneinbringlichkeit keine Ersatzfreiheitsstrafe drohe.⁴⁹ Hinzu komme, dass Zahlungspflichten dem Jugendstrafrecht auch sonst (bspw. in § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 4, Abs. 2, § 23 Abs. 1 S. 4 JGG) geläufig seien.⁵⁰
- (e) Auch der Ausschluss des Adhäsionsverfahrens in § 81 JGG für (nur) Jugendliche steht nicht in Widerspruch zur Wertersatzeinziehung. Der alleinige Zweck des § 81 JGG ist, einen kontradikto-

44 Vgl. Swoboda ZStW 2020, 826 (877 f.).

45 Vgl. dazu BGH NSTZ 2021, 679 Rn. 27 unter Verweis auf BGH NZWiSt 2020, 166 ff.

46 So BGH NSTZ 2021, 679 Rn. 28.

47 So BGH NSTZ 2021, 679 Rn. 29.

48 Siehe dazu BGH NJW 1954, 1616 f.

49 Dogmatisch vermag dieses Argument zu überzeugen, wenngleich der Delinquent unter IV.1. natürlich die Einziehung als größere Strafe empfinden mag als die jugendstrafrechtlichen Sanktionen.

50 So BGH NSTZ 2021, 679 Rn. 30.

rischen Streit des Verletzten mit dem jugendlichen Angeklagten zu vermeiden, damit hierdurch kein Zeitverzug eintritt. Die Vorschrift des § 81 JGG will jedoch nicht die Wiedergutmachung als solche ausschließen, weshalb insoweit kein Wertungswiderspruch besteht.⁵¹

- (f) Sofern im Einzelfall spezialpräventive Gründe gegen die Einziehung des Wertes von Taterträgen sprechen, kann dies über § 459g Abs. 5 StPO gleichermaßen erreicht werden, wie zuvor über § 73c StGB aF. Denn im Falle einer Unverhältnismäßigkeit der Vollstreckung biete diese Vorschrift sogar höheren Schutz als § 73c StGB, weil die Vollstreckung *zwingend* zu unterbleiben hat – und nicht nur pflichtgemäßes Ermessen des Tatgerichts eröffnet. Da die entsprechende Prüfung dem Jugendrichter als Vollstreckungsleiter gemäß § 82 Abs. 1 JGG übertragen ist, sei auch gewährleistet, dass dem Gedanken der Resozialisierung hinreichend Rechnung getragen wird.⁵² Dass nach § 459g Abs. 5 S. 2 StPO die Vollstreckung wieder aufgenommen werden kann, stehe dem Erziehungsgedanken ebenfalls nicht entgegen, da es sich nur um die Kehrseite der Anordnung des Unterbleibens handle. Auch bei diesem *actus contrarius* könne der Jugendrichter wiederum erzieherische Belange berücksichtigen.⁵³

dd) Mehrere Rechtsfolgen gemäß § 8 JGG

§ 8 Abs. 3 S. 1 JGG führt nicht dazu, dass die Einziehungsentscheidung im Ermessen des Tatgerichts stünde. Es ist anerkannt, dass § 8 Abs. 3 S. 1 JGG sich ausschließlich – wie auch die Überschrift nahelegt – auf die Kumulation von Rechtsfolgen bezieht. Mit anderen Worten gestattet die Vorschrift die Kombination bestimmter jugendstrafrechtlicher Sanktionen mit den Maßnahmen, Nebenfolgen und Nebenstrafen des allgemeinen Strafrechts. Ob die Sanktionen im Jugendstrafrecht aber überhaupt verhängt werden

51 Vgl. BGH NSTZ 2021, 679 Rn. 31.

52 So BGH NSTZ 2021, 679 Rn. 34 f.; Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG § 33 Rn. 122. Insoweit ist natürlich zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber nach der Entscheidung des Großen Senats die Entreicherung in § 459g Abs. 5 StPO (als Pendant zu § 73c Abs. 1 S. 2, 1. Alt. StGB aF) gestrichen hat.

53 So BGH NSTZ 2021, 679 Rn. 36.

dürfen, regelt nicht § 8 Abs. 3 JGG, sondern nur § 6 JGG – nach dem nur die dort genannten Nebenfolgen im Jugendstrafrecht ausgeschlossen sind, nicht jedoch § 73c Abs. 1 StGB.⁵⁴

ee) Fazit

Im Ergebnis gelangt der Große Senat in Strafsachen daher zu der Einschätzung, dass die Einziehung von Wertersatz nicht gegen den das Jugendstrafrecht prägenden Erziehungsgedanken verstößt. Ob es sich bei dem vom Gesetzgeber beschrittenen Weg um „die zweckmäßigste aller denkbaren Lösungen“⁵⁵ handelt, habe der Große Senat nicht zu entscheiden.⁵⁶

IV. Konsequenzen für die Soziale Arbeit

1. Allgemeine Kritik

Aus einer Vielzahl von Gesprächen mit Sozialarbeitenden, insbesondere aus dem Berufsfeld der Bewährungshilfe, ist dem Verfasser geläufig, dass nach der vor dem 1.7.2017 geltenden Rechtslage in der Praxis Wertersatzeinziehungen erfolversprechend schon im Erkenntnisverfahren „abgewehrt“⁵⁷ werden konnten, wenn das Erlangte beim Täter nicht mehr vorhanden und die finanziellen Verhältnisse nicht auskömmlich waren. In diesen Fällen wurden regelmäßig schon die Voraussetzungen des § 73c StGB aF bejaht.

Seit der Novellierung der Einziehungsvorschriften ist diese Möglichkeit verwehrt und die Härtefallregelung ins Vollstreckungsverfahren verschoben.⁵⁸ Dabei scheint nach der persönlichen Einschätzung des Verfassers die Anwendung der Härtefallregelung im allgemeinen Strafrecht durch die mit der Vollstreckung befassten Rechtspfleger der Staatsanwaltschaft deutlich restriktiver gehandhabt zu werden als früher im Erkenntnisverfahren. Als Vollstreckungsleiter im Jugendstrafverfahren ist dem Verfasser persönlich

54 So BGH NStZ 2021, 679 Rn. 38.

55 BGH NStZ 2021, 679 Rn. 43.

56 Vgl. Beukelmann NJW-Spezial 2021, 504, der eine Ermessensentscheidung als besser mit dem Erziehungsgedanken des Jugendstrafrechts vereinbar ansieht.

57 Diese Wortwahl wurde in Gesprächen durch die Gesprächspartner häufig gewählt und hier beibehalten.

58 Siehe dazu oben III.2.

lediglich ein (!) Fall aus nunmehr über fünf Jahren Praxis des neuen Rechts geläufig, in dem überhaupt ein Antrag nach § 459g Abs. 5 StPO gestellt wurde.⁵⁹ Es scheint daher die These angezeigt, dass mit der Verschiebung der Härtefallregelung in das Vollstreckungsverfahren faktisch eine ganz erhebliche Haftungsverschärfung eingetreten ist.⁶⁰

Regelmäßig verbleibt daher für die mit der Schuldensanierung befassten Beteiligten nur die Option, auf eine verträgliche Ratenzahlungsmöglichkeit hinzuwirken⁶¹, oder im Einzelfall die Unpfändbarkeit geltend zu machen. Jede dieser Möglichkeiten führt indes nicht zum Wegfall der Einziehungsforderung; vielmehr bleibt diese bestehen und wird nur suspendiert. Hieraus resultiert ein immenser Druck für die Einziehungsbetroffenen, was in nicht wenigen Fällen zum Wegfall der Arbeitsmotivation führen kann, da die Arbeit als finanziell unnützlich empfunden wird. Wird aus dieser Resignation heraus eine Arbeitsaufnahme abgelehnt, kann dies auch häufig Auswirkungen auf die Bearbeitung anderer Belange im Bereich der Resozialisierung haben.⁶²

Hinzu kommt das Risiko des Verurteilten, dass die Vollstreckungsbehörde Insolvenzantrag stellt. Wenn der Anspruch auf Wertersatzzahlung mangels finanzieller Mittel nicht befriedigt werden kann und es mindestens zwei Verletzte gibt, die Entschädigungsansprüche angemeldet haben, so kann die Vollstreckungsbehörde Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen, § 111i iVm § 459h Abs. 2 S. 2 StPO.⁶³ Gerade im Jugendstrafverfahren dürfte dies in Ermangelung ausreichenden Einkommens und Vermögenswerten regelmäßig ein realistisches Szenario darstellen. Insoweit bleibt indes zu berücksichtigen, dass die Verurteilten nur die „Nachteile“ des Insolvenzverfahrens treffen, die Einziehungsforderung ist nämlich von der Restschuldbefreiung ausgeschlossen.⁶⁴

59 Unbeschadet des Umstands, dass diese Prüfung auch von Amts wegen erfolgen könnte, vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO § 459g Rn. 12.

60 Was zumindest in tatsächlicher Hinsicht in Widerspruch zur Argumentation des Großen Senats für Strafsachen (oben IV.3.) stehen mag. Zur Kritik an der Entscheidung des Großen Senats vgl. Kölbel/Eisenberg/Sonnen NSTZ 2021, 679 (684).

61 Diese Möglichkeit ergibt sich aus § 459g Abs. 2 iVm § 459a StPO.

62 Zu denken wäre hier bspw. an geregelte Wohnformen, Sozialkontakte u. ä.

63 Vgl. Swoboda ZStW 2010, 826 (873).

64 Vgl. BGH NZI 2010, 607 ff.; Zimmermann, BAG-SB Informationen 2018, 141 (144).

2. Resozialisierungsfonds

Zur Abwehr im Sinne einer endgültigen Erledigung der titulierten Einziehungsforderung bleibt daher in den meisten Fällen nur der Abschluss eines Vergleichs mit den Verletzten, für den ein Resozialisierungsfonds⁶⁵ Geldmittel zur Verfügung stellt. Diese Möglichkeit ist jedoch nur eröffnet, soweit Verletzte Privatpersonen sind. Gerade im Bereich der (sog. opferlosen) Betäubungsmittelkriminalität, bei der die Einziehungsforderungen dem Staat zustehen, kommt ein Vergleich regelmäßig nicht in Betracht, da die Staatsanwaltschaft als Gläubiger keine Vergleiche abschließt.

In diesem Fall bleibt zur vollständigen Erledigung der Forderung, wenn eine Zahlung nicht möglich ist, nur der Ausweg der Verjährung. Die Vollstreckungsverjährung tritt nach §§ 79, 79a StGB für Maßnahmen nach § 11 Abs.1 Nr. 8 StGB – wozu auch die Einziehung gehört – mit Ablauf von frühestens zehn Jahren ein.⁶⁶

3. Überlegungen de lege ferenda

In rechtlich-dogmatischer Hinsicht mag die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen konsequent sein.⁶⁷ Sie nimmt jedoch nicht hinreichend in den Blick, dass mit der Verlagerung der Härtefallregelung in das Vollstreckungsverfahren zumindest faktisch eine Verschärfung der Haftung eingetreten ist, weil nach altem Recht oftmals in der Praxis großzügig aus Erziehungsgesichtspunkten von der Einziehung insgesamt abgesehen wurde.⁶⁸ Nach neuem Recht, wo die Einziehung zwingend stattzufinden hat, sieht sich der Verurteilte mithin bis zur vollständigen Zahlung oder Eintritt der Verjährung jedenfalls regelmäßigen Vollstreckungsversuchen

65 In Baden-Württemberg existiert hierzu die Stiftung Resozialisierungsfonds Dr. Traugott Bender, die zinslose Darlehen zur Ablösung von Schulden gewährt.

66 Nach § 79 Abs. 5 StGB verjährt die Maßnahme nicht vor der verhängten Strafe, sodass bei höheren Freiheitsstrafen die Verjährungsfrist auch deutlich länger sein kann. Auch ein Ruhen der Vollstreckungsverjährung sieht § 79a StGB vor, wobei insbesondere während der Gewährung von Zahlungserleichterungen wie Ratenzahlungen die Verjährung ruht, sodass hierdurch regelmäßig eine erhebliche Verlängerung der Verjährungsfristen eintreten wird. Vgl. hierzu Zimmermann BAG-SB Informationen 2018, 141 (146).

67 Anderer Ansicht Kölbl/Eisenberg/Sonnen NSTZ 679 (684), die auf die rein formalistische Argumentation des BGH verweisen.

68 Vgl. hierzu allgemein Kölbl/Eisenberg/Sonnen NSTZ 679 (684).

des Jugendrichters als Vollstreckungsleiter ausgesetzt, da ein Absehen von der Vollstreckung nunmehr nur noch temporär erfolgt, die Vollstreckung mithin jederzeit wieder aufgenommen werden kann. Dass dies die Resozialisierung Jugendlicher und Heranwachsender hemmen kann, weil es geeignet ist, den Arbeitsanreiz zu reduzieren, liegt aus Sicht des Verfassers auf der Hand.

Im Einklang mit der durch den BGH vorsichtig geäußerten Kritik, wonach er nicht zu beurteilen habe, ob der Gesetzgeber „die zweckmäßigste aller denkbaren Lösungen“⁶⁹ gewählt habe, wäre es de lege ferenda wünschenswert, jedenfalls im Jugendstrafverfahren schon im Erkenntnisverfahren von der Einziehung absehen zu können, wenn diese offensichtlich unverhältnismäßig oder nicht erfolgversprechend ist, wobei im Rahmen der Unverhältnismäßigkeitsprüfung dem Erziehungsgedanken besonderes Gewicht zukommen sollte.⁷⁰

Literatur

- Barthe, Christoph/Gericke, Jan (Hrsg.): *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 9. Aufl., München 2023 (zit.: *KK-StPO/Bearbeiter*)
- Berberich, Jana/Singelnstein, Tobias: *Zur Anwendbarkeit der Vermögensabschöpfung im Jugendstrafrecht nach der Neuregelung im Jahr 2017*, StV 2019, 505
- Beukelmann, Stephan: *Einziehung des Werts von Taterträgen im Jugendstrafrecht*, NJW-Spezial 2021, 504
- Fischer, Thomas: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 70. Aufl., München 2023
- Graf, Jürgen (Hrsg.): *BeckOK StPO*, 45. Ed., 2022 (zit.: *BeckOK StPO/Bearbeiter*)
- Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Aufl., München 2020 (zit.: *MüKoStGB/Bearbeiter*)
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.): *Strafgesetzbuch*, 5. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Bearbeiter*)
- Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut (Hrsg.): *Münchener Kommentar zur StPO*, 1. Aufl., München 2019 (zit.: *MüKoStPO/Bearbeiter*)
- Köbel, Ralf/Eisenberg, Ulrich/Sonnen, Bernd-Rüdeger: *Praxiskommentar zu BGH*, NStZ 2021, 679, 683 ff.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin: *Strafgesetzbuch*, 30. Aufl., München 2023
- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram: *Strafprozessordnung*, 65. Aufl., München 2022
- Patzak, Jörn/Volkmer, Mathias/Fabricius, Jochen: *Betäubungsmittelgesetz*, 10. Aufl., München 2022

69 BGH NStZ 2021, 679 Rn. 43.

70 Dies gilt insbesondere in Fällen opferloser Delikte, bei denen die Einziehung zugunsten der Staatskasse erfolgt und nicht zur Entschädigung tatbetroffener Personen; vgl. Köbel/Eisenberg/Sonnen NStZ 679 (684).

Vermögensabschöpfung im Jugendstrafrecht – Auswirkungen für die Soziale Arbeit?

Rose, Frank: Das Absehen von der vermögensrechtlichen Einziehung im jugendstrafrechtlichen Verfahren, NSTZ 2019, 648 ff.

Swoboda, Sabine: Kritische Entwicklungen im Jugendstrafrecht seit 2013, ZStW 2020, 826 ff.

Zimmermann, Dieter: Die Einziehung von Taterträgen – Rechtsgrundlagen und Interventionsmöglichkeiten, BAG Schuldnerberatung Informationen Heft 3 – 2018, 141 ff.

6. Lösungsorientierte Arbeit und Mediation

Mediation und Biografiearbeit

Jakob Harich

In der Biografie von Menschen liegen oft Ursachen von Konflikten begründet. Daher bietet es sich an, die Mediation, die in Bezug auf die außergerichtliche Lösung von Konflikten State of the Art ist, mit Biografiearbeit zu verbinden bzw. die Biografiearbeit in die Mediation zu integrieren. Der Verfasser des vorliegenden Beitrags hat mit beiden Bereichen Erfahrungen. Er ist in Österreich und Deutschland als Mediator tätig, durch zahlreiche einschlägige Veröffentlichungen ausgewiesen und übt verschiedene Lehraufträge zu den Themen Mediation, Kommunikation, Konfliktmanagement und Verhandlungsführung aus, u.a. in Esslingen.

Inhalt

I.	Grundlagen	212
	1. Offenheit des Mediationsverfahrens in rechtlicher und methodischer Hinsicht im Hinblick auf Biografiearbeit	214
	a) Rechtliche Offenheit	214
	b) Methodische Offenheit der Mediation für Biografiearbeit	215
	2. Offenheit der Biografiearbeit im Hinblick auf den Einsatz im Rahmen eines Mediationsverfahrens	216
	a) Traditionslinien der Biografiearbeit	216
	b) Definition des Begriffs Biografiearbeit	216
	c) Setting der Biografiearbeit im Rahmen der Mediation	217
II.	Elemente und Prinzipien	218
	1. Elemente und Prinzipien der Mediation	218
	a) Eigenverantwortung/Selbstverantwortung der Parteien	218
	b) Freiwilligkeit	220
	c) Informiertheit	221
	d) Vertraulichkeit / Verschwiegenheitspflicht	221
	e) Neutralität / Allparteilichkeit des Mediators	223
	f) Getrennte Gespräche (Caucus)	224
	2. Elemente und Prinzipien der Biografiearbeit	226
	a) Selbstbestimmung / Autonomie	226
	b) Freiwilligkeit	227
	c) Informiertheit / Ressourcenorientierung	227
	d) Vertraulichkeit / Verschwiegenheit	228

e) Haltung	229
f) Einzelarbeit	230
3. Verbindung der beiden Methoden	230
a) Gemeinsame Prinzipien	230
b) Vergangenheit – Gegenwart – Zukunft	231
c) Verbindungsformen	233
4. Einsatzmöglichkeiten im Kontext der Sozialer Arbeit	234
a) Trennung und Scheidung	234
b) Interkulturelle Konflikte	235
c) Konflikte am Arbeitsplatz	235
d) Beeinträchtigungen und Einschränkungen	235
e) Elder Mediation	235
5. Weitere Einsatzfelder außerhalb des Kontextes der Sozialen Arbeit	236
III. Wirkung und Zielsetzung	236
1. Mediation bleibt an der Oberfläche des Geschehens	236
2. Biografiearbeit eröffnet innere Handlungsräume	237
3. Brückenfunktion	237
IV. Abschließende Thesen	237

I. Grundlagen

Konflikte und Krisen haben immer eine Vorgeschichte. Konflikte und Krisen zwischen Menschen sind ein Spiegel der eigenen Biografie. Dies bedeutet nicht in erster Linie, dass wir für die Konflikte in die wir geraten persönliche Verantwortung haben, unsere Lebensgeschichte ist jedoch die Ursache dafür. Verantwortung tragen wir aber dafür, wie wir mit Konflikten und Krisen umgehen und sie lösen. Ein hilfreiches Element dazu kann die Auseinandersetzung mit unserer Lebensgeschichte sein.

Begreift man Konflikte als Zusammenwirken von subjektiven und objektiven Faktoren wird klar, dass nachhaltige Lösungen nur unter Einbeziehung beider Ebenen zu erzielen sind. Konflikteskalation geht mit Deformation der seelischen Funktionen einher.¹ Der Konflikt geht buchstäblich unter die Haut. Im Laufe der menschlichen Biografie kommt es immer wieder zur Konfrontation mit unseren inneren Licht- und Schattenseiten.² Diese Zerrissenheit der inneren Auseinandersetzungen tragen wir nach außen und lösen dadurch Konflikte mit unserem Umfeld aus.

Die Zusammenhänge zwischen Biografiearbeit und Mediation sollen in dieser Abhandlung auch unter rechtlichen Gesichtspunkten untersucht und dargestellt werden.

Mediation ist heute eine anerkannte und weit verbreitete Methode zur Konfliktlösung. Mediation als Methode der Vermittlung wurzelt in der Er-

1 Vgl. Glasl ZKM 2007, 103 (105).

2 Vgl. Glasl, S. 38.

kenntnis, dass Konflikte und Krisen nicht mit Macht und Gewalt, sondern nachhaltig oft nur durch Einbeziehung eines Mediators und aller Beteiligten gelöst werden können. Viele aktuelle Konflikte und Krisen zeigen uns, dass der Weg, um von dieser Erkenntnis ins Handeln zu kommen noch ein weiter Weg für die Menschheit ist.

Mediation blickt auf eine Jahrhunderte alte Geschichte zurück und ist in den unterschiedlichsten Kulturkreisen verwurzelt. Das Ende des Dreißigjährigen Krieges mit dem Westfälischen Frieden von 1648 wird der Intervention des Venezianers Alvise Contarini und seiner Rolle als Mediator zugeschrieben.³

Mediation, wie wir sie heute verstehen, ist in den 60er Jahren des letzten Jahrhunderts als Methode zur Beilegung unter anderem von Arbeitskämpfen in den USA entstanden. In den 70er Jahren wurde sie bereits in mehr als der Hälfte der US-amerikanischen Bundesstaaten in Sorge- und Umgangsrechtsverfahren als obligatorisches Verfahren etabliert.⁴

Die Idee hat ihren Weg nach Europa in den 1980er Jahren genommen. In den 90er Jahren hat sie in erster Linie im Familienrecht Verbreitung gefunden.⁵ Heute hat die Mediation Eingang in sämtliche Lebensbereiche und die damit verbundenen Themenfelder gefunden.

Am 26. Juli 2012 trat in Deutschland das „Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“, kurz MediationsG, in Kraft.⁶ Damit folgte Deutschland mit der gesetzlichen Regelung zur Mediation einer Reihe von europäischen Nachbarländern, wie z.B. der Schweiz (seit 2011) oder Österreich (seit 2004) nach.

Das MediationsG diente der Umsetzung der EU-Richtlinie 2008/52/EG vom 21.5.2008.⁷ Ausgehend von bestimmten Aspekten der Mediation in Zivil- und Handelssachen ist die Zielsetzung eine weitere Verbreitung der Mediation in der Europäischen Union. Trotz des in der EU-Richtlinie bestimmten Umsetzungsstermins zum 21.5.2011, kam das deutsche Gesetzgebungsverfahren nicht vor Juli 2010 durch den Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums in Gange. Gut zwei Jahre später wurden aber mit

3 Vgl. Duss-von Werdt, S. 33 ff.

4 Vgl. Marx, S. 66.

5 Vgl. Horstmaier, Rn. 6.

6 BGBl. I 2012, 1577.

7 Verfügbar unter EUR-Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0052> (letzter Abruf 8.6.2023).

dem MediationsG die außergerichtliche Mediation und der „freie Mediator“ durch die Eckpfeiler der gesetzlichen Regelung definiert und gestärkt.⁸

1. Offenheit des Mediationsverfahrens in rechtlicher und methodischer Hinsicht im Hinblick auf Biografiearbeit

a) Rechtliche Offenheit

Das MediationsG geht von einem umfassenden Mediationsbegriff aus und vermeidet eine Definition, welche das Verfahren einengen könnte. In § 1 MediationsG werden daher alle Vorgehensweisen erfasst, die im Rahmen eines vertraulichen und strukturierten Verfahrens mithilfe eines neutralen Dritten von den Parteien eigenverantwortlich und einvernehmlich zur Konfliktbeilegung durchgeführt werden. Dieser weite rechtliche Rahmen soll eine maximale Flexibilität für die unterschiedlichen Vorgehensweisen der verschiedenen Mediationstechniken ermöglichen. Er soll aber auch den Boden dafür bereiten, dass neue Techniken und Vorgehensweisen sich entfalten können, und Mediation sich dadurch als lebendiges Werkzeug zur Konfliktlösung weiterentwickeln kann. Dadurch entstehen vor allem für die interdisziplinäre Arbeit im Rahmen des Mediationsprozesses vielfältige Möglichkeiten.

Mediation findet aber dadurch nicht ohne rechtlichen Rahmen oder gar im rechtsfreien Raum statt. Dies gilt sowohl für die Inhalte als auch die Verfahrensstrukturen und erst recht für die vertraglichen Beziehungen der Beteiligten untereinander.

Die Verfahrensstrukturen mit einem eindeutigen Parteibegriff, der Strukturiertheit der Vorgehensweise sowie der Zielsetzung der einvernehmlichen Konfliktbeilegung, sind klare gesetzliche Vorgaben innerhalb derer Mediation im rechtlichen Sinne stattfindet.

Biografiearbeit als Methode verstößt nicht gegen oben näher ausgeführte rechtliche Offenheit der Mediation. Sie lässt sich daher im Rahmen von interdisziplinären Denkansätzen und Zusammenarbeit als Werkzeug in die Mediation integrieren.

8 Vgl. Harich, Bankinformation 08/2013, S. 72 f.

b) Methodische Offenheit der Mediation für Biografiearbeit

Mediation als strukturiertes Verfahren folgt in seinem Ablauf bestimmten Regeln. Im Laufe der letzten Jahrzehnte haben sich unterschiedliche Strömungen in der Mediation herausgebildet. Die Differenzierungen sind vordergründig aus dem jeweiligen Anwendungsfeld und dessen Bedürfnissen entstanden. Sie hängen aber in gleichem Maße mit dem Menschenbild und dem Verständnis der Methode der Mediation zusammen. Das Spektrum reicht vom lösungsfokussierten⁹ über den systemischen, bis zum transformativen¹⁰ Ansatz. Die Methoden versuchen der Tiefenstruktur der jeweiligen Konfliktsituation durch spezielle Ausrichtung der angewandten Mediationstechnik gerecht zu werden. Zur Struktur der Vorgehensweise haben sich unterschiedliche Phasen- bzw. Stufenmodelle entwickelt. Je nach Ausbildungsrichtung und Institut werden dabei zwischen vier und acht Phasen/Stufen der Mediation unterschieden.¹¹ Im Grunde greifen diese Techniken aber zu kurz. Sie bestehen aus einer Anordnung bzw. Reihenfolge von Kommunikationstechniken unter Berücksichtigung von verhaltenspsychologischen Reaktionen der Beteiligten, die ein Feld für gelingende Kommunikation im konkreten Konfliktfall eröffnet. Die Vielfalt der Techniken stellt praktisch einen großen Werkzeugkoffer dar, aus dem die einzelnen Elemente entnommen werden können. Ihnen gemeinsam ist jedoch, dass sie im Rahmen eines strukturierten Verfahrens stattfinden und je nach Themen- und Einsatzfeldern angepasst werden und variieren. Für die Parteien eröffnet sich dadurch ein Feld zur Lösung ihres Konfliktes. Mediation stößt aber dadurch zugleich an ihre Grenzen. Sie bleibt an der Oberfläche des Geschehens, obgleich sie doch Konfliktlösungen liefert.

Konflikte und Krisen sind ein Spiegel der eigenen Biografie. Die Arbeit mit und an biographischen Begebenheiten kann dadurch als weiterer Schlüssel zu Konfliktlösungen gesehen werden und eröffnet einen Zugang, der sich grundlegend von den herkömmlichen Mediationstechniken unterscheidet.

9 Vgl. Bush/Folger, S. 239 ff.

10 Vgl. Bush/Folger, S. 54 ff.

11 Vgl. Fritz/Pielsticker, Teil I § 1 Rn. 12.

2. Offenheit der Biografiearbeit im Hinblick auf den Einsatz im Rahmen eines Mediationsverfahrens

a) Traditionslinien der Biografiearbeit

Im Wesentlichen hat sich die Biografiearbeit aus drei Traditionslinien entwickelt.¹² Zum einen aus der Therapie und Psychologie mit den psychotherapeutischen Wurzeln aus den Feldern der Psychoanalyse, der humanistischen Psychologie und der Familientherapie.¹³ Als zweite Linie hat sich in der Erziehungs- und Sozialwissenschaft die Biografieforschung als Zweig entwickelt. Die dritte Traditionslinie der Biografiearbeit kommt aus den Geschichtswissenschaften. Es handelt sich hierbei um die Oral History, die mündliche Geschichte, die vor allem auf die Erwachsenenbildung und die Gemeinwesenarbeit großen Einfluss hat.¹⁴

b) Definition des Begriffs Biografiearbeit

Ingrid Miethe definiert in ihrem Lehr- und Handbuch für Biografiearbeit den Begriff wie folgt:

„Ausgehend von einem ganzheitlichen Menschenbild ist Biografiearbeit eine strukturierte Form der Selbstreflexion in einem professionellen Setting, in dem an und mit der Biografie gearbeitet wird. Die angeleitete Reflexion der Vergangenheit dient dazu, Gegenwart zu verstehen und Zukunft zu gestalten. Durch eine Einbettung der individuellen Lebensgeschichte in den gesellschaftlichen und historischen Zusammenhang sollen neue Perspektiven eröffnet und Handlungspotenziale erweitert werden.“¹⁵

Biografiearbeit stellt damit eine breite Vielfalt von Methoden dar und ist keine festgeschriebene Methode. Die beschriebenen Merkmale wie Struktur, Professionalität, Perspektiverweiterung und Handlungsoptionen finden wir auch in der Mediation. Auch der zeitliche Dreischritt: Vergangenheit – Gegenwart – Zukunft, findet sich im Mediationsverfahren, was später noch ausgeführt werden wird. Die Idee und das Menschenbild zeigen interessan-

12 Vgl. Miethe, S. 46.

13 Vgl. Miethe, S. 47.

14 Vgl. Miethe, S. 89.

15 Miethe, S. 24.

te Parallelen zu den Merkmalen und der Wirkungsweise der Mediation, insbesondere der transformativen Mediation.¹⁶ Die Verbindung von der Oberfläche des Konflikts zu den in der Biografie angelegten Wurzeln wird durch diese Parallelen überhaupt erst möglich.

c) Setting der Biografiearbeit im Rahmen der Mediation

Biografiearbeit kann auch als Einzelarbeit durchgeführt werden und so bei der Durchführung von Einzelsitzungen in den Mediationsprozess integriert werden. Biografiearbeit kann in einem formellen oder einem informellen Setting durchgeführt werden.¹⁷ Von formeller Biografiearbeit spricht man, wenn sowohl von Seiten des Teilnehmenden als auch von Seiten des Anleitenden eine bewusste Auseinandersetzung mit der Biografie stattfindet. Diese Art des angeleiteten Settings wird aber im Bereich der Mediation eher selten vorkommen, da eine Doppelrolle des Mediators als Prozessverantwortlicher im Mediationsprozess und als Begleiter im Biografieprozess problematisch ist. Die Rollenklarheit ist ein wesentlicher Wirkfaktor in der Mediation und darf daher durch überschneidende Rollenbilder nicht verwässert werden.

Zur Biografiearbeit wird auch ein Arbeitsfeld gezählt, in dem die Beschäftigung mit der Biografie eher informell stattfindet. Die Konfliktlösungssituation im Mediationsprozess ist nicht der eigentliche Anlass, sich mit der Biografie zu beschäftigen, sondern der Konflikt als solcher. Diese Situation kann genutzt werden, um biografische Aspekte in den Konfliktlösungskontext einzubringen. Auch wenn den Mediatoren oftmals nicht einmal bewusst ist, dass sie sich mit ihrer Biografie beschäftigen, kann dies doch durch die Anregung zur Selbstreflexion dazu führen, die Oberfläche des Konflikts zu verlassen und in tiefere Schichten der Ursachen vorzudringen. Dieser Perspektivwechsel von der Oberfläche in die tieferen Schichten des Konflikts eröffnet zusätzliche Lösungsansätze in der Mediation.

16 Vgl. Bush/Folger, S. 65 ff.

17 Vgl. Miethe, S. 31 f.

II. Elemente und Prinzipien

1. Elemente und Prinzipien der Mediation

Die nachfolgende Darstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Eine Reihe von weiteren Faktoren, wie z.B. räumliche und zeitliche Rahmenbedingungen und die Struktur des Mediationsverfahrens sind für eine gelingende Mediation notwendig. Die Arbeit beschränkt sich daher auf eine Auswahl prägender Merkmale der Mediation.

a) Eigenverantwortung/Selbstverantwortung der Parteien

In § 1 Abs. 1 MediationsG findet sich der Begriff der „Eigenverantwortlichkeit“. Der Mediator unterstützt die Beilegung des Konflikts, ist aber nicht für den Inhalt der Lösung des Problems zuständig. Diese ist von den Parteien selbst zu erarbeiten. Dahinter verbirgt sich der Gedanke, dass die Parteien schließlich die Experten ihres Konflikts sind und daher auch die Expertise haben, wie die Lösung auszusehen hat.

Hinsichtlich des Prinzips der Selbstverantwortung der Parteien wird zwischen der passiven und aktiven Mediation unterschieden.¹⁸ Bei der Lehre von der passiven Mediation enthält sich der Mediator jeglichen inhaltlichen Lösungsvorschlägen. Bei der aktiven Mediation zählt zu den Aufgaben des Mediators auch, dass er alle Beteiligten am Verfahren ausfindig macht und es ihm sogar möglich ist, größere Aktivitäten bis hin zur Einwirkung auf Lösungsvorschläge in das Verfahren einzubringen. Durch diese Vorgehensweise kann z.B. ein Machtungleichgewicht zwischen den Parteien besser ausgeglichen werden. Deswegen wird die aktive Mediation von vielen Mediatoren bevorzugt eingesetzt.¹⁹ Der Grad, mit dem sich der Mediator jeweils einbringt hängt von dessen Grundhaltung und der jeweils konkreten Situation der Mediation ab. Wenn die Mediation ins Stocken gerät und dies mit Kommunikationsmethoden nicht aufgelöst werden kann, besteht grundsätzlich die Möglichkeit zu versuchen, das Ziel mit inhaltlichen, sachdienlichen Vorschlägen anzusteuern.²⁰

18 Vgl. Kracht, § 13 Rn. 105.

19 Vgl. Kracht, § 13 Rn. 104.

20 Vgl. Horstmaier, Rn. 243.

Das in § 2 Abs. 1 MediationsG enthaltene Recht der Parteien zur Auswahl des Mediators stellt ein weiteres Merkmal der Eigenverantwortung dar. Die Auswahl erfolgt aber nicht immer in Eigeninitiative, sondern auch durch vorgeschlagene Mediatoren.²¹ In der Praxis ist dies häufig bei innerbetrieblicher Mediation der Fall. Hier hat der Arbeitgeber ein Interesse daran, dass der Konflikt unter Mitarbeitern gelöst wird. Im Güterichterverfahren gem. § 278 Abs. 5 ZPO, auch als gerichtsinterne Mediation bezeichnet, wird die Eigenverantwortung sogar durch die Bestimmung des Gerichts zu einem Güteversuch durchbrochen, wenn auch in der Praxis meist die Zustimmung der Beteiligten eingeholt wird. Im Familienrecht findet sich im Vermittlungsverfahren nach §§ 156, 165 FamFG bei Kindschaftssachen für das Mediationsverfahren vor dem Güterichter nach § 36 Abs. 5 FamFG ebenfalls ein Anwendungsfeld. Das Mediationsverfahren ist für die Beteiligten in diesem Fall sogar kostenfrei und führt im Falle eines Vergleichs zu geringeren Gerichtsgebühren.²² Die Parteien können jedoch den vorgeschlagenen Mediator ablehnen, was im Ergebnis bedeutet, dass eine Mediation nicht stattfindet und das Prinzip der Eigenverantwortung, wenn auch im negativen Sinne, wieder hergestellt wird. Wenn die Parteien sich dennoch für den vorgeschlagene Mediator entscheiden, kann auch von einer konkludenten eigenverantwortlichen Auswahl gesprochen werden.²³

Den genannten Verfahrensvorschriften folgt zudem mit § 278a ZPO bzw. § 36a FamFG eine weitere Norm, welche die Eigenverantwortung der Parteien dadurch hervorhebt, dass das Streitgericht hinsichtlich einer außergerichtlichen Mediation lediglich ein Vorschlagsrecht hat und die Entscheidung bei den Parteien liegt. Bei Annahme des Vorschlags ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an (§ 278a Abs. 2 ZPO) bzw. in Familiensachen dessen Aussetzung (§ 36a Abs. 2 FamFG) an.

Wie die unterschiedlichsten Strömungen der Bürgerinitiativen und die Fortentwicklung der Zivilgesellschaft erkennen lassen, sind immer mehr Menschen bereit, sich aktiv um ihre Anliegen zu kümmern. Diese lässt sich auch im Umgang mit eigenen Konflikten beobachten. Daher ist die Verantwortungsübernahme der Parteien für die Lösung ihrer Konflikte durch Mediation folgerichtig und zeitgemäß. Für seine Konflikte Eigenverantwortung zu übernehmen und die Lösungen in Selbstverantwortung zu

21 Vgl. Fritz/Pielsticker, Teil 1 § 2 Rn. 7.

22 Vgl. Schmidt, Christopher: Familienrecht und Einführung in das Zivilrecht, 2. Aufl. Stuttgart 2021, Rn. 1097.

23 Vgl. Fritz/Pielsticker, Teil 1 § 2 Rn. 11.

suchen, entspricht dem Zeitgeist und ist eines der Grundprinzipien der Mediation.

b) Freiwilligkeit

Das Prinzip der Freiwilligkeit beinhaltet, dass die Parteien sich ohne äußeren Zwang für das Mediationsverfahren entscheiden und gemeinsam mit dem Mediator eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. In § 1 Abs. 1 MediationsG wird dieses Prinzip an erster Stelle genannt. Der Freiwilligkeit stehen die Regelungen des § 278 Abs. 5 ZPO und §§ 156, 165 FamFG nicht entgegen, in denen die Mediation den Parteien auferlegt wird, zumal der Güterichter nicht auf die Mediation beschränkt ist. Entscheidend ist, dass das Mediationsverfahren freiwillig durchgeführt wird.²⁴

Die Freiwilligkeit wird auch relevant, wenn zwischen den Parteien ein starkes Machtgefälle herrscht. Dies kann in Fällen von starker wirtschaftlicher oder ausgeprägter psychischer Abhängigkeit der Parteien der Fall sein. Bei arbeitsrechtlichen Konflikten, bei denen der Arbeitgeber Mitarbeiter in eine Mediation schickt, steht das Thema der Freiwilligkeit oft im Raum. Auch wenn Minderjährige im Rahmen einer Familienmediation oder Schulmediation²⁵ eingebunden sind, muss der Mediator dieses Thema sensibel angehen. Es gehört gem. § 2 Abs. 2 MediationsG ausdrücklich zu seinen Aufgaben, dass er sich vergewissert, dass die Parteien freiwillig an der Mediation teilnehmen. Praktisch gehört dazu, dass dieses Thema bei entsprechenden Konstellationen aktiv vom Mediator angesprochen wird.

Die Regelung in § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG, wonach die Parteien die Mediation jederzeit beenden können, unterstreicht den Gedanken der Freiwilligkeit nochmals deutlich. Das Recht und die Möglichkeit der Parteien auf jederzeitige Beendigung bedeutet, dass die Parteien bei jedem Schritt im Mediationsprozess darüber eigenständig entscheiden können, ob sie weiterhin an der Mediation teilnehmen wollen.

Letztlich ist auch das Recht der Beteiligten, die Mediation jederzeit zu beenden, ein Ausdruck der Selbstverantwortung der Parteien für den Mediationsprozess.

²⁴ Vgl. Hinrichs, S. 40 f. (Rn. 66).

²⁵ Vgl. Hinrichs, S. 41 (Rn. 67).

c) Informiertheit

Das Prinzip der Informiertheit besagt, dass die Parteien Kenntnis und Überblick über die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Sachverhalte haben müssen, die ihren Konflikt betreffen und die bei der Einigung im Wege des Mediationsverfahrens Berücksichtigung finden. Der Grundsatz ist nicht wörtlich im MediationsG aufgeführt.²⁶ Er findet sich aber in § 2 Abs. 6 S. 1 MediationsG, der dem Mediator vorgibt, dass im Falle einer Einigung darauf hinzuwirken ist, dass die Parteien die Vereinbarung in Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen.

Dies bedeutet zunächst einmal, dass Mediation nicht auf der Basis ungeklärter Sachverhalte und Herrschaftswissen einer einzelnen Partei stattfindet. Zudem findet Mediation nicht in einem rechtsfreien Raum statt. Dies bedeutet die juristische Durchdringung zu den wesentlichen Punkten des betroffenen Lebenssachverhaltes. Bei Trennungs- und Scheidungssachen bedeutet dies, dass die Parteien z.B. über Themen wie Unterhalt, Zugewinnausgleich, Sorge- und Umgangsrecht ausreichend informiert sind. Die Aufgabe des Mediators ist es, dazu beizutragen, dass alle tatsächlich relevanten Punkte den Parteien bekannt sind. Dazu muss er auf Informationsdefizite hinweisen, diese benennen und Impulse setzen, damit diese abgebaut werden.²⁷ So z.B. durch die Empfehlung an die Parteien, zu bestimmten Punkten Rechtsrat einzuholen oder erforderliche Informationen beizubringen. Bei Anwaltsmediatoren versuchen Parteien immer wieder Rechtsrat zu ihrem Konflikt zu erhalten. Bei der Weitergabe von Informationen bzw. bei der Einbringung von Fachwissen des Mediators ist darauf zu achten, dass die Neutralität bzw. die Vertraulichkeit gewahrt bleibt. Die Frage des Mediators vor jeder neuen Sitzung, ob sich an den tatsächlichen Umständen seit dem letzten Termin etwas verändert hat, d.h. ob Statusveränderungen stattgefunden haben, ist ebenfalls Ausfluss des Prinzips der Informiertheit der Parteien.

d) Vertraulichkeit / Verschwiegenheitspflicht

In § 1 Abs. 1 MediationsG ist die Vertraulichkeit des Verfahrens als wesentliches Prinzip der Mediation festgehalten. Vertraulichkeit beinhaltet

26 Vgl. Kracht, § 13 Rn. 114.

27 Vgl. Kracht, § 13 Rn. 116.

verschiedene Wirkungsweisen und Anwendungsbereiche. Zunächst trägt die Zusicherung von Vertraulichkeit dazu bei, dass eine vertrauensvolle Arbeitsatmosphäre für alle Beteiligten geschaffen wird. Die Mediation soll in einem geschützten Raum stattfinden, der es den Parteien ermöglicht, die für die Lösung notwendigen Umstände, Bedürfnisse und Tatsachen zu offenbaren. Ein wichtiger Zweck der Vertraulichkeit besteht darin, dass Informationen, die im Rahmen des Mediationsverfahrens offengelegt werden, nicht bei anderer Gelegenheit verwendet werden. Insbesondere beim Scheitern der Mediation besteht die Gefahr, dass diese in einem streitigen Verfahren Verwendung finden. Der Mediator ist gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 MediationsG zur Verschwiegenheit verpflichtet. Im Zivilprozess leitet sich daraus für alle Beteiligte am Mediationsverfahren, auch für am Verfahren teilnehmende Hilfspersonen, wie z.B. Mitarbeiter des Mediators, ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO ab. Der Mediator steht damit unabhängig von seinem Quellberuf auf einer Stufe mit Berufsgruppen wie Rechtsanwälten, Notaren oder auch Sozialarbeitern und Drogenberatern.²⁸ Im Strafprozess werden die Berufsgeheimnisträger in § 53 StPO jedoch enumerativ aufgezählt – und in dieser Aufzählung wird der Mediator nicht erwähnt. Daher entsteht hier für Mediatoren, deren Grundberufe nicht ausdrücklich über ein strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht verfügen, eine Schutzlücke.²⁹

Ausnahmen von der Pflicht zur Verschwiegenheit werden durch § 4 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 bis 3 MediationsG geregelt. Insbesondere bei Kindeswohlgefährdung oder schwerwiegender physischen oder psychischen Beeinträchtigungen von Personen gilt die Verschwiegenheitspflicht nicht. Nach § 4 S. 4 MediationsG hat der Mediator die Parteien über den Umfang seiner Verschwiegenheitspflicht zu informieren.

Die Verschwiegenheitspflicht des MediationsG erstreckt sich nicht automatisch auf die Parteien oder auf zum Verfahren hinzugezogener Dritter.³⁰ Grundlage für die Vertraulichkeitsverpflichtung der Parteien ist daher der Mediationsvertrag. In der darin enthaltenen Vertraulichkeitsabrede verpflichten sich die Parteien gegenseitig zur Vertraulichkeit. Weiterer Inhalt dieser Abrede sollte sein, dass der Mediator und seine Hilfspersonen nicht von den Parteien von ihrer Schweigepflicht entbunden werden können.

28 Vgl. Kracht, § 13 Rn. 126.

29 Vgl. Kracht, § 13 Rn. 128.

30 Vgl. Fritz/Pielsticker, Teil 1 § 1 Rn. 18.

Auch der Europäische Verhaltenskodex für Mediatoren³¹ enthält in Nr. 3.1. Abs. 2 und Nr. 4 Regelungen zur Vertraulichkeit.

e) Neutralität / Allparteilichkeit des Mediators

Entsprechend der Definition in § 1 Abs. 2 MediationsG ist ein Mediator „eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.“ Und nach § 2 Abs. 3 S. 1 MediationsG ist er „allen Parteien gleichermaßen verpflichtet.“

Die Neutralität des Mediators wird durch sein Verhalten und die Wahrnehmung der Parteien bestimmt. Wenn eine Partei den Eindruck hat, dass der Mediator sie benachteiligt und gleichzeitig die andere Partei bevorzugt, wird das Vertrauensverhältnis beeinträchtigt und die Arbeitsfähigkeit in Frage gestellt. Das Gefühl einer Partei, ungerecht behandelt zu werden, führt häufig zum Abbruch des Mediationsverfahrens. Dabei kommt es nicht darauf an, wie der Mediator tatsächlich vorgeht, sondern ausschließlich drauf, welchen Eindruck er bei der Partei hinterlässt.

Der Begriff der Neutralität besteht aus zwei Komponenten.³² Zum einen geht es um den Eindruck und das Auftreten des Mediators als Person, also um seine persönliche Integrität. Die in § 3 MediationsG festgelegten Offenbarungspflichten und Tätigkeitsbeschränkungen beschreiben Situationen, welche die Unabhängigkeit und Neutralität des Mediators beeinträchtigen können. Ob das Vorliegen bestimmter Umstände durch ausdrückliche Zustimmung der Parteien geheilt werden kann, sollte zumindest unter dem Gesichtspunkt der Authentizität und des jeweiligen persönlichen Rollenverständnisses situationsbedingt durch den Mediator genau überlegt werden. Die Nähebeziehung zu einer Partei, sei sie strukturell, formell oder emotional bedingt, ist regelmäßig kaum zu überwinden. Selbst die Offenlegung und Zustimmung durch die Parteien kann den emotionalen Grenzbereich zwischen Vertrauen und Misstrauen in vielen Fällen nicht wirklich überbrücken. Es bleiben Zweifel an der Person des Mediators, die eine gelingende Mediation verhindern können.

Der zweite Gesichtspunkt ist die Wahrnehmung der Prozessverantwortung durch den Mediator. Für die Durchführung des Verfahrens unter Wahrung der Neutralität ist weniger die Persönlichkeit des Media-

31 Verfügbar unter https://e-justice.europa.eu/63/DE/eu_rules_on_mediation (letzter Abruf 8.6.2023).

32 Vgl. Kracht, § 13 Rn. 30 ff.

tors als vielmehr seine Fähigkeit zur strukturierten Durchführung der Mediation maßgeblich. Hierzu trägt vor allem bei, dass der Mediator den Ablauf der Mediation für die Parteien transparent macht und sich während des Verfahrens immer wieder vergewissert, dass die Parteien die Schritte vertrauensvoll mitgehen können. Dazu gehört z.B. auch, dass bereits im Mediationsvertrag das allseitige Einverständnis dazu, getrennte Gespräche mit den Parteien führen zu können, dargelegt und eingeholt wird. Regeländerungen oder Regelergänzungen während des Verfahrens führen zu Irritation und zum Verlust des Vertrauens in die Neutralität des Mediators.

Der Begriff der Allparteilichkeit besagt, dass der Mediator allen Parteien gleichermaßen verpflichtet ist. Das Engagement des Mediators, eine einvernehmliche Beilegung des Konflikts zu erreichen, wird beiden Parteien zuteil. Dabei spielen jedoch die individuellen Interessen der einzelnen Parteien für den Mediator keine Rolle. Man könnte auch von einer Engagiertheit des Mediators sprechen, die sich aber inhaltlich nicht an den Interessen der Parteien orientiert. Er handelt also mit einer Art interessenslosen Engagiertheit mit absoluter Fokussierung auf die Lösung des Konflikts.

Die Haltung des Mediators ist dabei von Empathie, Offenheit und Neugier geprägt. Respekt, Geduld, Wertschätzung und Transparenz unterstützen das professionelle Handeln.

f) Getrennte Gespräche (Caucus)

Nach § 2 Abs. 3 S. 3 MediationsG kann der Mediator „im allseitigen Einverständnis getrennte Gespräche mit den Parteien führen.“ Einsatz und Umfang dieser Art der Gesprächsführung werden in der Mediationsliteratur unterschiedlich beschrieben und waren zum Teil umstritten.³³ Dabei wird in der Literatur überwiegend der Begriff des Einzelgesprächs benutzt.³⁴ Teilweise wird der amerikanische Begriff „Caucus“ oder „Caucusing“ benutzt, der auch im Zusammenhang mit Shuttle-Mediation benutzt wird und eine gewisse Unschärfe hinsichtlich des Einsatzes und der Vorgehensweise des Mediators in sich trägt.³⁵

Beim Einsatz dieser Methode ist zum einen darauf zu achten, dass ein allseitiges, von jeder Partei gegebenes Einverständnis vorliegt. Sinnvoller-

33 Vgl. Fritz/Pielsticker, Teil 1 § 2 Rn. 127.

34 Vgl. Fritz/Pielsticker, Teil 1 § 2 Rn. 124.

35 Vgl. Haft/Schlieffen/Blasweiler, § 21 Rn. 8 f.

weise ist dieses Einverständnis bereits vor Beginn der Mediation einzuholen und im Mediationsvertrag zu verankern, damit es zu keinen Irritationen bei den Parteien kommt. Dabei ist es wichtig, die Parteien im Vorfeld umfassend über die Vorgehensweise zu informieren, und auf Ihre Bedenken und Erwartungen einzugehen. Auch der Hinweis, dass Einzelgespräche in jeder Phase der Mediation stattfinden können,³⁶ trägt dazu bei, dass die Parteien im weiteren Ablauf des Mediationsverfahrens das Vertrauen in den Mediator nicht verlieren. Der Nutzen von Einzelgesprächen kann darin liegen, den Parteien zu ermöglichen, sich zu bestimmten Punkten zu äußern und zu öffnen. Wenn der Mediator durch bestimmte Verhaltens- und Kommunikationsmuster erkennt, dass eine Partei eine „hidden agenda“ verfolgt und dadurch ein Hindernis für den weiteren Verfahrensverlauf aufgebaut wird, kann ein Einzelgespräch als Intervention dazu eingesetzt werden, diesen Widerstand zu überwinden. Auch in Fällen von starkem Machtungleichgewicht oder gar offener Dominanz einer Partei eröffnet das Einzelgespräch Möglichkeiten, die Mediation durchzuführen.³⁷

Allerdings muss der Mediator beim Einsatz von Einzelgesprächen die Grundsätze und Prinzipien der Mediation wie die Informiertheit, die Vertraulichkeit und Allparteilichkeit und Neutralität beachten.³⁸ Das bedeutet, dass er sich bewusst sein muss, dass ein Einzelgespräch eine Reihe von erheblichen Risiken mit sich bringt. Durch die räumliche Trennung der Parteien entsteht zusätzliche Distanz, weil keine direkte Kommunikation stattfindet und damit die unmittelbare Wahrnehmung von Reaktionen der anderen Seite unterbunden wird.³⁹ Der Mediator selbst hat stärker zu achten, wie er von den Parteien wahrgenommen wird, weil diese die Situation des Einzelgesprächs häufig dazu nutzen wollen, ihn zu beeinflussen und auf ihre Seite zu ziehen. Die Kommunikationsstruktur der Einzelgespräche kann Unsicherheit bei allen Beteiligten auslösen, welche Informationen letztlich aus dem Einzelgespräch weitergegeben werden. Der Mediator übernimmt damit ein Stück Inhaltsverantwortung, die ohne Einzelgespräche ausschließlich bei den Parteien liegt. Dadurch können Zweifel an seiner Allparteilichkeit und Neutralität aufkommen.⁴⁰

36 Vgl. Haft/Schlieffen/Gläßer, § 15 Rn. 67.

37 Vgl. Gläßer/Kublik ZKM 2011, 89 (90).

38 Vgl. Horstmaier, Rn. 246.

39 Vgl. Gläßer, § 15 Rn. 69.

40 Vgl. Gläßer, § 15 Rn. 69.

2. Elemente und Prinzipien der Biografiearbeit

Hinsichtlich der Prinzipien der Biografiearbeit kann auf die einschlägige Literatur verwiesen werden.⁴¹ Gleiches gilt für ethische Mindeststandards.⁴² Wichtige Rahmenbedingungen wie räumliche und zeitliche Aspekte sind wesentliche Faktoren für eine gelingende Biografiearbeit.⁴³ Die nachfolgend dargestellten Elemente und Prinzipien erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Insbesondere soll auf solche Punkte eingegangen werden, die im vorigen Abschnitt als wesentliche Elemente und Prinzipien der Mediation dargestellt und beschrieben wurden.⁴⁴

a) Selbstbestimmung / Autonomie

Die Beschäftigung mit den eigenen Erlebnissen und den sich daraus ergebenden Lebenslinien ist zunächst eine höchstpersönliche Angelegenheit. Die Entscheidung, sich seinen Erinnerungen zu stellen und sich damit zu beschäftigen, ist Ausfluss von Eigenständigkeit und Autonomie. Wenn Menschen dies wollen, obliegt es ihnen unabhängig von Alter, des Gesundheitszustand und sozialen Verhältnissen, in welchem Umfang sie sich hierauf einlassen, ganz gleich, inwieweit die Erinnerungen tatsächlich Aufzeichnungen der objektiven Ereignisse der Vergangenheit sind oder lediglich einen Speicher des emotionalen Erlebens darstellen. Biografie ist immer Erzählung eines Menschen von sich. Sie ist nicht zwangsläufig Realität. In der Erinnerung wird Realität konstruiert.⁴⁵ Ob es um Vergessen oder Verschweigen geht, um Verdrängen oder Annehmen, der Teilnehmende an der biografischen Arbeit bestimmt autonom und selbstbestimmt darüber, wie weit er sich auf die Methode einlassen will oder einlassen kann. Die Arbeit mit der eigenen Biografie kann zwar mit vielerlei Mitteln angeregt oder unterstützt werden, der Beginn und die weitere Beschäftigung mit den persönlichen Erinnerungen und persönlichen Themen ist immer eine Entscheidung des Einzelnen. Es bleibt seine Entscheidung, ob und welche Inhalte offengelegt werden.

41 Vgl. Klingenberger/Ramsauer, S. 79 f.

42 Vgl. Hölzle/Jansen, S. 28 f.

43 Vgl. Miethe, S. 36.

44 Dazu s.o. unter 1.

45 Vgl. Ruhe, S. 19.

b) Freiwilligkeit

Biografiearbeit sollte daher grundsätzlich auf Freiwilligkeit beruhen und ohne direkten oder indirekten Zwang bzw. Druck stattfinden.⁴⁶ Die Bereitschaft, sich zu öffnen und höchstpersönliche Informationen über sich preiszugeben, ist sozusagen die „Eintrittskarte in das Miteinander“⁴⁷ für den Biografieprozess.

Kritisch zu hinterfragen ist die Freiwilligkeit im Bereich der Sozialen Arbeit, der Pflege und der Heilpädagogik. Hier arbeiten professionelle Fachkräfte oft im Rahmen von Zwangskontexten und mit durch Institutionen vorgegebene Maßnahmen.⁴⁸ Beispielhaft kann eine solche Situation in der ambulanten Jugendhilfe gegeben sein. Ein Pflicht- oder Zwangskontext entsteht, wenn das Jugendamt die Familie zu einer Zusammenarbeit mit einem professionellen Helfer auffordert, weil ein bestimmtes Verhalten der Familie im Hinblick auf das Kindeswohl nicht mehr als angemessen betrachtet wird.⁴⁹ Hier sind besondere Herausforderungen für den Professionellen im Hinblick auf Motivation und Freiwilligkeit zu beachten. Insoweit ist es in den entsprechenden Bereichen empfehlenswert, den Zwangskontext zu thematisieren und mit den Betroffenen auszuhandeln, ob und unter welchen Voraussetzungen Biografiearbeit trotzdem stattfinden kann.⁵⁰

c) Informiertheit / Ressourcenorientierung

Grundsätzlich sind die Grenzen und Möglichkeiten von Biografiearbeit dem Teilnehmer vor Beginn der Zusammenarbeit offenzulegen. Dazu gehören ggf. auch Ausführungen darüber, ob informelle oder formelle Biografiearbeit durchgeführt werden soll. Bei formeller Biografiearbeit gehören auch Informationen über Impulse und Methoden, die zur Arbeit verwendet werden sollen, dazu. Die Abgrenzung zu anderen Methoden wie z.B. Lebenshilfe, Coaching, Beratung und weiteren Hilfestellungen durch Dritte sollte im Einzelfall ebenfalls angesprochen werden, wenn Anlass dazu gegeben ist. Transparenz zum Verfahren und zu den vorliegenden Rahmenbedingungen, auch über die geplante Dauer der Arbeit, sind wesentliche Faktoren für gelingende Biografiearbeit.

46 Vgl. Miethe, S. 37.

47 Röhrbein, S. 52.

48 Vgl. Miethe, S. 37 f.

49 Vgl. Klink Systema 2013, 223 ff.

50 Vgl. Miethe, S. 38.

Biografiearbeit entsteht mit und durch die Lebensgeschichte der Beteiligten. Sie arbeitet damit, was der Einzelne in den Prozess einbringen kann. Damit ist zugleich die psychische Belastbarkeit des Teilnehmenden ein limitierender Faktor.⁵¹ Biografiearbeit orientiert sich an den Erfolgen, Potenzialen und Kompetenzen der Teilnehmenden.⁵² Es werden die konkret vorliegenden Möglichkeiten erkundet und vorhandene Ressourcen genutzt. Der Fokus ist also auf die Chancen und Möglichkeiten ausgerichtet und nicht auf die Hindernisse und Schwierigkeiten des Prozesses.

Die Erwartungshaltung der Teilnehmer ist von individuellen Vorstellungen geprägt. Daher ist es notwendig, die Erwartungen an die Biografiearbeit und deren Grenzen vor Beginn zu besprechen und zu klären.

Dies gilt in erhöhtem Maße in dem hier beschriebenen Kontext im Zusammenwirken mit Mediation. Diese Verbindung ist den Teilnehmenden eher fremd und es bedarf hier einer klaren Abgrenzung zu dem sonst geläufigen Begriffsverständnis der Biografiearbeit. Der Fokus auf die Vorgeschichte des aktuellen Konflikts und seinen potenziellen Wurzeln in der Vergangenheit unterscheidet sich deutlich von dem sonst geläufigen ganzheitlichen Verständnis der Biografiearbeit. Dieser Unterschied ist den Teilnehmenden offenzulegen, um falschen Erwartungen vorzubeugen.

d) Vertraulichkeit / Verschwiegenheit

Vertraulichkeit über die persönlichen Daten und Erzählungen der Teilnehmenden ist ebenfalls ein zentraler Arbeitsgrundsatz. Bei der Einzelarbeit in der Zweier-Konstellation, aber auch innerhalb der Gruppe darf nichts den geschützten Raum verlassen. Dafür tragen alle Beteiligten die Verantwortung. Bei Biografiearbeit in Heimeinrichtungen kann die Versuchung groß sein, erhaltene Informationen an Arbeitskollegen weiterzugeben, um ggf. mit den Betroffenen besser pflegerisch oder pädagogisch arbeiten zu können.⁵³ Doch gilt die Pflicht zur Verschwiegenheit auch gegenüber Institutionen und Einrichtungen und dürfen keine Querinformationen ausgetauscht werden. Im Bereich der Sozialen Arbeit kann die Verschwiegenheitsregel dazu führen, dass bestimmte Hilfestellungen von anderen Professionellen nicht gegeben werden können, weil ihnen die notwendigen Informationen über den Teilnehmenden fehlen. Wenn es hier nicht gelingt das Einver-

51 Vgl. Miethe, S. 38.

52 Vgl. Klingenberger, S. 79 f.

53 Vgl. Miethe, S. 39.

ständnis des Betroffenen zu erhalten, ist dies hinzunehmen, selbst wenn es zum Nachteil des Betroffenen ist.

Wie bereits oben zur Vertraulichkeit in der Mediation ausgeführt, kann es auch bei der Biografiearbeit im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe Situationen geben, die zum Schutz eines Kindes (Gefährdung des Kindeswohls) zu einer Durchbrechung des Grundsatzes der Verschwiegenheit führen können. Daher sollte mit Kindern zu Beginn der Biografiearbeit, z.B. im Rahmen der Erstellung eines Hilfeplans nach § 36 SGB VIII, auch besprochen werden, dass diese Situation eintreten kann und man dann zu seinem Schutz Informationen weitergeben muss.⁵⁴ Bis auf diese Ausnahme ist absolute Verschwiegenheitspflicht aber die Grundlage für das Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Gegenübers⁵⁵ und damit für die Biografiearbeit unerlässlich.

e) Haltung

Professionelle Biografiearbeit durchführen zu können, setzt eine bestimmte Haltung voraus. Die professionelle Fachkraft sollte eigene Erfahrungen mit ihrer Geschichte und Biografie gemacht haben. Sie sollte in sich gefestigt und für die Arbeit mit Menschen bereit sein. Dazu ist sowohl kognitive als auch emotionale und soziale Empathie erforderlich. Der Umgang mit den Teilnehmern sollte von Interesse und Neugier, aber auch von Respekt, Wertschätzung und Geduld geprägt sein.⁵⁶ Dazu gehört, dass die von den Teilnehmern eingebrachten Themen und Erzählungen in keiner Weise bewertet oder kritisch kommentiert werden. Wichtig ist ein ressourcenorientierter Umgang mit den Teilnehmern und die Stärkung ihres Selbstwerts und ihres Empowerments. Ethische Grundlagen für Biografiearbeit sind Eigenschaften wie Zuverlässigkeit, Vertraulichkeit, Sensitivität und Reflexivität.⁵⁷

Des weiteren erfordert Biografiearbeit ein strukturiertes Vorgehen, vertrauensschaffende Transparenz und eine prozessorientierte Arbeitsweise, die so flexibel ist, dass sie auf die Themen der Teilnehmer eingehen kann.⁵⁸

54 Vgl. Miethe, S. 39.

55 Vgl. Klingenberger, S. 79 f.

56 Vgl. Röhrbein, S. 52.

57 Vgl. Röhrbein, S. 53.

58 Vgl. Miethe, S. 41.

f) Einzelarbeit

Einzelarbeit und Gruppenarbeit sind die beiden Formen, in denen Biografiearbeit durchgeführt wird. Einzelarbeit wird häufig im Bereich der Kinder und Jugendhilfe, z.B. bei der Arbeit mit Pflegekindern eingesetzt, aber auch in Einrichtungen der Hilfe für Menschen mit Behinderungen oder in der Altenarbeit. Dabei können persönliche und schwierige Themen eher angesprochen werden und die Teilnehmer erhalten die volle Aufmerksamkeit.⁵⁹ Biografiearbeit in Form der Einzelarbeit bewegt sich oft im Grenzbereich zur Beratung, dabei kann ein enges Verhältnis zwischen Teilnehmern und Professionellen entstehen.⁶⁰ In Kombination mit der Mediation ist Einzelarbeit die einzig mögliche Arbeitsform.

3. Verbindung der beiden Methoden

a) Gemeinsame Prinzipien

Wie die obigen Ausführungen zeigen, bestehen zwischen Biografiearbeit und Mediation im Hinblick auf die den beiden Methoden zugrundeliegenden Elemente und Prinzipien verschiedene Gemeinsamkeiten. Beide Methoden gehen von der Selbstverantwortung und Autonomie der Teilnehmenden aus und bestärken diese in ihrer Selbstwirksamkeit. Freiwilligkeit der Teilnahme und der dadurch mögliche Zugriff auf vorhandene Ressourcen finden sich ebenso in beiden Methoden wieder wie Vertraulichkeit. Durchgeführt werden Mediation und Biografiearbeit mit einer den Menschen zugewandten Haltung, verbunden mit der Fähigkeit, die jeweilige Methode sicher und strukturiert durchzuführen. Das daraus entstehende Vertrauen der Teilnehmer ist ein wesentlicher Erfolgsfaktor. Die Möglichkeit, im Rahmen der jeweiligen Verfahrensregeln Einzelgespräche bzw. Einzelarbeit durchführen zu können, ist eine weitere Gemeinsamkeit.

Während die Biografiearbeit weitgehend ohne formale Vereinbarungen in Schriftform stattfindet, ist dagegen der Abschluss eines entsprechenden Vertrages zur Durchführung der Mediation üblich. Bei einer Kombination von Biografiearbeit mit der Mediation werden die gemeinsamen Prinzipien für beide Verfahren verbindlich im Mediationsvertrag festgehalten. Dadurch wird auch die Biografiearbeit gestärkt.

59 Vgl. Miethe, S. 32 f.

60 Vgl. Miethe, S. 33.

b) Vergangenheit – Gegenwart – Zukunft

Mediation findet in einer zeitlichen Verschränkung, einem Schnittpunkt von Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft statt.

In Bezug auf die Vergangenheit bedeutet dies, dass die Ereignisse und Handlungen geschehen und nicht mehr rückgängig zu machen sind. Vergangenheit ist unumkehrbar und die Verantwortung für stattgefundenes Tun oder Unterlassen liegt bei den Akteuren. Vergangenheit kann in ihrer Verschiedenheit zu beabsichtigten aber nicht stattgefundenen alternativen Handlungen nur akzeptiert werden. Diese Haltung zu dem Geschehenen und die dadurch entstandene Verantwortung müssen von den Beteiligten letztlich akzeptiert werden, um überhaupt Zugang zur Mediation zu bekommen.

Die Haltung in der Gegenwart in Bezug auf das weitere Verhalten gegenüber den am Konflikt Beteiligten ist ein weiterer Ankerpunkt für die Mediation. Aufgrund seiner Selbstbestimmung und Autonomie entscheidet sich der Mediand dafür, an der Konfliktlösung aktiv mitzuwirken und sich mit Hilfe des Mediators auf den Versuch einer Lösung einzulassen. Maßgeblich dafür ist die Bereitschaft, mit Wertschätzung und Respekt an einem Mediationsverfahren teilzunehmen; dies ohne Vorbedingungen und unter Akzeptanz der Prozessverantwortung des Mediators. Erst wenn sich die Konfliktparteien auf das in der Gegenwart stattfindende Verfahren vorbehaltlos und aktiv einlassen, kann die Perspektive auf die Zukunft gerichtet werden. Über den Wechsel von den Standpunkten zu den gemeinsam erarbeiteten Interessen entsteht der Lösungsraum für eine nachhaltige und zukunftsfähige Konfliktlösung. Zur Veranschaulichung wird auf die nachfolgende Abbildung verwiesen.

Mediation im Schnittpunkt von....



Abb.: Mediation im Schnittpunkt von Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft (eigene Darstellung)

Biografiearbeit und das Gespräch mit dem Teilnehmer werden als eine Reise durch das Leben verstanden.⁶¹ Auch sie bewegt sich in den drei Zeitdimensionen Gegenwart, Vergangenheit und Zukunft.

Dabei sucht Biografiearbeit nach Zusammenhängen in der Zeit. Sie beginnt in der Gegenwart. Von diesem Ausgangspunkt und dem aktuellen konkreten Anliegen erfolgt ein Rückblick in die Vergangenheit. Durch reflektierendes Verstehen dieser rückwärtsgewandten Perspektive und der dabei gemachten Lebenserfahrung wird Bewusstsein für das eigene Handeln geschaffen. Dieses Bewusstsein für die eigene Selbstwirksamkeit ermöglicht es, die aktuelle Situation anders zu betrachten. Ausgehend von dieser, anders wahrgenommenen Gegenwart, eröffnen sich neue Handlungsmöglichkeiten für die Gestaltung der Zukunft. Dem Teilnehmer wird dabei vermittelt, welches Potenzial die eigenen Ressourcen darstellen; es entsteht Zuversicht und Gestaltungskraft mit Blick auf die eigene Zukunft.

Dieses Durchstreifen der Zeiträume im Wege eines strukturierten Vorgehens stellt erneut eine Parallele zwischen Biografiearbeit und Mediation dar. Das Zusammenwirken von Reflexion der Vergangenheit, Wahrneh-

61 Vgl. Röhrbein, S. 58 f.

mung der gegenwärtigen Situation und Ausblick auf die Zukunft mit dem damit verbundenen Perspektivwechsel mobilisiert in beiden Methoden bisher verborgene Kräfte der Beteiligten zur Gestaltung ihrer Zukunft.

c) Verbindungsformen

Mediation und Biografiearbeit können auf unterschiedliche Weise miteinander kombiniert werden. Der Fokus dieser Arbeit ist darauf gerichtet, dass die Biografiearbeit als spezielle mediative Intervention verstanden wird. Im Nachfolgenden werden daher zunächst die verschiedenen strukturellen Möglichkeiten des Einsatzes von Biografiearbeit in Mediationsverfahren betrachtet.

Biografiearbeit kann ergänzend, aber außerhalb des eigentlichen Mediationsverfahrens stattfinden, so dass es sich um eine Form des „Outsourcing“ handelt. Eine dritte Person, die professionell Biografiearbeit durchführt und unabhängig von der Person des Mediators ist, arbeitet mit einer oder beiden Parteien an deren Lebensgeschichte und erhellt dabei die Ursachen für den aktuell bestehenden Konflikt. Diese Intervention kann zeitlich vorgelagert sein oder parallel zu den einzelnen Phasen des Mediationsverfahrens stattfinden. Sie kann vorausschauend präventiv oder aber kurativ bei Störungen im Mediationsverfahren eingesetzt werden. Der Mediator kommt durch die klare Trennung in keinen Rollenkonflikt. Denn die Biografiearbeit findet in einem anderen Setting statt.

Da sich die vereinbarte Vertraulichkeit jeweils auf unterschiedliche Arbeitsmethoden bezieht, muss eine klare Vereinbarung darüber getroffen werden, inwieweit ein Informationsaustausch zwischen beiden Methoden stattfinden soll. Es ist sowohl denkbar, dass ein bestimmter Informationsfluss jeweils abgestimmt stattfindet, als auch dass es zu keinem direkten Informationsaustausch kommt. Aus systemischer Sicht wird selbst im letztgenannten Fall eine Wechselwirkung stattfinden und der Mediationsprozess durch die Intervention unterstützt werden.

Eine weitere denkbare Kombination kann dadurch stattfinden, dass der Mediator Einzelsitzungen dazu nutzt, um informelle Biografiearbeit mit den Beteiligten durchzuführen. Hierbei ist nicht die Biografie der Anlass für das Gespräch, sondern sonstige, den Konflikt betreffende Themen,

die genutzt werden, um an geeigneter Stelle biografische Aspekte einzubringen.⁶²

Diese Intervention findet „nebenbei“ statt und birgt für den Mediator die Gefahr, dass die Rollenklarheit verloren gehen kann. Zudem besteht für den Mediator die Notwendigkeit, sich bei jedem Schritt klar darüber zu sein, welche Rolle er gerade innehat. Eine weitere Herausforderung ist, dass er sehr selbstreflektiert sein muss, um mit Wahrnehmungsfehlern umgehen zu können. Die Beteiligten können das Vertrauen in die Person des Mediators verlieren. Beim Einsatz von informeller Biografiearbeit durch den Mediator ist daher unbedingt das Einverständnis der Konfliktparteien einzuholen, damit es zu keiner Irritation und dem damit verbundenen Vertrauensverlust kommt.

Aus den genannten Gründen ist die erste Alternative zu bevorzugen, also die Mediation und Biografiearbeit durch unterschiedliche Akteure.

4. Einsatzmöglichkeiten im Kontext der Sozialer Arbeit

Biografiearbeit im Kontext Sozialer Arbeit hat das Ziel, Menschen in ihrer Lebensbewältigung zu unterstützen. Anlass sind häufig Krisen und Wendepunkte, die einen Bruch mit dem seitherigen Leben bedeuten.⁶³ Diese Situationen zwingen zu einer Rückschau, damit eine vorausschauende Gestaltung der Zukunft gelingt.

Mediation im Kontext Sozialer Arbeit entspricht einer modernen Zielsetzung sozialarbeiterischen Handelns und sucht nach zukunftsorientierten Lösungen für die Streitparteien. Sie fördert deren Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit und schont gleichzeitig die finanziellen Ressourcen der Beteiligten. Gleiches gilt für Institutionen wie Jugendämter.⁶⁴

Die sich ergebenden Handlungsfelder für beide Methoden sind weitgehend deckungsgleich und sollen im Folgenden kurz angerissen werden.

a) Trennung und Scheidung

Bei Mediation bzw. Biografiearbeit im Kontext von Trennung und Scheidung geht es nicht nur um die Konflikte der beteiligten Erwachsenen,

62 Vgl. Miethe, S. 31 f.

63 Vgl. Hölzle, S. 32.

64 Vgl. Marx, S. 143 f.

sondern auch um den Verlust und die Trennung von der Ursprungsfamilie für die beteiligten Kinder einschließlich der damit verbundenen Umgangsrechts- und Sorgerechtsstreitigkeiten. Gleiches kann bei der Trennung des Kindes von sozialen Eltern gelten, z.B. von Pflegeeltern.

b) Interkulturelle Konflikte

Interkulturelle Konflikte, die sich für den Einsatz der genannten Methoden eignen, können z.B. auf einschneidenden Erlebnissen durch Migration, Flucht und Vertreibung bzw. auf damit verbundenen traumatisierenden Lebensereignissen durch den Verlust vertrauter Lebensumstände beruhen.⁶⁵ Durch eine Verbindung von Mediation mit Biografiearbeit kann in solchen Fällen die Integration gefördert werden.

c) Konflikte am Arbeitsplatz

Konflikte an Arbeitsplätzen weisen häufig besondere Strukturen auf. Das gilt für soziale Institutionen, wie z.B. Krankenhäuser, Alten- und Pflegeheimen und Pflegedienste ebenso wie im wissenschaftlichen Kontext, ist dabei aber nicht auf Berufsfelder Sozialer Arbeit beschränkt. Durch die Verbindung beider Methoden entstehen zusätzliche Möglichkeiten zur Konfliktlösung.

d) Beeinträchtigungen und Einschränkungen

Der Verlust von Gesundheit durch Behinderung, chronische und dementielle Erkrankungen und die damit verbundenen Konfliktsituationen stellen ebenfalls ein Handlungsfeld dar, in dem eine Verbindung von Mediation und Biografiearbeit möglich ist. Insoweit können die genannten Techniken eine Hilfe für Klienten Sozialer Arbeit sein.

e) Elder Mediation

Mediation bei Alters- und Generationsthemen bietet Hilfestellung für ältere Menschen und deren Familien. Beim Eintritt ins Rentenalter geht es u.a.

65 Vgl. Hölzle, S. 32.

um Identität, Rollenverständnis, Neuregelung des Alltags, den Umgang mit Partnern und Familienangehörigen.⁶⁶ Die grundlegenden biografischen Veränderungen beim Übergang in den Ruhestand beinhalten ein großes Potenzial an Konflikten. Durch den Alterungsprozess entstehen für die Betroffenen zusätzliche Hürden bei deren Bewältigung. Es ergeben sich daraus auch zusätzliche Anforderungen an Altersmediatoren.

5. Weitere Einsatzfelder außerhalb des Kontextes der Sozialen Arbeit

Das Zusammenwirken von Mediation und Biografiearbeit ist im Kontext der Sozialen Arbeit eine besonders wirksame Kombination, aber auch in weiteren Mediationsfeldern erfolgreich anwendbar. Als weiteres Beispiel ist hier die Wirtschaftsmediation zu nennen. Im Bereich von Nachfolgeregelungen in Familienbetrieben, Erbschaftsstreitigkeiten sowie Mitarbeiter- und Teamkonflikten entstehen auf diese Weise zusätzliche Optionen bei der Konfliktlösung.

III. Wirkung und Zielsetzung

1. Mediation bleibt an der Oberfläche des Geschehens

Durch jeden Mediationsprozess wird ein innerer Veränderungsprozess ausgelöst. Die Medianten arbeiten auf zwei Ebenen, nämlich der äußeren Ebene des Mediationsprozesses und der inneren Ebene, der biografischen Verarbeitung.

Ein zu rasches und mechanisches Vorgehen bei einer stark lösungsfo-
kussiert ausgerichteten Mediation verhindert bei Medianten häufig die
Abstimmung mit dem inneren Veränderungsprozess der biografischen Ver-
arbeitung. Dadurch können Blockaden in der Mediation auftreten. Beide
Prozesse finden mit unterschiedlichem Tempo statt. Wenn es gelingt, die
Arbeit auf beiden Ebenen zu synchronisieren und Resonanz zwischen dem
inneren und äußeren Handlungsraum herzustellen, löst dies Blockaden im
Mediationsprozess.

66 Marshall/Martin ZKM 2020, 60 (60 ff.).

2. Biografiearbeit eröffnet innere Handlungsräume

Durch die professionelle Begleitung des Biografieprozesses, idealerweise durch einen unabhängigen Dritten, kann ein Abgleich des biografischen Lebensmusters im Innern mit demjenigen des Mediationsprozesses stattfinden. In der Auseinandersetzung mit der durch den Mediator kontrollierten äußeren Situation im Mediationsprozess reflektiert der Mediand zugleich im Innern. Durch das Erkennen kritischer Knotenpunkte und wiederkehrender Muster im Lebenslauf öffnen sich innere Handlungsräume. Es entsteht ein anderes Verständnis für die aktuelle Konfliktsituation.

3. Brückenfunktion

Mediation und Biografiearbeit sind quasi die Brückenpfeiler für die Lösung des Konflikts am konkreten biografischen Knotenpunkt und der Entwicklung des Medianden auf seiner Lebenslinie. Der Konflikt ereignet sich zu biografischen Anlässen und ist zugleich Teil der inneren Entwicklung des Medianden. Wenn beide Disziplinen ihren Fokus erweitern und zugleich den inneren und äußeren Handlungsraum wertschätzend wahrnehmen, ermöglicht dies nachhaltige Lösungen und zugleich Entwicklungschancen für den Medianden.

IV. Abschließende Thesen

1. Rechtlich und methodisch ist eine Verbindung von Mediation und Biografiearbeit möglich und naheliegend.
2. Die Mediation befreit von jetziger Krise, die Biografiearbeit befreit zu Wandlung bei künftiger Krise. Biografiearbeit verstärkt und unterstreicht zugleich im Zirkelschluss den transformativen Charakter der Mediation.
3. Wenn beide Disziplinen ihren Fokus erweitern, dass sie zugleich den inneren und äußeren Handlungsraum wertschätzend wahrnehmen, ermöglicht dies der Mediation zusätzliche Lösungsoptionen und der Biografiearbeit persönliches Wachstum.
4. Die Gleichzeitigkeit und die Verschränkung des Vorgangs in seiner Komplexität erfordern die interdisziplinäre Zusammenarbeit der Methoden der Mediation und der Biografiearbeit.

Literatur

- Bush, Robert/Folger, Joseph: The Promise of Mediation, San Francisco 2005
- Duss-von Werdt, Josef: homo mediator, Stuttgart 2005
- Fritz, Roland/Pielsticker, Dietrich: Handbuch zum Mediationsgesetz, 2. Aufl., Hürth 2020
- Gläßer, Ulla/Kublik, Joanna: Lehrmodul 17, Einzelgespräche in der Mediation, ZKM 2011, 89 ff.
- Glasl, Friedrich: Konfliktmanagement, 12. Aufl., Stuttgart 2020
- Glasl, Friedrich: Metanoische Mediation – nachhaltiges Konfliktmanagement, ZKM 2007, 103 ff. (Teil 1) u. 153 ff. (Teil 2)
- Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina: Handbuch Mediation, 3. Aufl., München 2016 (zit.: Haft/Schlieffen/Bearbeiter)
- Harich, Jakob: Neue Grundlagen der Streitschlichtung, Bankinformation 8/2013, 72 ff.
- Hinrichs, Ulrike: Praxishandbuch Mediationsgesetz, Berlin 2014
- Hölzle, Christiana/Jansen, Irma: Ressourcenorientierte Biografiearbeit, 2. Aufl. Wiesbaden 2011
- Horstmaier, Gerrit: Das neue Mediationsgesetz, München 2013
- Klingenberg, Hubert/Ramsauer, Erika: Biografiearbeit als Schatzsuche, München 2017
- Klink, Andreas: Müssen, dürfen, sollen, wollen, können, Systema 2013, 223 ff.
- Marshall, Maria/Martin, Gerlinde: Elder Mediation, Das einzig Stabile ist der Wandel, ZKM 2020, 60 ff.
- Marx, Ansgar: Mediation und Konfliktmanagement in der Sozialen Arbeit, Stuttgart 2016
- Miethe, Ingrid: Biografiearbeit, Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis, 2. Aufl. Weinheim 2014
- Röhrbein, Ansgar: Und das ist noch nicht alles, 2. Aufl., Heidelberg 2021
- Ruhe, Hans Georg: Praxishandbuch Biografiearbeit, Weinheim 2014
- Schmidt, Christopher: Familienrecht und Einführung in das Zivilrecht, 2. Aufl., Stuttgart 2021

Systemisch-lösungsorientierte Begutachtung im Familienrecht

Prof. Dr. Uwe Jopt

Sachverständigengutachten kommt in Verfahren über das Sorge- und Umgangsrecht oft eine maßgebliche Bedeutung zu. Dabei ist den wenigsten Fachkräften bewusst, dass die sog. entscheidungsorientierte Begutachtung häufig zu Ergebnissen führt, die qualitativen Standards kaum standhalten. Denn Begriffe wie Erziehungseignung oder Kindeswohl sind in weiten Teilen subjektiv geprägt. Der Verfasser, der wie kaum ein zweiter über jahrzehntelange Erfahrung als Sachverständiger und Fachbuchautor verfügt, zeigt vor diesem Hintergrund die Vorzüge und Ressourcen systemisch-lösungsorientierter Begutachtung auf. Hierbei handelt es sich – eine entsprechende Aus- und Fortbildung vorausgesetzt, etwa am Institut für lösungsorientierte Arbeit im Familienrecht¹ – um ein spannendes Tätigkeitsfeld für Fachkräfte Sozialer Arbeit.

Inhalt

I.	Vom Ende der Moral im Scheidungsrecht	239
II.	Kriterium Kindeswohl	243
III.	Zwei Konzepte familienpsychologischer Begutachtung	245
IV.	Umgang mit elterlichem Einvernehmen	255
V.	Kein Einvernehmen erreicht	258
	1. Exploration	258
	2. Testverfahren	258
	3. Interaktionsbeobachtung	260
VI.	Gutachterempfehlungen an das Gericht	260
VII.	Kindeswohlgefährdung	262
VIII.	Umgang mit dem Danach bei Fremdplatzierung	263
IX.	Missbrauchsverdacht und Kindeswille	264
X.	Lösungsorientierte Arbeit mit der Trennungsfamilie	265
XI.	Perspektiven systemisch-lösungsorientierter Arbeit	269
XII.	Fachliche Voraussetzungen systemisch-lösungsorientierter Begutachtung	271

I. Vom Ende der Moral im Scheidungsrecht

Bis zur Scheidungsrechtsreform von 1977 waren Gutachter im Rahmen hoch strittiger Scheidungen – Kinder aus nichtehelichen Lebensgemein-

1 Online-Präsenz unter <https://loesungsorientierte-arbeit.de> (letzter Abruf: 2.7.2023).

schaften spielten noch keine Rolle – praktisch unbekannt. Nicht, weil sie nicht nötig gewesen wären. Hoch strittige Fälle in Bezug auf die naheheuliche Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil, die war gesetzlicher Regelfall, gab es auch damals schon. Zwar waren Scheidungen noch nicht so häufig, so dass die Rate kritischer Konstellationen insgesamt eher niedrig war. Doch wenn die Eltern selbst sich über die psychosoziale Zukunft ihres Kindes nicht einigen konnten, war das Gericht gefordert, über die Übertragung des Sorgerechts oder über die Gestaltung des Umgangsrechts mit dem nicht betreuenden Elternteil zu entscheiden.

Vor allem die Sorgerechtsregelung war als Amtsverfahren ein staatlicher Hoheitsakt, der auch dann noch ausdrücklich vom Gericht genehmigt werden musste, wenn die Eltern selbst sich diesbezüglich einig waren. Zurückweisungen ihres Vorschlags dürften allerdings eher selten vorgekommen sein, denn zum einen war elterliches Einvernehmen oberstes Ziel bei der Suche nach dem auszuwählenden Elternteil. Zum anderen hätte das Gericht begründen müssen, warum es einer anderen Regelung den Vorzug gibt. Das wäre nicht ganz leichtgefallen, da sich noch bis 1977 die Entscheidung *nicht* auf qualitative Unterschiede in den Beziehungen des Kindes zur Mutter und zum Vater bezog, sondern allein auf deren Erwachsenenverhältnis zueinander, d. h. auf die *Paarebene*. Das ergab sich aus § 1671 Abs. 2 BGB in der durch das GleichberG 1957² geschaffenen Fassung. Danach hatte das Vormundschaftsgericht in Fällen, in denen die Eltern nicht binnen zwei Monaten ab Rechtskraft des Scheidungsurteils einen Vorschlag hinsichtlich der Übertragung der elterlichen Gewalt gemacht oder dass eine solche Vereinbarung nicht gebilligt werden konnte, die Regelung zu treffen, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Kindeswohl am besten entsprach. War ein Elternteil hinsichtlich der Ehescheidung allein für schuldig erklärt worden, so sollte die elterliche Gewalt dem schuldlosen Elternteil übertragen werden, wenn keine schwerwiegenden Gründe eine andere Entscheidung erforderten. Das „Schmutzige-Wäsche-waschen“ vor Gericht war damit geradezu vorprogrammiert, denn ohne egozentrische Selbstaufwertung der eigenen Person und gleichzeitig massive Abwertung der anderen war dem Damoklesschwert *Alleinschuld* kaum zu entgehen.

Von der auf „schwerwiegende Gründe“ gestützten Ausnahme wurde allerdings gar nicht mal so selten Gebrauch gemacht. Dass es z.B. mit den psychischen Bedürfnissen eines jungen Kindes vereinbar wäre, wenn der Ausschluss aus der Betreuung durch seine Mutter nur deshalb erfolgen soll,

2 BGBl. I S. 609.

weil sie – aus welchen Gründen auch immer – ihre Paarbeziehung mit dem Vater des gemeinsamen Kindes nicht länger fortsetzen will, war schon damals kaum zu vermitteln.

Daher wurde in solchen Fällen ein ganzes Bündel kindorientierter Merkmale einbezogen, die bei der Auswahl des zukünftig allein sorgeberechtigten Elternteils – ein gemeinsames Sorgerecht war gesetzlich ausgeschlossen – berücksichtigt werden sollten. Diese betrafen als Merkmalsgruppe:

- Bindungsqualität zu Mutter und Vater
- Kindeswille
- Kontinuität
- Erziehungskompetenz und
- Förderkompetenz.

Diese Kriterien ließen mit ihrer strikten Orientierung am Kind unschwer erkennen, dass ihre nacheheliche Verknüpfung mit einem Elternteil mit der für die Qualität der Kind-Eltern-Beziehung weitgehend bedeutungslosen *Schuldfrage in keinem unmittelbaren Zusammenhang* steht. Trennungsschuld betrifft als *moralisches Konzept* den Verursacher für den Beziehungsabbruch auf Paarebene, für die sorgerechtliche Gestaltung der *Nachscheidungsfamilie* ist dieser Akt jedoch ohne Bedeutung. Insofern war es von Anfang an falsch, ihn überhaupt jemals einbezogen zu haben. Hier hätten nicht allein die beiden Erwachsenen – und dann auch noch unter völliger Ausklammerung des Kindes – im Zentrum stehen dürfen, um über ein Problem zu entscheiden, das es aus familienpsychologischer Sicht überhaupt nicht gibt.

Wenn es um den Eingriff in eine Kind-Eltern-Beziehung geht, betrifft dies kein moralisches, sondern allein ein *entwicklungspsychologisches Konzept*, dessen Ausgestaltung entscheidend von der Qualität des Beziehungsnetzes Kind-Mutter-Vater abhängt. Dabei ist sowohl eine für beide ähnliche wie auch eine unterschiedliche Zuordnung des Kindes vorstellbar, die vom Gutachter zu zwei stimmigen Merkmalsgesamtbildern zusammengesetzt und mit ihrer Passung zum *Kindeswohl* in Einklang gebracht werden müssen. Wesentlich kommt es auf die Beachtung der beiden zentralen Kind-Merkmale *Kindeswille* und *emotionale Bindung* an. Da beide sich mit der Zeit ganz erheblich verändern können, sind hierzu sorgfältige Abgleiche zu treffen. Vor diesem Hintergrund gehört der sich unmittelbar aufs Kind, aber auch auf seine Eltern beziehende Eigenschaftskatalog heute längst zum methodischen Standard Entscheidungsorientierter Begutachtung (*EBeg*).

Mit Inkrafttreten des 1. EheRG³ im Jahr 1977 war nur noch das *Kindeswohl* entscheidend, ein Begriff, der inhaltlich im Einzelfall erst näher bestimmt werden muss. *Juristisch* spielt Schuld im Zusammenhang mit Trennung seitdem keine Rolle mehr. Doch obwohl sich aus einer systemischen Sicht von Familie die Frage nach der Schuld gar nicht beantworten lässt, steht sie bei vielen Scheidungs- oder Trennungspaaren, beide werden inzwischen gleichgesetzt, noch heute zumindest anfangs im Zentrum *außergerichtlicher* Auseinandersetzungen. Trotz ihrer *familiengerichtlichen* Bedeutungslosigkeit lebt die Schuldfrage im Denken und Fühlen vieler Getrennter oder Geschiedener weiter. Dort wird sie auch noch in hundert Jahren einen festen Platz auf dem Konfliktfeld zwischenmenschlicher Beziehungskrisen einnehmen.

Für die *gerichtliche* Auswahl eines Betreuungselternteils nach Trennung hätte es die Orientierung an einem *moralischen Regulativ* im Grund nie geben dürfen. Mit der Schuldfrage ließen sich vielleicht begrenzt die Folgen von Rechtsverhältnissen auf Seiten der sich trennenden Erwachsenen ordnen. Für die am Kind orientierte Regelung seiner *psychischen wie physischen Bedürfnisse* ist es jedoch völlig bedeutungslos, welcher Elternteil am *Scheitern der Paarbeziehung* die Schuld trägt. Das war fachlich ohnehin nie eine ernstzunehmende Frage. Wie es überhaupt jemals zu ihrer Einbeziehung kommen konnte, darauf gibt es keine klare Antwort. Die frühe Analogie zur lebenslangen Ehe mag dabei vielleicht mal Pate gestanden haben, aber das ist letztlich Spekulation.

Rechtspragmatisch betrachtet war die Streichung des Schuldprinzips jedoch auch mit Einbußen verbunden. Denn mit der eher technischen Identifikation eines für die Beendigung der Ehe relativ leicht feststellbaren „Auslösers“ – eine aus laienpsychologischer Sicht zwar naheliegende, in Anbetracht der Komplexität des Trennungsgeschehens jedoch eher wenig fundierte Vorstellung – stand dem Gericht ein *Algorithmus* zur Verfügung, mit dem sich die Suche nach dem geeigneteren Elternteil relativ leicht beantworten ließ.

Dabei waren allerdings zwei grundlegende Unterschiede übersehen worden. Erstens ist die *Feststellung eines Alleinschuldigen* etwas grundlegend anderes als die *Suche nach dem Alleinverantwortlichen für das Scheitern einer Liebesbeziehung*. Und zweitens hat die zukünftige *Betreuung eines gemeinsamen Kindes mit moralischer Überlegenheit* nicht das Geringste zu tun.

3 BGBI. I 1976, S. 1421.

Am Anfang eines längeren Weges ins heutige Familienrecht stand somit der Abschied von einer Ideologie, die über den Modus Schuld unzulässigerweise *Paarebene* und *Elternebene* eng miteinander *verknüpfte*. Damit war es noch vor einem halben Jahrhundert der Staat selbst, der dieser *Verquickung* das Wort redete. Die war zwar nie zulässig, weil sie sprachlich verknüpft, was analytisch nicht zusammengehört. Doch weil sie speziell auf dem Feld familiengerichtlicher Begutachtung leicht gravierende Verstörungen und Irritationen anrichtet, kann man darüber hinaus grundsätzlich an Trennungseltern nur appellieren: Oberstes Ziel mündiger Trennungselternschaft ist es, diese beiden Perspektiven stets strikt zu trennen.

Zugleich war durch die ersatzlose Streichung des moralischen Regulativs eine neue Vakanz entstanden: Was sollte bei hoch strittigen Trennungseltern, die sich auf eine Entscheidung über den zukünftig allein sorgeberechtigten Elternteil nicht selbst einigen können, das Schuldkriterium ersetzen?

II. Kriterium Kindeswohl

Vor diesem Hintergrund setzte eine rasante Entwicklung stetiger Psychologisierung des Kindschaftsrechts ein. Das einstige *Rechtsobjekt* Kind mutiert zur engmaschig in seine Familie eingebetteten *Rechtspersönlichkeit*, für deren seelische, körperliche und geistige Gesundheit i.d.R. ein allein sorgeberechtigter Elternteil die Verantwortung trägt. Nach der Einführung des gemeinsamen Sorgerechts 1982 konnte das Gericht zwar auf Antrag auch beiden Elternteilen gemeinsam das Sorgerecht für ihr Kind übertragen, dies blieb zunächst jedoch noch lange Zeit die Ausnahme. Im Regelfall wurde die elterliche Sorge weiter nur einem Elternteil zugesprochen, allerdings mit einem entscheidenden Unterschied.

Ab jetzt erfolgte die Auswahl des zukünftig allein sorgeberechtigten Elternteils mit Bezugnahme auf jene *psychologischen* Einflussgrößen, die zuvor bereits für den Fall aufgelistet worden waren, dass eine Orientierung am *moralischen* Konzept Trennungsschuld nicht in Frage kam, beispielsweise deshalb nicht, weil das Erwachsenenmotiv in keinerlei sinnvollen Zusammenhang zum psychologischen Bedarf eines Kindes stand. Bei ihm stehen ganz andere Aspekte im Zentrum, die, zusammengefasst zur Merkmalsgruppe *Kindeswohl*, für die seelische wie körperliche und geistige Entwicklung von Kindern von zentraler Bedeutung sind.

Wenn sich Trennungseltern massiv um das Sorgerecht für ihr Kind streiten, hängt die Auswahl des sorgerechtlich verantwortlichen Elternteils

somit nicht mehr von der Schuldfrage ab, sondern allein von jenen oben aufgelisteten Einflussgrößen, die sich unmittelbar auf das Kind und seine psychosoziale Lebenswelt, seine Eltern, beziehen. Das diese Merkmale bündelnde Konstrukt wird zwar durch den unbestimmten Rechtsbegriff *Kindeswohl* nicht anschaulich fassbarer und muss für jeden Einzelfall zunächst *konkretisiert* werden. Dabei entscheidend ist jedoch, dass keine Maßnahmen getroffen werden dürfen, die mit dem *Kindeswohl* nicht in Einklang stehen.

Das ist in Anbetracht der Undifferenziertheit dieses Begriffs allerdings nicht leicht zu handhaben. Wenn die ihn eingrenzenden Konzepte selbst mit zahlreichen Unklarheiten, Mehrdeutigkeiten und inhaltlichen Erweiterungen verknüpft sind, kann es nicht überraschen, dass selbst Gutachter derselben Disziplin sich in ihren Diagnosen, aber auch in ihren Befundinterpretationen und damit verbundenen Prognosen deutlich, manchmal bis hin zum Gegenteil, unterscheiden.

Diese Variabilität entspricht keinen unmittelbaren Vorgaben der familiengerichtlichen Psychologie. Im Gegenteil, die steckte im letzten Drittel des vergangenen Jahrhunderts noch deutlich in den Anfängen – zumindest was das Familienrecht betrifft. Kindorientierte Gutachter verschiedener Professionen, z. B. Psychologen, Pädagogen, Kinderärzte, Psychiater, wurden zwar vereinzelt schon früh beauftragt. Wie sie fachlich vorgehen und welche Voraussetzungen sie dabei erfüllen müssen, lag jedoch weitgehend in ihrem Ermessen. Lange Zeit genügt es, dass sie selbst sich als „Gutachter“ bezeichnen. Erstmals ins Spiel gebracht wurden Anteile des oben aufgelisteten psychologischen Merkmalskatalogs zum Familienrecht von Richterinnen und Richtern, die ohne größeres Fachwissen laienpsychologisch für relevant hielten, was alles an Fallkonstellationen und psychologischen Problemstellungen in Verfahren vor den Familiengerichten auftreten kann.

Doch hochstrittige, wechselseitig enttäuschte, gekränkte und verletzte Expartner hören im Familienrecht nicht nur selten auf reine Appelle des Gerichts, seien sie auch noch so gut gemeint. Häufig hat sie ihre trennungsbedingte Traumatisierung so dünnhäutig und ichbezogen werden lassen, dass sie selbst dann nicht in der Lage sind, mit Unterstützung durch einen Gutachter als Eltern wieder zu einem kindgemäßen Umgang zurückzufinden, wenn man ihnen die Sehnsucht ihrer Kinder nach umfassender Befriedung vor Augen hält. Sie schaffen es einfach nicht, und viele wollen es in Anbetracht der aus ihrer Sicht erlittenen Schädigungen durch den Anderen auch gar nicht.

Wo immer solcher Widerstand auftritt, ist „lösungsorientiert“ gescheitert. Zumindest dann, wenn es auch dem Sachverständigen (SV) über seine auf elterliches Einvernehmen gerichtete Motivation hinaus an psychologischer Sachkunde fehlt, um sie zu erreichen. Woraus folgt: Lösungsorientierte Sachverständige (LöSV) benötigen nicht nur ein umfangreiches fachliches Wissen über den angemessenen Umgang mit hoch strittigen Erwachsenen.⁴ Das Adjektiv steht zugleich für eine Grundhaltung, für ein Menschenbild, in dem Emotionen und Affekte als Reaktionen auf Beziehungskrisen ebenso Platz haben wie rational gesteuertes Verhalten.

Wer sich diesen verbalen wie nonverbalen Spannungs- und Konfliktindikatoren als Sachverständiger frühzeitig entzieht, weil er mit Blick aufs Kind keine Einigungschancen zu erkennen vermag und deshalb wieder zur entscheidungsorientierten Begutachtung zurückkehrt, handelt zwar logisch, aber nicht psycho-logisch. Die Folge ist, dass er die ihm angetragene gerichtliche Fragestellung nicht auf systemischer Grundlage beantwortet, sondern nach demselben Muster, das vor Inkrafttreten des FamFG Standard war. Erneut erfolgt eine merkmalsorientierte, phänomenologische Abwägung elterlicher Kompetenzen und kindlicher Bedürftigkeiten im Hinblick auf das sogenannte *Kindeswohl* als Leitmaxime. Der lösungsorientierte Weg scheitert dann am hohen Streitlevel der Eltern.

Doch trotz aller Beeinträchtigungen, die mit ihm verbunden sind – das Kindeswohl-Konzept hat gerade auf dem Feld des Familienrechts einen festen Stand. In jeder Begutachtung rangiert es inhaltlich wie stilistisch weit oben.

III. Zwei Konzepte familienpsychologischer Begutachtung

Hier stehen sich heute im Wesentlichen zwei methodische Konzeptionen gegenüber – der *merkmals- oder entscheidungsorientierte Begutachtungsansatz (EBeg)* und der *systemische bzw. systemisch-lösungsorientierte Ansatz (LöBeg)*. Ihr Unterschied beruht im Wesentlichen auf zwei Säulen.

Der erste betrifft eine rechtsgeschichtliche Rahmenbedingung. Bis 1977 gab es praktisch keine Gerichtsgutachter, weil es ein leicht anwendbarer Algorithmus, das Schuldprinzip, relativ leicht machte, im Streitfall den besser geeigneten Elternteil auszumachen – das war im Regelfall der nicht schuldig Geschiedene. Danach wurde diese moralische Kategorie durch

4 Vgl. Jopt ISUV-Report 4/2004, 5 ff.

den neuen Orientierungsmaßstab „Kindeswohl“ ersetzt, wobei das neue Regulativ – ein unbestimmter Rechtsbegriff, den die Psychologie zuvor gar nicht kannte – von Anfang an viel Raum für Interpretation und Spekulation ließ. Entscheidender Grund dafür war, dass sich die Psychologie damals zwar auch schon mit der „Familie“ befasste, jedoch vornehmlich unter prozessualer, d. h. therapeutischer Sicht. Im Übrigen war „Familie“ ein Kerngegenstand der Soziologie. Eine eigenständige Teildisziplin „Familienpsychologie“ etablierte sich erst ein gutes Jahrzehnt später: 1991 veröffentlichte der Münchener Ordinarius Klaus Schneewind die erste Monographie mit diesem Titel.

Dieser Zeitlag hatte für das Rollenverständnis der Gutachter weitreichende Folgen, die bis in die Gegenwart reichen. Was heute für jede Familien- und Erziehungsberatungsstelle selbstverständlich ist, Familie und damit auch den Umgang mit ihren Angehörigen systemisch und prozessorientiert zu verstehen, blieb dem Focus der mit hoch strittigen Familien befassten Gutachter anfangs weitgehend verborgen. Begünstigt haben mag damals diese Einengung der fachlichen Perspektive obendrein das medizinische Analysemodell der Kinder- und Jugendpsychiatrie, die verstärkt als Gutachter zum Einsatz kamen.⁵ Die Kinder- und Jugendpsychiatrie verstand die Trennungsfamilie, Kinder wie Eltern, in erster Linie als einen Verbund von Merkmalsträgern, zwischen denen im Hinblick auf die beste Elternteil-Kind-Passung abzuwägen war. Dieses Prinzip lag bereits dem gutachterlichen Ansatz von Friedrich Arntzen zugrunde, er gehörte damals zu den ersten Psychologen auf diesem Feld.⁶ Ein systemisches Verständnis von Familie war ihm noch völlig unbekannt.

Stattdessen wurden zur Selektion zwischen hochstrittigen Trennungseltern Kriterien „übernommen“, die die Justiz wegen ihrer vordergründigen Plausibilität schon zu Zeiten des Schuldprinzips entwickelt hatte. Gedacht waren sie für alle Ausnahmeregelungen, die sich dem Selektionsalgorithmus Schuld entzogen. Das war beispielsweise dann der Fall, wenn die alleinerziehende Mutter eines Kleinkindes schuldig geschieden werden, aber dennoch nicht von vornherein als Betreuerin ihres Kindes ausscheiden sollte. Konkret ging es um die Konzepte *Bindung*, *Kindeswille*, *Kontinuität* und *Förderkompetenz*, später erweitert durch elterliche *Erziehungsfähigkeit* und *Bindungstoleranz*.

5 Vgl. Lempp NJW 1972, 315 ff. und 1982.

6 Vgl. dazu sein Werk aus dem Jahr 1980.

Begünstigt wurde diese Personorientierung durch die gesetzliche Vorgabe, wonach bei Scheidung – Trennung war damals im Sorgerecht noch bedeutungslos – stets einem Elternteil die Alleinsorge zu übertragen war. Damit war der für Psychologen bis dahin weitgehend unvertraute Fokus, zwischen Mutter und Vater auswählen zu müssen, zwingend vorgegeben, was zumindest anfänglich die Eigenschafts- und Merkmalsorientierung bei der Begutachtung weiter begünstigt haben dürfte. Hieran änderte sich auch im Anschluss an die 1982 vom BVerfG festgestellte Verfassungswidrigkeit der zwingend vorgegebenen Alleinsorge geschiedener Eltern⁷ lange Zeit wenig. Obwohl jetzt für Trennungseltern erstmals auch ein gemeinsames Sorgerecht rechtlich möglich war, blieb diese weiterhin eher die Ausnahme.

So stand gutachterlich zunächst weiter die *Suche* nach dem zum Wohl des Kindes *am besten* geeigneten *Elternteil* im Zentrum, was auf die Erfassung von kindbezogenen *Merkmals- und Verhaltensunterschieden* auf beiden Elternseiten hinauslief. Darüber hinaus wurde in dyadischen Einzelkontakten die *Qualität der emotionalen Beziehungen* zu Mutter und Vater registriert; dazu wurde der eigene *Wunsch des Kindes* zum Zusammenleben mit dem von ihm präferierten Elternteil, so es ihn gibt, erfragt (*Kindeswille*). Abschließend erfolgte die sogenannte *Interaktionsbeobachtung*, die gutachterliche Registrierung des kindlichen Kontakts mit jedem Elternteil allein.

Nach einer abschließenden Gesamtwürdigung der diversen Einzelbefunde, in die im Regelfall auch ein *gemeinsames Elterngespräch* eingebettet ist, erfolgte dann die Beantwortung der gerichtlichen Fragestellung nach dem vom Gutachter empfohlenen Elternteil, dem das Gericht die Alleinsorge übertragen sollte. Daran musste sich das Gericht zwar nicht halten, letztliche Entscheidungsinstanz blieb es auch nach einer Begutachtung, doch die Wahrscheinlichkeit war hoch, dass es dem Gutachter folgte. Das war schließlich die wichtigste Absicht für dessen Beauftragung gewesen.

Nachdem es durch die bereits angesprochene Entscheidung des BVerfG, welches § 1671 Abs. 4 S.1 BGB i.d.F. des ElterlSorgeG 1979⁸ für mit Art. 6 Abs.2 S.1 GG unvereinbar und daher nichtig erklärt hatte, ermöglicht worden war, nach einer Scheidung die elterliche Sorge *beider Elternteile* anzuordnen, änderte sich dieser Begutachtungsablauf methodisch zwar nicht grundsätzlich, musste jedoch dahingehend umgestaltet werden, dass

7 BVerfG NJW 1983, 101.

8 BGBl. I S. 1061.

der Sachverständige dem Gericht auch empfehlen konnte, dass es bei der gemeinsamen Sorge bleiben sollte. Voraussetzung dafür war allerdings, dass sie sich zuvor sowohl darauf als auch über den zukünftigen Lebensmittelpunkt des Kindes geeinigt hatten.⁹

Doch wie schon gesagt, wurde diese Option danach lange Zeit nur spärlich gewählt, was sich erst 1998 mit Inkrafttreten des KindRG¹⁰ änderte. Ich erwähne sie nur deshalb, weil es den Gutachtern hierdurch möglich wurde, dem Gericht gegenüber darzulegen, dass auch sie selbst „immer schon lösungsorientiert“ gearbeitet hätten. Schließlich sei es auch dann eine klare Lösung, wenn Eltern sich erst nach der gutachterlichen Empfehlung geeinigt haben. Das soll belegen, dass sie im Einzelfall auch ohne Zusatzausbildung elterliches Einvernehmen erreichen können. Diese Begründung ist jedoch nicht zutreffend. Wenn es allein vom Ergebnis einer Begutachtung abhängt, dass ein Gutachter behaupten kann, auch „lösungsorientiert“ arbeiten zu können, obwohl es in seinem merkmalsorientierten Vorgehen keine Unterschiede gibt, dann hat er Wesentliches nicht verstanden. Lösungsorientiert betrifft nicht ein *Ergebnis* von Begutachtung, sondern seine *Methode*.

Daher gestaltet sich das vom *Fachverband Systemisch-Lösungsorientierter Sachverständiger (FSLs)* vertretene methodische Vorgehen deutlich anders als die Arbeit im Rahmen der entscheidungsorientierten Begutachtung. Aus systemischer Sicht von Familie geht es nicht um die *Auswahl* eines für die zukünftige Betreuung des Kindes *besser geeigneten* Elternteils. Die kann es im Einzelfall zwar auch geben, z. B. in Fällen intrafamiliärer Gewalt oder bei fortbestehendem Verdacht auf sexuellen Missbrauch. Stattdessen geht es um die *systemisch-ganzheitliche Analyse der Vernetzung von emotionalen Beziehungen innerhalb der Familie*, allen voran zwischen Kind und beiden Eltern. Dabei stellt sich meist schnell heraus, dass der zentrale Trennungsgrund aus Sicht der Erwachsenen mit ihrer Rolle als Eltern eher wenig zu tun hat. Überwiegend liegen die Ursachen auf dem Konfliktfeld einstiger Beziehungsprobleme während der *Partnerschaft*.¹¹ Da am Familiengericht Beziehungskonflikte zwischen einstigen Partnern i. d. R. jedoch nicht justizierbar sind, im Zentrum vielmehr allein die Orientierung am *Kindeswohl* steht, mutiert spätestens im Gerichtssaal der die Trennung ursprünglich auslösende Paarkonflikt zum *Elternstreit* um das zukünftige *Sorgerecht*, oft

9 Vgl. RGRK/Adelmann BGB § 1671 Rn. 24 m.w.N.

10 BGBl. I 1997, S. 2942; zur Reform insgesamt vgl. Fthenakis FPR 1998, 84 ff.

11 Dazu vgl. die Ausführungen von Schneewind (1991) und Jopt (1992).

verbunden mit Streitigkeiten ums *Umgangsrecht*. Weil es dabei *allein ums Kind* geht, ist jetzt das Familiengericht zuständig, obwohl der Trennungsauslöser selbst i.d.R. wenig mit ihm zu tun hat.

Eine Hochkonflikthaftigkeit zwischen den Erwachsenen gilt jedoch als die mit Abstand stärkste psychische Belastung, der trennungsbetroffene Kinder ausgesetzt sein können. Deshalb kommt es darauf an, im Rahmen der Begutachtung das elterliche Streitniveau zumindest deutlich abzusenkten. Doch so zutreffend diese Verknüpfung sachlogisch auch ist, das Bemühen um ihre Umsetzung gleicht nicht selten dem Versuch einer Quadratur des Kreises. Der dafür ausschlaggebende Grund: Bis zur Trennung leben die Erwachsenen mit ihrem Kind zwar weitgehend in Personalunion von *Partnerschaft* und *Elternschaft* zusammen – beide Akzente beziehen sich jeweils auf dieselbe Person – und den meisten gelingt es auch recht gut, diese strukturelle Gleichzeitigkeit von „Familie“ stimmig zu gestalten. Kommt es jedoch zur Trennung – ganz gleich, von welchem Elternteil ausgelöst –, steht zu Beginn jedoch oft die gescheiterte *Paarbeziehung* im Zentrum. Dabei spielen Kinder i. d. R. eine untergeordnete Rolle. Diese Randständigkeit ist der ausschlaggebende Grund dafür, dass sie von den Erwachsenen zwar ins gerichtliche Trennungsverfahren eingebracht werden und dort dann auch im Zentrum stehen, die Ex-Partner jedoch aus all ihren Emotionen und Affekten keinen Hehl machen.

Die herausragende Bedeutung einer einvernehmlichen, d. h. streitfreien Elternschaft trotz Trennung als Paar wurde 2009 durch eine bis dahin unbekannte Erweiterung im FamFG zum Ausdruck gebracht (§ 163 Abs. 2 FamFG):

„Das Gericht kann in Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, anordnen, dass der Sachverständige bei der Erstellung des Gutachtenauftrags auch auf die Herstellung des Einvernehmens zwischen den Beteiligten hinwirken soll.“

Standen bis dahin Eignungsunterschiede zwischen Elternteilen zum Schutz der Bedürfnisse und Interessen ihres Kindes im Zentrum, ging es jetzt erstmals *nicht* um Kompetenzunterschiede zwischen Mutter und Vater. Stattdessen steht die für das Kind wichtigste Verknüpfung zwischen seinen Eltern im Mittelpunkt – *Hinwirken auf elterliches Einvernehmen*. Der Beschluss des Gerichts, der auf ein Einvernehmen abzielt, ist insoweit ungewöhnlich, als er sich zwar als *Maßnahme* anordnen lässt, nicht jedoch als Garant für die damit verbundene *Zielerreichung*, weil ein Scheitern von Einigungsbemühungen grundsätzlich nicht auszuschließen ist. Doch durch

die Form der *gerichtlichen Anordnung* wird unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass es vonseiten des Sachverständigen mit einer lapidaren Rückmeldung des Scheiterns nicht getan sei.

Was das methodische Vorgehen betrifft, werden im Rahmen eines Auftrags nach § 163 Abs. 2 FamFG durch den Sachverständigen zunächst Einzelgespräche mit Mutter, Vater und Kind geführt. Dabei steht jeweils der Trennungsverlauf aus deren Sicht im Mittelpunkt. Danach erfolgen ein oder zwei gemeinsame Kontakte mit den früheren Partnern zusammen, in denen es um Ursachen für das Scheitern der Partnerschaft geht, sowie zwei einzelne Interaktionsbeobachtungen Mutter-Kind und Vater-Kind, Hausbesuche bei beiden Elternteilen, Gespräche über den zukünftigen Umgang aus Kindersicht und (falls vorhanden) die Einbeziehung neuer Partner. Das Hinwirken auf Einvernehmen beinhaltet dabei keinen *Suchprozess*, wie die Erfassung von elterlichen Personmerkmalen oder Eigenschaften, sondern es handelt sich um einen *Gestaltungsprozess*, in den nach Einschätzung des Gutachters alle Angehörigen oder Vertrauten des Kindes mit einbezogen werden, ggf. auch Lehrer oder Erzieher.¹²

Zum anderen wird ein konkret damit verbundenes *Ziel* vorgegeben und anschaulich erprobt: *Hinwirken auf Einvernehmen*. Wo das gelingt, hat sich der Elternstreit erledigt, weil es keinen Bedarf zur Regelung des Sorgerechts mehr gibt. Da geeinigte Eltern die Verantwortung für ihr Kind *gemeinsam* tragen, entlasten sie es durch ihren Konsens nachhaltig – das muss ihnen bewusst gemacht werden. Zugleich festigen sie die neu entstandene *Nachtrennungsfamilie* durch ein hohes Maß an Bindungsqualität mit dem verbleibenden Elternteil.

Insofern wäre es in jedem Fall von Vorteil gewesen, die Anordnung zum gemeinsamen elterlichen Einigungsversuch nicht ins Ermessen des einzelnen Richters zu stellen, sondern für alle Rechtsstreitigkeiten um Trennungskinder zum *gesetzlichen Regelfall* zu machen. Mögen sich auch viele Streitinhalt getrennter Erwachsener *allein juristisch* regeln lassen – z. B. Fragen zum Zugewinn, zum Verbleib in der Mietwohnung, zur Vermögensaufteilung, u. ä. m. –, wenn Kinder mit ins Spiel kommen, ist es mit einem nur juristischen Lösungspotential schnell am Ende. Jedenfalls dann, wenn es um eine von beiden Elternteilen gemeinsam getragene wirkliche „Lösung“ geht und nicht nur auf die „Erledigung“ eines vom Familiengericht vorgegebenen Einigungsauftrags ankommt. Der sachverständige Umgang

12 Zur Unterstützung von Einigungsaufträgen durch Verfahrensbeteiligte vgl. Behrend ZfJ 2022, 14 (15 f.).

mit Hochstrittigen in der Rolle von *Eltern* unterscheidet sich grundlegend von allen anderen strittig ausgetragenen Konflikten, weil kein juristisches Thema unmittelbar *so wenig* mit Kompetenz der Rechtskundigen verbunden ist wie gescheiterte Paarbeziehungen. Andererseits sind es gerade diese Fälle, wo ein Konfliktmuster, das unmittelbar mit den Kindern selbst eher wenig zu tun hat, mit massiven Erwachsenenproblemen verquickt wird. Kritikwürdig ist vor diesem Hintergrund auch, dass in der Richterschaft noch immer überwiegend vertreten wird, eine Einbeziehung von § 163 Abs. 2 FamFG sei letztlich überflüssig.

Unmittelbar Erfolg habe ein solches Vorgehen nur, wenn es tatsächlich zu einem Einvernehmen kommt. Doch das scheitert trotz systemischer Kompetenzen des Sachverständigen häufig deshalb, weil zumindest ein Elternteil es nicht schafft, die für dieses Ziel gedanklich wie motorisch notwendige Trennung zwischen *Paarebene* und *Elternebene* durchzuhalten. Dann müssen auch systemisch-lösungsorientierte Sachverständige dem Gericht einen Entscheidungsvorschlag unterbreiten. Doch dabei achten sie darauf, zukünftige Entwicklungen in Richtung Einvernehmen und einen ggf. folgenden Wechsel des Kindes zum anderen Elternteil nicht durch starre Festschreibungen zu hindern. Mit anderen Worten: Der systemisch-lösungsorientierte Ansatz behält auch da die familiäre *Prozesshaftigkeit* im Blick, wo die gutachterliche Empfehlung eines Elternteils quasi als Momentaufnahme getroffen werden muss, um das gerichtliche Verfahren zu beenden. Beide Ansätze bleiben selbst in Fällen, in denen es zu keinem Einvernehmen kommt, unterschiedlichen Kriterien verpflichtet.

Zwar kann auch ein entscheidungsorientierter Gutachter mit einem Vorgehen nach § 163 Abs. 2 FamFG betraut werden. Der bezieht in entsprechenden Fällen die Möglichkeit eines Scheiterns von vornherein mit ein, indem er von Anfang an dieselben Daten erhebt wie in den Fällen, in denen das Gericht ein Einvernehmen von vornherein gar nicht erst in Betracht gezogen hat. Das macht es leichter, ggf. ohne Zeitverlust auf eine entscheidungsorientierte Begutachtung umzuschalten. Das Bemühen um Einvernehmen beschränkt sich auf die systemische Aufklärung über die psychische Belastung von Trennungskindern durch hoch konflikthafter Elternstreit, verbunden mit einzelnen Verfahrensmerkmalen – Kindesexploration, Kindeswille, Bindungsqualität, Testverfahren, Interaktionsbeobachtung und Förderkompetenz –, die sich nach 1977 zum gutachterlichen Regelfall entwickelten, was in Anbetracht der nach einer entscheidungsorientierten Begutachtung i. d. R. fortbestehenden Paarprobleme aber häufig

nicht ausreicht. Um die enge Verbundenheit eines lösungsorientierten Vorgehens mit der systemischen Methodik deutlich zu machen, die es bei einer merkmalsorientierten Begutachtung, selbst wenn dabei Einvernehmen angestrebt wird, gar nicht gibt, hat der Fachverband FSLS das Präfix „systemisch“ vorangestellt. Damit soll deutlich gemacht werden, dass sich „lösungsorientiert“ auf ein Ergebnis bezieht, „systemisch-lösungsorientiert“ dagegen auf eine diagnostische Methode.¹³

Aus systemisch-lösungsorientierter Sicht ist die Trennungsfamilie ein Verbund exklusiver, nicht austauschbarer Personen, die allesamt in einem emotionalen Netzwerk ganz besonderer Art als System miteinander verbunden sind. Zum einen stehen sich einstige Partner, die einander mal eng verbunden waren, enttäuscht, verbittert, misstrauisch und nicht selten auch feindselig gegenüber. Zum anderen sind dieselben Erwachsenen i. d. R. aus Sicht ihrer Kinder als Mutter oder Vater hochgradig positiv besetzte Bindungspersonen, mit denen sie am liebsten die frühere emotionale Gemeinschaft, ihre Familie, sofort wieder aufleben lassen würden.

Das einst harmonische und von allseitigem Vertrauen geprägte Netzwerk exklusiver zwischenmenschlicher Beziehungen auf Paarebene ist somit extrem verstört, manchmal sogar schon zerstört, wenn es erstmals mit dem Sachverständigen in Kontakt kommt. Eine solche Konstellation wäre eigentlich von vornherein zum Scheitern verurteilt, wenn sich nicht das Familiengericht nachhaltig darum bemühen würde, dass kein Kind die Verbindung zum nicht betreuenden Elternteil verliert.

Damit liegt der Hilfebedarf von Trennungskindern auf der Hand. Sie sehnen sich nach befriedeten Eltern, mit denen sie, wenn schon nicht unter einem Dach, dann zumindest auf Ebene gesicherter Kontakte in enger Verbindung stehen und bleiben wollen. Darüber hinaus wünschen sie sich einen künftigen Lebensmittelpunkt, über den entweder ihre Eltern gemeinsam oder sie selbst entscheiden sollen, ohne dass sie dafür nach triftigen Begründungen suchen müssten. Die sollte ihnen auch kein Elternteil abverlangen.

Dazu muss der Sachverständige bereit sein, im Einzelgespräch mit dem Kind, ggf. auch mit seinen Geschwistern, dessen persönliche Wünsche in Bezug auf seine Eltern anzuhören, das Für und Wider gegeneinander abzuwägen und anschließend beiden Elternteilen gegenüber zu begründen. Dabei sollte der jeweilige Kinderwunsch übernommen werden, da ein stabiler Erstwunsch schnell erhebliche Spannungen – gegenüber beiden (!)

13 Vgl. Lehmann, Kontext 2012, 1 ff.

Elternseiten – auszulösen vermag. Damit entsteht die Schwierigkeit, dass nach der Rückmeldung von den Eltern mit dem Kind in beide Richtungen nochmal gesprochen werden muss, obwohl seine Wahl bereits bekannt ist. Der angemessenste, weil am wenigsten belastende Umgang erfolgt dann in der Form, dass mit Kind und Eltern von vornherein Abänderungen der jetzigen Situation für möglich erachtet oder als vom Sachverständigen begleitete Erprobung durchgeführt werden. Beides sind keine Taktiken zur Ausdünnung der Verbundenheit mit einem Elternteil, sondern spiegelt die Dynamik wider, die mit dem unvermeidlich verbundenen Einbruch an familialer Beziehungsqualität verbunden ist.

Der weiter bestehenden emotionalen Schieflage kann am ehesten dadurch begegnet werden, dass das reale Beziehungsnetz – Kontakt und Verbundenheit auch mit dem anderen Elternteil – bewusst lebendig gehalten wird. Zum anderen könnten die Eltern parallel dazu anfangen, ihre Erwachsenenkonflikte bewusst anzugehen. Sie müssen wieder spüren wollen, dass Elternschaft auch nach Trennung als Paar seine sinnlichen, mit starken Gefühlen emotionaler Zugehörigkeit verbundenen Facetten nicht verloren hat, und wenn doch, dann zumindest dauerhaft nicht verloren haben darf. Auch Trennungskinder sind weiter an beide Elternseiten seelisch gebunden. Wenn ein Kind seine emotionale Verbundenheit mit dem anderen Elternteil aus den Augen verloren oder sogar gedanklich gestrichen hat, führt das nicht selten zu erheblichen Dauerschäden.

Daraus folgt für den systemisch-lösungsorientiert Sachverständigen im Familienrecht, dass seine primäre Aufmerksamkeit darauf ausgerichtet ist, das gescheiterte Paar im Interesse seines Kindes auf Elternebene wieder einander anzunähern. Aber dafür gibt es weder Tests noch sonstige methodische Hilfen. Der Umgang mit Hochstrittigen ist eine schwierige Herausforderung, da die wesentlichen Schritte auf diesem Weg nicht kognitiv, sondern emotional, d.h. psychologisch gesteuert werden. Dafür muss der Sachverständige nicht einmal Therapeut sein. Es reicht, wenn er sich intensiv darum bemüht, bei beiden das Bewusstsein zu schüren, dass sie für das seelische Wohlergehen ihres Kindes moralisch in der Pflicht stehen. Das gelingt am ehesten, wenn er es schafft, ihnen die große Bedeutung der Elternebene bewusst zu machen und sie sinnlich erleben zu lassen, dass die sich zwar als Paar getrennt haben, nicht aber als Eltern.

Das ist zwar entschieden leichter gesagt als umgesetzt. Doch die beste Hilfe hierbei besteht darin, dass beide Eltern sich an die Zeit erinnern, zu der sie selbst noch Kinder waren. Ist das mit positiven Gefühlen verbunden, müssen sie sich lediglich in Erinnerung rufen, welche Rolle dabei ihre

eigenen Eltern gespielt haben. Und wenn nicht, dann wird das viel mit Verhaltensweisen des einen oder anderen Elternteils zu tun haben, die sie damals sehr belastet haben. Der Gewinn besteht dann darin, dass sich auf diese Weise jeder Elternteil ein Modell vor Augen führen kann, das es ihm ermöglicht, zwischen seinem eigenen Verhalten als Mutter bzw. Vater und dem ihres Trennungskindes eine Verbindung herzustellen, auf die sich der Sachverständige beziehen kann.

Dieses eine Beispiel zeigt, wie viel systemisch-lösungsorientierte Begutachtung mit anschaulichem „Tun“ zu tun hat. Der wichtigste Weg besteht darin, die Streitenden in ihrer ganz persönlichen „subjektiven Wahrheit“ über die bisherigen Geschehnisse und Verläufe, ihre individuelle Sicht der Dinge abzuholen und durch seine eigene *Allparteilichkeit* dafür empfänglich zu machen, die Sicht des Anderen, wenn nicht zu teilen, so doch zumindest nachzuvollziehen. Da ein solcher Prozess von *Empathie*, wenn überhaupt, nur im elterlichen Dialog gelingen kann, gilt das *gemeinsame Elterngespräch* als *methodisches Kernstück* jeder systemisch-lösungsorientierten Begutachtung. Kompetenzen in Gesprächsführung mit hochstrittigen Trennungseltern sind damit eine Grundvoraussetzung für systemisch-lösungsorientierte Sachverständige.¹⁴

Die aber hat den familienrechtlichen Gutachtern i. d. R. kein wissenschaftliches Studium gelehrt. Erst im Rahmen einer speziell auf das Familienrecht abgestimmten *systemischen Weiterbildung*, verbunden mit praktischen Erfahrungen im Umgang mit Trennungsfamilien, kann es einem Sachverständigen gelingen, die seelischen Verhärtungen zwischen Trennungsparen abzubauen. Danach kann die Begutachtung relativ rasch beendet werden. Entspannte Eltern sind nicht länger nur auf die gescheiterte Paarebene fixiert und können ihr Kind wieder in den Mittelpunkt stellen. Natürlich kann es trotzdem zum Streit kommen, weil kein Elternteil die Alltagsnähe zu ihm verlieren möchte. Doch darüber kann man miteinander reden, und vieles verliert an Schärfe, wenn beiden Elternseiten aufgezeigt werden konnte, dass ihr Kind trotz seiner lokalen Orientierung an einem Elternteil weiterhin mit beiden emotional eng verbunden ist. Wenn sich daraufhin Vater und Mutter darum bemühen, die Verbindung zum anderen wieder herzustellen oder zumindest zu unterstützen, lassen sich Lösungswege finden, die bei anhaltender Hochstrittigkeit nie möglich geworden wären.

14 Vgl. Jopt/Behrend/Lurse/Lehmann/Kalisch, S. 4.

Danach werden die gangbaren Wege zur Nachtrennungsfamilie ausformuliert und, versehen mit einem Kommentar des Sachverständigen, ans Gericht gesandt. In vielen Fällen erzielten Einvernehmens bedarf es dann keiner weiteren Anhörung mehr, weil der Antragsteller seinen ursprünglichen Antrag für erledigt erklärt.

IV. Umgang mit elterlichem Einvernehmen

Dass elterliches Einvernehmen unabhängig von der Entstehungsgeschichte des Konflikts als oberstes Ziel im Interesse von Trennungskindern verstanden wird, ist vor allem von hoch strittigen Eltern nur selten zu erwarten. Der Auslöser ihres oft erheblichen Konfliktniveaus liegt zwar auf der *Paarebene*, wie eingangs dargestellt, und hat somit mit dem Kind – noch (!) – eher wenig zu tun. Spätestens mit der Einbeziehung des Gerichts ist jedoch auch die *Elternebene* betroffen, weil dann als weiteres Streitthema die Bedrohung der emotionalen Verbundenheit mit dem Kind dazu kommt. Während in der ersten Phase Gefühle von Enttäuschung, Trauer, Ärger und Wut vorherrschen, kennzeichnen die daran anschließende Phase vor allem Empfindungen von Schmerz und Angst.

Beide Gefühlskomplexe können abhängig vom Geschlecht und von der Lebenslage unterschiedliche Vermischungen eingehen, deren Bewältigung nachhaltig davon abhängt, welche Ressourcen zur Verfügung stehen. Dafür kommen bei Trennungseltern grundsätzlich zwei Muster in Frage: Familiäre Selbstverantwortung und Verantwortungsdelegation. Nur wer zur ersten Gruppe gehört, dem ist von sich aus bewusst, dass sein Kind nach der Trennung einen großen Bedarf an Verbundenheit mit beiden Elternseiten verspürt. Deshalb ist die nacheheliche Beziehungsregelung ihr gemeinsamer Auftrag, dem sie sich einsichtsvoll stellen. Scheidung wird dadurch zur alleinigen Erwachsenensache. Im anderen Fall – Delegation der zukünftigen Eltern-Kind-Beziehung an einen Psychologischen Sachverständigen – ist Dritthilfe hochwillkommen.

Vollkommen unverständlich ist in diesem Zusammenhang, dass aus Sicht entscheidungsorientierter Gutachter selbst eine erzielte Elterneinigung nicht genügen soll, das Verfahren und damit die Grundlage des Gutachterauftrags zu beenden. Die Protagonisten dieses Ansatzes weisen darauf hin, dass eine Einigung in jedem Fall zunächst erst noch einer Überprüfung durch den Sachverständigen unterzogen werden müsse, weil sie möglicherweise nicht dem Kindeswohl entspreche. Dazu *Salzgeber*:

„Allerdings kann es kaum Ziel einer Begutachtung sein, die Eltern zu einer beliebigen Einigung zu bewegen. Es entspricht bei den meisten Konflikten der Eltern nicht dem Kindeswohl, wenn a priori als kindeswohl dienlich vermutete Regelungen mit den Eltern ausgehandelt werden, ohne dass der Sachverständige sich beim Kind rückversichert und die bezüglich elterlicher Rechtspositionen ausgehandelte Regelung auch einer Überprüfung im Hinblick auf das Kindeswohl unterzieht.“¹⁵

Als Beispiel wird darauf verwiesen, dass sich Eltern etwa auf Übernachtungen einer Einjährigen beim nicht betreuenden Elternteil einigen könnten, was aus gutachterlicher Sicht dem Kindeswohl jedoch nicht dienlich wäre. Dabei wird übersehen, dass der ganze Rechtsstreit gerade durch Streitigkeiten der Eltern ausgelöst worden sein muss, weil diese mit Blick auf das Kind hierzu unterschiedliche Vorstellungen hatten. Dass es unter dieser Voraussetzung ausgerechnet zu der als Beispiel angeführten Einigung kommen sollte, ist eher unwahrscheinlich. So verantwortungslos, dass es für diesen Fall einer Kontrollinstanz bedürfte, wäre aber selbst der Beispielfall nicht.

Ähnlich ist es mit der Begründung des Gutachters *Balloff* zur Überwachung elterlichen Einvernehmens bestellt. Auch hier wird erneut, wenn gleich mit anderem Tenor, an der vermeintlich unverzichtbaren Kontrollfunktion des Sachverständigen festgehalten

„Es wäre daher als Rückschritt zu betrachten, wenn der Wille und die Interessen des Kindes im familiengerichtlichen Verfahren zugunsten der Annahme, eine von den Eltern gemeinsam erarbeitete Lösung sei die grundsätzlich für die betroffenen Kinder bessere Alternative, geopfert würden. [...]

Obwohl der Sachverständige das grundgesetzlich garantierte Elternrecht natürlich respektiert und auch die Möglichkeit der Eltern besteht, sich zwecks einer Einigung vom gerichtlichen Verfahren wieder zurückzuziehen, werden im Rahmen einer Begutachtung der Wille und die Bedürfnisse des Kindes vor einer rein auf die Verhandlung der Eltern gestützten Lösung in Erfahrung gebracht werden müssen.

Ein sachverständiges Vorgehen kann sich nicht ergebnisoffen dem Einigungsprozess der Eltern „unterwerfen“, sondern muss die Bedürfnisse und den Willen der betroffenen Kinder herausarbeiten und berücksichtigen.“¹⁶

15 Salzgeber/Fichtner Praxis der Rechtspsychologie 2009, 245 (252).

16 Wagner/Balloff Praxis der Rechtspsychologie 2009, 263 (272).

Beide Zitate zeigen, dass der *entscheidungsorientierte* Sachverständige sich selbst bei einem Auftrag gem. § 163 Abs. 2 FamFG *nicht* als lösungsorientierter Sachverständiger versteht, der mit den Eltern das vom Gericht vorgegebene Ziel Einvernehmen zu *erarbeiten* versucht, sondern weiter im Prinzip jener „Obergutachter“ bleibt – Salzgeber und Höfling sprechen an anderer Stelle vom „*Hauptsachverständigen*“¹⁷ –, der als selbsternannter „Gralshüter über das Kindeswohl“ genau zu wissen vorgibt, wie sich dieser schwierige und diffuse unbestimmte Rechtsbegriff selbst in Anbetracht konsensueller Eltern – im Sinne des KindRG geradezu Inbegriff von *Kindeswohl* im Trennungskontext – noch zur Expertensache deformieren lässt.

In rechtlicher Hinsicht setzen sich diejenigen, die ein elterliches Einvernehmen überprüfen wollen, nicht damit auseinander, dass Verfahren über das Sorgerecht gem. § 1671 Abs. 1 S. 1 BGB nur auf Antrag eingeleitet werden. Das sieht zwar auch *Balloff*, wie obiges Zitat zeigt. Ihm ist durchaus bekannt, dass alle Eltern das Recht haben, gemeinsam für ihre Kinder so zu entscheiden, wie sie es für richtig halten, solange damit keine Kindeswohlgefährdung verbunden ist. Auch weiß er, dass mit einer Einigung sowohl für die Eltern selbst als auch für das Gericht das Verfahren beendet ist und dass es dann keinem Gutachter mehr zur Disposition steht. Die Einigung dennoch überprüfen zu wollen, ist nicht nur ein unzulässiger Eingriff in das nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Elternrecht, denn alles, was sie vereinbart haben, hätten die Eltern ganz genauso auch ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen absprechen können, gerichtlich oder außergerichtlich. Zugleich suggeriert es die Anmaßung einer diagnostischen Kompetenz, über die kein Psychologe tatsächlich verfügt. Es gibt keine Testverfahren zur Bestimmung des Kindeswohls. Andernfalls wäre es um dieses Konzept längst besser bestellt und hätte es zahllose strittige Diskussionen selbst unter Fachleuten nie gegeben. Insofern handelt es sich letztlich um eine eigenmächtige Auftragsweiterung, die keinem Gutachter zusteht.

Dazu der fachlich hoch geschätzte Gutachter *Heinz Offe*:

„Wenn es gelingt, dass die Eltern eine einvernehmliche Lösung finden, ist jede weitere Diagnostik überflüssig. Wenn die Eltern sich einig sind, hat (außer in Fällen der Erziehungsunfähigkeit) niemand ihnen reinzureden, auch der Sachverständige nicht.“¹⁸

Dem ist aus lösungsorientierter Sicht nichts weiter hinzuzufügen.

17 Salzgeber/Höfling *KindPrax* 2004, 163 (167).

18 Offe, *Praxis der Rechtspsychologie* 2009, 232 (241).

V. Kein Einvernehmen erreicht

1. Exploration

Es sind in erster Linie die dynamischen und auffälligen Prozesse in der *Kommunikation*, die das Bild vom Gegenüber formen. Insofern ist es gerade das freie und nicht näher standardisierte Gespräch mit den einzelnen Elternteilen unter Einbeziehung ihrer Ansichten vom Kind, das dem Gutachter dabei hilft, seine Empfehlungen für das Gericht zu begründen.

Dasselbe gilt in Bezug auf die *Standardisierung elterlicher Befragung*. Deren Gestaltung hängt in erster Linie davon ab, in welcher Verfassung sich die einzelnen Gesprächsteilnehmer befinden. Wo als Folge der häuslichen Trennung Trauer, Wut, Tränen ein Gespräch begleiten, hat es wenig Sinn, dafür standardisierte Fragen zu entwickeln. Eine Strichliste mag wissenschaftlichen Gütekriterien genügen, Trennungseltern ist es jedoch entschieden wichtiger, sich vom Sachverständigen ihre subjektive Überzeugung vom einstigen Partner sowie von seiner Schuld am Zerschlagen der Familie bestätigen zu lassen.

Wie beide Eltern aus Kindersicht gesehen werden, spiegelt sich am anschaulichsten durch getrennte Einzelgespräche der Kinder mit jedem Elternteil. Natürlich gelingt dieser Weg längst nicht immer und häufig nur stark eingeschränkt. Das ist dann zwar ein Beweis *für* die erheblichen Schwierigkeiten, die mit dem Versuch einer Befriedung der hochgradig affektgeladenen und gefühlsbesetzten Paarebene verbunden sein können, aber kein Beweis *gegen* die grundsätzliche Richtigkeit dieses Vorgehens, wenn es um die Kindersicht geht. Bei fortbestehenden Wahrnehmungsunterschieden muss jedoch ein anderer Weg gefunden werden, etwa Kontaktgespräche mit Kindergarten oder Schule.

2. Testverfahren

Testverfahren sind bis heute die zentralen methodischen Grundlagen für die bisher überwiegend auf Selektion eines Elternteils ausgerichtete Diagnostik im Familienrecht. Neu hinzugekommen ist zwar früh schon eine genuin von der Psychologie eingebrachte methodische Erweiterung – die so genannte Interaktionsbeobachtung, eine konkrete Beobachtung des Umgangs zwischen Elternteil und Kind. Doch der mangelt es ebenso wie den anderen Kriterien auch an einem zentralen Merkmal: Was da genau und

unter welchen Umständen beobachtet wird, geht über einen interpretations- und deutungsbedürftigen Augenschein selten hinaus, so dass damit erneut den subjektiven Überzeugungen des einzelnen Gutachters Tür und Tor geöffnet sind. Mit Wissenschaftlichkeit in einem für das Familienrecht qualitätssteigernden Sinn – etwa weil sich durch diese Methodik die Güte gutachterlicher Empfehlungen und damit richterlicher Entscheidungen steigern ließe – hat das alles wenig zu tun.

Allen Verfahren fehlt die sogenannte *Validität*, also der Nachweis, dass sie mit ihren Befunden überhaupt in der Lage seien, zur Beantwortung der gerichtlichen Fragestellung nach dem für das Kind geeigneteren Elternteil relevant beizutragen. Ihr Einsatz im *Familienrecht* (!) ist reine Glaubenssache, mit der Qualität des Gutachtens haben sie nichts zu tun. In der systemisch-lösungsorientierten Begutachtung spielen sie deshalb keine Rolle, ganz abgesehen davon, dass aus systemischer Familiensicht die Erhebung von testpsychologischen Personmerkmalen ohnehin ohne Relevanz ist.

Trotzdem hat noch 2009 der Erlanger Psychologieprofessor *Hommers* ein umfangreiches Testverfahren auf den Markt gebracht (*SURT*), das es ermöglichen soll, ausgerechnet anhand von sogenannten *projektiven Testverfahren* – das sind hoch subjektive Messtechniken, denen es nicht nur an jeglicher *Validität* fehlt, sondern die darüber hinaus auch den beiden anderen Testgütekriterien *Objektivität* und *Reliabilität* in keiner Weise genügen – fachlich valide Befunde sowohl zum Sorgerecht wie zum Umgangsrecht zu erheben. Diese Vorstellung kann in Anbetracht ihrer bedenklichen Methodik nur verwundern.

Es ist nicht nachzuvollziehen, warum die 245 € teure *SURT* vom Verlag Hogrefe in Göttingen noch 2022 in 2. Auflage vertrieben wird, obwohl sich das alte Verständnis von Sorge- Umgangsrecht bei Scheidung in der Zwischenzeit gründlich verändert hat, wobei projektive Testverfahren im Familienrecht aufgrund ihrer Mängel praktisch so gut wie keine Rolle mehr spielen.¹⁹ Anscheinend lebt bei nicht wenigen Gutachtern die falsche Vorstellung immer noch weiter, dass sich auf diesem Feld mit projektiven Testverfahren diagnostisch valide Kennwerte gewinnen ließen.

19 Hommers (2009). Ausführlich zu den Mängeln der verschiedenen Testverfahren bereits Leitner FuR 2000, 57 (59 ff.).

3. Interaktionsbeobachtung

Das dritte methodische Element ist die *Interaktionsbeobachtung*. Hier verhält es sich im Prinzip ähnlich wie mit der Exploration. Der Umgang zwischen einem Kind und einem Elternteil kann höchst aufschlussreich sein, etwa im Hinblick auf Bindungsqualität, Dominanz, Einfühlungsvermögen im Spiel. Tatsächlich handelt es sich jedoch meist eher um eine Art *projektiver Test*, weil das Beobachtete in vielen Fällen nicht objektiv für sich selbst spricht, sondern der Interpretation durch den Gutachter bedarf. Nicht zuletzt deshalb sind solche Verfahren wenig brauchbar, weil sie stets mehr über den gutachterlichen Interpretieren des Gesehenen aussagen als über die begutachtete Person selbst. Zudem sind sie hochgradig kontextabhängig, sowohl vom äußeren Setting des Gesprächs wie von den Beziehungen der beteiligten Personen, Kind wie Eltern, zueinander.

Dazu ein Beispiel: Was es für den einzelnen Gutachter bedeutet, wenn der Vater nicht weiter darauf reagiert, dass sein Kind beim gemeinsamen Mensch-ärgere-dich-nicht-Spiel geschummelt hat, hängt ganz von ihm selbst, seinen persönlichen Wert- und Moralvorstellungen ab. Irgendwelche Validität von Relevanz hat ein solches Verfahren nicht.

In der systemisch-lösungsorientierten Begutachtung haben solche Interaktionsbeobachtungen in erster Linie eine andere Funktion. Zum einen dienen sie dazu, unterbrochene oder vom Kind negativ konnotierte Beziehungen zum abgelehnten Elternteil zu diagnostizieren, zu verstehen oder aufzulösen. Zum anderen soll damit dem betreuenden Elternteil aufgezeigt werden, dass das Kind sich ohne seine Gegenwart durchaus deutlich anders verhalten kann – zugewandter, herzlicher, vertrauensvoller –, als bisher angenommen. Dadurch können starre Überzeugungen von der Schädlichkeit oder Bedrohlichkeit dieser Beziehung eindrucksvoll erschüttert werden.

VI. Gutachterempfehlungen an das Gericht

Jedes einen Elternteil empfehlende Gutachten spaltet Eltern in Gewinner und Verlierer, das ist durch ein solches Gutachten strukturell vorgegeben. Ein durch Entspannung und Kooperation gekennzeichnetes vertrauensvolles und offenes Klima in der Nachtrennungsfamilie, wie es sich viele Trennungskinder von ihren Eltern wünschen, wird sich deshalb eher selten einstellen. Zwar ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass der gerichtliche Streit

mindestens juristisch für geraume Zeit endet und damit *Rechtsfrieden* einkehrt. Ein vom Kind angestrebter *Beziehungsfrieden* fehlt jedoch.

So kann die vom Gericht übernommene Gutachterempfehlung zur psychischen Entlastung des Kindes beitragen, im Verhältnis der Eltern zueinander und damit an der aus dem Elternkonflikt herrührenden Belastung im Alltag hat sie jedoch nur wenig geändert. Der Gutachter hat zwar vereinzelt positive Strukturen für die Zeit danach geschaffen, mehr aber auch nicht.

Ob das Kind weiterhin bei der Mutter wohnen oder zum Vater wechseln soll, ist ohnehin eher eine pragmatische Frage. Ihre Beantwortung hängt wesentlich davon ab, ob der Gutachter mit dem Konzept *Kindeswohl* nur die *aktuelle Lage des Kindes* im Blick hat oder ob er dabei an einen *zeitperspektivisch gestreckten Entwicklungsverlauf* denkt, der Fragen zukünftiger Schulwahl, familialer Entwicklungen (z.B. Wiederheirat, Stiefgeschwister oder neue Bildungswege) miteinschließt. Beides sind gewichtige Facetten des Kindeswohls, doch gerade solche nicht näher vorhersehbaren Veränderungen verlangen ein erhebliches Ausmaß an Flexibilität für die Gestaltung der Elternbeziehung nach Trennung oder Scheidung.

In diesem Sinne wählt der systemisch-lösungsorientierte Sachverständige bevorzugt solche Vorschläge aus, die Weiterentwicklungen in der Nachtrennungsfamilie nicht versperren und dazu beitragen können, dass für das Kind die Verbindung zum anderen Elternteil nicht abreißt. Dafür gibt es weder zum Zeitpunkt der Begutachtung noch danach stabile Sicherheiten. Einen Eindruck hiervon kann sich ein Sachverständiger nur aus den Gesprächen mit den Eltern verschaffen, v. a. dem *gemeinsamen Elterngespräch*. Hinzu können verfahrensrechtliche Unterstützung und Kontrollen eingeplant werden, um das Risiko eines Beziehungsabbruchs bestmöglich zu verhindern. Dabei ist Transparenz gegenüber Eltern wie Gericht unabdingbar. Die Empfehlungen werden mit beiden Eltern besprochen und begründet. Trotzdem bleibt auch dann noch ein Restrisiko an Fehleinschätzung zurück.

Das ist das Dilemma einer Begutachtung, der es an stabilen Bestimmungsgrößen fehlt und die sich hochgradig dadurch auszeichnet, dass sich ihre Konzepte, obwohl alltagstauglich, nur sehr begrenzt operationalisieren lassen. Nicht so selten ist deshalb die bewusste Erprobung von gutachterlichen Umgangsgestaltungsmöglichkeiten *noch während der Begutachtung*, z.B. einem „Probewohnen“, um einem Mangel frühzeitig zu begegnen. Obendrein wird den Eltern angeboten, sich in zukünftigen Konfliktfällen ums Kind zunächst unentgeltlich an den Sachverständigen wenden zu können, um eine erneute Einschaltung des Gerichts bestmöglich zu vermeiden.

Wo Wertungen erfolgen, ist immer auch das Gegenteil mit im Spiel – Abwertungen. Oft lassen sich diese sachlogisch nicht vermeiden. Deshalb achtet der lösungsorientiert-systemische Gutachter darauf, dass Eltern sich durch seine Darstellung nicht entwertet fühlen. Denn das wäre mit einem *humanistischen Menschenbild*, Grundprinzip systemischer Begutachtung, unvereinbar.²⁰ Demgegenüber konnte nachgewiesen werden, dass entscheidungsorientierte Gutachterempfehlungen „mit hoher Wahrscheinlichkeit [...] die Eltern spalten“²¹ und überdies von einer deutlichen Mehrheit der Befragten, genauer: von rund drei Vierteln als „wenig hilfreich“ empfunden werden, sondern negative Emotionen (Betroffenheit, Wut, Hilflosigkeit, Resignation und Angst) auslösen.²²

VII. Kindeswohlgefährdung

Körperliche Gefährdungen von Kindern lassen sich durch eine medizinische Untersuchung i. d. R. objektiv diagnostizieren. Dafür bedarf es keines psychologischen Gutachters. Sofern es um kindliche Verhaltensauffälligkeiten geht, werden i. d. R. zwar auch psychologische Sachverständige hinzugezogen. Ob es sich dabei um Hinweise auf eine Kindeswohlgefährdung handelt, ist jedoch nicht annähernd so eindeutig festzustellen wie bei körperlichen Symptomen. Denn der unbestimmte Rechtsbegriff der Kindeswohlgefährdung erlaubt einen breiten Raum von Deutung und Interpretation, so dass durchaus zwei Gutachter für dieselbe Symptomatik zu unterschiedlichen Gefährdungseinschätzungen und entsprechend unterschiedlichen Interventionsvorschlägen gelangen können. Das ist dann nicht unbedingt mangelhafter Qualifikation geschuldet, sondern eher ein kaum überraschendes Ergebnis fehlender Befundeindeutigkeit.

Die systemisch-lösungsorientierte Begutachtung hat vor diesem Hintergrund den *Runden Tisch* entwickelt, den fachlichen Austausch miteinander aller in der jeweiligen Familiensache beteiligten Professionen. Ziel ist es, Übereinstimmung über Gefährdungsgrad und Maßnahmen zu erzielen, um Diagnose und Intervention auf solide fachliche Füße zu stellen. Dies ist gleichzeitig eine wirksame Fehlerkontrolle, weil der Gutachter gezwungen wird, seine eigene Meinung fundiert zu begründen und mit anderen

20 Dazu vgl. Jopt/Behrend/Lurse/Lehmann/Kalisch, S. 3.

21 Behrend ZKJ 2021, 445.

22 Zütphen, S. 132 u. 150.

Argumenten (psychiatrischen, medizinischen, pädagogischen) kritisch abzuwägen. Die Auseinandersetzung muss sich im schriftlichen Gutachten wiederfinden und vom Gericht nachvollziehen lassen.

Neben dieser psychologischen Seite sind rechtliche Voraussetzungen für einen Sorgerechtsingriff zu beachten, zu denen dem Gutachter die einschlägige, v. a. die ober- und höchstgerichtliche Rechtsprechung bekannt sein muss. Diese setzt dem Gutachter Grenzen. Rechtskenntnisse sind deshalb gerade in Verfahren nach §§ 1666 ff. BGB zwingend geboten, wenn gleich rechtliche Empfehlungen verboten sind.

VIII. Umgang mit dem *Danach* bei Fremdplatzierung

Wesentlich kritischer ist aus systemischer Sicht der gutachterliche Umgang mit dem *Danach*, wenn es um die Dauer der Fremdunterbringung in Verbindung mit Fragen zur Rückführung des Kindes in seine Herkunftsfamilie geht. Auch hier sind Rechtskenntnisse unverzichtbar. Dazu zählt insbesondere auch die bindende Spruchpraxis des EGMR.²³ Schwierigkeiten können auftreten, weil das zu beachtende kindorientierte Verhältnismäßigkeitsprinzip erhebliche Spielräume für Gutachter und Gericht eröffnet, die einer objektiven Bewertung kaum zugänglich sind.

Hinsichtlich der Aufrechterhaltung von Bindungen ist es Grundüberzeugung systemischer Sachverständiger, dass nach dem Prinzip „Kinder sind Kinder“ für diejenigen, die in Heimen oder Pflegefamilien untergebracht sind, hinsichtlich des Umgangs mit ihren Familienangehörigen, Eltern wie Geschwistern, grundsätzlich dieselben Maßstäbe gelten müssen wie für Trennungskinder.²⁴

Die Wiedereingliederung in die Herkunftsfamilie stellt nach längerer Fremdunterbringung hohe Anforderungen an den Sachverständigen, wobei es sowohl auf kinderpsychologisches Wissen, v. a. aber auch auf einschlägige Erfahrungen mit solchen Veränderungen ankommt. Das betrifft sowohl die Kinder selbst wie, meist noch stärker, die zur Rückführung des ihnen treuhänderisch anvertrauten Kindes aufgeforderten Pflegeeltern mit ihren verständlichen Emotionen und Affekten. Denn gerade hier erweist es sich als sehr hilfreich, wenn über die Formalqualifikation des Sachverständigen hinaus auf profundes Erfahrungswissen abgestellt werden kann.

23 EGMR BeckRS 2002, 10418; vgl. weiter Wiesner/Wapler/Gallep SGB VIII § 37 Rn. 2.

24 Vgl. Behrend/Jopt (2009).

IX. Missbrauchsverdacht und Kindeswille

In den letzten zwei Jahrzehnten hat der sexuelle Missbrauch von Kindern durch Fremde, Bekannte, Verwandte oder selbst eigene Väter drastisch zugenommen. Dabei handelt es sich regelmäßig um Straftaten von erheblicher Bedeutung, die den sofortigen Abbruch jeglicher Kontakte mit dem Kind zur Folge haben.

Eine häufig auftretende Konstellation ist in diesem Zusammenhang folgende: Die vom Vater getrennt lebende Mutter trägt bei Gericht vor, dass der seine Tochter im Vorschulalter oder später sexuell missbraucht habe. Das habe ihr die Tochter erzählt. Daraufhin habe sie jeden weiteren Umgang sofort abgebrochen. Diesen Vorfall bestätigt das Kind anschließend auch bei Gericht. Damit scheint alles klar zu sein. Die Mutter beantragt deshalb, den Vater strafrechtlich zu verurteilen und weitere Umgangskontakte strikt auszuschließen. Der wiederum bestreitet vehement, sein Kind jemals sexuell missbraucht zu haben. In dieser Konstellation holen die meisten Gerichte ein Gutachten zur *Glaubhaftigkeit der kindlichen Aussage* ein, eine aus Sicht der Mutter völlig unverständliche Maßnahme, da ihre Tochter in der gerichtlichen Anhörung den ganzen Vorfall doch selbst bestätigt habe.²⁵

An dieser Stelle kommt ein psychologisches Konzept ins Spiel, mit dem sich das logisch eigentlich Unmögliche plausibel erklären lässt. Danach ist der mütterliche Missbrauchsvorwurf logisch zwar nachvollziehbar, seine strikte Zurückweisung durch den Vater erscheine aber ebenfalls begründet. Zum Beweis bezieht sich die Mutter auf *entsprechende Aussagen der Tochter ihr gegenüber*, während der Vater den Missbrauchsvorwurf für eine *vorsätzliche Lüge* hält: Die Mutter habe sich all das nur ausgedacht, um ihn gerichtlich als Straftäter verurteilen und aus der Beziehung zu seiner Tochter ausgrenzen zu lassen. Die Aussage des Kindes vor Gericht belege, dass der Vater zu seiner Entlastung bewusst die Unwahrheit gesagt habe.

Allerdings darf diese Verknüpfung von kindlich geschilderter Real- und ihm bewusst unterstellter Falschaussage *nicht logisch* verstanden werden, das Ganze ist als Einheit nur *psycho-logisch* verstehbar. Unbemerkt hat hier im Vorfeld auf Basis mütterlicher Aufklärungsbemühungen ein *sozialer Lernprozess* des Kindes stattgefunden, den weder das Kind selbst noch die Mutter erkannt haben. Dieses psychologische Phänomen wird teilweise als PAS (*Parental Alienation Syndrom*) bezeichnet und gilt als eine der größ-

25 Vgl. Steller FPR 1995, 60 ff.

ten Schwierigkeit, die im Rahmen einer familienrechtlichen Begutachtung auftreten können. Nicht selten steht am Ende der Analyse aus fachlicher Sicht fest, dass es den vom Kind vorgetragenen sexuellen Missbrauch in Wirklichkeit nie gegeben hat.

Wie dieser Eindruck entstehen konnte, soll an dieser Stelle nicht näher aufgezeigt werden. Nur soviel: Entsprechende Konstellationen markieren ein zentrales Problem zwischenmenschlicher Kommunikation zwischen dem betreuenden Elternteil und seinem bei ihm lebenden Kind, das beim Beschuldigten schwerwiegende Folgen nach sich ziehen kann, bis hin zu seiner Verurteilung als Straftäter, wenn es in seiner Besonderheit nicht frühzeitig erkannt wird.²⁶

Wenn ich bereits an dieser Stelle relativ ausführlich darüber berichte, dann aus einem für das Verständnis der beiden hier gegenübergestellten Begutachtungsmodi zentralen Grund. Das PAS-Phänomen zeigt in aller Deutlichkeit, dass einem am Familiengericht angesiedelten Fachproblem von erheblicher praktischer Bedeutung nur dann angemessen begegnet werden kann, wenn eine *personenzentrierte Eigenschafts- oder Merkmalsdiagnostik* umfassend durch eine *systemische Prozessdiagnostik* erweitert wird. Dabei steht nicht länger allein die angenommene *Tat* eines Beschuldigten im Zentrum gutachterlicher Aufmerksamkeit. Stattdessen geht es um die raum-zeitliche Rekonstruktion diverser vom Kind wiedergegebener Handlungsverläufe *im Kontext* ihrer interdependent geschilderten Entstehungsgeschichte.

X. Lösungsorientierte Arbeit mit der Trennungsfamilie

Über die lösungsorientierte Arbeit mit der Trennungsfamilie liegt eine Fülle an Schrifttum vor.²⁷ Diese soll hier nicht wiederholt werden. Festzustellen ist lediglich, dass entscheidungsorientierte Gutachter zwar vereinzelt auch „lösungsorientiert“ arbeiten können, dies jedoch mit „systemisch-lösungsorientiert“ kaum etwas zu tun hat. Das kann nicht überraschen, da es vonseiten entscheidungsorientierter Gutachter kein systemisches Konzept gibt, wie mit Trennungseltern konkret umgegangen werden soll, um sie

26 Vgl. zum Ganzen Gardner (1992); Behrend (2009), S. 82 ff.; dies., in: Weber/Alberstötter/Schilling, S. 232; Jopt/Behrend ZfJ 2000, 223 ff. u. 258 ff.; Jopt/Zütphen, in: Fabian/Jacobs/Nowara/Rode, S. 183 ff.; Salzgeber FF 2003, 232 ff.

27 Vgl. nur Jopt (1987); ders. in: Bergmann/Jopt/Rexilius, S. 51 ff. u. (gemeinsam mit Rexilius) S. 177 ff.; Behrend (2011).

für einen Konsens in Bezug auf ihr Kind zu gewinnen. Vielmehr erfolgt die Arbeit merkmals- bzw. entscheidungsorientiert, so dass ein lösungsorientierter Befund in Bezug auf beide Elternseiten eher Zufall ist.

Dagegen lässt sich im Rahmen systemischer Methodik der lösungsorientierte Sachverständige von folgenden Überlegungen leiten:

Die größte psychische Belastung für Trennungskinder besteht darin, dass sie gezwungen sind, sich mit einem massiven *Spannungsfeld* hochgradig rivalisierender Eltern arrangieren zu müssen.

Oberstes Ziel sachverständiger Intervention ist es deshalb, das elterliche *Konfliktniveau abzusenken*. Je besser dies gelingt, desto größer sind die Chancen, die Eltern zu befähigen, strittige Fragen um ihr Kind wieder selbst in die Hand zu nehmen. Nichts anderes will seit 1998 auch das KindRG.

In diesem Verständnis sachverständigen Handelns ist jede Form personaler Merkmalsquantifizierung obsolet. Zentrales Medium ist das *Gespräch mit beiden Eltern*. Um affektiv wie emotional aufgeladene *Expartner* zu erreichen und ihr Vertrauen zu gewinnen, ist es meist unangemessen, sie von Beginn an nur in ihrer Elternrolle anzusprechen. Das Scheitern der Paarbeziehung und die damit einhergehende Zerstörung des bisherigen Familienmodells sind Ereignisse, die die meisten Paare tief getroffen und erschüttert haben. Unter dieser Voraussetzung nimmt die Frage nach den eigentlichen Ursachen des Scheiterns und, eng damit verbunden, nach der persönlichen „Schuld“ des Einzelnen zu Anfang erheblichen Raum ein. Fast immer sind es die Eltern selbst, die gleich zu Beginn von sich aus die Paarebene ansteuern.

Erst wenn dieses Thema hinreichende Würdigung im Rahmen eines oft kontroversen, auch lautstarken, von Betroffenheit und Trauer, Tränen eingeschlossen, bestimmten Austausches erfahren hat, wird das Gespräch auf die *Elternebene* umgelenkt.

Jetzt beginnt der zweite Teil einer systemischen Begutachtung. Wiederrum steht zunächst umfassende Aufklärung der Eltern über Bedürfnisse und Sehnsüchte von Trennungskindern im Mittelpunkt. Dabei steht der Wunsch nach einer harmonischen und liebevollen Elternbeziehung ganz oben an. Dem wird i. d. R. von beiden Seiten uneingeschränkt zugestimmt. Dann schwenkt der Blick auf die Erwachsenen, wobei empathisch über Ängste und Befürchtungen beider Seiten gesprochen wird, die Nähe zum Kind zu verlieren, falls es zukünftig beim anderen leben sollte. Ergänzt werden diese Gefühle durch Fantasien oder auch reale Erinnerungen an Schwächen oder Fehler des anderen Elternteils im Umgang mit dem Kind.

Insbesondere Mütter sind häufig der Überzeugung, dass der Vater allein mit dem Kind nicht zurechtkommen würde.

Auf der anderen Seite wird hervorgehoben, dass das Kind nicht bei beiden Eltern gleichzeitig wohnen kann, sodass die Bevorzugung eines Elternteils unvermeidlich ist, sollte nicht ein Wechselmodell in Betracht kommen.²⁸ Das ist trivial, wird aber trotzdem vielfach so wahrgenommen, als handle es sich allein um ein Problem des anderen. In dieser Phase sind für den Sachverständigen erneut kommunikative Kompetenzen im Umgang mit unterschiedlichen subjektiven Überzeugungen der Eltern von herausragendem Wert. Dazu muss er kein ausgebildeter Therapeut sein, wohl jedoch sollte er das allparteiliche Wechseln zwischen den Seiten gut beherrschen.

Diese *Allparteilichkeit* ist das mit Abstand wichtigste Konzept, um zwei hochstrittige Elternseiten trotz ihrer divergierenden Überzeugungen nicht zu verprellen. Anders als *Salzgeber*, *Fichtner* und *Bublath* meinen,²⁹ unterscheidet sich Allparteilichkeit von Unparteilichkeit bzw. Neutralität. Vielmehr ermöglicht die Allparteilichkeit eine Parteinahme. Nur hat diese so im Wechsel zwischen den Parteien zu erfolgen, dass sich jede Seite durch den Sachverständigen verstanden fühlt. Dies ist nicht etwa ein leicht zu durchschauender psychologischer „Trick“. Vielmehr wird ein Nebeneinander zweier Sichtweisen, die sich logisch eigentlich ausschließen, durch ihre Einbettung in den jeweiligen Kontext ihrer subjektiven Wahrnehmung möglich. Danach ist jeweils das „richtig“, was in diesem Kontext plausibel erscheint. Das Ganze ist eine überaus anstrengende und belastende Arbeit, weil der Sachverständige aufmerksam darüber wachen muss, seine „Zustimmungen“ in der Bilanz annähernd gleich zu verteilen. Andernfalls kann ihn ein Elternteil für parteiisch halten und entzieht ihm das Vertrauen. Wo das passiert, ist jede Chance zum Einvernehmen verspielt. Das ist entscheidungsorientierten Gutachtern zwar nicht wichtig, weil sie aus ihrem Rollenverständnis heraus ohnehin die Kontrolle und letztlich die Oberhand über den gesamten Begutachtungsverlauf behalten. Für *LöSV* dagegen sind Vertrauen und Bereitschaft, die Verantwortung für den weiteren Weg der Kinder beiden Eltern zu überlassen, von herausragender Bedeutung.

28 Auf das Wechselmodell als alternative (und zunehmend verbreitete) Form zum Residenzmodell wird in dem vorliegenden Beitrag nicht eingegangen. Insoweit kann auf die Ausführungen von Sünderhauf (2013) sowie in FamRB 2013, 290 ff. u. 327 ff. verwiesen werden.

29 ZKJ 2011, 338 (343).

Deshalb ziehen sich Respekt und Wertschätzung wie ein roter Faden durch die ganze Begutachtung. Das heißt nicht, dass falsche Reaktionen eines Elternteils dem Kind oder dem anderen gegenüber unbeachtet blieben. Selbstverständlich werden sie in ihrer dysfunktionalen Wirkung, etwa als Konfliktverschärfer oder als Verstärker kindlicher Ablehnung, aufgezeigt und kritisch gewürdigt. Der Sachverständige achtet allerdings darauf, dass sie die Atmosphäre nicht dauerhaft prägen. Einvernehmen lässt sich nicht mit Eltern erreichen, die zuvor moralisierend in „Besser“ und „Schlechter“ aufgespalten wurden.

Im weiteren Verlauf bringt der Sachverständige sich als *Sprachrohr* für das Kind ein, wobei er den Eltern die erhebliche psychische Belastung zu vermitteln versucht, der es durch Instrumentalisierung und Loyalitätsdruck seitens einer oder auch beider Elternseiten ausgesetzt ist. Er verdeutlicht ihnen, dass das Kind *beide Eltern* gleichermaßen liebt, obwohl es sich ggf. für den Verbleib bei einem Elternteil ausspricht. Wo dieses Bekenntnis ausbleibt, kann man mit Eltern und Kind beispielsweise verabreden, beide Optionen einfach mal auszuprobieren. In diesem Zusammenhang ist es meist von erheblicher Bedeutung, dass der Sachverständige sich darum bemüht, eventuelle Loyalitätskonflikte des Kindes dadurch abzufedern, dass er selbst die Begründung für dessen Ortswunsch übernimmt, sofern er diese Zuordnung zumindest für möglich hält. Das verlangt einerseits ein hohes Maß an komplexer Beurteilungsfähigkeit, kann aber selbst dann noch mit erheblicher Überzeugungsarbeit verbunden sein.

Bei der Einbeziehung von Kindern gibt es in Abhängigkeit von den Gegebenheiten des Einzelfalls eine so erhebliche Variationsbreite im Vorgehen, dass eine Systematisierung gar nicht erst versucht werden soll. Hervorzuheben ist lediglich, dass der häufig mitspielende „Kindeswille“ einerseits nicht ignoriert werden darf; zum anderen aber oft alles andere als ein ernstzunehmendes Bekenntnis ist. Was zutrifft, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, die gegeneinander abzuwägen sind, wobei den Eltern ausführlich ein Merksatz von geradezu axiomatischer Bedeutung erklärt wird: Alle kindlichen Aussagen zugunsten eines Elternteils, meist ist dies die Mutter, die im Kontext elterlichen Hochkonflikts erfolgen, dürfen nicht wörtlich eins zu eins genommen werden. Unter dieser Bedingung ist der Kindeswille vielmehr eine schillernde Figur, die mehr mit kindlicher *Anpassungsleistung* an elterliche Erwartungen und Überzeugungen zu tun hat als mit klarer Positionierung.

XI. Perspektiven systemisch-lösungsorientierter Arbeit

Aus der gesetzlichen Formulierung von § 163 Abs. 2 FamFG als „Kann“-Vorschrift lässt sich auf den ersten Blick ableiten, dass *zwei* unterschiedliche Methoden familienpsychologischer Begutachtung nebeneinander existieren, der *entscheidungs-* und der *lösungsorientierte* Ansatz. Zwischen ihnen kann der Richter auswählen. Das Gesetz formuliert allerdings nicht, dass er die Durchführung einer lösungsorientierten Begutachtung als solche „anordnen“ kann, was wirkliche Wahlfreiheit bedeuten würde. Ausdrücklich anordnen kann er nur, dass der Sachverständige im Rahmen seiner „Erfüllung des Gutachtauftrags auch auf elterliches Einvernehmen „hinwirken soll“. Das wiederum klingt eher nach einer methodischen „Ergänzung“ des „eigentlichen“ Begutachtungsauftrag durch das Gericht. Insofern passt es zumindest von der Logik her, wenn alle entscheidungsorientierten Gutachter darauf bestehen, grundsätzlich zunächst immer erst ihre Statusdiagnostik zu erheben, um damit über Daten zu verfügen, die sie im Falle eines notwendig gewordenen Methodenwechsels in jedem Fall benötigen würden.³⁰

Auch passt es vor diesem Hintergrund, dass sich die einschlägige Fachliteratur nur marginal dazu äußert, über welche zusätzlichen Kompetenzen ein Sachverständiger verfügen müsste, um den Spagat zwischen den beiden Begutachtungskonzepten auch methodisch zu bewältigen. Damit bleibt eine grundsätzliche Diskrepanz in Bezug auf das sachverständige *Methoden-Hopping* übrig. Aus richterlicher Sicht sollte die Reihenfolge so gestaltet werden, dass *ein* entscheidungsorientierter Ansatz erst nach einem gescheiterten lösungsorientierten Versuch zum Zuge kommt. Aus Reihen der Justiz werden keine ernsthaften Zweifel an der Angemessenheit dieses Umgangs mit dem Scheitern von Vermittlung vorgetragen.³¹ Gleichzeitig handelt es sich bei der Operationalisierung von lösungsorientierter Begutachtung nicht um etwas grundlegend Neues, sondern lediglich um die

30 Vgl. Wagner/Baloff (2009); Salzgeber/Fichtner/Bublath ZKJ 2011, 338 (338 ff.); Baloff FPR 2003, 530, (531); zur Abgrenzung von § 158 Abs. 4 S. 3 und § 163 Abs. 2 FamFG (mitwirken vs. Hinwirken) vgl. Lehmann, S. 57 ff.

31 Selbst Balloff/Walter gehen in NZFam 2015, 580 (580) davon aus, dass es in der Regel zumindest auch in Trennungs- und Scheidungsfällen das Ziel von Begutachtungen sei, „eine funktionierende und entwicklungsoptimierte Elternschaft und Elternverantwortung – oft durch das gerichtlich beschlossene Hinwirken des Sachverständigen (SV) auf Einvernehmen mit den Beteiligten – (wieder-)herzustellen“.

Erweiterung des bisherigen Methodenrepertoires durch eine neue Variante, den Lösungsversuch.

Im Rahmen eines systemischen Verständnisses von lösungsorientierter Begutachtung dagegen folgt aus einem gescheiterten Einigungsversuch – das ist der kardinale Unterschied – *kein Wechsel* der Methodik. Vielmehr muss in diesem Fall ein Entscheidungsvorschlag erarbeitet werden, der auf *demselben* ganzheitlich-gestalteten Konzept basiert wie das einigungsorientierte Vorgehen. In diesem Sinne ist „lösungsorientierte Arbeit“ nicht allein der Name für ein angestrebtes Ergebnis, sondern zugleich das Label für eine elaborierte *Methode* systemorientierten Umgangs mit Trennungseltern, die als oberstes Ziel zwar Elternkonsens anstrebt, dieses Paradigma aber auch dann nicht aufgibt, wenn keine Einigung erzielt wird. Die gerichtliche Empfehlung ist *Ultima ratio* – der zwar schlechteste, aber einzig noch verbleibende Weg, um den Streit ums Kind zumindest rechtlich zu beenden. Deutliche Unterschiede in der Begründung bestehen allerdings dennoch, auch wenn ein solches Ergebnis aufgrund des fortbestehenden Elternkonflikts hinter einem psychologischen Beitrag zum Kindeswohl deutlich zurückbleibt.

So verstanden, gibt es keinen Grund, in Bezug auf § 163 Abs. 2 FamFG an einen Paradigmenwechsel zu glauben. *Lösungsorientierte Begutachtung* im hier verstandenen Sinn wird es zwar auch zukünftig weiterhin geben; es gibt sogar immer mehr Gerichte, denen der Unterschied zwischen (gleicher) Verpackung und (unterschiedlichen) Inhalten nicht egal ist. Doch das notwendige Revirement auf breiter Ebene bleibt vorerst aus. Vor diesem Hintergrund könnte es nur eine Frage der Zeit sein, bis erneut über lösungsorientierte Begutachtung als Name für den systemischen Wandel im Umgang mit Trennungsfamilien und ihren Kindern wieder so despektierlich gesprochen wird wie in der Vergangenheit. Mit zunehmender Aufmerksamkeit gegenüber der psychologischen Begutachtung im Familienrecht könnte aber auch alles ganz anders kommen.

Wenn deutlich geworden ist, dass der gut gemeinte Versuch, Trennungskindern mit dem Etikett „lösungsorientiert“ ohne entsprechenden methodischen Inhalt helfen zu wollen, aus strukturellen Gründen scheitern muss, weil sich allein mit gutem Zureden und Appellen nur wenige Eltern erreichen lassen, könnte der Gesetzgeber im Hinblick auf den hohen Stellenwert, den das KindRG dem Elternkonsens einräumt, schon bald nach anderen Wegen suchen. Jedenfalls handelt es sich bei dem von Salzgeber oder Balloff skizzierten Vorgehen in vielen Fällen weniger um eine fachlich begründete Begutachtung, sondern eher um die Feststellung der Wirksamkeit

von (in der Sache richtigen) gutachterlichen Bemühungen, hoch strittige Trennungseltern zu erreichen und auf einen neuen Weg der Kooperation einzuschwören. Da der Berufung auf lösungsorientiertes Arbeiten kein theoretisch abgeleitetes Modell systemischen Umgangs mit der Trennungsfamilie zugrunde liegt, bleibt das ganze Vorgehen zwangsläufig weitgehend intuitiv und zufällig.

XII. Fachliche Voraussetzungen systemisch-lösungsorientierter Begutachtung

Erste Voraussetzung einer Gutachtertätigkeit ist gem. § 163 Abs. 2 S. 1 FamFG in Verfahren, welche die elterliche Sorge, das Umgangsrecht oder die Kindsherausgabe betreffen, eine psychologische, psychotherapeutische, kinder- und jugendpsychiatrische, psychiatrische, ärztliche, pädagogische oder sozialpädagogische Berufsqualifikation.³² Bis zum Inkrafttreten einer entsprechenden Gesetzesänderung im Jahr 2016³³ hatte es eine entsprechende Voraussetzung nicht gegeben: Bis dahin hatte es genügt, sich bei der Bewerbung zum Gutachter als solchen zu bezeichnen.

Familienpsychologische Gutachten unterscheiden sich von wissenschaftlichen Untersuchungen grundlegend. Sie haben eine klare, vom gerichtlichen Auftraggeber vorgegebene Fragestellung, die sich, von zusätzlichen Konkretisierungen im Einzelfall abgesehen, auf die vier Felder Sorgerecht bzw. Lebensmittelpunkt, Elternteil-Kind-Beziehung (Umgang), Fremdunterbringung und Kindeswohlgefährdung bezieht. Die jeweilige Operationalisierung dieser Konzepte steht im fachlichen Ermessen des Gutachters, wobei er sich nur solcher methodischer Hilfen bedienen darf, die in erkennbaren Zusammenhang mit dem *Kindeswohl* stehen.

Bei einer pädagogischen oder sozialpädagogischen Berufsqualifikation ist der Erwerb ausreichender diagnostischer und analytischer Kenntnisse gem. § 163 Abs. 2 S. 2 FamFG durch eine anerkannte Zusatzqualifikation nachzuweisen. Wie diese „*anerkannte Zusatzqualifikation*“ konkret nachgewiesen werden soll, wird durch das Gesetz nicht geregelt. Das entbindet das

32 Vgl. dazu Kannegießer NZFam 2019, 804 (807).

33 Durch Art. 2 lit. 5 das Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes, der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Gerichtskostengesetzes v. 11.10.2016, BGBl. I S. 2222.

Gericht aber nicht davon, den Nachweis der betreffenden Kenntnisse vor Beauftragung des Gutachters zu prüfen.³⁴ Eine vom Berufsverband Deutscher Psychologinnen und Psychologen (BDP) angebotene Zusatzqualifikation wird zwar anerkannt, Voraussetzung ist sie jedoch nicht. Auch ich habe zusammen mit der Kollegin *Katharina Behrend* viele Jahre lang eine solche Zusatzqualifikation angeboten, die über einschlägiges familienpsychologisches Fachwissen hinaus speziell für Pädagogen und Sozialpädagogen auch „ausreichende diagnostische und analytische Kenntnisse“ vermittelte. Nach vorübergehender Unterbrechung wegen der Corona-Pandemie soll sie noch 2023 wieder fortgesetzt werden.³⁵

Insbesondere ist eine systemisch-lösungsorientierte Arbeit nicht denkbar ohne einschlägige Kenntnisse von den systemischen Grundlagen diverser Formen von Familie. Demgegenüber erscheint eine rein formale Ausrichtung von familienpsychologischen Gutachten an Standards, die speziell für die Durchführung und Aufbereitung wissenschaftlicher Forschungsarbeiten entwickelt wurden und die deshalb innerhalb der Fachwissenschaft von Bedeutung sind, nicht sinnvoll. Wie gezeigt werden konnte, ist die Ausgangslage bei gerichtlich eingeholten Gutachten im Kindschaftsrecht eine völlig andere.

Literatur

- Arntzen, Friedrich: *Elterliche Sorge und persönlicher Umgang mit Kindern aus gerichtsprsychologischer Sicht*, München 1980
- Balloff, Rainer: *Begutachtung in der Familiengerichtsbarkeit – quo vadis Sachverständigentätigkeit?*, FPR 2003, 530 ff.
- Ders./Walter, Eginhard: *Anforderungen an familienrechtspsychologische Gutachten bei Kindeswohlgefährdungen nach § 1666 BGB*, NZFam 2015, 580 ff.
- Behrend, Katharina: *Das Gutachten als Lösungshilfe bei Sorge- und Umgangsrechtsstreitigkeiten nach Trennung*, in: Menne, Klaus/Weber, Matthias (Hrsg.), *Professionelle Kooperation zum Wohle des Kindes, Hinwirken auf elterliches Einvernehmen im familiengerichtlichen Verfahren (FamFG)* Weinheim 2011, S. 191 ff.
- Dies.: *Kindliche Kontaktverweigerung (Umgangsverweigerung) aus psychologischer Sicht, Entwurf einer Typologie*, phil. Diss. Bielefeld 2009, online verfügbar unter <https://pub.uni-bielefeld.de/record/2301270> (letzter Abruf 7.6.2023)

34 Vgl. Johannsen/Henrich/Althammer/Döll FamFG § 163 Rn. 5; Musielak/Borth/Frank/Frank FamFG § 163 Rn. 4.

35 Vgl. Homepage des Instituts für lösungsorientierte Arbeit im Familienrecht, <https://loesungsorientierte-arbeit.de/> (letzter Abruf: 12.7.2023); allgemein zur Fortbildung systemisch-lösungsorientierter Sachverständiger vgl. Jopt/Behrend/Lurse/Lehmann/Kalisch, S. 3.

- Dies.: Qualität und Stabilität von Elterneinigungen, Teil 1, ZKJ 2021, 439 ff.
- Dies.: Qualität und Stabilität von Elterneinigungen, Teil 2, ZKJ 2022, 14 ff.
- Dies.: Umgangsstörungen und Umgangsverweigerung, Zur Positionierung des Trennungskindes im Elternkonflikt, in: Weber, Matthias/Alberstötter, Uli/Schilling, Herbert (Hrsg.), Beratung von Hochkonflikt-Familien, Im Kontext des FamFG, Weinheim u.a. 2013, S. 232 ff.
- Dies./Jopt, Uwe (2009): Kinder sind Kinder!, Plädoyer für ein lösungsorientiertes Vorgehen auch bei Kindeswohlgefährdung, in: Müller-Magdeburg, Cornelia (Hrsg.), Verändertes Denken – zum Wohle der Kinder, Festschrift für Jürgen Rudolph. Baden-Baden 2009, S. 153 ff.
- Ders./Jopt, Uwe/Rexilius, Günter (Hrsg.): Lösungsorientierte Arbeit im Familienrecht, Intervention bei Trennung und Scheidung, Köln 2002
- Fthenakis, Wassilios E.: Ta panta rei, Auf dem richtigen Weg zu einer Kindschaftsrechtsreform?, FPR 1998, 84 ff.
- Gardner, Richard Alan: The parental alienation syndrome: a guide for mental health and legal professionals, Cresskill 1992
- Hommers, Wilfried: Sorge- und Umgangsrechtliche Testbatterie (SURT), Bern 2009
- Johannsen, Kurt H./Henrich, Dieter/Althammer, Christoph: Familienrecht – Scheidung, Unterhalt, Verfahren, Kommentar, 7. Aufl., München 2020 (zit.: Johannsen/Henrich/Althammer/Bearbeiter)
- Jopt, Uwe: Die Trennungsfamilie, Eine systemische Betrachtung, in: Bergmann, Elmar/Jopt, Uwe/Rexilius, Günter (Hrsg.), Lösungsorientierte Arbeit im Familienrecht, Köln 2002, S. 51 ff.
- Ders.: Erwartung und Hoffnung des Familiengerichts gegenüber Psychologischen Gutachtern. – Anmerkungen zu einer empirischen Untersuchung, ISUV-Report 4/2004, 5 ff.
- Ders.: Im Namen des Kindes. Plädoyer für die Abschaffung des alleinigen Sorgerechts, Hamburg 1992
- Ders.: Nacheheliche Elternschaft und Kindeswohl, Plädoyer für das gemeinsame Sorgerecht als anzustrebenden Regelfall, FamRZ 1987, 875 ff.
- Ders./Behrend, Katharina: Das Parental Alienation Syndrome (PAS), Ein Zwei-Phasen-Modell, ZfJ 2000, 223 ff. u. 258 ff.
- Ders./Behrend, Katharina/Lurse, Kristina/Lehmann, Mike/Kalisch, Carola: Standards systemisch-lösungsorientierter Begutachtung, Lemgo, 2. Aufl. (o.J.), online verfügbar unter <https://fsls.de/wp-content/uploads/2021/07/2020-02-FSLs-Broschuer-v8-web.pdf> (letzter Abruf 14.7.2023)
- Ders./Rexilius, Günter: Systemorientierte Begutachtung am Familiengericht – Aufgaben des Psychologischen Sachverständigen nach der Kindschaftsrechtsreform, in: Bergmann, Elmar/Jopt, Uwe/Rexilius, Günter (Hrsg.), Lösungsorientierte Arbeit im Familienrecht, Intervention bei Trennung und Scheidung, Köln 2002, S. 177 ff.
- Ders./Zütphen, Julia: Elterliche PASSivität nach Trennung, Zur Bedeutung des betreuenden Elternteils für die PAS-Genese, in: Fabian, Thomas/Jacobs, Gerhard/Nowara, Sabine/Rode, Irmgard (Hrsg.), Qualitätssicherung in der Rechtspsychologie, Münster 2002, S. 183 ff.

- Kannegießer, Anja: Mindestanforderungen an die Qualität von Sachverständigengutachten im Kindschaftsrecht, NZFam 2019, 804 ff.
- Lehmann, Mike: Der systemische Gutachter?, Die systemisch fundierte "lösungsorientierte Sachverständigentätigkeit" im Familienrecht, Kontext 2012, 1 ff.
- Ders.: Systemischer Hintergrund und familiengerichtliche Praxis des Verfahrensbeistands als Interessenvertreter des Kindes aus psychologischer Sicht, phil. Diss. Bielefeld 2020, online verfügbar unter <https://pub.uni-bielefeld.de/download/2950109/2950638/DissVB2020.pdf> (letzter Abruf 14.7.2023)
- Leitner, Werner G.: zur Mängelerkennung in familienpsychologischen Gutachten, FuR 2000, 57 ff.
- Lempp, Reinhard: Die Ehescheidung und das Kind, Ein Ratgeber für Eltern. München 1982
- Ders.: Die Rechtsstellung des Kindes aus geschiedener Ehe aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, NJW 1972, 315 ff.
- Musiellak, Hans-Joachim/Borth, Helmut/Frank, Martin: Familiengerichtliches Verfahren, 1. und 2. Buch, 7. Aufl., München 2022 (zit.: Musiellak/Borth/Frank/Bearbeiter)
- Offe, Heinz: Lösungsorientierte Sachverständigentätigkeit im Familienrecht, Praxis der Rechtspsychologie 2009, 232 ff.
- RGRK: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Band IV, 3. Teil, §§ 1589–1740g, Berlin u.a. 1999 (zit.: RGRK/Bearbeiter)
- Ders.: Zum aktuellen Stand der PAS-Diskussion, FF 2003, 232 ff.
- Ders./Fichtner, Jörg: Neue und bekannte Handlungsspielräume des Sachverständigen bei der Orientierung auf Lösung, Praxis der Rechtspsychologie 2009, 245 ff.
- Ders./Fichtner, Jörg/Bublath, Katharina: Verschriftung bei einer lösungsorientierten familienrechtspsychologischen Begutachtung, ZKJ 2011, 338 ff.
- Ders./Höfling, Siegfried: Familienpsychologische Begutachtung. Vom Sachverständigen zum Case-Manager, Kind-Prax 2004, 163
- Schneewind, Klaus A.: Familienpsychologie, Stuttgart 1991
- Steller, Max: Verdacht des sexuellen Missbrauchs, Begutachtung in familien- und vordmundschaftsgerichtlichen Verfahren, FPR 1995, 60 ff.
- Sünderhauf, Hildegund: Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, Abwechselnde Kinderbetreuung durch Eltern nach Trennung und Scheidung, Wiesbaden 2013
- Dies.: Vorurteile gegen das Wechselmodell: Was stimmt, was nicht? – Argumente in der Rechtsprechung und Erkenntnisse aus der psychologischen Forschung (Teil I), FamRB 2013, 290 ff.
- Dies.: Vorurteile gegen das Wechselmodell: Was stimmt, was nicht? – Argumente in der Rechtsprechung und Erkenntnisse aus der psychologischen Forschung (Teil II), FamRB 2013, 327 ff.
- Wagner, Wiebke/Balloff, Rainer: FamFG und Sachverständigentätigkeit, Praxis der Rechtspsychologie 2009, 263 ff.
- Wiesner, Reinhard/Wapler, Friederike (Hrsg.): SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, Kommentar, 6. Aufl. 2022 (zit.: Wiesner/Wapler/Bearbeiter)

Zütphen, Julia: Psychologische Begutachtung im Familienrecht, Effekte entscheidungsorientierter vs. lösungsorientierter Begutachtung auf die Trennungsfamilie, Erfahrungen und Ansichten aus Elternsicht, phil. Diss. Bielefeld 2010, online verfügbar unter https://pub.uni-bielefeld.de/download/2305524/2305527/Dissertation__09052010__Bieson.pdf (letzter Abruf 14.7.2023)

II. Querschnittsthemen

1. Verfassungsrechtliche Bezüge, Partizipation, Bürgerbeteiligung und Extremismus

Verfassungsrechtliche und -politische Kontroversen um die einrichtungsbezogene Impfpflicht für Pflegepersonal während der COVID-19-Pandemie

Jörg Bossenmayer

Die einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht über einen Impf- oder Genesenenstatus nach § 20a IfSG hat die Gemüter des ärztlichen und nicht-ärztlichen Personals wie auch von Betreibern von betroffenen Einrichtungen erhitzt, wie wenig andere staatliche Maßnahmen in den letzten Jahren. Der Verfasser, ein ausgewiesener Fachmann des Medizinrechts, stellt diese dar und schlägt dabei den Bogen von der verfassungsrechtlichen Diskussion, die durch mehrere Entscheidungen des BVerfG geprägt wurde, über die Diskussionen im Deutschen Bundestag bis hin zur Ausführung der einschlägigen Vorschriften durch die Länderexekutive.

Inhalt

I.	Rechtsgrundlage	278
II.	Zur Rechtmäßigkeit der einrichtungsbezogenen Impfpflicht	279
	1. Diametral unterschiedliche Ansichten bezüglich der Rechtmäßigkeit der Impfpflicht	279
	2. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur speziellen Impfpflicht	281
	a) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Eilverfahren	281
	b) Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in der Hauptsache	282
III.	Das „Aus“ der Regelung	284
IV.	Zusammenfassung	287

I. Rechtsgrundlage

Ab dem 16.3.2022 galt nach § 20a IfSG¹ eine einrichtungsbezogene Impfpflicht in ambulanten oder (teil-)stationären Einrichtungen oder Unternehmen des Gesundheitswesens sowie zur Betreuung, Pflege und Unterbringung älterer, behinderter oder pflegebedürftiger Menschen oder vergleichbarer Einrichtungen, in denen Personen, die dort tätig waren, im Rahmen ihrer Tätigkeiten Kontakt zu vulnerablen Personen haben konnten.

Personen, die in diesen Einrichtungen bzw. Unternehmen bereits tätig waren, mussten bis zum Ablauf des 15.3.2022 der Leitung der Einrichtung bzw. des Unternehmens einen Impf- oder Genesenennachweis oder eine ärztliche Bescheinigung über eine dauerhafte medizinische Impf-Kontraindikation vorlegen. Personen, die in diesen Einrichtungen oder Unternehmen künftig tätig werden sollten, durften ab 16.3.2022 erst tätig werden, wenn sie der Leitung der Einrichtung bzw. des Unternehmens einen Impf- oder Genesenennachweis oder eine ärztliche Bescheinigung über eine dauerhafte medizinische Impf-Kontraindikation vor Beginn ihrer Tätigkeit vorgelegt haben.

Personen, die diese Auflagen nicht erfüllen konnten, mussten von der Einrichtungsleitung unter Angabe von personenbezogenen Daten an das zuständige Gesundheitsamt gemeldet werden. Fehlte der Nachweis, musste die Einrichtung das Gesundheitsamt informieren. Dieses konnte den Betroffenen verbieten, ihre Arbeitsstätte zu betreten oder ihre Tätigkeit weiter auszuüben. Für Menschen, die sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen konnten, galt eine Ausnahme.²

Während bis September zwei Impfungen oder eine Impfung und eine überstandene Infektion ausreichend waren, änderte sich dies ab dem 1.10.2022. Nun sah die gesetzliche Regelung des Bundes vor, dass nur noch dreifach geimpfte Personen beziehungsweise mindestens zweifach geimpfte Personen mit überstandener Infektion als vollständig immunisiert galten.

1 § 20a und § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h IfSG wurden m.W.v. 12.12.2021 durch das Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie v. 10.12.2021 (BGBl. I S. 5162) in das IfSG eingefügt; § 22a IfSG wurde m.W.v. 19.3.2022 durch das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und anderer Vorschriften v. 18.3.2022 (BGBl. I S. 466) eingefügt, durch welches zugleich § 20a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 IfSG dahin geändert wurden, dass diese auf § 22a IfSG Bezug nahmen.

2 Ausführlich zur Durchsetzung der Nachweispflicht Bonitz/Schleiff NZA 2022, 233 (235 f.).

In Baden-Württemberg mussten allerdings Beschäftigte in Einrichtungen des Gesundheits- und Pflegebereichs keine dritte Impfung nachweisen, sofern sie vor dem 1.10.2022 eingestellt worden sind. Damit sollten die Einrichtungen und die Gesundheitsämter bei der Umsetzung der Regelungen entlastet werden. Eine Pressemitteilung des Ministeriums für Soziales, Gesundheit und Integration Baden-Württemberg (SM BW) vermeldete am 20.9.2022:

„Von den Menschen, die aktuell in betroffenen Einrichtungen wie Pflegeheimen und Krankenhäuser beschäftigt sind, muss in Baden-Württemberg allerdings kein erneuter Nachweis über das Vorliegen eines vollständigen Impfschutzes verlangt werden, stellte der Minister Manfred Lucha klar. „Nur Personen, die neu eingestellt werden sollen, müssen ab dem 1. Oktober den Leitungen der Einrichtungen einen Nachweis vorlegen, der den dann geltenden strengeren Anforderungen genügt.“³

Hierbei sollte es sich um ein „pragmatisches Vorgehen“ in Anbetracht des Umstands handeln, dass die Regelung ohnehin demnächst auslaufen würde.⁴

II. Zur Rechtmäßigkeit der einrichtungsbezogenen Impfpflicht

1. Diametral unterschiedliche Ansichten bezüglich der Rechtmäßigkeit der Impfpflicht

Zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht sind zahlreiche juristische Fachpublikationen erschienen.⁵ Diese betrachteten die in § 20a IfSG geregelte Pflicht aus unterschiedlichen Gesichtspunkten überwiegend kritisch. Meist stand dabei die einfachgesetzliche Regelung im Zentrum der Betrachtung und weniger die verfassungsrechtliche Beurteilung.

3 Pressemitteilung v. 20.9.2022, <https://sozialministerium.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/einrichtungsbezogene-impfpflicht-aktuell-beschaeftigte-muessen-ab-1-oktober-keinen-nachweis-ueber-dri/> (letzter Aufruf: 8.3.2023). Zu einem ähnlichen Vorgehen kam es in Bayern und Hessen, vgl. dazu OVG Lüneburg COVuR 2022, 660 ff. m. Anm. Schmidt.

4 Freilich stand dieses „pragmatische Vorgehen“ in einem Spannungsverhältnis zu der Vollzugsverpflichtung der Länder aus Art. 83 GG (BVerfG NVwZ 2015, 1434 (1436) = BVerfGE 139, 321.); dazu s. unter III.

5 So u. a. Berneith COVuR 2022, 135 ff.; Weigert NZA 2022, 166 ff.; Schöneborn/Wolf COVuR 2022, 202 ff.; Bonitz/Schleiff NZA 2022, 233 ff.; Schmidt/Schneider NZA-RR 2022, 121 ff.; Gräf NZS 2022, 175 ff.; Tabbara NZS 2022, 171 ff.

Einige Autoren hielten die einfachgesetzliche Impfpflicht in jeglicher Ausgestaltung für verfassungs- und völkerrechtswidrig. Dies wurde vor allem damit begründet, dass der Staat durch die verpflichtende Impfung, wenn auch in geringer Anzahl, vorsätzlich Menschen töten würde. Dies sei mit der Menschenwürdegarantie des GG unvereinbar. Zudem seien die EMRK wegen Verstoßes gegen das in Art. 2 verankerte Recht auf Leben und der IPbpR wegen Nichtbeachtung des aus Art. 7 S. 1 abgeleiteten Verbots, die Teilnahme an medizinischen oder wissenschaftlichen Experimenten zu erzwingen, verletzt, zumal die Impfstoffe in Deutschland nur eingeschränkt zugelassen seien.⁶

Andere Stimmen verteidigten über die einrichtungsbezogene Impfpflicht hinaus sogar die allgemeine Impfpflicht.⁷ Teilweise wurde diese nicht nur für verfassungsrechtlich gerechtfertigt, sondern sogar als verfassungsmäßig geboten erachtet.⁸ Die Begründung ging dahin, dass es sich dabei um eine geeignete und erforderliche Maßnahme handeln würde, um das legitime Ziel der „Herdenimmunität“ und des Schutzes des Gesundheitssystems vor Überlastung zu erreichen. Weiter wurde argumentiert, dass das verbleibende Restrisiko von Impfschäden oder Nebenwirkungen die Angemessenheit des Eingriffs in die körperliche Integrität nicht ausschließen würde und in der Abwägung auch die weiteren Folgen der Pandemie, wie etwa verschobene Operationen mit mitunter schweren Folgen für die Gesundheit der Betroffenen, zu beachten seien. Der Staat habe die Pflicht, Leben und Gesundheit von Menschen zu schützen, die sich wegen vorhandener Vorerkrankungen oder aus anderen Gründen nicht selbst durch eine Impfung schützen könnten, was dazu führen würde, dass die (allgemeine) Impfpflicht verfassungsrechtlich sogar geboten sei, um diesen vulnerablen Personenkreis zu schützen. Dem Gesetzgeber stehe bei der Erfüllung der Verpflichtung, Leben und Gesundheit der Bürger zu schützen zwar

6 Vgl. Stellungnahme KRiStA – Netzwerk Kritische Richter und Staatsanwälte v. 17.3.2022, https://netzwerkkrista.de/wp-content/uploads/2022/03/Netzwerk-Kritische-Richter-und-Staatsanwaelte_Stellungnahme-Impfpflicht_Gesundheitsausschuss-21.3.2022.pdf (letzter Aufruf: 8.3.2023). Verletzt wären danach ferner das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), das Recht auf Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 2 GG), das Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG), das Recht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG).

7 Vgl. Richter NVwZ 2022, 204 ff.; Mayer, Stellungnahme zur Anhörung am 21.3.2022 (Impfpflicht ab 18 Jahren jedenfalls verfassungsgemäß).

8 Richter NVwZ 2022, 204 (204, 210, 211).

ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu, dieser verenge sich hier jedoch auf das einzig wirksame Mittel zum Gesundheitsschutz, nämlich die Impfpflicht.⁹

2. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur speziellen Impfpflicht

Die Verabschiedung der speziellen Impfpflicht in Bundestag und Bundesrat hatte dazu geführt, dass beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in Karlsruhe dutzende Verfassungsbeschwerden von hunderten Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführern eingingen. Überwiegend handelte es sich um Verfassungsbeschwerden von ungeimpften Beschäftigten sowie von Einrichtungsleitern, die weiter ungeimpft Personal beschäftigen wollten.

a) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Eilverfahren

Das BVerfG hat mit seiner Entscheidung vom 10.2.2022 in einem Eilverfahren (Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung)¹⁰ die einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht über einen Impf- oder Genseenstatus nach § 20a IfSG zunächst gestützt, indem es die beantragte vorläufige Aussetzung der Nachweispflicht ablehnte.

Dabei hat das Gericht vertreten, dass dieser Nachweispflicht keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstünden.

Im Wesentlichen hat das Gericht nur die Regelungstechnik einer doppelten dynamischen Verweisung kritisch betrachtet, die aber nicht den Kern der Nachweispflicht berührt.¹¹ In der eine Eilentscheidung prägenden Folgebetrachtung überwogen die Nachteile einer vorläufigen Außervollzugsetzung der Pflicht. Nebenwirkungen von Impfungen seien selten und die beruflichen Nachteile, die aus einem fehlenden Nachweis folgen könnten, seien auf die Zeit bis zur Hauptsacheentscheidung des Gerichts begrenzt.

9 Diese Argumentation findet sich z.B. bei Richter NVwZ 2022, 204 (204 ff.); Mayer, Stellungnahme zur Anhörung am 21.3.2022.

10 BVerfG NJW 2022, 1308 (1308 ff.) = BVerfGE 160, 336; dazu Aligbe ARP 2022, 66 (66 f.).

11 BVerfG NJW 2022, 1308 (1309) = BVerfGE 160, 336.

Der durch die Pflicht verfolgte Schutz der vulnerablen Gruppen überwiege daher.¹²

In diesem Eilverfahren hatte der Erste Senat des BVerfG im Februar 2022 also zwar die Einführung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht nicht gestoppt. Er merkte aber durchaus kritisch an, dass in der seinerzeit gültigen Fassung des IfSG nichts Genaueres zum Impf- und Genesenennachweis stehe. Es werde bloß auf eine Verordnung mit weiteren Verweisen auf Internetseiten des Paul-Ehrlich-Instituts (PEI) und des Robert-Koch-Instituts (RKI) verwiesen.

b) Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in der Hauptsache

Der Gesetzgeber reagierte. Noch während des laufenden Verfahrens über die zahlreichen Verfassungsbeschwerden wurde das IfSG, insbesondere auch dessen § 20a, geändert und der neue § 22a IfSG zur Definition des Impf- und Genesenennachweises eingeführt.¹³

Mit Beschluss vom 27.4.2022¹⁴ erklärte das BVerfG die neue Regelung des IfSG für verfassungsgemäß und wies die Verfassungsbeschwerde zurück. Diese sei teilweise bereits unzulässig und i.Ü. unbegründet.

Das Gericht befand, die Abwägung des Gesetzgebers sei nicht zu beanstanden. Der Schutz sogenannter vulnerabler Gruppen wiege verfassungsrechtlich schwerer als die Beeinträchtigung der Grundrechte für Mitarbeitende im Pflege- und Gesundheitsbereich.

Zwar liege ein Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor, so das BVerfG. Alternativ zu einer Impfung bleibe den Beschäftigten nämlich nur, den Beruf nicht mehr auszuüben oder den Arbeitsplatz zu wechseln. Doch die Abwägung des Gesetzgebers, dem Schutz vulnerabler Menschen den Vorrang vor einer in jeder Hinsicht freien Impfscheidung zu geben, sei nicht zu beanstanden. Denn der Eingriff diene einem legitimen Zweck und sei zur Erreichung dieses Zwecks geeignet sowie erforderlich. Er belaste die Grundrechtsträger auch nicht in unzumutbarer Weise; insbesondere sei er unter Berücksichtigung der

12 BVerfG NJW 2022, 1308 (1310) = BVerfGE 160, 336.

13 Neu eingefügt in das IfSG wurde § 22a, der im zeitgleich geänderten § 20a Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 IfSG jeweils in Bezug genommen wurde, durch Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und anderer Vorschriften vom 18.3.2022 (BGBl I S. 466) mit Wirkung zum 19.3.2022.

14 BVerfG NJW 2022, 1999 (1999 ff.) = BVerfGE 161, 299.

besonderen Schutzbedürftigkeit vulnerabler Personen nicht unverhältnismäßig im engeren Sinne.¹⁵

Trotz der hohen Eingriffsintensität, die § 20a IfSG bewirke, müssten die grundrechtlich geschützten Interessen der im Gesundheits- und Pflegebereich Tätigen letztlich zurücktreten, so der Erste Senat des BVerfG.

In die Abwägung sei maßgebend aber auch die besondere Schutzbedürftigkeit derjenigen einzustellen, deren Schutz der Gesetzgeber beabsichtige. Vulnerable Menschen könnten sich vielfach weder selbst durch eine Impfung wirksam schützen noch den Kontakt zu den im Gesundheits- und Pflegebereich tätigen Personen vermeiden, da sie auf deren Leistungen typischerweise angewiesen seien. Der sehr geringen Wahrscheinlichkeit von gravierenden Folgen einer Impfung stehe im Ergebnis die deutlich höhere Wahrscheinlichkeit einer Beschädigung von Leib und Leben vulnerabler Menschen gegenüber, argumentierten die Richterinnen und Richter.

Auch die weitere Entwicklung des Pandemieverlaufs sei, so das BVerfG, kein Grund, von der Beurteilung abzuweichen. Angehörte Fachgesellschaften seien der Meinung, dass die Krankheitsverläufe im Zuge der Omikron-Variante des Coronavirus zwar im Schnitt milder seien, sich die Zusammensetzung der Risikogruppen und ihre grundsätzlich höhere Gefährdung aber nicht verändert habe.

Das BVerfG verneinte auch die Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.¹⁶ Soweit die einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht als eine berufliche Tätigkeitsvoraussetzung ausgestaltet ist, gewähre Art. 12 Abs. 1 GG keinen weitergehenden Schutz als das höchstpersönliche Rechtsgüter schützende Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auf Leben und körperliche Unversehrtheit.

Die sogenannte einrichtungsbezogene Impfpflicht solle, so das BVerfG, alte und geschwächte Menschen vor einer Ansteckung mit dem Coronavirus schützen. Diese hätten ein besonders hohes Risiko, sehr schwer zu erkranken oder daran zu sterben.

Das BVerfG bestätigte also den Gesetzgeber. Juristisch war die Rechtmäßigkeit der einrichtungsbezogenen Impfpflicht damit geklärt.

15 Vgl. auch zum Folgenden BVerfG NJW 2022, 1999 (2003 u. 2008 ff.) = BVerfGE 161, 299.

16 BVerfG NJW 2022, 1999 (2020 ff.) = BVerfGE 161, 299.

III. Das „Aus“ der Regelung

Unabhängig von der Entscheidung des BVerfG, dem Schutz vulnerabler Menschen eine höhere Bedeutung als dem mit der Nachweispflicht verbundenen Eingriff in allgemeine Handlungsfreiheit und Berufsfreiheit beizumessen, spaltete die einrichtungsbezogene Impfpflicht die Gesellschaft und die betroffenen Einrichtungen in zwei Lager. Sie war ein Thema, das in Politik, Medien und Gesellschaft viel diskutiert wurde. Pflegeeinrichtungen standen dabei häufig im Zentrum der Aufmerksamkeit.

Befürchtet wurde teilweise eine Radikalisierung von Impfgegnerinnen und Impfgegnern, sollte eine Corona-Impfung zur Pflicht werden. Viele Menschen wollten sich aus Angst nicht impfen lassen, weil sie die Impfverfahren und Impfstoffe als zu wenig erprobt ansahen und gesundheitliche Risiken, allen voran Impfschäden, fürchteten.¹⁷ Dies galt für die angedachte allgemeine, wie auch für die tatsächlich eingeführte einrichtungsbezogene Impfpflicht. Es wurde vertreten, dass mehr auf Kooperation statt auf Konfrontation gesetzt werden solle.¹⁸ Die Wirkung einer (allgemeinen) Impfpflicht käme viel zu spät und würde an der aktuellen Lage nichts ändern. Auch Geimpfte seien bei einer Infektion nicht steril immun, sondern ebenfalls ansteckend. Die Omikron-Variante sei deutlich ansteckender als die Delta-Variante und die Wirksamkeit der damals verfügbaren Impfstoffe gegen Omikron falle geringer aus.

Zwar hat sich seinerzeit eine Mehrheit der Deutschen für eine (allgemeine) Impfpflicht ausgesprochen.¹⁹ Doch die Umfragewerte müssten immer vor dem Hintergrund der aktuellen Corona-Lage interpretiert werden. Bei sinkenden Corona-Zahlen könne die Zustimmung für eine Impfpflicht auch ins Gegenteil umschlagen.²⁰

Der Deutsche Ethikrat hatte Mitte November 2021 angesichts der damals gegenwärtigen pandemischen Situation mit großer Mehrheit eine Empfehlung ausgesprochen, eine berufsbezogene Impfpflicht in Bereichen, in de-

17 Zu den Gründen für die Ablehnung einer Impfung vgl. forsa, Umfrage nicht geimpfter Personen v. 18.10.2021, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/Befragung_Nichtgeimpfte_-_Forsa-Umfrage_Okt_21.pdf (letzter Aufruf: 25.3.2023).

18 Spitzner/Abstiens/Czypionka/Gangl, S. 283, 286 f.

19 Vgl. dazu Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1278536/umfrage/meinung-zu-einer-allgemeinen-corona-impfpflicht/> (letzter Abruf: 8.3.2023).

20 Vgl. zu den entsprechenden Argumentationslinien BT-PIPr 20/28, 2329 ff.; zusammengefasst von der Landeszentrale für politische Bildung (LpB) BW, <https://www.lpb-bw.de/corona-impfpflicht> (letzter Abruf: 8.3.2023).

nen besonders vulnerable Menschen versorgt werden, ernsthaft und rasch zu prüfen.

„Beschäftigte, die schwer oder chronisch kranke sowie hochbetagte Menschen beruflich versorgen, wie ärztliches und pflegendes Personal, aber auch Mitarbeitende des Sozialdienstes, der Alltagsbegleitung oder der Hauswirtschaft, tragen eine besondere Verantwortung dafür, die ihnen Anvertrauten nicht zu schädigen. Gleiches gilt für Institutionen und Einrichtungen, die dafür verantwortlich sind, die dort versorgten Menschen keinen vermeidbaren gesundheitlichen Gefahren auszusetzen.“²¹

Der Ethikrat führte einen interessanten Vergleich an: Auch wer ein Auto fahren möchte, brauche einen Führerschein. Deswegen könne man aber nicht von einem „Zwangsführerschein“ sprechen. Vielmehr handele es sich um die Voraussetzung für ein Tun, mit dem man sich und andere potenziell gefährde. Entsprechend sei die einrichtungsbezogene Impfpflicht zu beurteilen.²²

Auch die Deutsche Krankenhausgesellschaft hatte lange eine Impfpflicht für Angestellte in Pflegeheimen und Kliniken befürwortet. In der Delta-Welle hätten Impfungen schließlich eine hohe Schutzwirkung gezeigt.²³ Ende Juli 2022 allerdings sprach sich die Krankenhausgesellschaft jedoch für das Ende der Corona-Impfpflicht für Pflege- und Gesundheitspersonal aus: „Sie weiterzuführen, ist nach jetzigen Erkenntnissen weder sinnvoll noch vermittelbar“, sagte die stellvertretende Vorstandsvorsitzende Henriette Neumeyer dem Redaktionsnetzwerk Deutschland (RND).²⁴

Konkret ließen laut Süddeutscher Zeitung²⁵ zwei Aspekte viele politische Entscheidungsträger an der Impfpflicht zweifeln. Zunächst schütze die Impfung – zumindest bei den damals aktuell dominierenden Virusvarianten und den eingesetzten Vakzinen – nicht so stark davor, das Virus weiterzugeben, wie das noch bei der Delta-Variante der Fall war. Und dann gäbe es den Mangel an Pflegepersonal. Verlässliche Zahlen darüber, ob und wie

21 Deutscher Ethikrat, Pressemitteilung v. 11.11.2021, <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/mitteilungen/2021/ethikrat-empfoehlt-pruefung-einer-impfpflicht-gegen-covid-19-fuer-mitarbeitende-in-besonderer-beruflicher-verantwortung/?cookieLevel=not-set> (letzter Abruf: 8.3.2023).

22 Zitiert nach LpB BW (o. Fn. 20).

23 Die Welt v. 27.7.2022, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article240140691/Corona-Pandemie-Krankenhausgesellschaft-fordert-Aufhebung-der-Impfpflicht.html> (letzter Abruf: 8.3.2023).

24 Meldung der Tageszeitung Die Welt v. 27.7.2022 (o. Fn. 23).

25 Slavik, Süddeutsche Zeitung v. 27.7.2022.

viele Menschen den Beruf verlassen haben, weil sie sich nicht impfen lassen wollten, seien nicht zu bekommen. Bekannt sei aber, dass die Impfpflicht in vielen Bundesländern nicht oder nicht konsequent durchgesetzt werde – aus Sorge, der Personalmangel in der Pflege könnte so noch verschlimmert werden.

Vor diesem Hintergrund kündigte auch der baden-württembergische Gesundheitsminister Manfred Lucha in der eingangs zitierten Pressemitteilung des MS BW am 20.9.2022 an, dass nur Personen, die neu eingestellt werden sollen, ab dem 1.10.2022 den Leitungen der Einrichtungen einen Nachweis vorlegen müssten, der den dann geltenden strengeren Anforderungen genüge.

Freilich stößt das Vorgehen Luachas unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten auf erhebliche Bedenken. Immerhin war § 20a IfSG zu diesem Zeitpunkt verbindliches Bundesrecht. Dieses Ausscheren mancher Bundesländer zeigte – neben einer durchaus fragwürdigen politischen Kultur des „Alleingangs“ und „Kräftemessens“ mit dem Bund – auch, welche politische und gesellschaftliche Brisanz in dieser Regelung des § 20a IfSG und den mit dieser Norm verbundenen Konsequenzen lag. Die Regelung des § 20a IfSG hat aus verschiedenen Gründen, wohl aber vor allem wegen des Drucks aus dem Bereich der betroffenen Einrichtungen und deren Verbänden immer mehr an Akzeptanz verloren. Dieser Druck hebelte sogar rechtsstaatliche Grundsätze aus. Die einrichtungsbezogene Impfpflicht war insoweit ein Stresstest für Politik und Gesellschaft.

Außer Kraft getreten ist § 20a IfSG zum 1.1.2023.²⁶ Dabei bestand zwar kein unmittelbar rechtlicher, wohl aber ein politischer Zusammenhang zum Scheitern der ursprünglich geplanten allgemeinen Impfpflicht.²⁷ Diskutiert wurde freilich, ob es nach dem Ende der gesetzlichen Impfpflicht möglich sein soll, eine Nachweispflicht vertraglich zu vereinbaren.²⁸

26 Gemäß Art. 23 Abs. 4 i.V.m. Art. 2 des Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie (BGBl. I S. 5162) traten § 20a IfSG sowie die dazugehörigen Ordnungswidrigkeitstatbestände am 1.1.2023 außer Kraft.

27 Vgl. Amhaouach/Kießling NJW 2022, 2798 (2803).

28 Dazu vgl. Stach NZA 2023, 83 ff.

IV. Zusammenfassung

Hoch umstritten, wie die einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht über einen Impf- oder Genesenenstatus nach § 20a IfSG war, war sie – zumindest nach der „Nachbesserung“ durch den Gesetzgeber – verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Allerdings hat die „normative Kraft des Faktischen“, allen voran der Notstand in der medizinischen und pflegerischen Versorgung der Patientinnen und Patienten, der in der Bundesrepublik Deutschland herrschte und noch immer herrscht, der Regelung am Ende den Garaus gemacht. Ob zurecht oder zu Unrecht, das sei angesichts wieder steigender Fallzahlen dahingestellt.

Literatur

- Aligbe, Patrick: Die einrichtungsbezogene Impfpflicht wird nicht ausgesetzt, ARP 2022, 66 f.
- Amhaouach, Lamia/Kießling, Andrea: Die einrichtungsbezogene Impfpflicht – eine Bilanz nach sechs Monaten, NJW 2022, 2798 ff.
- Berneith, Daniel: Die sogenannte „einrichtungsbezogene Impfpflicht“ des § 20a IfSG als weitere Herausforderung für die Gesundheitsämter, COVuR 2022, 135 ff.
- Bonitz, Kai/Schleiff, Shahnaz: Die einrichtungsbezogene Impfpflicht – Risiken und Nebenwirkungen, NZA 2022, 233 ff.
- Gräf, Stephan: Sperrzeitrechtliche Folgen der „einrichtungsbezogenen Impfpflicht“ (§ 20a IfSG), NZS 2022, 175 ff.
- Mayer, Franz: Die verpflichtende Impfung gegen SARS-CoV-2 – Verfassungsrechtliche Aspekte Thesen und Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung „Impfpflicht“ Deutscher Bundestag, Gesundheitsausschuss Montag, 21.3.2022, online verfügbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/885476/91514846d1564cc15ca8501199400519/20_14_0017-24_-_ESV-Prof-Dr-Franz-Mayer_Impfpflicht-data.pdf (letzter Abruf: 8.3.2023)
- Richter, Christian: Verfassungsmäßigkeit einer allgemeinen Impfpflicht gegen das SARSCoV-2 – Unter Berücksichtigung einer etwaigen Schutzpflicht, NVwZ 2022, S. 204 ff.
- Schmidt, Alexander/Schneider, Christopher: Die einrichtungsbezogene Impfpflicht – Gesetzliche Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbote auch für Bestandspersonal?, NZA-RR 2022, 121 ff.
- Schöneborn, Christoph/Wolf, Astrid Juliane: „Die Pflicht, die Freiheit des Einzelnen einzuschränken“? – Gilt die Impfpflicht auch für die Ausübung ehrenamtlicher Tätigkeiten im Bevölkerungsschutz, COVuR 2022, 202 ff.

- Slavik, Angelika: Ist die Impfpflicht für Pflegepersonal noch sinnvoll?, Meldung der Süddeutschen Zeitung v. 27.7.2022, online verfügbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/impfpflicht-fuer-pflegepersonal-karl-lauterbach-krankenhausgesellschaft-corona-massnahmen-1.5629069> (letzter Aufruf 8.3.2023).
- Spitzer, Florian/Abstiens, Kira/Czypionka, Thomas/Gangl, Katharina: Verhaltensökonomische Ansätze zur Steigerung der Impfbereitschaft bei COVID-19, in: Hainzl, Christina/Dialer, Doris/Kuske, Hannah (Hrsg.), Gesundheitspolitik und Gesellschaft in der COVID-19-Krise. Eine globale Herausforderung, Wien 2022, S. 283 ff.
- Stach, Daniel: Das Ende der Impfnachweispflicht, NZA 2023, 83 ff.
- Tabbara, Annette: Die einrichtungsbezogene Impfpflicht in Angeboten der Behindertenhilfe, NZS 2022, 171 ff.
- Weigert, Daniel: Der Anwendungsbereich der neuen Impfpflicht im Gesundheitswesen nach § 20a IfSG, NZA 2022, 166 ff.

Ausgewählte Rechtsprobleme des Extremismus in der Sozialen Arbeit: Extremismus-Begriff, Dienstrecht, Geheimschutz- und Mitteilungspflichten sowie Schutz des Kindeswohls in Recht und Praxis

Dr. Matthias Fahrner

Fachkräfte Sozialer Arbeit sind, wenn schon nicht im Staatsdienst, so doch regelmäßig im staatsnahen Bereich tätig. Das bringt ebenso wie das Selbstverständnis der Disziplin eine Verpflichtung auf die Prinzipien der freiheitlich-demokratischen Grundordnung mit sich. Der Autor, der im Rahmen seiner Tätigkeit als Ministerialrat an den NSU-Untersuchungsausschüssen beteiligt war, geht auf Herausforderungen ein, die sich vor diesem Hintergrund an der Schnittstelle von Extremismus und Sozialer Arbeit ergeben können.

Inhalt

I.	Einleitung	290
II.	Extremismus-Begriff	291
III.	Extremismus-Ausschluss in Tätigkeiten der Sozialen Arbeit	292
	1. Extremistisches Verhalten als unmittelbarer Anknüpfungspunkt	292
	a) Nicht besonders qualifizierte Arbeitsverhältnisse	293
	b) Beamtinnen und Beamte	293
	c) Angestellte im öffentlichen Dienst	294
	d) Tendenzunternehmen	295
	2. Schädigung des Arbeitgebers durch extremistisches Verhalten	295
	3. Extremistische Vorbiografie	297
IV.	Verschwiegenheits- und Mitteilungspflichten	297
	1. Strafrechtlich sanktionierte Verschwiegenheitspflicht, § 203 StGB	298
	a) Voraussetzung der Verschwiegenheitspflicht allgemein	299
	b) Besonderheiten in der Situation von Berufsvertrauensträgern gem. § 203 Abs. 1 StGB ...	299
	aa) Fortbestehende Zeugenpflicht	300
	bb) Gegen Ausnahme: Sozialgeheimnis	300
	cc) Anzeigepflicht für bevorstehende schwerste Straftaten gem. § 138 StGB	300
	dd) Allgemeine Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe	301
	c) Besonderheiten in der Situation von Amtsvertrauensträgern gem. § 203 Abs. 2 StGB ...	302
	2. Sozialdatenschutz	302
	a) Schutz von Sozialdaten allgemein	303
	aa) Vorliegen von Sozialdaten	303
	bb) Vorrangige Mitteilungspflichten	304
	b) Besondere Mitteilungs- und Verschwiegenheitsregelungen	304
	aa) Justizvollzug	305
	bb) Führungsaufsicht und Bewährungshilfe	305
V.	Extremismus und Kindeswohl	308

1. Grundlagen einer konkreten Kindeswohlgefährdung in extremistischen Verhaltensweisen ..	308
a) Extremistisches Verhalten als unmittelbare Gefährdungsgrundlage	309
b) Extremistisches Umfeld als Gefährdungsgrundlage	309
c) Verhindern eigenständiger pluralistisch-integrativer Entwicklung als unmittelbare Gefährdungsgrundlage	310
2. Reaktionen	311
a) Reaktionen durch die Sorgeberechtigten	311
b) Öffentliche Leistungs- und Beratungsangebote	311
c) Maßnahmen des Familiengerichts	312
d) Aktivität und Anrufung der amtlichen öffentlichen Jugendhilfe	313
aa) Aufgaben und Pflichten des Jugendamts	313
bb) Anrufung durch Privatpersonen	315
cc) Anrufung durch Träger von Einrichtungen und Diensten sowie Vertrauensträger ..	315
(1) Träger von Einrichtungen und Diensten	315
(2) Hinweise aus Strafverfahren	315
(3) Geheimnisträger i.S.v. § 203 Abs. 1 StGB	316
VI. Fazit und Ausblick	316

I. Einleitung

Soziale Herausforderungen und Probleme, aber auch rechtliche Fragen des Extremismus stellen sich in der Sozialen Arbeit seit langem in ihrer ganzen vielfältigen Breite, jedoch in zunehmender Aktualität und Brisanz. Unter den vielfältigen rechtlichen Problemfeldern können vorliegend nur vier besonders bedeutsame näher erläutert werden.

Für zentrale (Un-)Sicherheit sorgt zuvorderst die Frage, wann Extremismus überhaupt in präzisiertem Rechtssinn gegeben ist, der Reaktion und Sanktionen auslösen kann (II.), zunächst namentlich in Beschäftigungsverhältnissen der Sozialen Arbeit selbst (III.). Klar dürfte sein, dass Extremismus, wenn nicht bereits (Rechts-)Populismus, mit der Berufsethik der Sozialen Arbeit nicht zu vereinbaren ist.¹ Darüber hinaus treffen Beschäftigte in der Sozialen Arbeit in öffentlichen Dienstverhältnissen, verbeamtet wie angestellt, die allgemeinen Pflichten zur Verfassungstreue, die jedenfalls durch aggressiven Extremismus verletzt werden, sodass Disziplinarmaßnahmen bis zur Entlassung real drohen. Weiter ist in der Praxis oft für Sozialarbeitende in unterschiedlichsten Feldern problematisch, wieweit Verschwiegenheits- und Mitteilungspflichten hinsichtlich beobachteten Extremismus z.B. gegenüber Polizei und Justiz bestehen (IV.), und wann aufgrund extremistischer Momente der Eltern oder sonst im Umfeld eines Kindes zur Wahrung von dessen Wohl eingeschritten werden darf und muss (V.).

1 Dazu tritt die eher seltene Verletzung von Steuergeheimnissen, § 355 StGB.

II. Extremismus-Begriff

Zunächst bestehen erhebliche Unsicherheiten, was unter „Extremismus“ überhaupt zu verstehen ist. Tatsächlich handelt es sich um einen Begriff, der nicht klar rechtlich definiert ist und eher der sozialwissenschaftlichen Sphäre zugehört.² Dort findet sich eine Vielzahl von Definitionsansätzen, die das freiheitlich-demokratische Gemeinwesen in Frage stellende Auffassungen und Strategien mit dem Begriff des Extremismus oder aber alternativen, namentlich der älteren Totalitarismus-³ und der Faschismustheorie erfassen wollen.⁴ Einige Handbücher der Sozialen Arbeit wollen Extremismus auf Ungleichwertigkeitsideologien zurückführen.⁵ Sie klammern damit extreme Egalisierungsregime wie einen gewaltsamen Kommunismus stalinistischer Prägung aus. Über die Motivation kann spekuliert werden.

Die für rechtliche Fragestellungen notwendige präzise Grundlage bietet hingegen die freiheitlich demokratische Grundordnung (FDGO).⁶ Sie ist im Grundgesetz mehrfach verankert⁷ und kann vor allem aufgrund der Definitionsansätze des Bundesverfassungsgerichts definiert werden. Bestrebungen, welche der FDGO widersprechen, können hinreichend klar als „extremistisch“ kategorisiert werden.⁸ Dies gilt jedenfalls dann, wenn sie ihr derart zuwiderlaufen, dass sie auch unter deren eigenem Licht der Freiheit und Toleranz nicht mehr hingenommen werden können, ohne den Fortbestand der FDGO ernsthafter zu riskieren. Zu diesem Ewigkeits-

2 Vgl. den aktuellen Überblick bei Fahrner, Grundordnung, S. 31 ff. m.w.N.; zum Rechts-extremismus vgl. Grimm, S. 29 ff.

3 Vgl. die umfassenden Ausführungen in den Werken von Jesse, Schlangen, Seidel/Jenkner, Backes/Jesse, Backes, jeweils auch zur Begriffsgeschichte; speziell zum „Kalten Krieg“ etwa Thieme; allgemein ferner Borkenau, Friedrich/Brzeziński, Arendt; zur linken Kritik vgl. die Beiträge bei Schmeitzner.

4 Vgl. etwa als aktueller Überblick Wörsching, S. 38 ff. m.w.N. insbesondere zum marxistischen Hintergrund.

5 Vgl. etwa Deutscher Verein, S. 275.

6 Vgl. zum Folgenden BVerfGE 2, 1 (12 ff.); 5, 85 (196 ff.), 144, 20 (206 ff.); Fahrner, Grundordnung, S. 82 ff.

7 Art. 10 Abs. 2 S. 2, Art. 11 Abs. 2 Var. 4, Art. 18, Art. 19 Abs. 4 S. 3, Art. 21 Abs. 2, Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 b), Art. 87 Abs. 2 Var. 4, Art. 87a Abs. 4 S. 1, Art. 91 Abs. 1; vgl. im Einzelnen Fahrner, Grundordnung, S. 54 f.

8 So insbesondere die Definition aus dem nachrichtendienstlichen Verfassungsschutz, vgl. aktuell <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/sicherheit/extremismus/extr emismus-node.html> (letzter Abruf: 9.2.2023); tiefergehend Stange, S. 10 ff. m.w.N.; Oppenhäuser, S. 35 (36 ff.); dazu einschließlich der sozialwissenschaftlichen Primär-prägung des Begriffs Fahrner, Grundordnung, S. 31 ff., 319.

schutz des menschenwürdigen, pluralen, fortschrittlichen und friedlichen Gemeinwesens für alle verpflichtet die Streitbare und wehrhafte Demokratie, welche die Eltern des Grundgesetzes nach Shoah und Porajmos, Weltkriegsvernichtung und Unmenschlichkeit diesem als Erbe mitgegeben haben.⁹ Extremistisch in diesem Sinn sind Bestrebungen, die eine der drei Grundsatzkomponenten außer Geltung setzen wollen, mithin Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Menschenwürde, die selbstverständlich noch weiter detaillierter hinterlegt werden können, sowohl in einem Regelkern wie in ihrer prägenden Prinzipienwirkung.¹⁰

Für die Praxis ist wichtig, dass die Bekannten wie auch neue Extremismus-Formen mit dieser Definition erfasst werden können. Umfasst ist etwa jede Diktatur eines Führers oder Gruppe der Bevölkerung gegen eine frei organisierbare Mehrheit zur Abberufung aller staatlichen Machtträger (*Demokratiegrundsatz*),¹¹ gegen die Wirksamkeit des Rechts auch zur Kontrolle jeder staatlichen Gewalt mittels Grundrechten und effektiven unabhängigen Gerichten (*Rechtsstaatsgrundsatz*),¹² sowie gegen die gleiche Würde für alle Menschen unabhängig z.B. von Glauben, Weltanschauung, Abstammung, sexueller und politischer Orientierung und ihrer individuellen Subjektqualität für alle politischen Gemeinschaften (*Menschenwürdegrundsatz*).¹³ Extremismus kann, wiewohl nicht als echtes gesetzliches Tatbestandsmerkmal, als ein Rechtsbegriff präzise zur zusammenfassenden Beschreibung vielfältiger Sachverhalte verwendet werden.¹⁴

III. Extremismus-Ausschluss in Tätigkeiten der Sozialen Arbeit

1. Extremistisches Verhalten als unmittelbarer Anknüpfungspunkt

Auf extremistisches Verhalten durch (potenzielle) Beschäftigte können Arbeitgeber nur unter Berücksichtigung der konkreten Qualifikation des Dienstverhältnisses mit Einstellungsverweigerung, Entlassung oder sonstiger Sanktionierung reagieren.

9 Vgl. Fahrner, Grundordnung, S. 56 ff., 78 ff. mit Überblick.

10 Vgl. namentlich BVerfGE 144, 20 (206 ff.); Fahrner, Grundordnung, S. 220 ff.

11 Vgl. Fahrner, Grundordnung, S. 237 f.; ders., Vulnerabilität, S. 53 ff.

12 Fahrner, Grundordnung, S. 238 f.

13 Fahrner, Grundordnung, S. 113 ff., 239 f.

14 Dies folgt aus dem klaren Verweis der Bestrebungen gegen die FDGO, vgl. oben Fn. 8.

a) Nicht besonders qualifizierte Arbeitsverhältnisse

Für nicht weiter qualifizierte Arbeitsverhältnisse gilt bei der Einstellung die Vertragsfreiheit, umgekehrt ist eine Kündigung nur bei Auswirkungen auf den Arbeitgeber jenseits der eigentlichen Arbeitsleistung nur im Sinn des § 241 Abs. 2 BGB möglich, namentlich bei Straftaten mit Betriebsbezug, darunter grobe Beleidigungen,¹⁵ sonst Störungen des Betriebsfriedens¹⁶ oder bei sonstigen Belastungen des Arbeitgebers,¹⁷ etwa durch verursachte strafrechtliche Ermittlungen im Betrieb oder evtl. Beeinträchtigungen des Ansehens des Arbeitgebers durch unmittelbare Verbindung von diesem mit extremistischen Verhalten durch die Beschäftigten.¹⁸

b) Beamtinnen und Beamte

Auf der anderen Seite gilt für Beamtinnen und Beamte unabhängig von ihrer konkreten Tätigkeit aus Art. 33 Abs. 5 GG, dass sie sich innerdienstlich und außerdienstlich zur freiheitlich demokratischen Grundordnung zu bekennen, sich mit ihr zu identifizieren und für ihre Einhaltung einzutreten haben:¹⁹ „In das Beamtenverhältnis darf nur berufen werden, [...] wer die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten“. Verletzen Beamtinnen und Beamten ihre Verfassungstreuepflicht namentlich gem. §§ 33 f. BeamStG im Dienst oder in irgendeinem relevanten Bezug außerdienstlich, drohen ihnen das Disziplinarrecht und die Entlassung.²⁰

15 Vgl. zu rassistischen Schmähungen z.B. eines dunkelhäutigen Kollegen mit „Ugah-Ugah“ BVerfG NZA 2020, 1704 (1705 f.); einer asiatisch-stämmigen Vorgesetzten als „Ming Vase“ ArbG Berlin NZA-RR 2021, 364 (365 f.); zu islamfeindlichen Schmähungen LAG BW NZA-RR 2020, 253 (254 ff.); zur couragierten Anzeige eines Auszubildenden, LAG RP BeckRS 2021, 24413; auch belegbar durch Chatnachrichten, LAG BW BeckRS 2019, 30741.

16 Vgl. etwa vgl. BAG NJW 1984, 1142 (1142); 1955, 606 (607 f.); Picker RdA 2021, 33 (34 ff.) m.w.N.

17 BAG NZA-RR 2009, 362 (363 ff.).

18 Vgl. etwa BAG NZA 2011, 112 (113 f.); LAG NI BeckRS 2019, 7992.

19 St. Rspr., vgl. BVerfGE 39, 334 (348 f.) = NJW 2008, 2568 (2569); Fahrner GSZ 2021, 6 (7 f.) m.w.N.

20 Vgl. etwa Voßkuhle NVwZ 2022, 1841 (1844); Fahrner GSZ 2021, 6 (8).

c) Angestellte im öffentlichen Dienst

Diese Verfassungstreuepflicht, die für die Angestellten im öffentlichen Dienst früher auch im BAT allgemein festgeschrieben war, ist differenzierter zu betrachten.²¹ Während § 3 Abs. 1 S. 2 TV-L sie weiter allgemein vorsieht, findet sie sich nur in einzelnen Tarifverträgen für Bund und Kommunen, etwa § 3 Abs. 1 S. 2 TVöD-V und § 41 BT/V für „Beschäftigte bei Arbeitgebern, in deren Aufgabenbereichen auch hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen werden“. Die Rechtsprechung knüpft die qualifizierte Verfassungstreuepflicht hingegen ganz überwiegend an die Stellung und den Aufgabenkreis der Betroffenen im konkreten Einzelfall:²² Wird hoheitliche Gewalt, d.h. solche im zwangsbewehrten Über-Unterordnungsverhältnis wahrgenommen, wie etwa in der Bewährungshilfe, Jugendgerichtshilfe oder amtlich beurteilenden Jugendhilfe, dürfen keine Zweifel am Bekenntnis zur FDGO bestehen. Gleiches gilt aber auch dann, wenn die glaubhafte Vermittlung der Verfassungswerte an Kinder und Jugendliche zur zentralen Dienstpflicht gehört, namentlich für alle angestellten Lehrerinnen und Lehrer, egal welcher Fächer, ebenso Erzieherinnen und Erzieher in staatlichen und kommunalen Einrichtungen und konsequent ebenso in der leistenden öffentlichen Jugendsozialarbeit. Sie verletzen qualifizierte Treuepflichten etwa außerdienstlich durch Verunglimpfungen der Verfassung,²³ rassistische Äußerungen in sozialen Netzwerken,²⁴ Leugnung der Shoa²⁵ sowie einschlägige Tätowierungen auch ohne Strafbarkeit nach § 86a StGB.²⁶ Während für die Unterstützung der NPD gleiches gilt wie im Beamtenrecht, führte das Bewegen in gewaltbereitem, möglicherweise extremistischem Umfeld für einen Erzieher mit Ausbildung in Sozialer Arbeit nur zur ordentlichen statt fristlosen Kündigung, da kein Nachweis

21 Vgl. grundlegend BAGE NJW 1982, 2396 (2397 ff.); 1987, 2699 (2700 f.): danach ist ein Lehrer nicht anzustellen, der die FDGO aktiv bekämpft oder von dem zu befürchten ist, dass er die Schüler gegen die Verfassung beeinflussen wird.

22 sog. Funktionstheorie, vgl. BAG NJW 1990, 597 (598 f.); NZA-RR 2012, 43 (44 ff.); 2013, 441 (442 f.).

23 ArbG Berlin NZA-RR 2019, 414 (416 ff.).

24 Etwa BAG NJW 2019, 3468 (3469).

25 Im Internet durch einen Grundschul-Sportlehrer, LAG MV NZA-RR 2022, 586 (586 ff.).

26 Etwa LAG Bbg BeckRS 2021, 10591; 2019, 14901.

verfassungsfeindlicher Aktivität erbracht war.²⁷ Auch die unverzügliche Distanzierung bewahrte einem Angestellten seinen Arbeitsplatz.²⁸

Allerdings müssen auch Beschäftigte im öffentlichen Dienst, die nur eine „*einfache*“ *Treuepflicht* trifft, ein Mindestmaß an Verfassungstreue insoweit aufbringen, als sie nicht darauf ausgehen dürfen, den Staat, die Verfassung oder deren Organe zu beseitigen, zu beschimpfen oder verächtlich zu machen. Das gilt gleichermaßen für den dienstlichen wie den außerdienstlichen Bereich. Handelt ein Arbeitnehmer diesen Anforderungen zuwider, kann dies ein Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung sein, wenn durch den Loyalitätsverstoß eine konkrete Störung des Arbeitsverhältnisses eingetreten ist.²⁹

d) Tendenzunternehmen

Für die weiteren Tätigkeitsfelder der Sozialen Arbeit bei privaten Arbeitgebern, etwa im Bereich der Pflegebegleitung, können sich qualifizierte Pflichten, sich extremistischen Verhaltens zu enthalten, aus verletzten Werte-Vorgaben nach der Tendenzunternehmen-Rechtsprechung herleiten. Tendenzträger haben sich auch außerdienstlich solcher Äußerungen und Handlungen zu enthalten, die der Tendenz des Unternehmens nachhaltig zuwiderlaufen und damit betriebliche Interessen des Unternehmens erheblich berühren.³⁰ Während die Voraussetzungen eines karitativen oder erzieherischen Unternehmens geklärt sind, sorgt die Reichweite der Tendenzträgergemeinschaft und besonderen Pflichten weiterhin für Unsicherheit.³¹

2. Schädigung des Arbeitgebers durch extremistisches Verhalten

Ein weiterer allgemeiner Ansatzpunkt kann sich aus der konkreten Schädigung des Arbeitgebers durch extremistisches Verhalten ergeben. Weiteren

27 LAG BW BeckRS 2016, 128017.

28 LAG NW BeckRS 2020, 24085.

29 BAG NZA-RR 2013, 441 (442 ff.); LAG BW NZA-RR 2022, 262 (263 ff.).

30 Vgl. etwa BAG NZA-RR 2009, 362 (363 f.); Picker RdA 2021, 33 (33 f.).

31 Vgl. allgemein etwa Düwell/Boemke/Lakies BetrVG §118 Rn. 24 ff. m.w.N.; Schaub/Linck §127 Rn.128a; differenzierend für das Problem der Gewinnerzielungsabsicht NK-ArbR/Lunk BetrVG § 118 Rn. 16 f. m.w.N.; zur fehlenden Tendenzträgergemeinschaft von Erzieherinnen und Erziehern vgl. LAG Mecklenburg-Vorpommern BeckRS 2020, 4728 m. Anm. Rölz ArbRAktuell 2020, 238.

Blickes bedarf dabei das Auslösen von Ansprüchen durch von Kollegen oder Kolleginnen Diskriminierten nach §§ 12 Abs. 3, 15 AGG.³² Zudem hat der Arbeitgeber mit *Sanktionen öffentlicher Auftraggeber* zu rechnen: Während bei allgemeinen Vergaben öffentlicher Aufträge und Beihilfen unklar und umstritten bleibt, wie weit dem Auftragnehmer zurechenbares verfassungsfeindliches Verhalten zum Ausschluss eines Begünstigten führen darf,³³ ist dies zumindest für die Jugendhilfe gesetzlich und für gezielte Mittel zur Extremismus-Bekämpfung durch sogenannte selbstverpflichtenden „Extremismus-Ausschlusserklärungen“ weitgehend geklärt.³⁴ Eindeutig und verfassungskonform setzen §§ 74 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 75 Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII für die Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe ebenso wie für die Förderung von Einrichtungen voraus, dass sie die Gewähr für eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit bieten. Dies ist der Fall, wenn sich Tätigkeit des Trägers im Rahmen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung bewegt, er ihr aber nicht nur passiv oder gleichgültig gegenübersteht, sondern sich positiv zu ihr bekennt und insbesondere die Grundsätze der Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit teilt.³⁵ Umgekehrt ist auch in anderen Bereichen des Beihilfe- und Sozialrechts ein Träger für Kooperationen ungeeignet, gegenüber Kindern und Jugendlichen Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft zu erbringen, wenn von ihm Bestrebungen ausgehen, die gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung gerichtet sind.³⁶ Für Einrichtungen der

32 Hierzu findet sich bislang keine hinreichende Reflexion und Rechtsprechung.

33 Überaus problematisch ist, dass § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB nur noch von einem fakultativen Ausschluss spricht, wenn das Unternehmen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, durch die seine Integrität infrage gestellt wird, so dass die früher gewünschte Fassung, die hier auch Staatsschutzdelikte jedenfalls im Sicherheitsbereich ausreichen ließ, in Frage gestellt ist; vgl. dafür etwa noch BR-Drs. 321/12, S. 57; Dippel/Sterner/Zeiss/Dippel GWB § 124 Rn. 38; eine klare Rspr. des EuGH nach seinem früheren eher engen Verständnis in IBRRS 2012, 4631 (4631); NZBau 2015, 569 (571 f.) steht indes noch aus, vgl. zum Ganzen etwa Burgi/Dreher/Opitz/Opitz GWB § 124 Rn. 40 f.

34 VG Dresden BeckRS 2012, 49970; Deutscher Bundestag, Gutachten WD 3 – 3000 – 245/17 m.w.N.; Kluth RdJB 2013, 84 (84 ff.).

35 Grundlegend BVerwGE 55, 232 (235 ff.); 55, 245 (246); jurisPK SGB VIII//Trésoret SGB VIII § 74 Rn. 104 ff.; für die Fördervergabe lässt eine m. M. das Fehlen verfassungsfeindlicher Betätigung ausreichen, vgl. im Überblick Heinig/Munsonius SGB 2009, 508 (510 f.); ähnlich BeckOGK/Janda SGB VIII § 74 Rn. 46 ff., § 75 Rn. 17 m.w.N.

36 BSGE 133, 204 (207 ff.) zu § 28 VII SGB II; allgemein VG Berlin BeckRS 2010, 48051 m.w.N. (aus anderen Gründen aufgehoben).

Vollzeit,³⁷ aber auch der Tagespflege³⁸ von Kindern und Jugendlichen ist zumindest die Gewährleistung des Kindeswohls auch eine Schutzschranke gegen extremistische Indoktrination, wenngleich diese damit zurückgenommen ist (s. unten V.).

3. Extremistische Vorbiografie

Bemerkenswert ist allerdings, dass *frühere strafrechtliche Verurteilungen* wegen extremistischer oder terroristischer Straftaten für die Wahrnehmung der Aufgaben in der Kinder- und Jugendhilfe nicht zum automatischen Ausschluss für die Beschäftigung oder Vermittlung führen.³⁹ Dies ist einerseits zu begrüßen, da ein früheres Verhalten gegen die Verfassungsordnung nicht dann zu einem automatischen Ausschluss der Tätigkeit führen soll, wenn die betroffene Person sich von dieser nachhaltig losgesagt hat.⁴⁰ Andererseits ist das Fehlen präventiver Vorkehrungen gegen konkret verfassungsfeindlich agierende Beschäftigte nur solange hinzunehmen, wie die repressiven Maßnahmen, etwa die Entlassung wegen Unzuverlässigkeit oder Gefährdung der Tätigkeit der Einrichtung selbst, hinreichend wirksam sind, um erhebliche Gefährdungen für die FDGO und z.B. das Kindeswohl zu verhindern.

IV. Verschwiegenheits- und Mitteilungspflichten

Im Hinblick auf die Verschwiegenheit Sozialarbeitender hinsichtlich bekannt gewordener extremistischer Sachverhalte greifen die Ebenen des Geheimnis- und Datenschutzes ineinander.

37 Ausdrücklich § 44 Abs. 2 S. 1 SGB VIII.

38 Jedenfalls ganz h. M., vgl. OVG Münster BeckRS 2009, 41975; jurisPK SGB VIII// Busse SGB VIII § 44 Rn. 37 ff.; BeckOGK/Janda SGB VIII § 43 Rn. 55 m.w.N.; dabei sind auch Antragsteller ungeeignet, deren unmittelbares Umfeld konkrete und erhebliche Gefährdungen für das Wohl der betreuten Kinder birgt und die Antragsteller diese nicht abzuwehren vermögen.

39 Anders bei Sexualdelikten, § 72a SGB VIII.

40 Dies gebietet namentlich die (Re-)Integrationsfunktion im Rahmen der FDGO, vgl. etwa Fahrner, Grundordnung, S. 156 f., 206 ff.

1. Strafrechtlich sanktionierte Verschwiegenheitspflicht, § 203 StGB

Abgrenzungsprobleme bereitet zunächst der generelle, strafbewehrte Geheimnisschutz zwischen § 203 Abs.1 und 2 StGB. Ein tauglicher Ansatz ist das Bild einer beratenden Vertrauens- oder aber Amtsstellung des oder der Sozialeitenden, welcher vorzugsweise abstrakt-formal verstanden werden muss.⁴¹ Ein anderer Ansatz, welcher nach der konkreteren Kommunikationssituation unterscheiden will, trifft namentlich bei der Bewährungshilfe auf erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten, wenn er entsprechend der Doppelfunktion der Bewährungshilfe (§ 56d Abs. 3 S.1 und 2 StGB) unterscheiden will, soweit die fraglichen Tatsachen im Rahmen der Hilfe und Betreuung, nicht aber im Zusammenhang mit ihren Kontroll- und Überwachungsaufgaben bekannt würden.⁴² Aus der Gesamtsituation der Bewährungshilfe ist ein schutzwürdiges Vertrauensinteresse aus objektivem Empfängerhorizont der mit rechtskräftiger Gerichtsentscheidung unter Bewährung Gestellten jedoch kaum begründbar, jedenfalls soweit die Kommunikation die Bereiche der Unterstellung betrifft. Allenfalls bei Beratungen des Bewährungshelfers bzw. der -helferin außerhalb dieses Bereichs könnte eine besondere Vertraulichkeit berechtigt angenommen werden.

Steht die Amtsstellung im Vordergrund, kann also ein vorrangiges Vertrauensverhältnis nicht erwartet werden, richtet sich die Mitteilung im Wesentlichen nach den Amtspflichten (2.), auf die etwa die in der Bewährungs- und Gerichtshilfe Tätigen in Baden-Württemberg ausdrücklich zu verpflichten sind.⁴³ Auch in der amtlich kontrollierenden und bescheidenden Jugendhilfe oder Sozialverwaltung gilt der Maßstab des § 203 Abs. 2 StGB.⁴⁴ Für § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB bleibt damit vor allem Raum in leistender Sozialer Arbeit, namentlich in Beratungseinrichtungen, aber auch etwa konkret leistender Jugendsozialarbeit.⁴⁵ Neben der ausdrücklichen oder konkludenten Einwilligung des Geheimnisträgers können hier nur die besonderen Tatbestände einer Offenbarungspflicht oder -erlaubnis vor einer Strafbarkeit schützen (b)), sofern überhaupt ein Geheimnis vorliegt (a)).

41 Vgl. grundlegend BVerfGE 33, 367 (380 f.); LK/Schünemann StGB § 203 Rn. 37 m.w.N.

42 Schönke/Schröder/Eisele StGB §203 Rn. 13, 14 m.w.N.

43 § 10 Gesetz über die Sozialarbeit der Justiz (GSJ), GBl. 2019, S. 578.

44 Vgl. BVerfGE 33, 367 (380 f.); Schenkel NStZ 1995, 67 (70).

45 Vgl. etwa Pehl/Knödler, S. 83 ff.

a) Voraussetzung der Verschwiegenheitspflicht allgemein

Nach tradierter Lesart liegt ein Geheimnis nur vor, wenn zumindest aus Natur der Tatsache die „stillschweigende Forderung der Geheimhaltung“ folgert.⁴⁶ Häufig sind bereits die *Merkmale eines Geheimnisses*, namentlich das tatsächliche Geheimsein, der Geheimhaltungswille oder das berechtigte Geheimhaltungsinteresse nicht vorhanden. Ersteres fehlt etwa, wenn die Extremisteneigenschaft bereits einem unbeherrschbaren Adressatenkreis anderweitig bekannt ist,⁴⁷ etwa durch entsprechende Offenbarung in sozialen Netzwerken oder aber evidente äußerliche Erkennbarkeit etwa eines Tattoos. Ein mangelnder Geheimhaltungswille kann darüber hinaus bei aktuellen (Kundgabe-)Delikten zum Nachteil des Adressaten angenommen werden, so etwa bei rassistischer Beleidigung der Sozialarbeitenden. Das Geheimhaltungsinteresse zugunsten des Betroffenen kann indes nicht allein daraus verneint werden, dass das Geheimnis in einer erfolgten, geplanten oder bevorstehenden Straftat besteht.⁴⁸ Dies folgt bereits auf der im weiteren hier wichtigen Abgrenzung nach §§ 138 f. StGB (*s. sogleich unter 2.c*). Dagegen bereitet das weitere Merkmal, dass das Geheimnis im Rahmen der Vertrauensbeziehung anvertraut worden oder sonst bekannt geworden sein muss, in aller Regel keine Probleme.

b) Besonderheiten in der Situation von Berufsvertrauensträgern gem. § 203 Abs. 1 StGB

Gegenüber anderen *Berufsvertrauensträgern* ist das Verschwiegenheitsrecht der Sozialarbeitenden nach § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB erkennbar schwächer ausgeprägt. Dies entspricht dem eher diffusen Bild des Gesetzgebers von vielfältigen Situationen ihrer Beratungs- und Hilfstätigkeit.⁴⁹

46 RGSt 13, 60 (62); 66, 273 (274); LK/Schünemann StGB § 203 Rn. 24.

47 Vgl. grundlegend RGSt 29, 426 (430); LK/Schünemann StGB § 203 Rn. 22; MüKoStGB/Cierniak/Niehaus StGB § 203 Rn. 17 f.; zur Ausnahme eingetretenen öffentlichen Vergessens bereits RGSt 31, 90 (91); LK/Schünemann StGB § 203 Rn. 23 m.w.N.

48 Vgl. BGHSt 50, 64 (73); Kohlhaas GA 1958, 65 (68).

49 Vgl. ausführlich nochmals BVerfGE 33, 367 (380 f.).

aa) Fortbestehende Zeugenpflicht

Daraus hat es auch das BVerfG gerechtfertigt, dass auch für staatlich anerkannte Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter die *strafrechtlichen Zeugnispflichten* der Vertraulichkeit nach § 203 Abs.1 Nr. 6 StGB allgemein vorgehen. Es greift also kein Zeugnisverweigerungsrecht aus §§ 53 f. StPO ein, sondern es besteht mithin auf Aufforderung eine umfassende Aussagepflicht, sofern keine *besonderen* Schutzregelungen eingreifen.⁵⁰ Diese Zeugenpflicht folgt aus der Systematik der StPO gleichermaßen gegenüber Ermittlungsbehörden, einschließlich der Polizei nach § 163 StPO, selbst im Ermittlungsverfahren, auch wenn hier formal die Strengbeweismittelvorschriften noch nicht gelten. Das Zurückhalten von erfragten Informationen ist damit ebenso kategorisch verboten wie jede Informationskundgabe in Eigeninitiative gem. § 203 Abs.1 Nr. 6 StGB. Die schwierige Abgrenzung, z.B. von Ergänzungen in der Praxis, wird allerdings durch überformende Normbereiche gemildert.

bb) Gegenausnahme: Sozialgeheimnis

Zunächst erfährt die Auskunftspflicht im Strafverfahren durch § 160 Abs. 4 StPO eine wesentliche Einschränkung durch das *Sozialgeheimnis*. Soweit dieses reicht, erweist es sich als stärker als die Datenübermittlungs- und Auskunftspflichten nach der StPO, unabhängig davon, ob eine Berufsvertrauens- oder amtliche Situation im Sinn von § 203 StGB vorliegt. Gleichfalls greifen, sozusagen gegenläufig, wiederum vorrangig, die beiden weiteren wichtigen absoluten Mitteilungspflichten, jene aus bevorstehenden schwersten Straftaten gem. §§ 138 f. StGB und bei Gefährdung des Kindeswohls (*s. unten V.*).

cc) Anzeigepflicht für bevorstehende Schwerststraftaten gem. § 138 StGB

Eine *Anzeigepflicht aus § 138 StGB* kann sich im Bereich des Extremismus sowohl im Hinblick auf die genannten staatsgefährdenden „Primärtaten“, namentlich den konkret vorbereiteten Hochverrat (§§ 81, 83 Abs.1, 138 Abs.1 Nr. 2 StGB), Mord-, Entführungs- oder gemeingefährliche Attentate

50 Umfassend BVerfGE 33, 367 (382 ff.).

(vgl. § 138 Abs. 1 Nr. 5, 6, 8 StGB), aber auch z.B. „sekundäre“ Vorbereitungshandlungen, etwa zur Beschaffung von Finanzierungs- und anderen Tatmitteln nach § 138 Abs. 1 Nr. 4, 6 und 7 StGB ergeben. Dies betrifft erkennbar ebenso den (Vor-)Bereich des klassischen Terrorismus, darunter auch die Mitgliedschaft oder Förderung gem. §§ 129a, 138 Abs. 2 StGB und die frühen Vorbereitungsformen der schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (§§ 89a, 138 Abs. 2 Nr. 1 StGB). Randformen, etwa die landesverräterische oder völkerverbrecherische Zusammenarbeit mit fremden Mächten (§ 138 Abs. 1 Nr. 3 und 5 StGB) erhalten in der aktuellen geopolitischen Bedrohung namentlich durch die Volksrepublik China oder Russland neue Bedeutung.

Sobald jemand – d.h. ohne jede Rücksicht auf etwaige Verschwiegenheitspflichten – glaubhaft von dem Vorhaben oder der Ausführung einer noch abwendbaren Tat erfährt, besteht die Pflicht zur Anzeige, die am besten bei einer entsprechenden Polizeibehörde erfüllt werden kann, um der hohen Strafdrohung bei Vorsatz und leichtfertiger (§ 138 Abs. 3 StGB) Pflichtversäumnis zu entgehen. Einschränkungen der Mitteilungspflicht wie etwa für Geistliche oder Ärzte gem. § 139 Abs. 2 und 3 StGB bestehen für die Soziale Arbeit nach § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB nicht.

dd) Allgemeine Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe

Jenseits dieser eindeutigen Mitteilungspflichten *kann* die Verletzung der Geheimhaltung anvertrauter oder sonst bekannt gewordener Geheimnisse nach den allgemeinen Regeln im Einzelfall so *gerechtfertigt oder entschuldigt* sein, dass sie nicht strafbar ist. Hierzu ist für Geheimnisse im Umfeld von Extremismus namentlich die Notstandshilfe nach § 34 StGB zu rechnen, wonach die Abwehr einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut nach einer umfassenden Abwägung die Offenbarung rechtfertigen kann. Hier wird man auch Rechtsgüter nicht nur konkreter Einzelner, sondern der Allgemeinheit für hinreichend erachten müssen.⁵¹ Erweitert wird dieser Schutz nach § 35 StGB – den beim bloßen Geheimnisverrat kaum denkbaren übergesetzlichen Notstand⁵² sowie die allgemeinen Irr-

51 Vgl. für die heute ganz h. M. etwa bereits RGSt 62, 35 (46); 77, 113 (115 f.); MüKoStGB/Erb StGB § 34 Rn. 72 m.w.N.; Bock ZStW 131 (2019), 555 (565 f.).

52 Vgl. etwa Rengier, § 26 Rn. 40 ff.

tumsregeln.⁵³ Schließlich sind auf die Möglichkeiten der strafrechtlichen ausdrücklichen, konkludenten oder mutmaßlichen Einwilligung eines Verfügungsberechtigten über das Geheimnis hinzuweisen.

c) Besonderheiten in der Situation von Amtsvertrauensträgern gem. § 203 Abs. 2 StGB

Dort, wo nicht das personalisierte Vertrauen die Beziehung der Sozialarbeitenden zum Betroffenen prägt, erlaubt § 203 Abs. 2 StGB mit seinem Verweis auf das allgemeine Dienstrecht von vornherein wesentlich weitergehende Mitteilungen von persönlichen Informationen. Durch den Verweis in aller Regel auf § 37 BeamStG besteht einerseits eine umfassende Mitteilungspflicht, soweit eine wirksame Aussagegenehmigung der vorgesetzten Stelle vorliegt (§ 37 Abs. 3 BeamStG), andererseits, soweit die Mitteilungen im dienstlichen Verkehr geboten sind (§ 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BeamStG). Darunter fällt in jedem Fall die behördeninterne Mitteilung an Vorgesetzte. Im Austausch zwischen anderen staatlichen Stellen sind dagegen die weiteren besonderen Vorschriften zu beachten, während § 37 Abs. 2 S. 2 BeamStG klar auf § 138 StGB, indes weniger klar auf die gesetzlich begründeten Pflichten, für die Erhaltung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung einzutreten, verweist. Letzteres wird daher bislang ausschließlich der außerordentlichen Mitteilung von Gefahren *innerhalb* der staatlichen Sphäre namentlich durch Verrat illegaler Staatsgeheimnisse⁵⁴ und neuerdings neu geregelten Whistleblowings zugeordnet.⁵⁵

2. Sozialdatenschutz

Für die meisten Konstellationen der sozialen Arbeit erweist sich, die genannten allgemeinen Regeln überlagernd, der *Sozialdatenschutz* als verbindliche, detailreiche Regelungsgrundlage (a)), die wiederum vor allem um bereichsspezifische Vorschriften erweitert und ausgestaltet ist (b)). In der Bewährungs- und Gerichtshilfe sind zudem sämtliche Tätige förmlich auf die Wahrung des Datengeheimnisses und im Übrigen förmlich zu ver-

53 Namentlich den Erlaubnistatbestands- und Erlaubnisirrtum.

54 Vgl. § 93 Abs. 2, §§ 97a f. StGB.

55 Vgl. etwa § 2 Abs. 1 Nr. 10, § 7 Abs. 1, § 32 im vorerst gescheiterten Hinweisgeber-schutzgesetz vom 16.12.2022.

pflichten,⁵⁶ was (neben dem Korruptionsverbot) namentlich die Verpflichtung zur Dienstverschwiegenheit auslöst.⁵⁷

a) Schutz von Sozialdaten allgemein

aa) Vorliegen von Sozialdaten

Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass es sich bei den zu übermittelnden Informationen um *Sozialdaten* gem. § 67 SGB X handelt. Dafür ist erforderlich, dass die Informationen sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen (näher Art. 4 Nr.1 DSGVO), von einem Sozialleistungsträger (§§ 35, 12, 18 ff. SGB I) und im Hinblick auf seine Aufgaben nach dem Sozialgesetzbuch verarbeitet werden.⁵⁸ Letzteres wird man als praktisch häufige Einschränkung zu beachten haben.⁵⁹ So hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass „gelegentliche“ Datenerhebungen etwa zur Sicherung des Dienstbetriebs nicht dem besonderen Sozialgeheimnis unterliegt, etwa die Videoüberwachung im Dienstgebäude.⁶⁰ Auch Daten bezogen auf Straftaten zum Nachteil von Beschäftigten der Leistungsträger, aber auch zu extremistischen Einstellungen, Bestrebungen oder Taten dürften daher dem Sozialgeheimnis *nicht* unterliegen. Auch allein die Tatsache, dass diese Daten durch bzw. während des Kontakts mit einem Sozialleistungsträger angefallen sind, rechtfertigt nichts anderes, ebenso wie die Folgerung, dass ein entsprechender Kontakt bestanden hat. Anders hat nur zu gelten, wenn die Daten gerade zu Aufgabenzwecken erhoben bzw. sonst gespeichert oder erlangt werden, etwa in Verfahren der Jugendhilfe zur Sicherung des Kindeswohls oder der Gewährung von Leistungen zur Extremismusprävention oder des „Ausstiegs“.

56 § 13 Satzung der Landesanstalt Bewährungs- und Gerichtshilfe Baden-Württemberg v. 14.11.2016 (Die Justiz 2016, S. 441): Die förmliche Verpflichtung nach dem Verpflichtungsgesetz einschließlich der Verpflichtung zur Wahrung des Datengeheimnisses; für die Organe der Landesanstalt ergibt sich dies bereits unmittelbar aus § 10 GSJ.

57 Vgl. etwa exemplarisch § 10 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GSJ für Baden-Württemberg.

58 Beachte diverse „Arrondierungen“ durch § 67 Abs. 3 SGB X.

59 Vgl. auch § 67a Abs. 1 SGB X: wenn ihre Kenntnis zur Erfüllung einer Aufgabe der erhebenden Stelle nach diesem Gesetzbuch erforderlich ist.

60 Vgl. Steinbach, NZS 2002, 15 (16 f.); BeckOGK/Leopold SGB X § 67 Rn. 103; Hauck/Noftz/Rombach SGB X § 67 Rn. 168.

bb) Vorrangige Mitteilungspflichten

Liegen diese Voraussetzungen vor, gilt gleichwohl auch in der Amtsstellung der Vorrang der Mitteilungspflicht nach § 138 StGB gegenüber dem Sozialgeheimnis.⁶¹ Weiterhin erlaubt § 69 Abs. 1 Nr. 2 SGB X die Übermittlung gerade zur Erfüllung der Aufgaben des Sozialleistungsträgers auch in ein gerichtliches Verfahren, also z.B. des Jugendamts bei Vorgehen eine Kindeswohlgefährdung (allerdings unter Beachtung von §§ 64 f. SGB VIII, wonach namentlich der Erfolg der sozialen Leistung nicht in Frage gestellt wird). Zudem können gem. § 73 SGB X Sozialdaten (nur!) auf richterliche Anordnung an die zuständigen Stellen übermittelt werden, soweit sie zur Durchführung eines Strafverfahrens *wegen eines Verbrechens oder wegen einer sonstigen Straftat von erheblicher Bedeutung erforderlich* sind. Hier handeln die Sozialbehörden in Antwort einer Anforderung von außen, die im Ermittlungsverfahren oder strafrechtlichen Freibeweis sich als Auskunft, ansonsten als Zeugenaussage darstellt, jedenfalls nicht ohne eine solche aus eigenem Antrieb. Während das Verbrechen als Straftat mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe definiert ist (§ 12 Abs. 1 StGB) ist jener der Straftat von erheblicher Bedeutung allein durch die Rechtsprechung geprägt.⁶²

Ansonsten können *Personalien und Anschriften* von Arbeitgebern Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden nach den Voraussetzungen des § 68 SGB X übermittelt werden. Auch zum Schutz der inneren und äußeren Sicherheit können an das Bundeskriminalamt und die deutschen Nachrichtendienste nur diese Angaben nach den Maßgaben des § 72 Abs. 1 SGB X übermittelt werden, der zumindest aber keine Interessenabwägung, wohl aber ebenso die Entscheidung der Einrichtungsleitung oder einer von ihr beauftragten Person mit Befähigung zum Richteramt voraussetzt.

b) Besondere Mitteilungs- und Verschwiegenheitsregelungen

Während in nahezu allen Bereichen Sozialer Arbeit in diesem Rahmen weitere Regelungen aus dem Dienstverhältnis besondere Mitteilungs- und

61 Ausdrücklich § 71 Abs. 1 Nr. 1 SGB X.

62 Die Straftat muss demnach mindestens dem mittleren Kriminalitätsbereich zuzurechnen sein, den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen, vgl. etwa BT-Drs. 13/10791, 5; BVerfGE 57, 250 (284); 107, 299; BGHSt 32, 115 (122).

Verschwiegenheitsregelungen begründen können, finden sich neben dem der Jugendhilfe (*dazu sogleich unten V.*) vor allem für die *strafrechtliche Soziale Arbeit* detaillierte Gesetzesnormen.

aa) Justizvollzug

Für Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter im Justizvollzug ist dabei zunächst auf § 182 Abs. 2 StVollzG i.V.m. § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB zu verweisen, wonach trotz Vertrauensbeziehung zu Gefangenen eine zusätzliche Offenbarungspflicht gegenüber dem Anstaltsleiter besteht, soweit dies für die Aufgabenerfüllung der Vollzugsbehörde oder zur Abwehr von erheblichen Gefahren für Leib oder Leben des Gefangenen oder Dritter erforderlich ist.

bb) Führungsaufsicht und Bewährungshilfe

Führungsaufsicht und Bewährungshilfe werden ganz herrschend unter § 203 Abs. 2 StGB eingeordnet (*s. o. I.*). Die allgemeine Theorie der Vertrauens-/Überwachungsbildes gelangt ohne weiteres zu diesem Ergebnis, indem sie auf deren Aufgaben verweist, die Lebensführung des Verurteilten sowie die Erfüllung von Auflagen und Weisungen überwachen (§§ 56d Abs. 3, 68a Abs. 2 und 3 StGB). Zusätzlich wird darauf verwiesen, dass für die Kontroll- und Überwachungsaufgaben keine sozialpädagogische Ausbildung erforderlich ist.⁶³

Namentlich in der internen Kommunikation innerhalb der Bewährungshilfe als öffentliche Stelle und gegenüber dem bewährungsführenden Gericht ergeben sich für die Zwecke des Bewährungs-, d.h. konkreten Strafvollstreckungsverfahrens entsprechend § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BeamStG keine Beschränkungen.⁶⁴ Dies folgt neben § 483 Abs. 1 StPO für Datensysteme näher aus den jeweiligen Beauftragungsverhältnissen aus §§ 56d Abs. 3 S. 2 und 3; Abs. 4 S. 2; 68a StGB, §§ 24 Abs. 3, 25 JGG sowie im Übrigen für die Gerichtshilfe aus § 160 Abs. 3, § 463d StPO. Eine Befugnis zur Übermittlung wird man bei jeder Relevanz für den Auftraggeber und seine Entscheidun-

63 NK-StGB/Kargl StGB § 203 Rn. 35; Schenkel NSTZ 1995, 67 (69).

64 Dieser gilt kraft Verweisung, entsprechend oder sinngemäß für alle Fallkonstellationen der Bewährungshilfe, welche im staatlichen Rahmen stattfinden muss; vgl. auch z.B. für Baden-Württemberg § 10 Abs. 1 S. 2 GSJ.

gen im konkreten Verfahren annehmen müssen, die umfassende periodische und außerordentliche Pflicht zum Bericht nach § 56d Abs. 3 S. 2, Hs. 2, 3 StGB verdichtet dies lediglich, und stellt sich der effektiven Hilfe zur wirksamen Aufsicht des Gerichts nach Sinn und Zweck nicht entgegen.⁶⁵ Indes macht sich eine Relevanz nur an der Gefahr neuer Straffälligkeit oder sonstiger Verletzung vor allem der Bewährungsauflagen fest. Sie ist damit eindeutig bei Tatsachen über begangene Straftaten gegeben,⁶⁶ nicht aber hinsichtlich bloßer extremistischer Einstellungen der Probanden, die aus sich heraus noch keine negative Änderung der Kriminalprognose rechtfertigen – auch hier gilt der alte antik-römische Grundsatz: „*cogitationis poenam nemo patitur*“.⁶⁷

Eine Umwidmung und Weiterverwendung der entsprechenden durch die Bewährungs-/Gerichtshilfe mitgeteilten Erkenntnisse durch deren Auftraggeber, d.h. regelmäßig das Gericht, für andere Zwecke, namentlich die Einleitung eines neuen Strafverfahrens, erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften der StPO. Für Gerichte und Staatsanwaltschaften gilt die allgemeine Vorschrift des § 477 Abs 1. StPO (sowie für Datensysteme § 481 Abs.2 StPO), wonach personenbezogene Daten aus Strafverfahren Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichten von Amts wegen für Zwecke der Strafverfolgung usw. übermittelt werden dürfen, soweit diese Daten aus der Sicht der übermittelnden Stelle hierfür erforderlich sind. Für Bewährungs- und Gerichtshilfe sind §§ 477, 481 I 2 StPO nicht anwendbar, da sie sich an die Gerichte und Staatsanwaltschaften richten.⁶⁸

Zu den Polizeigesetzen unterliegenden Datenverarbeitung und -nutzung – namentlich also zur polizeilichen Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung – verweist § 481 Abs.1 StPO auf die Polizeigesetze für die polizeiliche Seite. § 481 Abs.1 S. 2 StPO erlaubt nach dem „Doppeltürmodell“ des BVerfG⁶⁹ grundsätzlich nur Gericht und Staatsanwaltschaft die Übermittlung. Allerdings ist eine erfreuliche Klarstellung insoweit aufgenommen, dass gem. § 481 Abs. 1 S. 3 StPO auch Bewährungshelfer und Führungsaufsichtsstellen unmittelbar personenbezogene Daten an die Polizei übermitteln oder Akteneinsicht gewähren können, sofern

65 Vgl. ähnlich NK-StGB/Ostendorf StGB § 56d Rn. 13; MüKoStGB/Groß/Kett-Straub StGB § 56d Rn. 22.

66 Vgl. ähnlich NK-StGB/Ostendorf StGB § 56d Rn. 13 m.w.N.

67 Dig. 48.19.18; vgl. HbdStiStR/Fahrner § 5 Rn. 8.

68 Vgl. § 481 Abs. 1 S. 2, 3 StPO.

69 Vgl. BVerfGE 100, 313 (366 f.); 115, 320 (343 f.); 120, 378 (400 f.); 125, 260 (310); 130, 151 (184) st. Rspr.

dies zur Abwehr einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut erforderlich⁷⁰ und eine rechtzeitige Übermittlung durch die Gerichte und Staatsanwaltschaften, also „im ordentlichen Kommunikationsweg“; nicht gewährleistet ist. Dies ergänzt die bereits genannten Einschränkungen der Verschwiegenheitspflicht namentlich aus § 138 StGB und der allgemeinen Zeugenpflicht.⁷¹ Die dritte Einschränkung, dass die Polizei nicht nur zum Schutz privater Rechte tätig werden darf,⁷² muss hier jedenfalls für den Bereich des Extremismus und besonders den Terrorismus eng ausgelegt werden und dürfte damit kaum eingreifen, da auch in erheblicher Weise der öffentliche Friede oder politische Entscheidungsprozesse bedroht sind (vgl. etwa § 3 Abs.1 S.1 PolG BW), wenn nicht bereits konkrete Straftaten im Raum stehen.

Die Befugnis zur Gewährung von Akteneinsicht und Mitteilung an die Nachrichtendienste, zu der § 472 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 StPO auf die speziellen Einrichtungsgesetze verweist, ist jedenfalls aus Sicht der Bewährungs-/Gerichtshilfe klar begrenzt. Die Entscheidung liegt hier je nach Verfahrensstadium bei Gericht oder Staatsanwaltschaft gem. § 480 StPO, nie der Bewährungs-/Gerichtshilfe selbst, wie auch aus dem Umkehrschluss der Ausnahmenvorschrift § 481 Abs.1 S.3 StPO folgen muss. Wieweit unmittelbar auf Akten, Dateien oder Erkenntnisse der Bewährungs-/Gerichtshilfe ohne Umweg über die der Gerichte bzw. Staatsanwaltschaften zugegriffen werden kann, bleibt offene Restfrage. Jedenfalls ist klar, dass weder Zeugen- noch § 138 StGB vergleichbare Mitteilungspflichten der Bewährungs-/Gerichtshilfe etc. gegenüber den Nachrichtendiensten bestehen und jede gesetzliche Übermittlungsgrundlage das besondere Schutzinteresse des Probanden gerade gegenüber den Einschüchterungspotentialen staatlicher geheimer nachrichtendienstlicher Überwachung in Erwägung ziehen muss.

70 Bedeutende Rechtsgüter sollen insbesondere Leib, Leben, die persönliche Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung oder fremde Sachen von bedeutendem Wert betreffen, vgl. BT-Drs. 18/11272, S. 35 f., aber auch vergleichbare Allgemeinrechtsgüter, wie der Bestand der Bundesrepublik oder ihre freiheitlich demokratische Verfassungsordnung, insofern indes systematisch nicht gleichartig und unvollständig etatistisch Art. 11a Abs.1 Nr.1 PAG BY unter Berufung allerdings auf BVerfGE 141,220 zur Abwehr von Terrorismus.

71 Siehe oben I. 2.

72 § 481 Abs.1 S.4 StPO.

V. Extremismus und Kindeswohl

Grundlage des staatlichen Einschreitens in die Sorge und Erziehung von Minderjährigen nach Art. 6 GG ist die Gefährdung des Kindeswohls. Gemäß § 1 Abs. 1 SGB VIII hat jeder junge Mensch das Recht auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer selbstbestimmten, eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit. In diesem Rahmen sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht, über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wacht.⁷³ Vor diesem Hintergrund können extremistische Haltungen der Eltern oder des Umfeldes des Kindes nicht ipso iure Notwendigkeit und Recht des Eingriffs auslösen. *Nur wenn die jeweils tatbestandlichen Voraussetzungen einer konkreten Kindeswohlgefährdung vorliegen* (1.), sind entsprechende Reaktion und Prävention gerechtfertigt (2.).

1. Grundlagen einer konkreten Kindeswohlgefährdung in extremistischen Verhaltensweisen

Das rechtliche Verhältnis von extremistischen Verhaltensweisen und Kindeswohlgefährdung klärt sich erst allmählich durch stark zunehmende Fallkonstellationen in der Rechtsprechung. Die vielfältigen Indikatoren-Listen der Praxis zur Feststellung einer Kindeswohlgefährdung greifen das Problem allenfalls am Rande oder wenig systematisiert auf.⁷⁴ Als Ausgangspunkt können die Dimensionen des körperlichen, geistigen und seelischen Wohls des Kindes gelten. Sie gefährdet der Extremismus nicht allein durch die Einstellung, sondern vor allem die *Ausübungsformen*, das durch ihn bedingte Umfeld sowie das Verhindern eigenständiger pluralistisch-integrativer Entwicklung.⁷⁵

73 § 1 Abs. 2 SGB VIII.

74 vgl. Hechler, S. 37 ff.

75 Vgl. zusammenfassend für die sog. Reichsbürger Kröger/Holland/Holland Kriminalistik 2021, 412.

a) Extremistisches Verhalten als unmittelbare Gefährdungsgrundlage

Ersteres ist zweifellos der Fall, wenn Kinder zu Werkzeugen extremistischer Straftaten missbraucht werden (sollen), nicht nur als „menschliche Waffe mit einem Bombengürtel“, sondern etwa auch als Tatmittler für Propagandadelikte. Alle Dimensionen des Kindeswohls werden durch ideologisch unterfütterte Misshandlungen wie unwürdige Strafen oder Körperstrafen, psychische oder seelische Rohheit sowie nachhaltige Einschüchterungen des Kindes durch die Lebensführung des Elternteils ihm gegenüber⁷⁶ angegriffen, nicht aber durch die bloße Konfrontation mit dessen Einstellungen.⁷⁷ Eine Kindeswohlgefährdung wird zurecht in neo-nationalsozialistischen Familienzusammenhängen erkannt, wenn der Erziehungsstil der Eltern autoritär geprägt ist und nur auf Gehorsam und auf Unterwerfung unter den elterlichen Willen abzielt.⁷⁸ Zwar zielt darüber hinaus eine nationalsozialistische Gesinnung „auf Vernichtung“ und kann daher als solche als nicht Kindeswohl dienlich erkannt werden, eine *konkrete* Kindeswohlgefährdung ist dadurch indes noch nicht belegt.⁷⁹

b) Extremistisches Umfeld als Gefährdungsgrundlage

Ein extremistisches Umfeld kann durch vergleichbare unmittelbare Einwirkungen, namentlich wenn sich dem die Sorgeberechtigten nicht entgegenstellen (können), das Kindeswohl gefährden, aber auch durch Einschüchterungen gegen die Eltern selbst, vor allem wenn diese aus der Szene ausgestiegen sind.⁸⁰

76 Vgl. etwa OLG Nürnberg BeckRS 2015, 18472; AG Tempelhof-Kreuzberg FamRZ 2009, 987 (987).

77 Vgl. etwa auch AG Frankfurt a.M. BeckRS 2020, 17360 (Abgrenzung zu salafistischen Strafen und Kopftuchzwang); OLG Karlsruhe NJW-RR 2008, 1174 (1175) (weiblichen Genitalverstümmelung); zur Genitalverstümmelung bei Jungen vgl. Lack ZKJ 2012, 336 (336 ff.).

78 Hechler, S. 37; Kröger/Holland/Holland Kriminalistik 2021, 412 (414).

79 Vgl. etwa AG Erfurt BeckRS 2020, 61032.

80 BVerfG FamRZ 2013, 433 (434 f.); OLG Köln, FamFR 2013, 234 (234).

c) Verhindern eigenständiger pluralistisch-integrativer Entwicklung als unmittelbare Gefährdungsgrundlage

Über diese manifesteren Formen hinaus *kann* familiär prägender Extremismus vor allem die *eigenständige pluralistisch-integrative Entwicklung des Kindes* hindern – überspitzt in der Formel: einer Entwicklung in erzwungener Einfachheit statt in gemeinwesensoffen gebotener Vielfalt. Ausgedrückt im § 1 Abs. 1 SGB VIII besteht ein Anspruch auf Förderung zu einer selbstbestimmten, eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit, welcher die Öffnung und Auseinandersetzung mit einer möglichst breiten Vielfalt von Selbst- und Lebenskonzepten voraussetzt. Insoweit besteht das Interesse der Allgemeinheit, der Entstehung von Parallelgesellschaften entgegenzuwirken, allgemeiner ein staatlicher Auftrag zur Heranbildung verantwortlicher Staatsbürger, die gleichberechtigt und dem Ganzen gegenüber verantwortungsbewusst an den demokratischen Prozessen in einer pluralistischen Gesellschaft teilhaben können sollen.⁸¹ Ihre wesentliche Umsetzung erfolgt in der Schule gem. Art. 7 GG. Wird die Sozialisierung und Wertevermittlung unter staatlicher Aufsicht vereitelt oder (jedenfalls: erheblich) verhindert, ist daraus eine Kindeswohlgefährdung abzuleiten, also namentlich, wenn stattdessen in „Parallelschulen“ extremistische Ideologie vermittelt werden soll.⁸² Aber auch in der ideologisch „programmierten“ Isolation des Kindes wird dessen Wohl gefährdet, wenn es als Außenseiter nicht die tatsächliche Möglichkeit der sozialen Integration durch Austausch, Auseinandersetzung und Anerkennung erhält.⁸³ Dabei ist zu beachten, dass selbst gewaltsam aufgezwungene Äußerlichkeiten des Kindes, wie Kopftuch, Haartracht etc. in einer pluralistischen Gesellschaft für sich genommen nicht ausreichen,⁸⁴ wohl aber seine derart starke Indoktrination, durch die jede ernsthafte Öffnung und Auseinandersetzung verhindert wird. Die Kindeswohlgefährdung kann insoweit darin liegen, dass das Kind innerlich selbst ideologisch gegen jede Offenbarung und Öffnung

81 BVerfGK 1, 141 (141).

82 Vgl. auch EGMR BeckRS 2019, 155; VGH BW NVwZ-RR 2003, 561 (563 ff.); für die Einschränkung auf eine konkrete Kindeswohlgefährdung OLG Düsseldorf NVwZ-RR 2019, 417 (417 ff.); Schmidt NZFam 2021, 887; unklar jedoch mit Regelvermutung BGH FamRZ 2008, 45 (46 f.).

83 Vgl. etwa OLG Nürnberg BeckRS 1995, 31133069; AG Düren FamRZ 2004, 970 (LS); AG Göttingen FamRZ 2003, 112 (113).

84 Vgl. etwa auch BVerfGE 41, 29 (64); BVerfGE 108, 282 (298 f.).

immunisiert werden soll,⁸⁵ oder aber durch das Maß seiner Indoktrination für jeden äußeren Zugang unzugänglich scheint und durch beides in einer Außenseiterrolle verbleibt bzw. zu verbleiben droht. Inwieweit derartige Gefährdungen hinreichend konkret sind, ist gesondert zu ermitteln.

2. Reaktionen

Derartigen Gefährdungen des Kindeswohl sind auf vielfältigen Ebenen zu begegnen.

a) Reaktionen durch die Sorgeberechtigten

Zuvorderst gem. Art. 6 GG liegt es an den *Sorgeberechtigten*, entsprechend die Personensorge gem. §§ 1626, 1631 ff. BGB für das Kind auszuüben, also namentlich nach dem *allgemeinen Umgangsbestimmungsrecht* des § 1632 Abs. 2 BGB Umgangsverbote auszusprechen und diese über die üblichen Wege, etwa §§ 823, 1004, 1666 BGB, § 235 StGB durchzusetzen. Da Vereinsmitgliedschaften nie lediglich rechtlich vorteilhaft sind, können die gesetzlichen Vertreter diesen die Zustimmung stets versagen gem. §§ 107 ff. BGB. Der Konflikt mit der zunehmenden Autonomie nach Reife und Alter des heranwachsenden Kindes ist notfalls familiengerichtlich anhand der Schranke der Kindeswohlgefährdung zu lösen.⁸⁶ Jedenfalls muss der Kindeswille, um berücksichtigt werden zu können, autonom, intensiv, stabil, ernsthaft und zielorientiert sein.⁸⁷

b) Öffentliche Leistungs- und Beratungsangebote

An zweiter Stelle sind die *vielfältigen öffentlichen Leistungs-, namentlich auch Beratungsangebote der Kinder- und Jugendhilfe* zu berücksichtigen. Soweit Präventions-, Ausstiegs- und De-Radikalisierungsangebote durch anerkannte Träger der Kinder- und Jugendhilfe erfolgen, sind sie auch als solche der §§ 11 ff., 75 SGB VIII anzuerkennen. Namentlich der erzie-

85 Vgl. etwa auch KG Berlin NZFam 2018, 637; AG Korbach FamRZ 2003, 1497 1497).

86 Vgl. zusammenfassend Duderstadt NZFam 2020, 952 (956); Dabei ist allerdings umstritten, ob als Maßstab der Umgang oder die Untersagung der Eltern das Kindeswohl gefährden muss.

87 Vgl. etwa OLG Koblenz FamRZ 2014, 2010 (2011).

herische Kinder- und Jugendschutz bezweckt, junge Menschen vor gefährdenden Einflüssen, darunter psychischen Manipulationen, Extremismus und Gewalt zu schützen.⁸⁸ Diese Leistungen sollen jungen Menschen und Erziehungsberechtigten angeboten werden, § 14 Abs. 1 SGB VIII. Weitergehend können sich Angebote als solche der sozialen (Re-)Integration gem. § 13 SGB VIII darstellen, oder zur Abwendung von Kindeswohlgefährdungen im Rahmen von § 8a SGB VIII angeboten werden. Der weitere breite Rahmen der Extremismusprävention und -konfrontation reicht von erziehungsfördernden familiären Beratungsleistungen über die zentralen schulischen und schulsozialpädagogischen wie allgemeinpolitischen und ausbildungsorientierten Angebote.⁸⁹

c) Maßnahmen des Familiengerichts

Sorgeberechtigte können das Familiengericht zur Regelung von Umgang und des Sorgerechts selbst anrufen. Ersteres ist nur erforderlich, um den Umgang mit privilegierten Umgangsberechtigten – namentlich Elternteilen ohne Sorgerecht (§§ 1626 Abs. 3 S. 1, 1684 BGB), des leiblichen Vaters vor Vaterschaftsanerkennung, wenn er ernsthaftes Interesse zeigt (§ 1686 Abs. 1 Nr. 1 BGB) sowie sonstigen Bindungspersonen, insbesondere Großeltern und Geschwistern (§§ 1626 Abs. 3 S. 2, 1685 BGB) – zu regeln, wenn das Kindeswohl in Frage steht. Für ein Umgangsverbot reicht die reine Behauptung einer Angehörigkeit zu „einer rechten Szene“ nicht.⁹⁰ Solange das Umgangselternteil nicht massiv versucht, das Kind zu beeinflussen und solange die Gestaltung des Umgangs nicht leidet, ist die bloße Zugehörigkeit zu einer weltanschaulichen oder religiösen Gruppe kein Grund zur Einschränkung des Umgangs.⁹¹ Wirkt der Umgangselternteil indes massiv „bekehrend“ auf das Kind ein, oder ängstigt sich das Kind nachhaltig vor den Begleiterscheinungen, so kann diese Folge einen Anlass zu Maßnahmen nach § 1684 Abs. 4 BGB geben.⁹² Die bereits genannten Gründe für eine konkrete Kindeswohlgefährdung durch Extremismus, auch z.B. der Mutter

88 Vgl. jurisPK SGB I/Palsherm SGB I § 27, Rn. 20 m.w.N.

89 Überblick bieten vor allem die periodischen Kinder- und Jugendberichte der Bundesregierung, etwa der 16. Bericht vom 11.11.2020, BT Drs. 19/24200.

90 AG Bad Säckingen FamRZ 2002, 689 (690).

91 OLG Nürnberg BeckRS 1995, 31133069.

92 Vgl. auch OLG Schleswig NJW 1985, 1786 (1786).

als Aussteigerin durch das Umfeld des Vaters genügt jedoch allgemein.⁹³ Zu beachten sind strenge Regeln der Verhältnismäßigkeit, namentlich ob die Aussetzung auf Zeit nicht bereits genügt. Ein völliger Ausschluss ist hier nur zulässig, wenn es als sehr wahrscheinlich vorherzusehen ist, dass die Umgangsübung dauerhaft zur Gefährdung führen würde, und ist grundsätzlich jährlich zu überprüfen, außer wenn allein dadurch das Kindeswohl gefährdet würde.⁹⁴

Der *gerichtliche Entzug des Sorgerechts* ist vereinfacht auf Antrag des anderen Sorgeberechtigten bei Getrenntleben durch den bloßen Maßstab, wenn dies Kindeswohl am besten entspricht (§ 1671 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 BGB).⁹⁵ Ansonsten bleibt der Entzug auf Antrag des anderen wie von Amts wegen durch das Familiengericht nur nach § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB als ultima ratio. Dabei sind als mildere Maßnahmen insbesondere das Ersetzen einzelner Erklärungen der elterlichen Sorge gem. §§ 1628, 1666 Abs. 3 Nr. 1 bis 5 BGB zu erwägen, etwa also eine einzelne Umgangsbestimmung mit kindeswohlgefährdenden Dritten, zu der die sorgeberechtigten Eltern nicht gewillt oder in der Lage scheinen.

d) Aktivität und Anrufung der amtlichen öffentlichen Jugendhilfe

Das Jugendamt sowie Träger Sozialer Arbeit, sonstige öffentliche Stellen und Vertrauensträger oder sonstige Dritte sind vor allem durch § 8a SGB VIII, §§ 4 ff. KKG zum Handeln bei *drohender Kindeswohlgefährdung* aufgerufen.

aa) Aufgaben und Pflichten des Jugendamts

Im Zentrum des Schutzmechanismus steht das *Jugendamt*, dessen Mitarbeiter eine strafrechtliche Garantenpflicht zur Abwendung der Schäden trifft.⁹⁶ Es hat zunächst nach dem Verfahren § 8a Abs. 1 S. 1 SGB VIII das

93 Vgl. nochmals BVerfG FamRZ 2013, 433 (434 f.); OLG Dresden FamRZ 2014, 577 (577 ff.).

94 EGMR BeckRS 2011, 81382.

95 Beachte zur Sondersituation zweier rechtsextremistischer Elternteile bei fehlender hinreichend konkreter Kindeswohlgefährdung AG Erfurt BeckRS 2020, 61032.

96 Vgl. näher OLG Hamm NZFam 2020, 1124 m. Anm. Schmidt und m.w.N.; OLG Oldenburg FamRZ 1997, 1032 (1032).

Gefährdungsrisiko einzuschätzen, wenn gewichtige Anhaltspunkte vorliegen. Diese dürften allerdings kaum allein bei einer anonymen Anzeige vorliegen.⁹⁷ Sofern der wirksame Schutz dadurch nicht in Frage gestellt wird, sind der bzw. die betroffene Minderjährige und die Erziehungsberechtigten einzubeziehen, ein unmittelbarer Eindruck von ihm bzw. ihr und der persönlichen Umgebung zu verschaffen und etwaige Hinweisgeber (nach § 4 Abs. 3 KKG) zu beteiligen. Soweit erforderlich sind dann nach pflichtgemäßem Ermessen vier mögliche Maßnahmenarten zu treffen:

Vorrangig hat das Jugendamt die verfügbaren geeigneten und notwendigen Hilfen den Erziehungsberechtigten anzubieten (§ 8a Abs. 1 S. 3 SGB VIII), und darauf hinzuwirken, dass sie Angebote anderer Leistungsträger, der Einrichtungen der Gesundheitshilfe oder der Polizei in Anspruch nehmen (§ 8a Abs. 3 S. 1 SGB VIII). Es kann die Stellen aber auch selbst einschalten, falls keine solche Mitwirkung erfolgt und ein sofortiges Tätigwerden zur Abwendung der Gefährdung erforderlich scheint, § 8a Abs. 3 S. 2 SGB VIII. Soweit Präventions-, Ausstiegs- und De-Radikalisierungsangebote durch anerkannte Träger der Kinder- und Jugendhilfe erfolgen, ist damit die Mitteilung unproblematisch. Zweifelhaft und nicht geregelt ist sie aufgrund der abschließenden Formulierung der Norm für andere Angebote der Prävention oder der Ausstiegshilfe. Das rechtlich formalisierte Datenschutzinteresse dürfte hier recht klar gegen eine unmittelbare Kommunikation stehen, auch wenn dies wenig konsequent scheint und eine wirksame Hilfe im Sinn des SGB VIII verhindern kann. Allerdings wird dadurch auch ein Damm gegen die amtliche Einschaltung und Datenweitergabe an nicht unproblematische Programme des Verfassungsschutzes errichtet.

Weiterhin kann das Jugendamt das Familiengericht, namentlich für die Sorgerechtsentscheidungen nach § 1666 BGB anrufen, wenn es dessen Tätigwerden für erforderlich hält, namentlich wenn die Erziehungsberechtigten nicht bereit oder in der Lage sind, bei der Abschätzung des Gefährdungsrisikos mitzuwirken (§ 8a Abs. 2 S. 1 SGB VIII). Kann bei einer dringenden Gefahr das Einschreiten des Familiengerichts nicht abgewartet werden, greift die zwingende eigene Inobhutnahme durch das Jugendamt gem. §§ 8a, 42 SGB VIII. Im Übrigen hat das Jugendamt sicherzustellen, dass durch die Einrichtungen und Leistungen der Jugendhilfe selbst keine Gefährdungen des Kindeswohls, etwa durch extremistischen Einfluss, drohen.

97 Vgl. etwa OVG Weimar BeckRS 2022, 26124.

bb) Anrufung durch Privatpersonen

Privatpersonen – seien es Angehörige, Nachbarn oder sonstige Kontaktpersonen – können sich ohne weiteres an das Jugendamt wenden und dessen Tätigkeit im genannten Sinn auslösen. Dazu können auch strafrechtlich relevante Garantienpflichten etwa aus übernommener Obhut oder Verwandtschaft zwingen, um erheblichen Schaden abzuwenden. Eine Strafbarkeit durch Unterlassen, etwa bei Körperverletzungen und Freiheitsberaubungen, ist damit durchaus in Reichweite.⁹⁸

cc) Anrufung durch Träger von Einrichtungen und Diensten sowie
Vertrauensträger

Für Träger von Einrichtungen und Diensten, sowie Vertrauensträger nach § 203 Abs. 1 StGB und aus Strafverfahren heraus bestehen Sonderregelungen. Zwischen sonstigen staatlichen Stellen, etwa der Polizei, dürfte das Doppeltürprinzip hier vereinfacht die Übermittlung entsprechender personenbezogener Daten ohne weiteres erlauben.

(1) Träger von Einrichtungen und Diensten

Für die Träger von Einrichtungen und Diensten sollen zu schließende Zusammenarbeitsvereinbarungen mit dem Jugendamt für Rechtssicherheit sorgen (§ 8a Abs. 4 SGB VIII, § 3 KKG). Aber auch ohne diese muss nach dem Sinn und Zweck der Normen eine allgemeine Schutzpflicht zur Verhinderung von Verletzungen zu geeigneten Maßnahmen, eben ggf. der Einschaltung des Jugendamts, verpflichten.⁹⁹

(2) Hinweise aus Strafverfahren

Aus Strafverfahren steht die Übermittlung grundsätzlich nur Gericht und Staatsanwaltschaft zu (§ 5 KKG), eine Regelung entsprechend § 491 Abs. 1 S. 3 StPO für die Bewährungshilfe (s.o. D. II.2.n) fehlt (leider). Aus der

98 Vgl. zur Obhutsgarantenpflicht die Kommentierungen und Lehrbücher zu § 13 StGB.

99 Vgl. ähnlich BeckOGK/Jox SGB VIII § 8a Rn. 139 ff.

Gesamtschau der Regelungen dürfte jedenfalls im Fall einer dringenden Gefahr, bei der das Zuwarten auf das Gericht nicht hingenommen werden kann, eine Weiterleitungsbefugnis analog anzunehmen sein, sodass eine Straffreistellung des Amtsträgers aus der allgemeinen Notstandshilfe nach § 34 StGB nicht als Auffanglösung eingreifen müsste.

(3) Geheimnisträger i.S.v. § 203 Abs. 1 StGB

Für Geheimnisträger im Sinn § 4 Abs. 1 KKG, welcher § 203 Abs. 1 StGB entspricht, sieht § 4 KKG ein durchdachtes Verfahren vor, um dem Kindeswohl- wie Geheimschutz in optimaler Weise gerecht zu werden. Gewährleistet wird dies zuvorderst durch die anonymisierte Beratung gem. § 4 Abs. 2 KKG und, soweit hierdurch der wirksame Schutz nicht in Frage gestellt wird, der Erörterung der Situation mit dem Kind oder Jugendlichen und den Erziehungsberechtigten und, soweit erforderlich, durch Hinwirken bei den Erziehungsberechtigten auf die Inanspruchnahme von Hilfen, § 4 Abs. 1 KKG. Die Information des Jugendamts gem. § 4 Abs. 3 KKG greift nur ein, wenn sie erforderlich ist, um eine Gefährdung des Wohls eines Kindes oder eines Jugendlichen abzuwenden und kooperative Abwendungsbemühungen nach § 4 Abs. 1 KKG ausgeschlossen oder erfolglos sind. Während § 4 Abs. 3 S. 2 KKG dann die Mitteilung mit allen erforderlichen Daten (hier: nur) erlaubt, folgt daraus, wohl regelmäßig aus der beruflichen Stellung heraus, die Verpflichtung zur Mitteilung. Für Ärzte und engere Heilberufe verschärft dies bereits § 4 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 S. 3 KKG zur unverzüglichen Regelmittlungspflicht, sofern eine dringende Gefahr für das Kindeswohl das Tätigwerden des Jugendamtes erfordert.

VI. Fazit und Ausblick

Insgesamt wirkt das Recht der Sozialen Arbeit in den untersuchten Problemfeldern – im Gegensatz zu anderen Rechtsbereichen – gut, da weitgehend normklar, präzise und detailliert im Kampf gegen den Extremismus aufgestellt. Unsicherheiten werden vor allem im zu sanktionierenden Verhalten von außen herangetragen, namentlich aus der unpräzisen Bestimmung extremistischen bzw. verfassungsfeindlichen Verhaltens und der verfassungsrechtlichen Vulnerabilitäten und Widersprüche der Dogmatik des

Bundesverfassungsgerichts (s. *oben II.*).¹⁰⁰ Originär eigene Verbesserungspotentiale ergeben sich bei der Auffindbarkeit und daraus Widerspruchsfreiheit des sehr in verschiedensten Materien verstreuten Rechts, namentlich im Bereich der Mitteilungs-/Übermittlungspflichten und -rechte (s. *oben IV.*). Durchaus ambivalent bleiben weitere, über den Bereich des Extremismus hinaus gehende Verbesserungswünsche, etwa nach einer präziseren Definition des Kindeswohls durch den Gesetzgeber, statt dies weitgehend der Kasuistik der Rechtsprechung anzuvertrauen (s. *oben V.*). Diese füllt sich hier aber erkennbar mit zunehmenden Sachverhalten, Problemerkennntnis und Systematisierung, ähnlich wie weit stärker im Arbeits- und Dienstrecht (s. *oben III.*). Dort lässt vor allem die Reichweite der Tendenzunternehmen, die Inkongruenz der Tarifverträge der öffentlichen Arbeitgeber mit der Rechtsprechung und in der Zusammenarbeit zwischen privaten Trägern und öffentlicher Hand Unsicherheiten offen. Alles in allem besteht aber ein wirksamer Instrumentenkasten, um extremistischen Gefahren für das Gemeinwesen und vulnerable Gruppen, namentlich Kindern und Jugendlichen, begegnen zu können. Dass dies, die wirksame Umsetzung in der Eingriffs- wie Leistungsverwaltung, aber auch der darauf basierenden Sozialen Arbeit überhaupt zur Sicherung der Zukunft des freiheitlich-demokratischen Gemeinwesens unabdingbar ist, scheint zumindest heute allgemein anerkannt.

Literatur:

- Arendt, Hannah: Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. Antisemitismus. Imperialismus, Totalitarismus, 4. Aufl., München 1995
- Backes, Uwe: Politischer Extremismus in demokratischen Verfassungsstaaten. Elemente einer normativen Rahmentheorie, Opladen 1989
- Ders./Jesse, Eckhard: Politischer Extremismus in der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., Bonn 1996
- Bock, Stefanie: Straftaten im Dienste der Allgemeinheit – Notwehr- und Notstandsrechte als polizeiliche Generalklauseln für jedermann?, ZStW 2019, 555 ff.
- Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans (Hrsg.): Nomos-Kommentar Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 2016 (zit.: NK-ArbR/Bearbeiter)
- Borkenau, Franz: The Totalitarian Enemy, London 1940
- Burgi, Martin/Dreher, Meinrad/Opitz, Marc (Hrsg.): Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 1, 4. Aufl., München 2022 (zit.: Burgi/Dreher/Opitz/BearbeiterI)

100 Vgl. im Einzelnen Fahrner, Grundordnung; ders., JBÖS 2022/23, 225 ff. (227 ff.).

- Körner, Anne/Krasney, Martin/Mutschler, Bernd/Rolfs, Christian (Hrsg.): Beck-Online Großkommentar Sozialgesetzbuch X, München, Stand: 1.8.2022 (zit.: BeckOGK SGB X/Bearbeiter)
- Deutscher Verein für öffentliche und soziale Fürsorge (Hrsg.): Fachlexikon der Sozialen Arbeit, 9. Aufl., Baden-Baden 2022
- Dietrich, Jan-Hendrik/Fahrner, Matthias/Gazeas, Nikolaos/von Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.): Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, München 2022 (zit.: HbdSiStR/Bearbeiter)
- Dippel, Norbert/Sterner, Frank/Zeiss, Christopher (Hrsg.): VSVgV Kommentar, 2. Aufl., Köln 2018 (zit.: Dippel/Sterner/Zeiss/Bearbeiter)
- Duderstadt, Jochen: Einschränkung und Ausschluss im Sorge- und Umgangsrecht, NZFam 2020, 952 ff.
- Düwell, Franz Josef (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit.: Düwell/Bearbeiter)
- Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., München 2021 (zit.: MüKoStGB/Bearbeiter)
- Fahrner, Matthias: Die freiheitlich demokratische Grundordnung, Eine rechtswissenschaftliche Grundsatztheorie zu Struktur und Inhalt des „Ewigkeitskerns des Grundgesetzes“, Berlin 2023
- Ders.: Quis custodiet ipsos custodes? Extremismus in der Justiz und das Verhältnis der dritten Gewalt zum Verfassungsschutz, GSZ 2021, S. 6 ff.
- Ders.: Verwundbarkeit und Widerstandsfähigkeit der freiheitlichen Demokratie, Zur Rolle der deutschen (Verfassungs-)Rechtsdogmatik bei der Sicherung des friedlichen und pluralen Gemeinwesens, in: Möllers, Martin H. W./van Ooyen, Robert Chr. (Hrsg.) Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2022/2023 (JBÖS), Frankfurt a.M. 2023, S. 163 ff.
- Ders.: Vulnerabilität und Resilienz der freiheitlichen Demokratie. Volkssouveränität, Marktplatz der Meinungen und andere Probleme der deutschen Verfassungsrechtsdogmatik aus Sicht der freiheitlich demokratischen Grundordnung, Berlin 2022
- Friedrich, Carl Joachim/Brzeziński, Zbigniew: Totalitäre Diktatur, Stuttgart 1957
- Grimm, Marc: Rechtsextremismus – Zur Genese und Durchsetzung eines Konzepts, Weinheim 2018
- Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Hrsg.): Sozialgesetzbuch (SGB) Gesamtkommentar – SGB X – Verwaltungsverfahren, Schutz der Sozialdaten, Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehungen zu Dritten, Loseblatt, Berlin 2020 (zit.: Hauck/Noftz/Bearbeiter)
- Hechler, Andreas: Funktionalisierte Kinder. Kindeswohlgefährdung in Neonazifamilien – eine Hilfestellung für Fachkräfte in den Bereichen Recht und (Sozial-)Pädagogik, 2. Aufl. Bremen 2022
- Heinig, Hans Michael/Munsonius, Hendrik: Der Ausschluss religiös-weltanschaulicher Vereine von der Maßnahmenbeförderung nach § 74 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 SGB VIII, SGB 2009, 508 ff.
- Jesse, Eckhard (Hrsg.): Totalitarismus im 20. Jahrhundert, 2. Aufl., Baden-Baden 1999

- Jox, Rolf/Wellenhofer, Marina (Hrsg.): Beck-Online Großkommentar Sozialgesetzbuch VIII, München, Stand: 1.1.2023 (zit.: BeckOGK/Bearbeiter)
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ulrich (Hrsg.): NomosKommentar Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: NK-StGB/Bearbeiter)
- Kluth, Winfried: „Demokratieerklärung“ oder „Extremismusklausel“ – zum Streit um die Nebenbestimmung(en) im Bundesprogramm „Toleranz fördern – Kompetenz stärken“, RdJB 2013, 84 ff.
- Kohlhaas, Ekkehard: Strafrechtliche Schweigepflicht und prozessuales Schweigerecht, GA 1958, 65 ff.
- Kröger, Jonas/Holland, Sarah/Holland, Trygve Ben: Zur Qualifizierung des Extremismus Sorgeberechtigter als Kindeswohlgefährdung, Kriminallistik 2021, 412 ff.
- Lack, Katrin: Rechtliche Überlegungen zur religiös motivierten Beschneidung von Jungen im Kindesalter, ZKJ 2012, 336 ff.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Tiedemann, Klaus/Rissing-van Saan, Ruth (Hrsg.): Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch zum StGB, 12. Aufl., Berlin 2009 (zit.: LK/Bearbeiter)
- Oppenhäuser, Holger: Das Extremismus-Konzept und die Produktion von politischer Normalität, in: Forum für kritische Rechtsextremismusforschung (Hrsg.): Ordnung. Macht. Extremismus. Effekte und Alternativen des Extremismus-Modells, Wiesbaden 2011, S. 35 ff.
- Pehl, Manuel/Knödler, Christoph: Datenschutz und Schweigepflicht in der Sozialen Arbeit, Regensburg 2020
- Picker, Christian: Politischer Extremismus als Herausforderung für Gesamtrechtsordnung und Arbeitsrecht – Teil II, RdA 2021, 33 ff.
- Rengier, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 2022
- Rözl, Hilmar: Tendenzträgereigenschaft von Erzieherinnen einer Kita, ArbRAktuell 2020, 238.
- Schaub, Günter (Hrsg.): Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl., München 2021 (zit.: Schaub/Bearbeiter)
- Schenkel, Harald: Keine berufsbezogene Schweigepflicht hauptamtlicher Bewährungshelfer nach § 203 I Nr. 5 StGB, NStZ 1995, 67 ff.
- Schlangen, Walter: Die Totalitarismus-Theorie. Entwicklung und Probleme, Stuttgart 1976.
- Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas (Hrsg.): Juris PraxisKommentar SGB I, 3. Aufl., Saarbrücken 2018 (zit.: jurisPK SGB I/Bearbeiter)
- Dies.: Juris PraxisKommentar SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, 3. Aufl., Saarbrücken 2022 (zit.: jurisPK SGB VIII/Bearbeiter)
- Schmeitzner, Mike (Hrsg.): Totalitarismuskritik von links, Deutsche Diskurse im 20. Jahrhundert, Göttingen 2007
- Schmidt, Christopher: Anmerkung zu OLG Celle, Beschl. v. 2.6.2021, 21 UF 205/20, NZFam 2021, 887
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Hrsg.): Strafgesetzbuch. Kommentar, 30. Aufl., München 2019 (zit.: Schönke/Schröder/Bearbeiter)

- Seidel, Bruno/Jenkner, Siegfried (Hrsg.): Wege der Totalitarismus-Forschung, Darmstadt 1968
- Stange, Jennifer: Zur Karriere eines Begriffs, in: Feustel, Susanne/Stange, Jennifer/Strohschneider, Tom (Hrsg.): Verfassungsfeinde? Wie die Hüter von Denk- und Gewaltmonopolen mit dem »Linksextremismus« umgehen, Hamburg 2012, S. 10 ff.
- Steinbach, Robert: Die Umsetzung der EG-Richtlinie Datenschutz im Sozialgesetzbuch, NZS 2002, 15 ff.
- Thiemeyer, Guido: Totalitarismus und Kalter Krieg (1920–1970), Stuttgart 2019
- Vofßkuhle, Andreas: Extremismus im Öffentlichen Dienst – Was tun?, NVwZ 2022, 1841 ff.
- Wörsching, Matthias: Faschismustheorien, Überblick und Einführung, Stuttgart 2020

Normsetzung in der Kommune am Beispiel der Kommunalen Integrierten Sozialplanung

Dr. Regina Liebe-Tumbrink

Durch eine normative Implementierung des modernen Instruments der Integrierten Sozialplanung nutzen die Kommunen die exzellente Chance, vorausschauend im Sozialbereich zu planen und ggf. nachzusteuern unter der Prämisse einer breiten Beteiligung und durch transparentes Zusammenarbeiten von Politik, Verwaltung, freien Trägern und Bürgerschaft. Die dafür erforderlichen Instrumente werden von der Verfasserin unter Berücksichtigung von Rahmenbedingungen und Best-Practice-Beispielen aufgezeigt.

Inhalt

I.	Einführung	321
II.	Normsetzungskompetenz in einer Kommune	323
III.	Begriff „Kommunale Integrierte Sozialplanung“	324
IV.	Phasen der Kommunalen Integrierten Sozialplanung?	327
	1. Stufe des Planungskreislaufs: Definition des Planungsziels	327
	2. Stufe: Räumliche Analyse und Planung	328
	3. Stufe: Programme/Produkte, Prozesse	328
	4. Stufe: Evaluation und Bewertung	328
V.	Rahmenbedingungen	328
VI.	Kommunale Beispiele für eine Normsetzung in der Sozialplanung	329
	1. Kreis Pinneberg	329
	2. Landkreis Esslingen	331
	3. Stadt Leipzig	332
	4. Auswertung der Beispiele	333
VII.	Resümee	333

I. Einführung

„Deutschland ist das Land der Regeln“, diesen Satz kann man oft hören und manche kritisieren dieses Phänomen aufs schärfste. Gerade durch die Herausforderung der Globalisierung und Digitalisierung sowie durch Migration und Integration brauchen Kommunen Regeln und Normen. Dabei ist die Bürgerschaft teilweise geradezu überfordert, sich im Meer von Normen und Regeln zurecht zu finden, was von ihr gefordert wird bzw. was sie selbst fordern kann, was getan oder unterlassen werden soll, muss oder kann. Warum ist das so?

Um Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln zu können, bedient sich der Staat und insbesondere die öffentliche Verwaltung abstrakter Regeln, die auf unbestimmt viele Fälle konkret und individuell angewendet werden. Diese Regeln sind unterschiedlichen Ursprungs: Der Bundestag und der Bundesrat und die Parlamente der Bundesländer beschließen Gesetze, die exekutiven Organe können dann auf Basis der Gesetze gem. Art. 80 GG Rechtsverordnungen erlassen. Die Kommunen als untersten Stufe der öffentlichen Verwaltung haben keine Gesetzgebungskompetenz. Grundsätzlich garantiert der Artikel 28 Abs. 2 S. 2 GG die kommunale Selbstverwaltung. Die Kommunen haben jedoch die Befugnis, gem. § 4 GemO BW Satzungen zu erlassen.

Des Weiteren kann es notwendig sein, dass insbesondere die Kommunen über Satzungen hinaus weitere Regeln bzw. Beschlüsse des kommunalen politischen Gremiums benötigen. Diese Beschlüsse binden dann die öffentliche Verwaltung, welche beauftragt wird, diese Beschlüsse umzusetzen. Die öffentliche Verwaltung handelt dabei bedarfsgerecht, effektiv und wirtschaftlich gem. § 10 LVwVfG.

Im Sozialbereich einer Kommunalverwaltung können sich die Bedarfe der Bevölkerung stark und rasch ändern. Um auf diese Veränderung verantwortungsvoll zu reagieren, beschließt die politische Vertretung einer Kommune umgehend Prozesse, Regeln und Konzepte. Dabei ist das Ziel der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit ständig im Auge zu behalten. Die staatlichen Mittel gem. § 1 SGB I sollen dafür eingesetzt werden.

Die Kommune setzt sich bei der Anwendung des Instruments der Kommunalen Integrierten Sozialplanung selbst einen Fokus auf die soziale Gerechtigkeit und Sicherheit. Sie gibt sich mit dem Prozess der Integrierten Sozialplanung selbst Regeln, um dem Ziel der sozialen Gerechtigkeit und Sicherheit näherzukommen. Die Kommunale Integrierte Sozialplanung ist dabei ein modernes Instrument, mit Hilfe dessen die Normsetzungsfähigkeit der Kommunen aufgezeigt werden kann.

Im Folgenden wird im ersten Teil die Normsetzung einer Kommune abstrakt erläutert und im zweiten Teil die Integrierte Kommunale Sozialplanung als modernes Instrument der Sozialplanung erklärt. Im dritten Teil werden dann drei Kommunen vorgestellt – Kreis Pinneberg, Landkreis Esslingen und Stadt Leipzig, in welchen die Integrierte Sozialplanung als Sozialplanungsinstrument bereits erfolgreich angewendet wird.

Mit einem kurzen Fazit wird das Thema abgerundet.

II. Normsetzungskompetenz in einer Kommune

Die öffentliche Verwaltung ist gem. Art. 1 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden. Gem. § 1 GemO¹ werden Kommunen als „Grundlage und Glied des demokratischen Staates“ bezeichnet. Die Kommunen sind als Träger der öffentlichen Verwaltung ein wesentlicher Bestandteil des Staates. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ist in Art. 28 GG und des Weiteren in der Landesverfassung Art. 71 Abs. 1 S. 1 und 2 LV fixiert. Daraus ergeben sich Aufgaben für die Kommune. „Der Gemeinderat besitzt jedoch [...] ein gewisses Mitwirkungsrecht auch bei der Erledigung“² der Aufgaben.

Kommunen – insbesondere Gemeinden und Landkreise – sind Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts und somit rechts- und prozessfähige juristische Personen. Die öffentlichen Aufgaben werden mit hoheitlichen Mitteln finanziert.

Landkreise sind Kommunen mit einer Doppelfunktion: einerseits Selbstverwaltungskörperschaft im Sinne von Art. 28 GG und auf der anderen Seite Staatsbehörde gem. § 1 Abs. 3 LKrO^{3,4}

Der Gemeinderat und der Kreistag sind gem. § 42 Abs. 1 GemO und § 19 LKrO der Vertreter und das Hauptorgan des Landkreises, welches Beschlüsse fassen kann. „Der Kreistag legt die Grundsätze der Kreisverwaltung fest und entscheidet über alle Angelegenheiten des Landkreises, sofern nicht der Landrat zuständig ist.“⁵ Durch Beschlüsse kann der Kreistag, wie auch der Gemeinderat, den Landkreiswillen bzw. den Gemeindevillen ausdrücken.⁶

Dadurch können durch Beschlüsse die Verwaltungen beauftragt werden, Prozesse zu starten sowie beschlossene Konzepte umzusetzen. Allerdings haben Beschlüsse keine unmittelbare Außenwirkung gegenüber der Bürgerschaft und sind somit kein Verwaltungsakt bzw. keine Allgemeinverfügung gem. § 35 LVwVfG, sondern vielmehr ein „innerorganisatorischer Rechts- oder Willensakt“ oder ein „verwaltungsinterner Weisungsakt“⁷.

1 Unter GemO wird stets die Gemeindeordnung Baden-Württemberg und unter LV die Landesverfassung Baden-Württemberg verstanden.

2 Waibel/Pautsch/Pflumm, S. 32 f.

3 Unter LKrO wird stets die Landkreisordnung Baden-Württemberg verstanden.

4 Vgl. Müller, S. 146 f. und Engel/Heilshorn, S. 402 f.

5 Müller, S. 147.

6 Vgl. Müller, S. 51 f.

7 VGH Mannheim VBIBW 1987, 190.

Der Gemeinderat oder der Kreistag bedient sich also der Ausschüsse, die vorab Themen bearbeiten und auch teilweise beschließen können, um das Arbeiten der Kommune effizient zu unterstützen.⁸

Beschließende Ausschüsse gem. § 39 GemO bzw. 34 Abs. 1 LKrO können in der Hauptsatzung festgelegt werden. Sie entscheiden selbständig anstelle des Kreistags oder Gemeinderats. Die Ausschussmitglieder werden nach jeder Kommunalwahl widerruflich gewählt; dabei soll der Proporz der Fraktionen im Ausschuss erhalten bleiben. Ausschüsse können die Arbeitsfähigkeit des Kommunalparlaments wesentlich unterstützen und erhöhen. Angelegenheiten, die dem Kreistag zur Entscheidung obliegen, können den beratenden Ausschüssen zur Vorberatung zugewiesen werden.⁹

So können Konzepte und Prozesse zur Aufgabenerfüllung vom Kommunalparlament beschlossen werden. Dadurch erlangt der Beschluss seine „interne Bestandskraft“¹⁰.

Die Einführung der Kommunalen Integrierten Sozialplanung wird als Beispiel einer kommunalen Aufgabe im Weiteren angeführt.¹¹ Deshalb ist vorab zu klären, was unter dem Begriff der Kommunalen Integrierten Sozialplanung zu verstehen ist.

Gem. § 1 SGB I wird die Aufgabe der „Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit“ genannt, die die öffentliche Kommunalverwaltung bindet. Allerdings wird den Kommunen ein gewisser Freiraum zugestanden, wie sie diese Aufgaben erfüllen möchten/können/sollen/müssen.¹²

III. Begriff „Kommunale Integrierte Sozialplanung“

Das Sozialstaatsprinzip ist gem. § 1 SGB I die Basis der Sozialplanung. Gem. § 17 Abs. 1 SGB I sind die Leistungsträger, z.B. die Kommunen, verpflichtet „darauf hinzuwirken, dass [...] die zur Ausführung von Sozialleistungen erforderlichen sozialen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen“. Die Kommunen sind also verpflichtet, Strukturen dahingehend zu schaffen, dass soziale Einrichtungen und soziale Dienste in ausreichendem Umfang zur Verfügung stehen und wirken

8 Vgl. Plate/Schulze/Fleckenstein, Rn.222.

9 Vgl. Engel/Heilshorn, S. 401.

10 Waibel/Pautsch/Pflumm, S. 162.

11 Vgl. Waibel/Pautsch/Pflumm, S. 163.

12 Vgl. Müller, S. 17 f.

können, um wesentlich für die Realisierung der sozialen Sicherheit und Gerechtigkeit zu sorgen.

Um dies erreichen zu können, initiiert die Kommune einen Planungsprozess, in dem dann Strukturen geplant und geschaffen werden, welche die soziale Versorgung der Bevölkerung sicherstellen.

Allerdings sollen gem. § 5 SGB XII die öffentlichen und freien Träger zusammenarbeiten und sich ergänzen; dabei sollen die freien Träger durch die öffentliche Hand wirksam „angemessen unterstützt“ werden. Ist bereits ein freier Träger in einer Leistungsart aktiv, soll die öffentliche Verwaltung „von der Durchführung eigener Maßnahmen absehen“, um Doppelstrukturen zu vermeiden. Konkreter wird in § 75 Abs. 2 SGB XII das Subsidiaritätsprinzip fixiert; dabei soll beachtet werden, dass die Träger der Sozialhilfe „eigene Einrichtungen nicht neu schaffen, soweit geeignete Einrichtungen anderer Träger vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden können.“

Durch den zunehmenden sozioökonomischen und demographischen Wandel, begleitet von Migrations- und Urbanisierungstendenzen sowie der Digitalisierung, bedarf es nun einer komplexeren Herangehensweise, um Lösungsansätze zu erarbeiten. D.h. ein Wechsel von der nachsorgenden zu einer „vorsorgenden sozialen Kommunalpolitik“¹³ ist notwendig. Gerade in diesem Transformationsprozess hat die Sozialplanung an Bedeutung gewonnen. Die neue Herangehensweise ist von einem interdisziplinären und ressortübergreifenden Denken über mehrere Themenfelder – z.B. von Kinder- und Jugendhilfe bis hin zu Alter und Pflege – bestimmt. Insbesondere soll ganzheitlich vorgegangen werden, um etwas Integriertes Ganzes zu erreichen.¹⁴

Die integrierte und kooperative Sozialplanung ist eine Methode, in der sowohl große als auch kleine Kommunen die Sozialplanung lösungsorientiert und untereinander abgestimmt weiterentwickeln können. Dies geschieht in enger Abstimmung und offener Kommunikation mit Beteiligten aus Politik, Verwaltung und freien Trägern, um ein tragbares Ergebnis für die Gesellschaft zu erzielen. Diverse Fachplanungen aus den einzelnen Ämtern und Sachgebieten werden in eine große Sozialplanung integriert. Des Weiteren kann dann beispielsweise die Integrierte Sozialplanung eines Landkreises die Initialzündung für eine darauf abgestimmte integrierte So-

13 Schubert in: Nanz/Schubert, S. 5.

14 Vgl. Wunderlich, S. 292 ff.

zialplanung einer kreisangehörigen Kommune sein. Somit kann die Kompetenz zur Lösung von Problemlagen wesentlich erhöht werden.¹⁵

Die Bürgerschaft ist nicht nur diejenige, für die diese Planung letztendlich bestimmt ist, sondern vielmehr wird die Bürgergesellschaft neben Verbänden der Freien Wohlfahrtspflege, Politik und Verwaltung in der Kommunalen Integrierten Sozialplanung als Beteiligte eingebunden.¹⁶ Eine wichtige Voraussetzung für die gegenseitige Zusammenarbeit von Staat und Bürger ist das gegenseitige Vertrauen und ist vergleichbar mit der Demokratiezufriedenheit der Bürgerinnen und Bürger. Es stellt sich die Frage: ist die Demokratie so tragfähig, dass sich Verbände und die Zivilgesellschaft in den Planungsprozess einbeziehen lassen und tatsächlich proaktiv mitwirken?¹⁷

Die Kommunale Integrierte Sozialplanung fordert und bietet eine Beteiligung jenseits von Wahlen. Die zu Beteiligten werden nicht nur punktuell zum Wahlzeitpunkt demokratisch eingebunden; vielmehr wird die Bürgerbeteiligung netzwerkorientiert zur Steuerung und Gewichtung von Planungsvorhaben nachgefragt. Dabei ist die neue Sichtweise auf die Vernetzung von Zivilgesellschaft, Verbänden, Organisationen und Politik und der Wille zur gemeinsamen Abstimmung elementar. Gegenseitige Anerkennung und Einbeziehung in die Sozialplanung bilden also die Grundlage der Integrierten Sozialplanung. Eine breite Partizipation über die Verwaltung hinaus wird eingefordert. Eine Planung und Beteiligung der betroffenen Verbände und Zivilgesellschaft wird zum Paradigma, das die kommunale Daseinsvorsorge zukünftig garantieren soll.¹⁸

Die öffentliche Verwaltung ist bei der Integrierten Sozialplanung die treibende Kraft in der Kooperation, welche Vorschläge und Arbeitsschritte vorbereitet und ausarbeitet, sowie gemeinsame Abstimmungen unter den Beteiligten vor- und nachbereitet.

Inhaltlich wird eine Planung favorisiert, durch die vorbeugend die Probleme erkannt und in gewissem Umfang abgefedert werden. Die vorbeugend ansetzende kommunale Sozialpolitik rückt durch die Integrierte Kommunale Sozialplanung in den Mittelpunkt. Dazu liefern Daten und

15 Vgl. Eckpunkte des Deutschen Vereins für eine integrierte kooperative Sozialplanung (2020), S. 5 f., https://www.deutscher-verein.de/de/uploads/empfehlungen-stellungnahmen/2020/dv-18-19_eckpunkte-sozialplanung.pdf (letzter Abruf: 5.6.2023).

16 Vgl. Schubert in: Nanz/Schubert, S. 5.

17 Vgl. Decker, S. 232 ff.

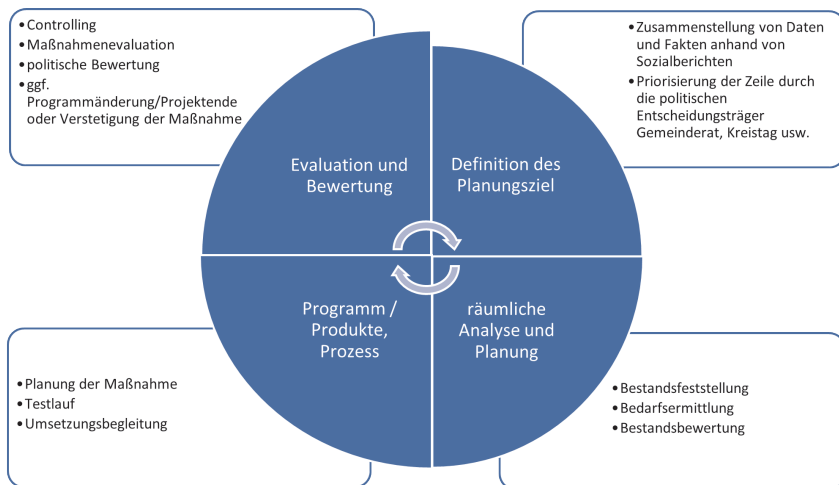
18 Vgl. Fischer, S. 247 ff.

Fakten aus der Sozialberichterstattung einer Kommune eine solide Grundlage, deren Wertung und die sich daraus ergebenden Schlussfolgerungen wesentlich für die Sozialplanung sind, um präventive Strukturen und Dienste zu etablieren.¹⁹

IV. Phasen der Kommunalen Integrierten Sozialplanung?

Die Integrierte Sozialplanung kann nach Böhmer wie ein zirkulärer Prozess verstanden werden. Hier sind vier Bereiche für den Planungskreislauf herausgearbeitet, die sich gegenseitig bedingen:

Schaubild: Planungskreislauf²⁰



1. Stufe des Planungskreislaufs: Definition des Planungsziels

Auf Grund von Daten und Fakten, aus Berichten der Fachbereiche und aus einer regelmäßig dokumentierenden Sozialberichterstattung der Kommune verbunden mit politischem Willen werden Planungsziele definiert, die im weiteren Planungskreislauf im Zentrum stehen sollen.

19 Vgl. Schubert in: Nanz/Schubert, S. 3 ff.

20 Vgl. Böhmer, S. 23.

2. Stufe: Räumliche Analyse und Planung

Aus dem Sozialbericht kann eine Bestandsfeststellung gemacht werden. Bedarfe werden durch die Sozialdaten sichtbar gemacht und durch das politische Gremium geäußert bzw. eine politische Priorisierung nötig. Diese Stufe wird durch einen politischen Beschluss abgeschlossen.

3. Stufe: Programme/Produkte, Prozesse

Der politische Beschluss wird umgesetzt. Geplante Projekte werden erprobt und ausgewertet. Während der Umsetzung werden erste Erfahrungen mit dem Produkt/Programm gesammelt. In sogenannten Sozialraumkonferenzen wird die Umsetzung kritisch begleitet und die Realisierung dokumentiert.

4. Stufe: Evaluation und Bewertung

Durch die in Stufe 3 gesammelten Daten werden die Maßnahmen kritisch betrachtet und Schlussfolgerungen gezogen. Die Maßnahmen, Projekte und deren Erfolge werden ausgewertet und in regelmäßig veröffentlichten Sozialberichten eingepflegt; somit stehen diese Daten für zukünftige Planungsprozesse zur Verfügung und können von den politischen Vertreterinnen und Vertretern im Kommunalparlament bewertet werden. Daraus folgt dann entweder das Ende eines Projekts, die Änderung des Planungsvorhabens oder aber die Verstetigung der Maßnahme durch die Übernahme in den Regelbetrieb.²¹

Der Planungskreislauf geht dann wieder in die erste Stufe über und beginnt erneut zu laufen. So wird garantiert, dass die Sozialplanung zirkulär integriert, beteiligungsorientiert gesteuert und umgesetzt werden kann.

V. Rahmenbedingungen

Zum Gelingen einer erfolgreichen kommunalen integrierten Sozialplanung gehören transparente Kommunikationsstrukturen, die in einem Kon-

21 Vgl. Böhmer, S. 24 ff.

zept von politischen Trägern beschlossen werden, damit eine gemeinsame normative Basis entsteht, an der sich alle Beteiligte auf jeder hierarchischen Ebene orientieren können.²²

Neben der Beachtung der vier Prozessstufen ist die sozialräumliche Ungleichheit in der Kommune von besonderer Relevanz. Dort, wo Probleme gehäuft auftreten, werden Planungsinstrumente angewendet und Problemlagen in Sozialräumen identifiziert. Um diese soziale Ungleichheit objektiv darzustellen wird ein Sozialraum mit einem anderen anhand von Merkmalen verglichen. Aufgrund dieses Ergebnisses können die Sozialräume danach bedarfsgerecht integriert beplant werden,²³ um dem Ziel der sozialen Gerechtigkeit und sozialen Sicherheit durch die Integrierte Sozialplanung näher zu kommen. „Die Gestaltung fairer Aushandlungsprozesse zum Abbau sozialräumlicher Ungerechtigkeiten, mit der Herausarbeitung der Bedürfnisse der Schwächeren stellt eine zentrale Aufgabe der Sozialplanung zum Erhalt des sozialen Friedens dar.“²⁴

VI. Kommunale Beispiele für eine Normsetzung in der Sozialplanung

Anhand von drei Kommunen – Kreis Pinneberg, Landkreis Esslingen und Stadt Leipzig – wird gezeigt, wie der soziale Diskurs durch die Kommunale Integrierte Sozialplanung an Qualität gewinnen kann und sie ein Instrument ist, das in heutiger Zeit notwendig ist, um der Vielschichtigkeit des Sozialen Planens Rechnung tragen zu können.

Die drei Kommunen haben das gemeinsame Ziel, den Planungsprozess zu optimieren, um für zukünftige Herausforderungen in einer komplexeren Umgebung gerüstet zu sein. Bedarfe zu identifizieren und mit gegebenen Mitteln ggf. zu decken, ist die große Herausforderung aller Kommunen.

1. Kreis Pinneberg

Im Jahr 2015 beschließt der Kreistag Pinneberg, dass die Verwaltung an dem Konzept der sozialen Entwicklung und Steuerung weiterarbeitet. Im Fokus des Jahres 2016 sind alle bisher durchgeführten Planungen im Landkreis zusammengefasst und weitere Schritte zur Realisierung einer

22 Vgl. Nutz/Schubert/Winterhoff, S. 252 ff.

23 Vgl. Nowak, S. 147 ff.

24 Nowak, S. 158.

Integrierten Sozialplanung für den Kreis Pinneberg aufzeigt. Um eine realistische Chance zu haben, die Kommunale Integrierte Sozialplanung peu à peu zu implementieren, werden für den Kreis Pinneberg insgesamt elf Handlungsfelder identifiziert, welche integriert bearbeitet werden sollen.

Die integrierte Sozialberichterstattung liefert jährlich Daten und Fakten, nach denen die sozialpolitischen Vorhaben ausgerichtet werden. Dabei ist dem Kreis wichtig, dass Betroffene stärker in die Planung miteinbezogen werden.²⁵

Seither wird jährlich eine Dokumentation in Form eines „Fokus“ herausgegeben, in dem die Fortschritte in der Kommunalen Integrierten Sozialplanung transparent dargestellt und erläutert werden. Dadurch hat der Kreis Pinneberg eine Sozialplanung mit verschiedenen Handlungsansätzen und sozialpolitischen Maßnahmen erarbeitet. In einer übersichtlichen Darstellung in Form der Integrierten Sozialplanung sind die Maßnahmen aufgeführt und bilden eine breite Basis für die umsetzenden Stellen und Organisationseinheiten.

Nach fünf Jahren ist die Sozialplanung evaluiert worden, um spezielle Bedarfe und gesellschaftliche Änderungen in der Integrierten Sozialplanung zu berücksichtigen. Auch in Krisenzeiten der Corona-Pandemie und des Ukraine-Konflikts hat sich der Planungsrahmen erfolgreich bewährt.

Bereits die zweite Sozialplanungskonferenz ist abgehalten worden. Unter einer breiten Beteiligung aller sozialpolitischen AkteurInnen bot diese Plattform einen regen Austausch und eine weitere Stärkung des Netzwerkes und eine Nachjustierung von Sozialpolitischen Zielen.²⁶ Durch die hohe Transparenz, welche inzwischen mehrere Jahre gepflegt worden ist, ist eine positive Akzeptanz aller Beteiligten erreicht worden.

Umfassende Handlungsempfehlungen runden den Diskurs des jeweiligen jährlichen Fokus ab und zeugen von einem vorausschauenden Blick, der der Vorbeugung von sozialen Problemen erfolgreich dient.

25 Vgl. Sozialplanung Fokus 2016, Kreis Pinneberg, S. 7 ff., https://www.kreis-pinneberg.de/pinneberg_media/Dokumente/Team+30/Aufbau+Sozialplanung+Kreis+Pinneberg/1_+Sozialplanung+Fokus+2016+_+Beschlussvorlage-p-1000276.pdf (letzter Abruf: 5.6.2023).

26 Vgl. Sozialplanung Fokus 2022, Kreis Pinneberg, S. 3 ff., https://www.kreis-pinneberg.de/pinneberg_media/Dokumente/Team+30/Aufbau+Sozialplanung+Kreis+Pinneberg/7_+Sozialplanung+Fokus+2022-p-1004698.pdf (letzter Abruf: 5.6.2023).

2. Landkreis Esslingen

Seit 2018 beschäftigt sich die Landkreisverwaltung mit dem Thema der Integrierten Sozialplanung und veröffentlicht jährlich einen Sozialbericht als Planungsgrundlage. Anlass des Paradigmenwechsels war auch hier die sich ständig verändernden sozialen Herausforderungen. Die Fachplanungen als alleiniges Steuerungsinstrument der Sozialplanung waren nicht mehr ausreichend, um den aufkommenden bzw. bestehenden Problemlagen wirkungsvoll zu begegnen und präventiv zu steuern und zu handeln.

Die Landkreisverwaltung wurde vom beschließenden Sozialausschuss beauftragt, weiter an dem Entstehen der Kommunalen Integrierten Sozialplanung zu arbeiten.

In insgesamt fünf Sozialen Fachdialogen mit einer breiten Beteiligung wurde die normative Grundlage in Form einer Agenda inklusive Geschäftsordnung für den Landkreis erarbeitet und in der Sitzung des Kreistags im Dezember 2022 beschlossen.²⁷

Vertikale Beteiligungsstrukturen wurden festgelegt, in denen eine Durchlässigkeit der Themen und Anregungen vorgesehen ist. Die Geschäftsführung liegt in der Dezernatsleitung für Soziales, so dass hier sichtbar wird, dass die Verwaltung die treibende Kraft der Sozialplanung weiterhin ist, jedoch unter Einbeziehung von Politik und Gesellschaft.²⁸

Der Landkreis hat sich auf fünf Handlungsfelder (Familie und Jugend, außerschulische Bildung; Rehabilitation und Teilhabe; Soziale Sicherung und Sozialhilfe; Alter und Pflege; Migration und Integration) und weitergehenden vier Leitziele in jedem Handlungsfeld beschränkt. So bleibt die Übersichtlichkeit für alle beteiligten Akteure erhalten. Weitere acht Querschnittsziele²⁹ sind fixiert, welche in allen Handlungsfeldern ständig mitgedacht und berücksichtigt werden sollen. Steuerungs- und Beteiligungsformate bilden die Grundlage der Partizipation von Verbänden, politischen Vertreterinnen und Vertretern und der Verwaltung.³⁰

27 Vgl. Landkreis Esslingen, Vorlage 125/2022, Kurzprotokoll Kreistagsitzung 15.12.2022.

28 Vgl. Landkreis Esslingen, Vorlage 128/2022 zur Sitzung des Sozialausschusses am 1.12.2022.

29 Querschnittsziele sind Demografische Entwicklung berücksichtigen, Teilhabe ermöglichen, Armut lindern, Bürgerschaftliches Engagement fördern, Gesundheit fördern, Inklusion umsetzen, Integration voranbringen und Demokratie stärken.

30 Vgl. Landkreis Esslingen, Kurzprotokoll Kreistagsitzung 15.12.2022, Vorlage 125/2022.

Seit Beginn des Jahres 2023 wird nun offiziell gemäß der Agenda der Kommunalen Integrierten Sozialplanung im Landkreis Esslingen³¹ gearbeitet.

3. Stadt Leipzig

Als drittes Beispiel einer Kommune wird die Sozialplanung der Stadt Leipzig vorgestellt. In einem Beschluss der Ratsversammlung im Jahre 2018 wurde die Verwaltung beauftragt, ein Konzept der Integrierten Sozialplanung bis zum Jahr 2020 vorzulegen. In den Entstehungsprozess wurden freie Träger in Leipzig, Behörden und VertreterInnen der Fraktionen im Stadtrat in Form eines Forums im Jahr 2019 eingebunden.

Hier ist bemerkenswert, dass die Integrierte Sozialplanung nicht als alleiniges Planungsinstrument gehandhabt wird, sondern ist in das übergeordnete Stadtentwicklungskonzept Leipzig 2030 eingebettet worden.

Die Handlungsfelder sind deshalb weit gefasst in Statistik, Monitoring, Fachplanung, Vernetzung und Beteiligung. Diese bestehen also nicht ausschließlich aus Bereichen des Sozialen, sondern sind Querschnittsaufgaben innerhalb der Stadtverwaltung.³²

Einzelne Fachplanungen sollen mit anderen Fachplanungen gegenseitig anschlussfähig sein, um ins Stadtentwicklungskonzept integrierbar zu sein.

Die Ziele der Sozialplanung sind mit Adjektiven konkretisiert:

- „fördernd und präventiv“
- „strategisch ausgerichtet“
- „vernetzt“
- „sozialraumorientiert“
- „aktiviert Menschen zur Beteiligung“
- „partizipativ und dialogorientiert“
- „orientiert sich an ihrer Wirkung“³³.

31 Vgl. Agenda Kommunale Integrierte Sozialplanung im Landkreis Esslingen, Vorlage des Sozialausschusses 125/2022.

32 Vgl. Konzept Sozialplanung der Stadt Leipzig, S. 3 ff., https://static.leipzig.de/fileadmin/mediendatenbank/leipzig-de/Stadt/02.5_Dez5_Jugend_Soziales_Gesundheit_Schule/50_Sozialamt/Sozialplanung/D1_Konzept_Sozialplanung_2022.pdf (letzter Abruf: 5.6.2023).

33 Sozialplanung (o. Fn. 32), S. 14.

Die Aufgaben der Sozialplanung werden vom Sozialamt wahrgenommen; dabei geht es vor allem darum, den Einwohnerinnen und Einwohnern innerhalb der Stadt Hilfen in Notlagen anzubieten und ggf. zu vermitteln.³⁴

4. Auswertung der Beispiele

Zusammenfassend lässt sich an den drei Beispielen erkennen, dass Landkreise ihrer Natur nach vor allem in der Fläche denken und eine Stadt konkrete Aufgaben vor Ort unmittelbar in der Stadtgesellschaft sieht. Unabhängig von der Einwohnerzahl der Kommune unterscheiden sich die Kommunen in ihrer Herangehensweise. Die Integrierte Sozialplanung kann sowohl als alleinige Planung vorgenommen werden, die dann zu kleinen Kommunen anschlussfähig sein soll, als auch in eine übergeordnete Stadtentwicklungsstrategie eingebettet werden.

Des Weiteren unterscheiden sich die Kommunen in der Aufbereitung der Daten, Fakten und Planungen. Manche arbeiten schon Jahre professionell mit dem Instrument der Kommunalen Integrierten Sozialplanung und sind deshalb schon weit fortgeschritten in der transparenten Handhabung, Darstellungsweise und Umsetzung des Instruments zum Wohle der Menschen in der Kommune.

VII. Resümee

Eine sich rasch wandelnde Gesellschaft braucht kreative, ganzheitliche und proaktive Antworten, die in vorhandenen Strukturen möglich sein müssen. Breite Beteiligung und Steuerung sind konsequent notwendig, um komplexe Krisen gemeinsam mit der Bürgerschaft bewältigen zu können. Die Corona-Pandemie und der Ukraine-Konflikt zeigen einmal mehr, dass zukünftig kommunale Sozialplanung nur ganzheitlich möglich ist. Strukturen sind notwendig, die auch in Krisen tragfähig sind. Mit Hilfe der festgelegten Regeln der Kommunalen Integrierten Sozialplanung können Herausforderungen in der Kommune von der Kommune bewältigt werden.

Die Integrierte Kommunale Sozialplanung ist ein Instrument, das in heutiger Zeit die Flexibilität mitträgt, die moderne Sozialplanungsprozesse benötigen: Komplexe Situationen und spezielle Bedürfnisse, unabhängig

34 Vgl. Sozialplanung (o. Fn. 32), S. 6 ff.

von Größe, geographischer Lage, sozialer Situation etc., können aufgenommen, bewertet, geplant und umgesetzt werden.

Wenn sich dann Kommunen gegenseitig mit der jeweiligen Integrierten Sozialplanung abstimmen und daran orientieren sowie anschlussfähige Strukturen selbst schaffen, ist eine erfolgreiche Sozialplanung der sozialen Gerechtigkeit und sozialen Sicherheit ein Stück näher gerückt.

Deshalb kann die Kommunale Integrierte Sozialplanung von jeder Kommune als zukunftsträchtiges sozialplanerisches Instrument angewendet werden.

Literatur

- Böhmer, Anselm: Verfahren und Handlungsfelder der Sozialplanung, Grundwissen für die Soziale Arbeit, Wiesbaden 2015
- Decker, Frank: Vertrauen als Basis für Beteiligungsprozesse, in: Fischer, Jörg/Hilse-Carstensen, Theresa/Huber, Stefan (Hrsg.), Handbuch Kommunale Planung und Steuerung, Planung, Gestaltung, Beteiligung, Weinheim 2022, S. 230 ff.
- Engel, Rüdiger/Heilshorn, Torsten: Kommunalrecht Baden-Württemberg, 12. Aufl., Baden-Baden 2022
- Fischer, Jörg: Netzwerkorientierung in der kommunalen Planung und Beteiligung, in: Fischer, Jörg/Hilse-Carstensen, Theresa/Huber, Stefan (Hrsg.), Handbuch Kommunale Planung und Steuerung, Planung, Gestaltung, Beteiligung, Weinheim 2022, S. 244 ff.
- Müller, Matthias: Kommunalrecht Baden-Württemberg, 4. Aufl., Heidelberg 2019
- Nowak, Markus: Sozialräumliche Ungleichheit als Grundlage fachlicher Planung und politischer Gestaltung, in: Fischer, Jörg/Hilse-Carstensen, Theresa/Huber, Stefan (Hrsg.), Handbuch Kommunale Planung und Steuerung, Planung, Gestaltung, Beteiligung, Weinheim 2022, S. 142 ff.
- Nutz, Anna/Schubert, Herbert/Winterhoff, Nicola: Ebenen- und ressortübergreifendes Verständnis und Vorgehen, in: Nutz, Anna/Schubert, Herbert (Hrsg.), Integrierte Sozialplanung in Landkreis und Kommunen, Handbuch, Stuttgart 2020, S. 251 ff.
- Plate, Klaus/Schulze, Charlotte/Fleckenstein, Jürgen: Kommunalrecht Baden-Württemberg, 8. Aufl., Stuttgart 2018
- Waibel, Gerhard/Pautsch, Arne/Pflumm, Heinz: Gemeindeverfassungsrecht Baden-Württemberg, 6. Aufl., Stuttgart 2021
- Schubert, Herbert: Integrierte Sozialplanung in Kreisen und kreisangehörigen Kommunen, in: Nutz, Anna/Schubert, Herbert (Hrsg.), Integrierte Sozialplanung in Landkreis und Kommunen, Handbuch, Stuttgart 2020, S. 1 ff.
- Wunderlich, Holger: Strategisch-integrative Sozialplanung vs. Handlungsfeldorientierte Sozialplanung, in: Fischer, Jörg/Hilse-Carstensen, Theresa/Huber, Stefan (Hrsg.), Handbuch Kommunale Planung und Steuerung, Planung, Gestaltung, Beteiligung, Weinheim 2022, S. 290 ff.

2. Arbeits- und Dienstrecht

Tarifrechtliche Regelungen für Angehörige Sozialer Berufe im Bereich des Öffentlichen Dienstes – aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen

Prof. Dr. Annette Rabe

„Soziale Berufe verbessern unser Leben ganz unmittelbar. Sie tragen zur Gesundheit, zur Bildung und zur Teilhabe von vielen Einzelnen bei und sichern so ein gutes Zusammenleben von uns allen“; positioniert sich das Bundesministerium für Familie, Frauen, Senioren und Jugend auf einer seiner Internetseiten.¹ Im Hinblick auf die Bedeutung der Arbeit der Sozialen Berufe, die regelmäßig hohe Belastung der Angehörigen Sozialer Berufe und die Stärkung der Attraktivität der beruflichen Tätigkeit im sozialen Bereich ist die Sicherstellung fairer und angemessener arbeitsrechtlicher Rahmenbedingungen von großer Bedeutung. Hierzu gehört insbesondere auch eine der Qualifizierung, Bedeutung und Belastung der Angehörigen Sozialer Berufe gerecht werdende Vergütung. Dieser Beitrag widmet sich den aktuellen Entwicklungen der tarifrechtlichen Regelungen für Angehörige Sozialer Berufe im Bereich des öffentlichen Dienstes auf kommunaler Ebene und den sich derzeit abzeichnenden Herausforderungen in künftigen Tarifverhandlungen.

Inhalt

I.	Tarifliche Regelungen für Angehörige Sozialer Berufe im öffentlichen Dienst	336
II.	Bindungswirkung von Tarifverträgen	337
III.	Der Tarifvertrag des Öffentlichen Dienstes (TVöD) VKA	339
IV.	Besondere Regelungen für den Sozial- und Erziehungsdienst	341
	1. Eingruppierung	342
	2. Stufenzuordnung	343

1 BMFSFJ, Politik für die Aufwertung Sozialer Berufe, <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/the-men/gleichstellung/aufwertung-sozialer-berufe/politik-fuer-die-aufwertung-sozialer-berufe-181422> (letzter Abruf: 13.4.2023).

3. Betrieblicher Gesundheitsschutz/Betriebliche Gesundheitsförderung	344
4. Verwendung eines Teils der Arbeitszeit für Vorbereitung und Qualifizierung	345
V. Tarifeinigung zum Sozial- und Erziehungsdienst 2022	346
1. Regenerationstage	347
2. Vorbereitungs- und Qualifizierungszeiten für Beschäftigte im Erziehungsdienst	348
3. Modifikation der Entgeltordnung	348
4. Stufenzuordnung	351
5. SuE-Zulage und Umwandlungstage	351
6. Entgeltwerte der Entgeltgruppe S 9	352
7. Weitere Inhalte der Tarifeinigung	352
VI. Tarifrunde 2023	353
1. Lineare Erhöhung des Entgelts	353
2. Entgeltanpassungen für Auszubildende, Praktikantinnen, Praktikanten sowie Studierende	354
3. Inflationsausgleich	354
4. Übernahme von Auszubildenden	356
5. Finanzielle Verbesserungen für Beschäftigte in kommunalen Krankenhäusern sowie kommunalen Pflege- und Betreuungseinrichtungen	356
VII. Ausblick	357

I. Tarifliche Regelungen für Angehörige Sozialer Berufe im öffentlichen Dienst

Zahlreiche Angehörige Sozialer Berufe sind – in ganz unterschiedlichen Arbeitsfeldern – in Einrichtungen, die sich in der Trägerschaft von Städten oder Gemeinden befinden, oder in Behörden tätig. Hierzu gehören beispielsweise Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter im Allgemeinen Sozialdienst (ASD) der Jugendämter, Pflegekräfte in städtischen Krankenhäusern sowie Kindheitspädagoginnen und Kindheitspädagogen in Kindertageseinrichtungen in kommunaler Trägerschaft. Auf diese Arbeitsverhältnisse findet der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) regelmäßig Anwendung. Auch viele freie Träger im sozialen Bereich orientieren sich an diesem Tarifvertrag – sei es, dass sie in ihren Arbeitsverträgen auf diesen in Teilen oder vollständig Bezug nehmen, bei der Gestaltung eigener Tarifverträge die Vergütungsstrukturen oder andere Regelungsinhalte des TVöD VKA als Referenzsystem nutzen oder sich bei der Formulierung eigener arbeitsvertraglicher Regelungen an einzelnen Tarifnormen ausrichten.

Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht² eröffnet den kirchlichen Trägern und ihren Wohlfahrtsverbänden die Möglichkeit, für die bei ihnen beschäftigten Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer eigene arbeitsrechtli-

2 Vgl. zur historischen Entwicklung und den rechtlichen Grundlagen des kirchlichen Arbeitsrechts Nebling/Lankes RdA 2020, 101–104.

che Regelungen – so genannte Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR)³ – in paritätisch besetzten Arbeitsrechtlichen Kommissionen festzulegen.⁴ Auch hier erfolgt oftmals eine mehr oder weniger stark ausgeprägte Orientierung an den Regelungen des TVöD VKA.

II. Bindungswirkung von Tarifverträgen

Bei einem Tarifvertrag handelt es sich um einen Vertrag zwischen einer Gewerkschaft oder Zusammenschlüssen von Gewerkschaften auf der einen Seite und einzelnen Arbeitgebern bzw. Vereinigungen von Arbeitgebern auf der anderen Seite. Diese werden gemäß § 2 Abs. 1 und 2 des Tarifvertragsgesetzes (TVG) als Tarifvertragsparteien bezeichnet. Tarifvertragsparteien des TVöD VKA sind die Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände und die Gewerkschaften ver.di sowie der dbb beamtenbund und tarifunion.

Der Tarifvertrag regelt gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 TVG die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und beinhaltet Rechtsnormen, die den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können. Die Rechtsnormen eines Tarifvertrages, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, finden gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG nur dann auf ein Arbeitsverhältnis unmittelbar und zwingend Anwendung, wenn sowohl die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer als auch die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber an diesen Tarifvertrag gebunden sind. So liegt beispielsweise eine beidseitige Tarifgebundenheit vor, wenn der Beschäftigte in der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft – ver.di organisiert ist und seine Arbeitgeberin dem Kommunalen Arbeitgeberverband Baden-Württemberg e. V. angehört, der zu den Mitgliedern der Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände zählt. Auf dieses Arbeitsverhältnis findet der TVöD VKA unmittelbar und zwingend Anwendung.

Des Weiteren kann die Tarifbindung bei nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien gemäß § 5 TVG dadurch hergestellt werden, dass der Tarifvertrag durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales bzw. die

3 Bei den AVR handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung allerdings nicht um Tarifverträge, sondern um allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB (BAG NZA 2019, 166).

4 Dütz/Thüsing § 12 Rn. 560a.

entsprechenden obersten Landesbehörden für allgemeinverbindlich erklärt wird. Voraussetzung ist gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG, dass die Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Dies ist nach § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG regelmäßig der Fall, wenn der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangt hat oder die Absicherung der Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen eine Allgemeinverbindlicherklärung erforderlich macht. Der Weiteren kann ein Tarifvertrag aufgrund einer Allgemeinverbindlicherklärung oder einer Rechtsverordnung nach § 7 Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) sowie nach § 3a Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) Anwendung finden.⁵

Außerdem kann im Rahmen eines Arbeitsvertrages auf einen Tarifvertrag bzw. einzelne Tarifvertragsnormen Bezug genommen werden mit der Folge, dass die auf diese Weise in den Arbeitsvertrag einbezogenen Regelungen schuldrechtlicher Inhalt des Arbeitsvertrags werden und somit auch bei fehlender Tarifgebundenheit der Arbeitsvertragsparteien tarifvertragliche Regelungen zur Anwendung kommen.⁶ Unterschieden werden folgende Arten von Bezugnahmeklauseln: Es kann zum einen auf einen Tarifvertrag in einer ganz bestimmten Fassung verwiesen werden; dies wird als statische Verweisung bezeichnet.⁷ Eine entsprechende Formulierung könnte beispielsweise wie folgt lauten:

„Auf das Arbeitsverhältnis finden die Bestimmungen des Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) – Allgemeiner Teil und Besonderer Teil Verwaltung – in der Fassung vom 7. Februar 2006 Anwendung. Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Teilhabe an zukünftigen Tarifentwicklungen besteht nicht.“

In diesem Fall nimmt das Arbeitsverhältnis an späteren Änderungen des Tarifvertrages nicht teil;⁸ prozentuale Erhöhungen der Entgelttabelle beispielsweise führen nicht zu einer Gehaltsanpassung zugunsten der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers.⁹

Alternativ kann innerhalb des Arbeitsvertrages auf die jeweilige Fassung von Tarifverträgen verwiesen werden, etwa mit folgender Formulierung:

5 Schaub/Treber Arbeitsrechts-Handbuch § 206 Rn. 1.

6 Schmidt/Rabe S. 189.

7 ErfK/Franzen TVG § 3 Rn. 36, Dütz/Thüsing § 6 Rn. 284.

8 BAG FD-ArbR 2008, 251288 = BeckRS 2008, 50271, AP BGB § 133 Nr. 54.

9 Eylert/Rinck RdA 2022, 146 (147).

„Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) und dem Besonderen Teil Verwaltung und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen, einschließlich des Tarifvertrags zur Überleitung in den TVöD, in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung.“

Eine derartige Bezugnahme wird als kleine dynamische Verweisung bezeichnet;¹⁰ sie kommt in der Praxis am häufigsten vor.¹¹

Außerdem kann die Bezugnahme auf die jeweilige Fassung der einschlägigen Tarifverträge der Branche erfolgen, etwa mit folgender Formulierung: „Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach den im Betrieb oder Betriebsteil geltenden Tarifverträgen in ihrer jeweiligen Fassung.“¹²

Diese in der Praxis weniger verbreitete so genannte „große dynamische Verweisung“ nimmt regelmäßig auf die jeweils bei dem Arbeitgeber geltenden Tarifverträge Bezug und vermag somit auch einen bei diesem – beispielsweise aufgrund eines Betriebsübergangs, eines Wechsels des Arbeitgeberverbands oder Abschluss eines Haustarifvertrags – eintretenden Tarifwechsel arbeitsvertraglich nachzuvollziehen.¹³

Neben den Verweisungen auf einen Tarifvertrag als Ganzen kann einzelvertraglich auch lediglich auf einzelne Regelungen eines Tarifvertrags Bezug genommen werden.¹⁴

III. Der Tarifvertrag des Öffentlichen Dienstes (TVöD) VKA

Der TVöD VKA setzt sich aus dem Allgemeinen Teil (AT) und dem Besonderen Teil (BT) zusammen.¹⁵ Der AT enthält Regelungen für sämtliche Bereiche des öffentlichen Dienstes, während der BT lediglich Bestimmungen für einen bestimmten Dienstleistungsbereich des öffentlichen Dienstes beinhaltet.¹⁶ AT und BT bilden gemeinsam den Tarifvertrag für den jeweiligen Dienstleistungsbereich, dieser Bereich wird auch als Sparte bezeichnet. Besondere Teile existieren für die Dienstleistungsbereiche Verwaltung (BT-

10 ErfK/Franzen TVG § 3 Rn. 36.

11 Eylert/Rinck RdA 2022, 146 (147).

12 BeckOK ArbR/Giesen TVG § 3 Rn. 36.

13 Eylert/Rinck RdA 2022, 146 (147).

14 Eylert/Rinck RdA 2022, 146 (147).

15 Bredemeier/Neffke/Bredemeier TVöD VKA/TV-L Einf. Rn. 1.

16 Bredemeier/Neffke/Bredemeier TVöD VKA/TV-L Einf. Rn. 2.

V), Krankenhäuser (BT-K), Pflege- und Betreuungseinrichtungen (BT-B), Sparkassen (BT-S), Flughäfen (BT-F) und Entsorgung (BT-E).

Für die Angehörigen Sozialer Berufe kann je nach Tätigkeit bzw. Arbeitsfeld der Besondere Teil für den Dienstleistungsbereich Pflege- und Betreuungseinrichtungen (TVöD-B), der Besondere Teil Krankenhäuser (BT-K) oder der Besondere Teil Verwaltung (TVöD-V) zur Anwendung kommen. Der TVöD-V gilt immer dann, soweit für das Arbeitsverhältnis kein anderer Besonderer Teil einschlägig ist.¹⁷

Die VKA und die beteiligten Gewerkschaften haben so genannte „durchgeschriebene Fassungen“ des für die einzelnen Dienstleistungsbereiche geltenden Tarifrechts erstellt, um die Übersicht zu verbessern und die Lesbarkeit zu erleichtern.¹⁸ Die durchgeschriebenen Fassungen stellen keine eigenständigen Tarifverträge mit eigenen Regelungen dar. Werden die ihnen zu Grunde liegenden Tarifverträge – der AT bzw. der jeweilige BT des TVöD – angepasst, wirkt sich dies unmittelbar auf die durchgeschriebenen Fassungen aus.¹⁹

Der TVöD-B, der TVöD-K sowie der TVöD-V gliedern sich jeweils in sechs Abschnitte und enthalten u.a. Regelungen zur Arbeitszeit, zur Eingruppierung, zum Entgelt und zu sonstigen Leistungen, zum Urlaub und zur Arbeitsbefreiung sowie zur Befristung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen.²⁰ Beschäftigte erhalten gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 TVöD VKA monatlich ein Tabellenentgelt. Die Höhe bestimmt sich gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 TVöD VKA nach der Entgeltgruppe, in der die bzw. der Beschäftigte eingruppiert ist und nach der Stufe, der die Person zugeordnet wird. Es gilt der Grundsatz, dass sich die Eingruppierung aus dem TVöD VKA selbst ergibt und nicht dadurch, dass der Arbeitgeber einen Eingruppierungsvorgang vornimmt.²¹ Die Eingruppierung der Beschäftigten richtet sich gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 TVöD VKA nach den Tätigkeitsmerkmalen der Anlage 1 – Entgeltordnung (VKA), die zum 1.1.2017 in Kraft getreten ist. Die in der Entgeltordnung aufgenommenen Protokollerklärungen beinhalten zu einzelnen Merkmalen weitere Details.

17 Bredemeier/Neffke/Pielok TVöD VKA/TV-L Vierter Teil BT-V § 40 Rn. 2.

18 Bredemeier/Neffke/Bredemeier TVöD/TV-L Einf. Rn. 7.

19 Bredemeier/Neffke/Bredemeier TVöD/TV-L Einf. Rn. 7.

20 Schmidt/Rabe S. 198.

21 Bredemeier/Neffke/Bernheine TVöD/TV-L Abschnitt III Vorb. zu §§ 12, 13 TVöD Rn. 2.

Die Anlage 1 – Entgeltordnung (VKA) besteht aus zweiten Teilen: Teil A (Allgemeiner Teil) und Teil B (Besonderer Teil). Teil A beinhaltet allgemeine Tätigkeitsmerkmale für den handwerklichen Bereich und den allgemeinen Verwaltungsdienst sowie spezielle Tätigkeitsmerkmale für Bezügerechnerrinnen und Bezügerechner, Beschäftigte in der Informations- und Kommunikationstechnik, Ingenieurinnen und Ingenieuren, Meisterinnen und Meister, Technikerinnen und Techniker sowie „Vorlesekräfte für Blinde“. Im Teil B werden Tätigkeitsmerkmale für weitere Berufe aufgeführt; beispielsweise sind in Teil B Abschnitt XI. Tätigkeitsmerkmale für Beschäftigte in Gesundheitsberufen²² sowie in Teil B Abschnitt XXIV. Tätigkeitsmerkmale für Beschäftigte im Sozial- und Erziehungsdienst²³ geregelt.

Die bzw. der Beschäftigte ist nach § 12 Abs. 2 S. 1 TVöD in der Entgeltgruppe eingruppiert, deren Tätigkeitsmerkmale die gesamte von ihr bzw. ihm nicht nur vorübergehend auszuübende Tätigkeit entspricht. Die gesamte auszuübende Tätigkeit entspricht nach § 12 Abs. 2 S. 2 TVöD VKA den Tätigkeitsmerkmalen einer Entgeltgruppe, wenn zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die für sich genommen die Anforderungen eines Tätigkeitsmerkmals oder mehrerer Tätigkeitsmerkmale dieser Entgeltgruppe erfüllen. Ist jedoch innerhalb eines Tätigkeitsmerkmals selbst – wie beispielsweise in der Entgeltgruppe S 15, Fallgruppe 6²⁴ – ein abweichender zeitlicher Umfang festgelegt, gilt nach § 12 Abs. 2 S. 5 TVöD VKA dieser Zeitumfang.

IV. Besondere Regelungen für den Sozial- und Erziehungsdienst

Im Rahmen der Tarifrunde 2008 wurde zwischen den Tarifvertragsparteien vereinbart, dass zeitnah sowohl über eine eigene ausdifferenzierte

22 Zur Eingruppierung von Beschäftigten in der Pflege vgl. Howald öAT 2022, 93 ff. und zu arbeitsrechtlichen Entwicklungen in Pflegeeinrichtungen des öffentlichen Dienstes vgl. Howald öAT 2020, 136 ff.

23 Einzelheiten hierzu werden unter IV. und V. dargestellt.

24 Dort heißt es wie folgt: „Sozialarbeiterinnen/Sozialarbeiter und Sozialpädagoginnen/Sozialpädagogen mit staatlicher Anerkennung sowie Heilpädagoginnen/Heilpädagogen mit abgeschlossener Hochschulbildung und – soweit nach dem jeweiligen Landesrecht vorgesehen – mit staatlicher Anerkennung mit jeweils entsprechender Tätigkeit sowie sonstige Beschäftigte, die aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihrer Erfahrungen entsprechende Tätigkeiten ausüben, deren Tätigkeit sich mindestens zu einem Drittel durch besondere Schwierigkeit und Bedeutung aus der Entgeltgruppe S 12 heraushebt.“

Entgeltordnung für die circa 200.000 Beschäftigten im Sozial- und Erziehungsdienst (SuE) als auch über die betriebliche Gesundheitsförderung Verhandlungen aufgenommen werden sollten.²⁵ Die Vorstellungen der verhandelnden Tarifvertragsparteien lagen jedoch weit auseinander, so dass es im Jahr 2009 zu einem lang anhaltenden Tarifkonflikt mit mehrwöchigen Streiks von Beschäftigten in Kindertagesstätten und anderen Einrichtungen des Sozial- und Erziehungsdienstes kam.²⁶ Am 27. Juli 2009 konnte eine Einigung erzielt werden.²⁷ Gegenstand des am 27. Juli 2009 geschlossenen Änderungsarbeitsvertrags Nr. 6, der am 1. November 2009 in Kraft trat, waren insbesondere Regelungen zum betrieblichen Gesundheitsschutz und zur betrieblichen Gesundheitsförderung sowie eine eigene Entgelttabelle für die Beschäftigten im SuE (so genannte „S-Tabelle“²⁸, die Entgeltgruppen werden in der Praxis auch als „S-Gruppen“ bezeichnet).²⁹ Die neuen Regelungen wurden in der Anlage zu Abschnitt VIII Sonderregelungen (VKA) § 56 TVöD-V bzw. in der Anlage zu § 52 Abs. 1 TVöD-B aufgenommen.³⁰ Außerdem wurde in § 36 Abs. 2 TVöD VKA festgelegt, dass die neuen Regelungen zum Entgelt auch dann zur Anwendung kämen, wenn Beschäftigte im Sozial- und Erziehungsdienst außerhalb des Geltungsbereichs des BT-V oder des BT-B tätig seien.

Die im Anhang zur Anlage C (VKA) neu entwickelte Entgeltordnung, die für den Sozial- und Erziehungsdienst ein eigenes Eingruppierungssystem vorsah, wurde später mit Wirkung zum 1. Januar 2017 in Teil B Abschnitt XXIV der Anlage 1 in die Entgeltordnung (VKA) aufgenommen.³¹

1. Eingruppierung

Die Eingruppierung von Beschäftigten im Sozial- und Erziehungsdienst erfolgt grundsätzlich nach Teil B Abschnitt XXIV der Anlage 1 – Entgeltordnung (VKA), der Bestandteil des TVöD-V und des TVöD-B ist. In diesem

25 Bredemeier/Neffke/Gerretz TVöD/TV-L § 56 BT-V Rn. 1; Conze öAT 2011, 273 (273).

26 Treichel RdA 2017, 379 (379); Kuner öAT 2010, 5 (5).

27 Bredemeier/Neffke/Gerretz TVöD/TV-L § 56 BT-V Rn. 1; Conze öAT 2011, 273 (273).

28 Conze öAT 2011, 273 (273).

29 Zunächst existierte – genau wie im sonstigen VKA-Bereich – je eine Entgelttabelle für das Tarifgebiet West und das Tarifgebiet Ost; seit 1. Januar 2010 gilt für den Sozial- und Erziehungsdienst eine einheitliche Entgelttabelle, s. Conze öAT 2011, 273 (273).

30 Conze öAT 2011, 273 (273).

31 Bredemeier/Neffke/Gerretz TVöD/TV-L Erl. zu § 1 Anl. § 56 BT-V Rn. 5.

Abschnitt sind für die Entgeltgruppen S 2 bis S 18 Tätigkeitsmerkmale aufgeführt, anhand derer die Beschäftigten einzugruppieren sind. Innerhalb der Tätigkeitsmerkmale der einzelnen Entgeltgruppen werden u. a. die Berufsgruppen der Kinderpflegerinnen und Kinderpfleger, der Erzieherinnen und Erzieher sowie die der Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter genannt; die Berufsgruppe der Kindheitspädagoginnen und Kindheitspädagogen jedoch wird zumindest bislang leider nicht explizit aufgeführt.³² In den Tätigkeitsmerkmalen zahlreicher Entgeltgruppen findet sich allerdings nach der Auflistung bestimmter Berufsgruppen eine Erweiterung um „sonstige Beschäftigte, die aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihren Erfahrungen entsprechende Tätigkeiten ausüben“. Gefordert wird eine fachliche und qualitative Verwendungsbreite wie bei den Beschäftigten, die Abschlüsse in den in den zuvor in der Beschreibung der jeweiligen Entgeltgruppe genannten Berufe erworben haben.

Bei Ausübung einer Leitungsfunktion in einer Kindertagesstätte bzw. bei der Bestellung als ständige Vertretung der Leitung durch ausdrückliche Anordnung kommt es für die Eingruppierung in die Entgeltgruppe S 9, S 11a, S 13, S 15, S 16, S 17 oder S 18 auf die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe nicht an, da diese in diesem Zusammenhang nicht als Tätigkeitsmerkmale aufgeführt werden. Für die Eingruppierung in eine der zuvor genannten S-Gruppen ist neben der Leitungsfunktion bzw. der Bestellung als ständige Vertretung der Leitung lediglich relevant, in welcher Art der Kindertagesstätte die oder der Beschäftigte tätig ist und wie viele Plätze in dieser Einrichtung durchschnittlich belegt sind.

2. Stufenzuordnung

Die Entgeltgruppen S 2 bis S 18 umfassen gemäß § 16 Abs. 2.1 S.1 TVöD-V/TVöD-B sechs Stufen. Bei ihrer Einstellung werden die Beschäftigten nach § 16 Abs. 2.1 Satz 2 TVöD-V/TVöD-B der Stufe 1 zugeordnet, sofern keine einschlägige Berufserfahrung vorliegt. Bei einer einschlägigen Berufserfahrung von mindestens einem Jahr erfolgt die Einstellung nach § 16 Abs. 2.1 S. 3 TVöD-V/TVöD-B in die Stufe 2 und bei einer einschlägigen Berufserfahrung von mindestens vier Jahren erfolgt in der Regel eine Zuordnung

32 Im Rahmen der Tarifeinigung 2022 wird die Berufsgruppe der Kindheitspädagoginnen und Kindheitspädagogen erstmalig in einer Protokollerklärung genannt, Näheres hierzu unter V.

zur Stufe 3. Bei Neueinstellungen zur Deckung des Personalbedarfs kann der Arbeitgeber gemäß § 16 Abs. 2.1 S. 4 TVöD-V/TVöD-B Zeiten einer vorherigen beruflichen Tätigkeit ganz oder teilweise für die Stufenzuordnung berücksichtigen, wenn diese Tätigkeit für die vorgesehene Tätigkeit förderlich ist. Bei der Einstellung von Beschäftigten in unmittelbarem Anschluss an ein Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst oder zu einem Arbeitgeber, der einen dem TVöD vergleichbaren Tarifvertrag anwendet, kann die in dem vorhergehenden Arbeitsverhältnis erworbene Stufe bei der Stufenzuordnung gemäß § 16 Abs. 2.1 S. 5 TVöD-V/TVöD-B ganz oder teilweise berücksichtigt werden.

Die Beschäftigten erreichen nach § 16 Abs. 3.1 TVöD-V/TVöD-B die jeweils nächste Stufe – von Stufe 3 an in Abhängigkeit von ihrer Leistung gemäß § 17 Abs. 2 TVöD VKA – nach Ablauf folgender Zeiten einer ununterbrochenen Tätigkeit innerhalb derselben Entgeltgruppe bei ihrem Arbeitgeber (Stufenlaufzeit):

- Stufe 2 nach einem Jahr in Stufe 1,
- Stufe 3 nach drei Jahren in Stufe 2,
- Stufe 4 nach vier Jahren in Stufe 3,
- Stufe 5 nach vier Jahren in Stufe 4 und
- Stufe 6 nach fünf Jahren in Stufe 5.³³

In der Entgeltgruppe S 4 bei Tätigkeiten in der Fallgruppe 3 und in der Entgeltgruppe S 8b bei Tätigkeiten in der Entgeltgruppe 3 ist gemäß § 1 Abs. 2 S. 7 der Anlage zu § 56 (VKA) bzw. § 16 Abs. 4.1 S. 1 TVöD-B abweichend hiervon die Stufe 4 die Endstufe.

3. Betrieblicher Gesundheitsschutz/Betriebliche Gesundheitsförderung

Außerdem verständigten sich die Tarifvertragsparteien im Rahmen des Änderungsstarifvertrags Nr. 6 auf Regelungen zum Betrieblichen Gesundheitsschutz sowie zur Betrieblichen Gesundheitsförderung, die in § 2 der

33 Hierzu enthält § 16 Abs. 4.1 S. 2 TVöD-V/TVöD-B eine abweichende Regelungen für Beschäftigte nach § 15 Abs. 2 S. 2 TVöD VKA, die nach dem Teil B Abschnitt XXIV der Anlage 1 – Entgeltordnung (VKA) in der Entgeltgruppe S 8b bei Tätigkeiten der Fallgruppen 1 oder 2 eingruppiert sind: Sie erreichen erst nach sechs Jahren in Stufe 4 die nächste Stufe und erst nach acht Jahren in Stufe 5 die nächste Stufe.

Anlage zu § 56 TVöD-BT-V³⁴ und § 53 TVöD-BT-B³⁵ verortet wurden.³⁶ Neben den Zielen der Betrieblichen Gesundheitsförderung beinhalten die Regelungen einen individuellen Anspruch der Beschäftigten auf die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung nach Maßgabe des Arbeitsschutzgesetzes³⁷ sowie die Verpflichtung zur Bildung einer betrieblichen Kommission auf entsprechenden Antrag des Personalrats bzw. des Betriebsrats. Die betriebliche Kommission berät über erforderliche Maßnahmen und kann Vorschläge zu den zu treffenden Maßnahmen unterbreiten, wenn Beschäftigte vorgesehenen Maßnahmen als Ergebnis einer Gefährdungsbeurteilung widersprochen haben. Außerdem kann die betriebliche Kommission zeitlich befristet Gesundheitszirkel zur Gesundheitsförderung einrichten, deren Aufgabe es ist, Belastungen am Arbeitsplatz und deren Ursachen zu analysieren sowie Lösungsansätze zur Verbesserung der Arbeitssituation zu erarbeiten.³⁸

4. Verwendung eines Teils der Arbeitszeit für Vorbereitung und Qualifizierung

Außerdem wurden für Beschäftigte im Erziehungsdienst im Tarifgebiet West Regelungen zur Vorbereitung und Qualifizierung in § 3 der Anlage zu § 56 BT-V³⁹ aufgenommen, die inhaltsgleich bereits durch den Änderungstarifvertrag Nr. 1 vom 31. März 2008 zum TVöD-BT-B in § 44 Abs. 4 TVöD-BT-B verankert worden waren.⁴⁰ Von der Regelung umfasst werden

34 Diese Regelungen befinden sich nunmehr in Nr. 1 zu § 3 der Anlage D.12 zum TVöD-V.

35 Diese Regelungen sind nunmehr in § 3.2 TVöD-B zu finden.

36 Conze öAT 2011, 273 (274).

37 Der 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat mit Urteil vom 12.8.2008 (NZA 2009, 102) entschieden, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ein Anspruch auf eine Beurteilung der mit ihrer Beschäftigung verbundenen Gefährdung gemäß § 5 Abs. 1 ArbSchG in Verbindung mit § 618 Abs. 1 BGB zusteht. Somit hat die von den Tarifvertragsparteien aufgenommene Regelung lediglich eine klarstellende Funktion, vgl. auch Conze öAT 2011, 273 (274).

38 Zum ganzen Absatz Nr. 1 zu § 3 der Anlage D Abschnitt D.12 zum TVöD-V bzw. § 53 BT-B.

39 Diese Regelungen befinden sich nunmehr in Nr. 2 zu § 5 der Anlage D Abschnitt D.12 zum TVöD-V.

40 Für das Jahr 2008 galt gemäß § 5 Abs. 2 des Änderungstarifvertrags Nr. 1 vom 31. März 2008 zum TVöD-BT-B die Vorschrift des § 44 BT-B mit der Maßgabe, dass 9,75 Stunden für Zwecke der Vorbereitung und Qualifizierung verwendet werden.

insbesondere die in § 3 S. 3 der Anlage zu § 56 TVöD-BT-V bzw. in § 44 Abs. 4 TVöD-BT-B aufgezählten Berufe, ohne dass es einer Überprüfung bedarf, ob im konkreten Einzelfall erzieherische Tätigkeiten ausgeübt werden.⁴¹ Außerdem gehören nach § 3 S. 3 der Anlage zu § 56 TVöD-BT-V bzw. § 44 Abs. 4 TVöD-BT-B andere Beschäftigte mit erzieherischer Tätigkeit in der Erziehungs- oder Eingliederungshilfe zum Kreis der anspruchsberechtigten Personen. Bei diesen Beschäftigten wurden gemäß § 3 S. 1 der Anlage zu § 56 TVöD-BT-V bzw. § 44 Abs. 4 TVöD-BT-B – soweit gesetzliche Regelungen bestehen, zusätzlich zu diesen gesetzlichen Regelungen – im Rahmen der regelmäßigen durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit im Kalenderjahr 19,5 Stunden für Zwecke der Vorbereitung und Qualifizierung verwendet. Für Beschäftigte in Teilzeit verringerte sich die Stundenanzahl entsprechend in dem Umfang, der dem Verhältnis ihrer individuell vereinbarten Arbeitszeit zu der regelmäßigen Arbeitszeit vergleichbarer Beschäftigter in Vollzeit entsprach. Diese Regelungen gingen auf eine Forderung der Gewerkschaften im Zusammenhang mit der Verlängerung der Arbeitszeit für den kommunalen Bereich im Tarifgebiet West auf 39 Stunden in der Tarifrunde 2008 zurück.⁴² Die Gewerkschaften wollten – ausgelöst durch die Verlängerung der wöchentlichen Arbeitszeit – einem möglichen Arbeitsplatzabbau und der damit einhergehenden Arbeitsverdichtung im Erziehungsdienst dadurch begegnen, dass den Beschäftigten im Erziehungsdienst für Vorbereitung und Qualifizierung im Ergebnis 2,5 Tage jährlich zur Verfügung standen.⁴³

In den darauffolgenden Jahren wurden die speziellen Regelungen für den SuE durch die Tarifvertragsparteien mehrfach angepasst.

V. Tarifeinigung zum Sozial- und Erziehungsdienst 2022

Nachfolgend werden wichtige Eckpunkte der Tarifeinigung zum SuE im Jahr 2022 vorgestellt, die im Änderungstarifvertrag Nr. 19 vom 18. Mai 2022 zum TVöD, Änderungstarifvertrag Nr. 28 vom 18. Mai 2022 zum TVöD-V sowie Änderungstarifvertrag Nr. 16 vom 18. Mai 2022 zum TVöD-B zwischen den Tarifvertragsparteien vereinbart wurden.

41 Bredemeier/Neffke/Cerff, Erl. zu § 3 Anl. zu Abschn. VIII Sonderregelungen (VKA) § 56 BT-V Rn. 2.

42 Conze öAT 2011, 273 (275).

43 Conze öAT 2011, 273 (275).

1. Regenerationstage

Neu eingefügt wurden so genannte Regenerationstage für die Beschäftigten im Sozial- und Erziehungsdienst. Die Tarifvertragsparteien haben in einer Protokollerklärung zu den entsprechenden Vorschriften ausdrücklich erklärt, dass es sich bei den Regenerationstagen nicht um Urlaubs- oder Zusatzurlaubstage handelt. Beschäftigte, deren Eingruppierung sich nach dem Teil B Abschnitt XXIV der Anlage 1 – Entgeltordnung (VKA) richtet, haben ab dem 1. Januar 2022 gemäß Nr. 1a Abs. 1 S. 1 der Anlage D Abschnitt D.12 zum TVöD-V bzw. § 3.2a Abs. 1 S. 1 TVöD-B im Kalenderjahr bei Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf fünf Tage in der Kalenderwoche Anspruch auf zwei Arbeitstage Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Entgelts nach § 21 TVöD (Regenerationstage). Wird die wöchentliche Arbeitszeit an weniger als fünf Tagen in der Woche erbracht, verringert sich gemäß Nr. 1a Abs. 1 S. 2 der Anlage D Abschnitt D.12 zum TVöD-V bzw. § 3.2a Abs. 1 S. 2 TVöD-B der Anspruch auf Regenerationstage entsprechend.⁴⁴

Die Beschäftigten haben den Regenerationstag bzw. die Regenerationstage nach Nr. 1a Abs. 2 S. 2 der Anlage D Abschnitt D.12 zum TVöD-V bzw. § 3.2a Abs. 2 S. 2 TVöD-B gegenüber dem Arbeitgeber spätestens vier Wochen vor dem gewünschten Zeitpunkt der Gewährung in Textform geltend zu machen; auch eine Geltendmachung beispielsweise per E-Mail ist somit möglich.⁴⁵ Bei der Festlegung der Lage des Regenerationstags bzw. der Regenerationstage sind nach Nr. 1a Abs. 2 S. 1 der Anlage D Abschnitt D.12 zum TVöD-V bzw. § 3.2a Abs. 2 S. 1 TVöD-B die Wünsche der bzw. des Beschäftigten zu berücksichtigen, sofern dem keine dringenden dienstlichen bzw. betrieblichen Gründe entgegenstehen. Der Arbeitgeber trifft gemäß Nr. 1a Abs. 2 Satz 3 der Anlage D Abschnitt D.12 zum TVöD-V bzw. § 3.2a Abs. 2 S. 3 TVöD-B eine Entscheidung über die Gewährung der Regenerationstage bis spätestens zwei Wochen vor diesen und teilt das Ergebnis der bzw. dem Beschäftigten in Textform mit. Im gegenseitigen Einvernehmen ist gemäß Nr. 1a Abs. 2 S. 4 der Anlage D Abschnitt D.12 zum TVöD-V bzw. § 3.2a Abs. 2 S. 4 TVöD-B unter Berücksichtigung der aktuellen dienstlichen bzw. betrieblichen Verhältnisse auch eine kurzfristige Gewährung von Regenerationstagen möglich. Regenerationstage, für die im

44 Zur Berechnung in verschiedenen Konstellationen vgl. Günther ZAT 2022, 148 (148 ff.).

45 Günther ZAT 2022, 148 (149).

laufenden Kalenderjahr keine Arbeitsbefreiung erfolgt ist, verfallen gemäß Nr. 1a Abs. 2 S. 5 der Anlage D Abschnitt D.12 zum TVöD-V bzw. § 3.2a Abs. 2 S. 5 TVöD-B ersatzlos. Abweichend hiervon verfallen Regenerationstage, die aufgrund dringender betrieblicher bzw. dienstlicher Gründe im laufenden Kalenderjahr nicht gewährt worden sind, nach Nr. 1a Abs. 2 S. 6 der Anlage D Abschnitt D.12 zum TVöD-V bzw. § 3.2a Abs. 2 S. 6 TVöD-B spätestens am 30. September des Folgejahres.

2. Vorbereitungs- und Qualifizierungszeiten für Beschäftigte im Erziehungsdienst

Des Weiteren wurde die bislang nur für das Tarifgebiet West tariflich geregelte Vorbereitungs- und Qualifizierungszeit für Beschäftigte im Erziehungsdienst ausgeweitet. Mit Wirkung zum 1. Juli 2022 wird in der Anlage D Abschnitt D.12. Nr. 2 S. 1 TVöD-V bzw. in § 5.1 Abs. 4 S. 1 TVöD-B festgelegt, dass Beschäftigte im Erziehungsdienst im Rahmen der regelmäßigen durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit im Kalenderjahr 30 Stunden⁴⁶ für Zwecke der Vorbereitung und Qualifizierung verwenden. Im Tarifgebiet Ost können diese Zeiten zur Vorbereitung und Qualifizierung auch durch gesetzliche Regelungen erfüllt sein, während im Tarifgebiet West eine Kumulation zu bestehenden gesetzlichen Regelungen – und somit zu gesetzlich normierten Vorbereitungszeiten – vorgesehen ist.⁴⁷

Bei einer Teilzeitbeschäftigung verringert sich gemäß Anlage D Abschnitt D.12. Nr. 2 S. 2 TVöD-V bzw. § 5.1 Abs. 4 S. 2 TVöD-B die Stundenzahl entsprechend mit der Maßgabe, dass sich die Stundenzahl in dem Umfang, der dem Verhältnis ihrer individuell vereinbarten durchschnittlichen Arbeitszeit zu der regelmäßigen Arbeitszeit vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter entspricht, reduziert.

3. Modifikation der Entgeltordnung

Im Rahmen der Tarifeinigung 2022 im Sozial- und Erziehungsdienst verständigten sich die Tarifvertragsparteien auch auf Änderungen im Teil B

46 Der Stundenumfang wurde mit Wirkung zum 1.7.2022 von 19,5 auf 30 Stunden erhöht, vgl. zu weiteren Einzelheiten die Ausführungen unter IV. 4.

47 Stier öAT 2022, 199 (200).

Abschnitt XXIV der Anlage 1 -Entgeltordnung (VKA).⁴⁸ In den Tätigkeitsmerkmalen einzelner S-Gruppen wurden Formulierungen angepasst; außerdem wurden die Protokollerklärungen Nr. 1a und 17 neu aufgenommen sowie weitere Protokollerklärungen modifiziert.

In den Tätigkeitsmerkmalen der Entgeltgruppen S 2, S 3 und S 4 Fallgruppe 1 werden ergänzend nunmehr auch Sozialassistentinnen und Sozialassistenten mit staatlicher Anerkennung oder mit staatlicher Prüfung sowie Heilerziehungspflegerinnen und Heilerziehungspfleger mit staatlicher Anerkennung oder mit staatlicher Prüfung genannt. Die Entgeltgruppe S 8a wurde um eine weitere Fallgruppe erweitert, die für Beschäftigte mit abgeschlossener Berufsausbildung und einer abgeschlossenen Weiterbildung als geprüfte Fachkraft für Arbeits- und Berufsförderung als Gruppenleitung in Ausbildungs- oder Berufsförderungswerkstätten oder in Werkstätten für Menschen mit Behinderung gilt. Außerdem wurden die Tätigkeitsmerkmale der Entgeltgruppe S 14, die vorher nur für Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter, Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen sowie Heilpädagoginnen und Heilpädagogen vorgesehen war, durch die Aufnahme von „sonstigen Beschäftigten, die aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihrer Erfahrungen entsprechende Tätigkeiten ausüben“ erweitert.

Die neu aufgenommene Protokollerklärung Nr. 1a beinhaltet einen Anspruch auf eine Zulage in Höhe von 70 Euro monatlich für die Tätigkeit als Praxisanleiterin bzw. Praxisanleiter. Diese Zulage wird für die Praxisanleitung in der Ausbildung von Erziehern, Kinderpflegern, Sozialassistenten und Heilerziehungspflegern gezahlt, wenn die Praxisanleitung zeitlich mindestens 15 Prozent der Gesamttätigkeit umfasst. Die ebenfalls neu aufgenommene Protokollerklärung Nr. 17 legt fest, dass neben der abgeschlossenen Berufsausbildung eine sonderpädagogische Zusatzqualifikation im Sinne der Werkstättenverordnung nach dem SGB IX oder eine der sonderpädagogischen Zusatzqualifikation vergleichbaren Qualifikation Voraussetzung für die Eingruppierung als Gruppenleiterin bzw. Gruppenleiter in einer Ausbildungs- oder Berufsförderungswerkstatt oder in einer Werkstatt für Menschen mit Behinderung in die Entgeltgruppe S 7 ist.

Außerdem wurde die Protokollerklärung Nr. 1 S. 1 modifiziert, die nunmehr einen Anspruch auf eine Wohnzulage für die Dauer der Tätigkeit in einer besonderen Wohnform oder in der ambulant unterstützten Einzel- oder Gruppenbetreuung, wenn diese als Präsenzleistung durchgängig 24 Stunden täglich erfolgt, oder in der Heimerziehung nach § 34 SGB VIII,

48 Zu den Einzelheiten vgl. Günther ZAT 2022, 148 (153 ff.).

enthält. Die Zulage beträgt 100 Euro monatlich, wenn ein überwiegender Teil der Menschen mit durchgängigem Unterstützungs- oder Betreuungsbedarf dort untergebracht ist bzw. betreut wird. Überwiegt der Teil der Menschen mit durchgängigem Unterstützungs- bzw. Betreuungsbedarf nicht, beträgt die Zulage 50 Euro monatlich. Weitere Einzelheiten ergeben sich aus der Protokollerklärung Nr. 1.

In der Protokollerklärung Nr. 3 werden nunmehr neben den Erzieherinnen und Erziehern auch Kinderpflegerinnen und Kinderpfleger genannt; außerdem umfasst die Protokollerklärung Nr. 3 nun auch Ganztagesangebote für Schulkinder. Außerdem wurde die Protokollerklärung Nr. 6, in der Beispiele für besonders schwierige fachliche Tätigkeiten von Erzieherinnen und Erziehern aufgelistet werden, geändert und um weitere Beispiele ergänzt. Auch die Protokollerklärung Nr. 12, die Beispiele für die in Entgeltgruppe S 12 genannten schwierigen Tätigkeiten enthält, wurde modifiziert.

Im Rahmen der Anpassung der Protokollerklärung Nr. 9 wurde im Hinblick auf die Feststellung der Durchschnittsbelegung der belegbaren Plätze in Kindertagesstätten der Bemessungszeitraum ausgeweitet, die Abweichungstoleranz erhöht sowie gesteigerte Betreuungsanforderungen aufgrund von zu betreuenden Kindern mit erhöhtem oder wesentlich erhöhtem Förderungsbedarf berücksichtigt. Hierdurch soll eine stabilere Eingruppierungssituation für Leitungen von Kindertagesstätten bzw. für Beschäftigte, die durch ausdrückliche Anordnung als ständige Vertretungen von Leitungen von Kindertagesstätten bestellt sind, erreicht werden.⁴⁹

In der Neufassung der Protokollerklärung Nr. 13 wird klargestellt, dass unter die Entgeltgruppe S 14 auch Beschäftigte mit dem Abschluss Diplompädagogin und Diplompädagoge, Erziehungswissenschaftlerin und Erziehungswissenschaftler (Bachelor/Master) oder Kindheitspädagogin und Kindheitspädagoge (Bachelor/Master) fallen, die aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihrer Erfahrungen entsprechende Tätigkeiten von Sozialarbeiterinnen/Sozialarbeitern bzw. Sozialpädagogen/Sozialpädagoginnen mit staatlicher Anerkennung ausüben, denen Tätigkeiten der Entgeltgruppe S 14 übertragen sind.

49 Günther ZAT 2022, 148 (155).

4. Stufenzuordnung

Des Weiteren haben die VKA und die beteiligten Gewerkschaften vereinbart, dass die Regelungen des § 16 Abs. 3.1 und 4.1 TVöD-V/TVöD-B mit Wirkung zum 1. Oktober 2024 aufgehoben werden. Ab diesem Zeitpunkt gelten für die Beschäftigten des Sozial- und Erziehungsdienstes für das Erreichen der jeweils nächsten Erfahrungsstufe in der jeweiligen Entgeltgruppe im Verhältnis zu den übrigen Beschäftigten keine verlängerten Stufenlaufzeiten mehr. Auch die vorgezogenen Endstufen für bestimmte Entgeltgruppen entfallen zu diesem Zeitpunkt. Die betroffenen Beschäftigten werden gemäß § 28e des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-VKA) mit Wirkung zum 1. Oktober 2024 der dann für sie maßgeblichen Stufe zugeordnet.

Außerdem wird in der Protokollerklärung zu § 1 Abs. 1 S. 3 der Anlage zu § 56 (VKA) zum TVöD-BT-V und in der Protokollerklärung zu § 52 Abs. 2 S. 3 TVöD BT-B nunmehr geregelt, dass auch die fachpraktische Ausbildung im Rahmen der praxisintegrierten Ausbildungsgänge zur Erzieherin bzw. zum Erzieher nach landesgesetzlichen Regelungen und im Rahmen der praxisintegrierten Ausbildungsgänge zur Heilerziehungspflegerin bzw. zum Heilerziehungspfleger nach landesgesetzlichen Regelungen als Erwerb einschlägiger Berufserfahrungen gilt.

5. SuE-Zulage und Umwandlungstage

Beschäftigte, deren Eingruppierung sich nach Teil B Abschnitt XXIV der Anlage 1 – Entgeltordnung (VKA) in einer der Entgeltgruppen S 2 bis S 11a richtet, bekommen seit dem 1. Juli 2022 gemäß § 15 Abs. 2.1 S. 1 TVöD-V eine monatliche SuE-Zulage in Höhe von 130 Euro. Beschäftigte, die nach Teil B Abschnitt XXIV der Anlage 1 – Entgeltordnung (VKA) in einer der Entgeltgruppen S 11b bis S 12 sowie S 14 oder S 15 bei Tätigkeiten der Fallgruppe 6 eingruppiert sind, erhalten gemäß § 15 Abs. 2.1 S. 2 TVöD-V eine monatliche SuE-Zulage in Höhe von 180 Euro.

Beschäftigte mit Anspruch auf eine monatliche SuE-Zulage können bis zum 31. Oktober⁵⁰ des laufenden Kalenderjahres gemäß Nr. 1a Abs. 3 der Anlage D Abschnitt D.12 zum TVöD-V bzw. § 3.2a Abs. 3 TVöD-B in Text-

50 Für das Kalenderjahr 2022 konnte die Geltendmachung bis zum 30.11.2022 erfolgen.

form geltend machen, statt der ihnen zustehenden SuE-Zulage im Folgejahr bis maximal zwei Arbeitstage Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Entgelts gemäß § 21 TVöD-V in Anspruch zu nehmen (Umwandlungstage). Erwirbt eine Beschäftigte bzw. ein Beschäftigter erstmalig einen Anspruch auf eine SuE-Zulage gemäß § 15 Abs. 2a TVöD-V bzw. § 15 Abs. 2.4 TVöD-B, kann sie bzw. er nach Ablauf von drei Kalendermonaten nach Aufnahme des Arbeitsverhältnisses (Neubegründung des Arbeitsverhältnisses oder Tätigkeitswechsel) die Geltendmachung der Umwandlungstage für das laufende Kalenderjahr erklären. Die SuE-Zulage wird nach Nr. 1a Abs. 3 S. 3 der Anlage D Abschnitt D.12 zum TVöD-V bzw. § 3.2a Abs. 3 S. 3 TVöD-B jeweils nach der erfolgten Arbeitsbefreiung gekürzt.

Die Tarifvertragsparteien haben in einer Protokollerklärung zu den entsprechenden Vorschriften ausdrücklich erklärt, dass es sich bei den Umwandlungstagen nicht um Urlaubs- oder Zusatzurlaubstage handelt.

6. Entgeltwerte der Entgeltgruppe S 9

Außerdem wurden für die Entgeltgruppe S 9 neue Tabellenwerte vereinbart, die jedoch erst ab dem 1. Oktober 2024 gelten werden. Bis zu diesem Zeitpunkt nehmen die Tabellenwerte an den allgemeinen Entgeltanpassungen teil.

7. Weitere Inhalte der Tarifeinigung

Darüber hinaus waren Anpassungen der Überleitungsvorschriften Gegenstand der Tarifeinigung. Zum einen wird Beschäftigten, die ihr Antragsrecht zum Wechsel in die SuE-Eingruppierung haben verstreichen lassen, gemäß § 28c des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-VKA) die Möglichkeit eröffnet, in die Sue-Tätigkeitsmerkmale zu wechseln. Hierzu ist ein schriftlicher Antrag erforderlich, der bis zum 30. Juni 2023 (Ausschlussfrist) gestellt werden muss und auf den 1. Januar 2023 zurückwirkt.

Der Tarifabschluss ist für einige Beschäftigten mit einer Verbesserung ihrer Eingruppierung verbunden. Allerdings kann in Einzelfällen eine Höhergruppierung mit finanziellen Nachteilen verbunden sein. Zur Vermei-

derung von Härtefällen haben die Tarifvertragsparteien gemäß § 28d TVÜ-VKA deshalb zwei Eingruppierungsfallgestaltungen mit einem Antragsrecht versehen: die Höhergruppierung von der Entgeltgruppe S 11b in die Entgeltgruppe S 12 sowie die Höhergruppierung von der Entgeltgruppe S 12 in die Entgeltgruppe S 14.⁵¹ Die Betroffenen können somit selbst entscheiden, ob sie einen Antrag auf Eingruppierung in die höhere Entgeltgruppe stellen oder hierauf verzichten möchten.⁵²

Außerdem wurden im Rahmen der Tarifeinigung in § 1 Abs. 1 Buchstabe b des Tarifvertrags für Auszubildende des öffentlichen Dienstes (TVA-öD) die praxisintegrierten Ausbildungsgänge zur Heilerziehungspflegerin bzw. zum Heilerziehungspfleger aufgenommen. Die jeweiligen landesrechtlichen Regelungen sind hierbei zu berücksichtigen.

VI. Tarifrunde 2023

Die beteiligten Gewerkschaften hatten zum 31. Dezember 2022 unter anderem die Anlage C (VKA) zu §§ 1 Abs. 1 der Anlage zu § 56 (VKA) BT-V und § 52 Abs. 1 BT-B [Entgelttabelle Sozial- und Erziehungsdienst] gekündigt. Am 24. Januar 2023 traten die VKA für die kommunalen Arbeitgeber gemeinsam mit dem Bund, vertreten durch das Bundesinnenministerium, mit den Gewerkschaften Vereinte Dienstleistungsgesellschaft (ver.di) und dbb beamtenbund und tarifunion in Tarifverhandlungen ein; die nach mehreren Verhandlungsrunden und Anrufung der Schlichtung am 22. April 2023 mit folgendem Ergebnis abgeschlossen werden konnten:

1. Lineare Erhöhung des Entgelts

Ab 1. März 2024 werden die Tabellenentgelte aller Beschäftigten – somit auch die Tabellenentgelte der SuE-Tabelle – um 200 Euro erhöht (sog. Sockelbetrag). Diese um 200 Euro erhöhten Entgelte werden zusätzlich um 5,5 Prozent erhöht. Soweit hierbei keine Steigerung um 340 Euro erreicht wird, soll der betreffende Erhöhungsbetrag auf diese Summe festgesetzt werden. Außerdem werden tarifliche Zulagen, für die eine Dynamisierung

51 Günther ZAT 2022, 148 (156 f.).

52 Günther ZAT 2022, 148 (156).

über die allgemeine Entgeltanpassung vereinbart ist, ab dem 1. März 2024 einheitlich um 11,5 Prozent erhöht.⁵³

2. Entgeltanpassungen für Auszubildende, Praktikantinnen, Praktikanten sowie Studierende

Die Ausbildungsentgelte nach dem Tarifvertrag für Auszubildende des öffentlichen Dienstes (TVAöD), die Entgelte für Praktikantinnen und Praktikanten nach dem Tarifvertrag für Praktikantinnen/Praktikanten im öffentlichen Dienst (TVPöD), die monatlichen Entgelte nach § 8 Abs.1 S. 2 des Tarifvertrags für Studierende ausbildungsintegrierten dualen Studiengängen im öffentlichen Dienst (TVSöD) sowie das monatliche Studienentgelt nach § 8 Abs. 2 TVSöD werden ab dem 1. März 2024 um 150 Euro erhöht.⁵⁴

Die unter Nr.1 und 2 dargestellten Regelungen gelten mindestens bis zum 31. Dezember 2024.⁵⁵

3. Inflationsausgleich

Die Tarifeinigung sieht außerdem die Auszahlung eines steuer- und abgabenfreien Inflationsausgleichsgeldes⁵⁶ in Höhe von insgesamt 3.000 Euro vor; Einzelheiten sind im Tarifvertrag über Sonderzahlungen zur Abmilderung der gestiegenen Verbraucherpreise (TV Inflationsausgleich) vom 22. April 2023 geregelt. Die Beschäftigten erhalten gemäß § 2 Abs.1 TV Inflationsausgleich eine einmalige Sonderzahlung mit dem Entgelt für den

53 Stier öAT 2023, 155 (156).

54 Zum ganzen Absatz Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft – ver.di, Pressemitteilung vom 22. April 2023, <https://www.verdi.de/presse/pressemitteilungen/++co++d261a3b0-e147-11ed-86d1-001a4a160129> (letzter Abruf: 20.5.2023); Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände Pressemitteilung vom 23. April 2023, https://www.vka.de/assets/media/docs/0/Pressemitteilungen/230422_PM_VKA_Tarifabschluss%20im%20%C3%B6ffentlichen%20Dienst_Tarifeinigung%20bringt%20Entgelterterh%C3%B6hungen%20von%20bis%20zu%2017%20Prozent.pdf (letzter Abruf jeweils: 20.5.2023).

55 Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände Pressemitteilung vom 23. April 2023 (o. Fn. 54); Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft – ver.di, Pressemitteilung vom 22. April 2023 (o. Fn. 54).

56 Vgl. zum Instrument der steuer- und abgabenbefreiten Inflationsausgleichsprämie nach § 3 Nr. 11 c EstG Uffmann NZA 2023, 65 ff.

Monat Juni 2023 (Inflationsausgleich 2023), wenn ihr Arbeitsverhältnis am 1. Mai 2023 bestand und ihnen an mindestens einem Tag zwischen dem 1. Januar 2023 und dem 31. Mai 2023 ein Anspruch auf Entgelt zugestanden hat. Die Höhe des Inflationsausgleichs 2023 beträgt für Personen, für die der TVöD VKA gilt, gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 TV Inflationsausgleich 1.240 Euro. Studierende, Auszubildende sowie Praktikantinnen und Praktikanten erhalten nach § 2 Abs. 2 S. 2 TV Inflationsausgleich im Juni 2023 ein Inflationsausgleichsgeld in Höhe von 620 Euro, sofern sie unter den Geltungsbereich des TVAöD,⁵⁷ TVSöD,⁵⁸ TVHöD⁵⁹ oder TVPöD⁶⁰ fallen.

Personen mit Teilzeitbeschäftigung erhalten den Inflationsausgleich 2023 gemäß § 2 Abs. 2 S. 3 TV Inflationsausgleich in Verbindung mit § 24 Abs. 2 TVöD VKA in dem Umfang, der dem Anteil ihrer individuell vereinbarten durchschnittlichen Arbeitszeit an der regelmäßigen Arbeitszeit vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter entspricht. Für die Berechnung gilt folgender Weg: Der Inflationsausgleich 2023 wird durch die regelmäßige Arbeitszeit in Wochenstunden dividiert und mit der individuellen Arbeitszeit in Wochenzeit multipliziert.⁶¹

Außerdem werden gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 TV Inflationsausgleich in den Monaten Juli 2023 bis Februar 2024 (Bezugsmonate) monatliche Sonderzahlungen gewährt, die mit dem Entgelt des jeweiligen Bezugsmonats gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 TV Inflationsausgleich gezahlt werden. Der Anspruch auf den monatlichen Inflationsausgleich besteht gemäß § 3 Abs. 1 S. 3 TV Inflationsausgleich lediglich dann, wenn in dem jeweiligen Bezugsmonat ein Arbeitsverhältnis besteht und die Person an mindestens einem Tag im Bezugsmonat Anspruch auf Entgelt hat. Die Höhe der monatlichen Sonderzahlung beträgt für Personen, die unter den Geltungsbereich des TVöD VKA fallen, gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 TV Inflationsausgleich 220 Euro. Für Studierende, Auszubildende sowie Praktikantinnen und Praktikanten betragen die monatlichen Sonderzahlungen nach § 3 Abs. 2 S. 2 TV Inflationsausgleich 110 Euro, sofern sie unter den Geltungsbereich des TVAöD, TVSöD, TVHöD oder TVPöD fallen.

57 Tarifvertrag für Auszubildende des öffentlichen Dienstes.

58 Tarifvertrag für Studierende in ausbildungsintegrierten dualen Studiengängen im öffentlichen Dienst.

59 Tarifvertrag für Studierende in einem dualen Hebammenstudium im öffentlichen Dienst.

60 Tarifvertrag für Praktikantinnen/Praktikanten im öffentlichen Dienst.

61 Vgl. Bredemeier/Neffke/Pielok TVöD/TV-L § 24 TVöD Rn. 12.

Personen mit Teilzeitbeschäftigung erhalten die monatlichen Sonderzahlungen gemäß § 3 Abs. 2 S. 3 TV Inflationsausgleich in Verbindung mit § 24 Abs. 2 TVöD VKA in dem Umfang, der dem Anteil ihrer individuell vereinbarten durchschnittlichen Arbeitszeit an der regelmäßigen Arbeitszeit vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter entspricht. Auch hier erfolgt somit eine entsprechende Kürzung.

4. Übernahme von Auszubildenden

Des Weiteren wird die Vorschrift des § 16a TVAöD, in der die Übernahme von Auszubildenden geregelt war, rückwirkend zum 1. Januar 2023 wieder in Kraft gesetzt. Mit Ablauf des 31. Dezember 2024 tritt diese Regelung außer Kraft.

5. Finanzielle Verbesserungen für Beschäftigte in kommunalen Krankenhäusern sowie kommunalen Pflege- und Betreuungseinrichtungen

Im Rahmen der Tarifeinigung wurden außerdem Änderungen des BT-K und des BT-B vereinbart. Die Regelungen in § 53 Abs. 2 BT-K werden zum 1. Juli 2023 angepasst und in der gleichen Fassung zum 1. Juli 2023 als neuer § 50 Abs. 2 BT-B eingefügt. Soweit es zur regionalen Differenzierung, zur Deckung des Personalbedarfs oder zur Bindung von qualifizierten Fachkräften notwendig ist, kann sowohl Gruppen von Beschäftigten als auch einzelnen Beschäftigten ein um bis zu zwei Stufen höheres Entgelt ganz oder teilweise vorweggewährt werden. Haben Beschäftigte bereits die Stufe 5 oder die Endstufe ihrer jeweiligen Entgeltgruppe erreicht, kann ihnen ein um bis zu 20 Prozent der Stufe 2 ihrer jeweiligen Entgeltgruppe höheres Entgelt gezahlt werden.

Außerdem wird eine Öffnungsklausel vereinbart, um durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung Zulagen bzw. Zuschläge zum Beispiel für Dienste zu ungünstigen Zeiten gewähren zu können.

VII. Ausblick

Die unter Punkt VI. dargestellten Änderungen der Tarifeinigung für den SuE im Jahr 2022 beinhalten neben klassischen Ergebnissen einer Tarifrunde auch neue Elemente⁶² für einen Flächentarifvertrag des öffentlichen Dienstes.⁶³ So waren Regenerations- und Umwandlungstage bislang nicht Gegenstand des TVöD.⁶⁴ Ob hiermit die Attraktivität der SuE-Berufe gesteigert werden kann und mit welchen Auswirkungen die zusätzlichen freien Tage auf Beschäftigte und Zielgruppen der jeweiligen Arbeitsfelder verbunden sein werden, wird sich in der Praxis zeigen.

Die Gewerkschaft ver.di hatte in den Verhandlungen im Jahr 2022 zudem die Einführung von Entlastungstagen durch ein sogenanntes „Konsequenzenmanagement“ für Beschäftigte in Kindertagesstätten gefordert. Beim Konsequenzenmanagement handelt es sich um normativ wirkende tarifliche Regelungen, die individuelle Ansprüche der Beschäftigten auf einen Entlastungsausgleich begründen, wenn die festgelegte Mindestanzahl von Beschäftigten („quantitative Besetzungsregelung“) oder die Mindestqualifikation unter den Beschäftigten („qualitative Besetzungsregelung“) nicht eingehalten werden. Eine derartige Regelung wurde nicht in den Tarifvertrag von Mai 2022 aufgenommen; in diesem Tarifvertrag wurden wie zuvor dargestellt Ansprüche auf pauschale Entlastungstage vereinbart.⁶⁵

In der Tarifrunde 2023 standen Entgeltforderungen im Fokus der Verhandlungen. Der Tarifabschluss beinhaltet Zahlungen zur Abmilderung der gestiegenen Verbraucherpreise im Zeitraum von Juni 2023 bis Februar 2024 sowie eine Erhöhung der Tabellenentgelte ab 1. März 2024. Eine Ausdehnung von Regenerations- und Umwandlungstage auf weitere Beschäftigungsgruppen wurde zwischen den Tarifvertragsparteien nicht vereinbart. Ob tarifliche Ansprüche auf zusätzliche Freizeit oder die Umwandlung von Entgeltbestandteilen in freie Tage in künftigen Verhandlungsrunden an Bedeutung gewinnen wird, bleibt abzuwarten. Angesichts zahlreicher

62 Andere Tarifverträge sehen entsprechende Regelungen bereits seit längerer Zeit vor. Der Manteltarifvertrag für die Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens vom 08.11.2018 (MTV) eröffnet beispielsweise bestimmten Arbeitnehmergruppen die Möglichkeit, statt des Zusatzgeldes nach dem Tarifvertrag Tarifliches Zusatzgeld für die Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens vom 14.02.2018 (TV T-ZUG) arbeitsfreie Tage zu erhalten (vgl. hierzu auch die Entscheidung des BAG NZA 2022, 1073).

63 Günther ZAT 2022, 148 (157); Stier öAT 2022, 199 (202).

64 Günther ZAT 2022, 148 (157) Stier öAT 2022, 199 (202).

65 Zum ganzen Absatz Kocher NZA 2022, 815 (815).

unbesetzter Stellen im sozialen Bereich und die in den nächsten Jahren zu verzeichnenden Renteneintritte wird die Steigerung der Attraktivität sozialer Berufe auch in den nächsten Jahren an Bedeutung gewinnen.

Literaturverzeichnis:

- Bredemeier, Jörg/Neffke, Reinhard: TVöD/TV-L, Tarifverträge für den öffentlichen. Kommentar, 6. Aufl., München 2022 (zit.: Bredemeier/Neffke/Bearbeiter)
- Conze, Peter: Zur tariflichen Neuregelung für die Beschäftigten im kommunalen Sozial- und Erziehungsdienst, öAT 2011, 273 ff.
- Dütz, Wilhelm/Thüsing, Georg: Arbeitsrecht, 27. Aufl., München 2022
- Eylert, Mario/Rinck, Ursula: Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge – eine aktuelle Bestandsaufnahme, RdA 2022, 146 ff.
- Günther, Sebastian: TVöD-Tarifeinigung zum Sozial- und Erziehungsdienst 2022, ZAT 2022, 148 ff.
- Howald, Bert: Eingruppierung von Beschäftigten in der Pflege, öAT 2022, 93 ff.
- Howald, Bert: Neue arbeitsrechtliche Entwicklungen in Pflegeeinrichtungen des öffentlichen Dienstes, öAT 2020, 136 ff.
- Kocher, Eva: Die Erstreikbarkeit eines tariflichen Belastungsausgleichs im Kontext von Mindestpersonalausstattungsregelungen, NZA 2022, 815 ff.
- Kuner, Markus: Eingruppierung und Entgelt im kommunalen Sozial- und Erziehungsdienst – Neues Recht seit 01.11.2009, öAT 2010, 5 ff.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl., München 2023 (zit.: ErfK/Bearbeiter)
- Nebeling, Marin/Lankes, Florian: 100 Jahre „kirchliches Arbeitsrecht“: die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche in Deutschland im Hinblick auf das Arbeitsrecht in der Kirche, RdA 2020, 101 ff.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Mießling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.): BeckOK Arbeitsrecht, 67. Edition, München 2023 (zit.: BeckOK/Bearbeiter)
- Schaub, Günter (Begr.): Arbeitsrechts-Handbuch, Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 19. Aufl., München 2021 (zit.: Schaub/Bearbeiter)
- Schmidt, Christopher / Rabe, Annette: Recht für die Kindheitspädagogik, Baden-Baden 2021.
- Stier, Anke: Die Einigung in den Tarifverhandlungen für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes von Bund und Kommunen 2023, öAT 2023, 155 ff.
- Dies.: Die Tarifeinigung im Sozial- und Erziehungsdienst zwischen der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände und den Gewerkschaften, öAT 2022, 199 ff.
- Treichel, Stefan: Rechtsfragen des Kita-Streiks, RdA 2017, 379 ff.
- Uffmann, Katharina: Arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten und -grenzen bei der Gewährung einer „Inflationsausgleichsprämie“, NZA 2023, 65 ff.

III. Recht in Forschung und Lehre

Der „Promotionsverband der Hochschulen für angewandte Wissenschaften Baden-Württemberg“ – der (lange) Weg zum Promotionsrecht der Fachhochschulen

Prof. Dr. Arne Pautsch

Im September 2022 wurde dem „Promotionsverband der Hochschulen für angewandte Wissenschaften Baden-Württemberg“ das Promotionsrecht verliehen. Besonders qualifizierte Hochschullehrer von Fachhochschulen werden dort als Mitglieder des Promotionszentrums Dissertationen oder vergleichbare wissenschaftliche Qualifizierungsarbeiten wie etwa kumulative Promotionen betreuen können, während bisher nur eine Beteiligung als Zweitgutachter an universitären Promotionsverfahren möglich war. Gerade soziale Studiengänge werden davon profitieren. Der Autor hat die Entwicklung des Promotionsverbands von der ersten Stunde an begleitet. Er ist Gründungsmitglied des Promotionszentrums.

Inhalt

I.	Einleitung	359
II.	Der (lange) Weg zum HAW-Promotionsrecht	362
	1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	362
	2. Die Entscheidung des BVerfG vom 13. April 2010 als Wendepunkt	364
	3. Schlussfolgerung: HAW-Promotionsrecht ist verfassungsrechtlich zulässig	365
III.	Der Rechtsstand zum HAW-Promotionsrecht in den Bundesländern	366
IV.	Der „Promotionsverband der Hochschulen für angewandte Wissenschaften Baden-Württemberg“	367
	1. Rechtsstellung und Organisationsstruktur	368
	a) Rechtsstellung	368
	b) Organisationsstruktur	370
	2. Rechtliche Bewertung	372
V.	Fazit	376

I. Einleitung

Nach Maßgabe der Landeshochschulgesetze firmieren die Fachhochschulen, die seit ihren Gründungen zu Beginn der 1970er Jahre als etablierter

Hochschultypus neben den Universitäten und den diesen gleichgestellten Hochschulen gelten,¹ als Hochschulen für angewandte Wissenschaften (HAW).² An dieser sprachlichen Veränderung wird nicht nur auch ein neues Selbstbewusstsein deutlich, das zum Ausdruck bringt, dass nicht mehr allein die anwendungsbezogene Lehre im Fokus der Aufgaben dieser Hochschulkategorie steht, sondern sich in den Dekaden ihres Bestehens auch eine deutliche Stärkung der Forschung – genauer: der anwendungsbezogenen Forschung, wie es im Hochschulrecht z.B. in § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 a.E. LHG BW hervorgehoben ist³ – eingestellt hat. Nicht zuletzt die für das Hochschulrecht maßgeblich zuständigen Landesgesetzgeber haben zu dieser Stärkung der HAWen maßgeblich beigetragen. Forschungsaktivität der HAWen bzw. ihrer Professorinnen und Professoren äußert sich in wissenschaftlichen Publikationen, die universitätsadäquates Niveau aufweisen, und nicht zuletzt auch in signifikanten Drittmittelvorhaben. Mit dieser Entwicklung ging stets auch die Forderung nach einem eigenen Promotionsrecht für die Fachhochschulen/HAW einher.⁴ Stand den Universitäten das Promotionsrecht seit jeher zu, war es selbst anderen, den Universitäten gleichgestellten Hochschulen wie etwa den früheren Technischen Hochschulen nicht selbstverständlich eingeräumt.⁵ Mit der Diversifizierung des Hochschulsystems verbunden war allerdings auch die Erkenntnis, dass der „Status“ einer wissenschaftlichen Hochschule als Voraussetzung der Verleihung bzw. Zuerkennung des Promotionsrechts nicht mehr allein den Universitäten vorbehalten war, was sich an der Zuerkennung dieses Rechts

1 Vgl. hierzu und den Vorgängereinrichtungen Pautsch, in: Pautsch/Lackner, S. 37 f.; in Baden-Württemberg erhielten die Fachhochschulen Hochschulrang mit dem Gesetz über die Fachhochschulen im Lande Baden-Württemberg (Fachhochschulgesetz – FHG) vom 21.12.1971 (GBl. 1972, 7); mit der Hochschulrechts-Novelle 2005 wurden sie in das LHG BW überführt, vgl. von Coelln/Haug/von Coelln LHG § 1 Rn. 35.

2 Jedenfalls unter dem Hochschulrahmengesetz (HRG) waren die heutigen landesrechtlich als Hochschulen für angewandte Wissenschaften in Abgrenzung zu den Universitäten und den diesen gleichgestellten Hochschulen als Fachhochschulen bezeichnet. Diese durch die Entwicklungsgeschichte des Hochschultyps bedingte sprachliche Differenzierung wird in diesem Beitrag nicht vollständig aufgegeben, sondern – auch vor dem Hintergrund der hier aufzuzeigenden Entwicklung bis zum heutigen HAW-Promotionsrecht – kontextbezogen aufrechterhalten. Daher ist einerseits noch von Fachhochschulen (i.S.d. HRG) die Rede; andererseits wird von Hochschulen für angewandte Wissenschaften gesprochen.

3 Dort heißt es: „[...] sie [die Hochschulen für angewandte Wissenschaften, Anm. des Verfassers] betreiben anwendungsbezogene Forschung und Entwicklung.“

4 Pautsch, in: Pautsch/Lackner, S. 39.

5 Pautsch, in: Pautsch/Lackner, S. 37, 39.

auch an die den Universitäten gleichgestellten Hochschulen ablesen lässt. Für Baden-Württemberg kann insoweit beispielhaft auf § 38 Abs.1 LHG BW verwiesen werden. Gleichwohl blieben die Fachhochschulen/HAW dabei bislang ausgespart.

Spätestens das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in einer hier noch näher zu betrachtenden Entscheidung aus dem Jahre 2010 den Weg für die Einführung des Promotionsrechts der Fachhochschulen/HAW geebnet, indem es diese – jedenfalls mittelbar – zu wissenschaftlichen Hochschulen erklärt hat.⁶ Hierauf wird noch einzugehen sein.

In der Folge ist der für das Hochschulrecht zuständige Landesgesetzgeber in einzelnen Ländern vorgestoßen und hat den Fachhochschulen/HAW das Promotionsrecht zuerkannt bzw. die Voraussetzungen für die Einräumung des Promotionsrechts an diesen Hochschultypus unter bestimmten, im Hochschulgesetz jeweils näher bestimmten Voraussetzungen geschaffen.

Baden-Württemberg, das hier mit dem 2022 geschaffenen Promotionsverband den Hochschulen für angewandte Wissenschaften im Fokus der Betrachtung steht, hatte bereits mit der Novelle des Hochschulrechts im Jahre 2014 diese Option im Rahmen eines Hochschulverbandes geschaffen (§ 76 Abs. 2 LHG BW) und damit die Perspektive für ein Promotionsrecht für Fachhochschulen/HAW im Land eröffnet. Sie ist nunmehr mit Leben gefüllt worden: Nach Errichtung des Hochschulverbandes als Körperschaft des öffentlichen Rechts, dem alle staatlichen Hochschulen für angewandte Wissenschaften⁷ sowie die drei kirchlichen Hochschulen des Landes angehören, wurde durch Rechtsverordnung des Wissenschaftsministeriums⁸ mit Zustimmung des Wissenschaftsausschusses des Landtages das Promotionsrecht zunächst befristet auf acht Jahre verliehen. Die Rechtsverordnung trat am 1. Oktober 2022 in Kraft.

Dieser Beitrag zielt darauf, die Neuregelung in Baden-Württemberg und den damit geschaffenen „Promotionsverband der Hochschulen für angewandte Wissenschaften“ näher darzustellen und einer Würdigung im

6 BVerfGE 126, 1 = BVerfG, NVwZ 2010, 1285 ff.

7 Hierzu zählen nach Maßgabe von § 1 Abs. 2 Nr. 6 LHG BW auch die nach § 69 LHG BW errichteten besonderen Hochschulen für den öffentlichen Dienst, von denen dem Promotionsverband bislang die Hochschule für öffentliche Verwaltung Kehl und die Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg als Mitglieder angehören.

8 Verordnung des Wissenschaftsministeriums über die Verleihung des Promotionsrechts an den Promotionsverband der Hochschulen für angewandte Wissenschaften Baden-Württemberg (PVPromVO) v. 21.9.2022 (GBl. 2022, 494).

Länderrechtsvergleich zu unterziehen. Zuvor erscheint es indessen angezeigt, die Entwicklungslinien, die zur Schaffung eines Promotionsrechts der Fachhochschulen geführt haben, sowie die Rechtslage im Hochschulrecht anderer Bundesländer nachzuzeichnen.

II. Der (lange) Weg zum HAW-Promotionsrecht

Wie eingangs dargestellt, hat auch der Hochschulgesetzgeber trotz der Weiterentwicklung der Fachhochschulen/HAW in den Ländern Zeit gebraucht, um diesen Hochschultypus im Wissenschaftssystem im Sinne einer „Akademisierung“ selbst weiterzuentwickeln. Ebenso hat sich gesetzgeberische Aktivität zur Schaffung eines HAW-Promotionsrechts bislang auch nur in einigen Ländern allmählich eingestellt. Der (lange) Weg zum Promotionsrecht der Fachhochschulen/HAW ist deshalb auch dadurch maßgeblich geprägt, dass es zunächst einer verfassungsrechtlichen Verortung der Fachhochschulen/HAW im Wissenschaftssystem und – damit einhergehend – deren Zuordnung zu den wissenschaftlichen Hochschulen bedurfte. Sowohl die verfassungsrechtliche Diskussion als auch die durch das BVerfG eingeleitete „Wende“ sind hierbei notwendigerweise voranzustellen, bevor im Einzelnen auf die Rechtslage in den Ländern und hier vor allem auf das näher betrachtete Modell Baden-Württembergs eingegangen wird.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Dass auch den Fachhochschulen das Promotionsrecht eingeräumt werden könne, wurde im juristischen Schrifttum überwiegend abgelehnt.⁹ Dies beruhte vor allem auf der Grundlage einer Rechtsprechung des BVerfG, in welcher die Frage der Wissenschaftlichkeit der Lehre und Forschung an den Fachhochschulen lange Zeit mindestens offen geblieben war.¹⁰ Das Promotionsrecht (*ius doctorandi*, auch: *ius promovendi*¹¹) galt lange Zeit als „Hausgut“ der Universitäten.¹² Das solcherart verstandene subjektive

9 Vgl. Braun, *passim*; Epping, GS Krüger, S. 61 ff.; Hufen/Geis, FS Thieme, S. 621 ff.; a.A. Reich, *WissR* 31 (1998), 352 (364); Waldeyer, *NVwZ* 2010, 1279 (1282).

10 Vgl. etwa *BVerfGE* 61, 207 (237 ff.); 64, 323 (352 ff.).

11 Vgl. Hartmer, in: Hartmer/Detmer, S. 201.

12 Hartmer, in: Hartmer/Detmer, S. 201; vgl. auch Pautsch, in: Pautsch/Lackner, S. 39 f.

Recht der Hochschulen ist als Befugnis zu verstehen, den Doktorgrad zu verleihen.¹³ Es wird als originäres Recht durch das Landeshochschulrecht – etwa in Baden-Württemberg nach Maßgabe von § 38 Abs.1 LHG BW – zugewiesen und von den berechtigten Hochschulen bzw. ihren Fakultäten durch Satzungsrecht in Gestalt der Promotionsordnungen näher ausgestaltet.¹⁴ Mit der Herausbildung neuer Hochschultypen – etwa den Technischen oder Pädagogischen Hochschulen – haben auch weitere, den Universitäten gleichgestellte Hochschulen das Promotionsrecht erlangt.¹⁵ Nach Maßgabe der Landeshochschulgesetze erfolgt die Verleihung zumeist dergestalt, dass den Universitäten das Promotionsrecht generell und den gleichgestellten Hochschulen durch ausdrückliche Erwähnung und ggf. einer fachlichen Einschränkung je nach Hochschultypus zugewiesen ist.

Als übergreifendes Merkmal ist allen Hochschulen mit Promotionsrecht gemeinsam, dass es sich bei ihnen um *wissenschaftliche Hochschulen* handeln muss.¹⁶ Ob dieser Status auch den Fachhochschulen zukommt und in der Folge die Verleihung eines eigenen Promotionsrechts an diese als verfassungsrechtlich zulässig angesehen werden kann, ist in der hochschulrechtlichen Literatur bislang überwiegend verneint worden.¹⁷ Diese Einschätzung beruhte nicht zuletzt auch auf der erwähnten Rechtsprechung des BVerfG, welche die Frage der Wissenschaftlichkeit der Fachhochschulen als Hochschultypus auch mangels konkreten Entscheidungsanlasses nicht eindeutig beantwortet hatte.¹⁸

Weithin wurde den Fachhochschulen nur eine „eingeschränkte Wissenschaftlichkeit“ zugeschrieben.¹⁹ Die galt schon deshalb, weil die Wissenschaftlichkeit einer Hochschule – insbesondere im Lichte des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG betrachtet, für den die Hochschulen in ihrem körperschaftlichen Element selbst die Grundrechtsträgerschaft besitzen – das zentrale Anknüpfungskriterium für die Verleihung des Promotionsrechts darstellt.²⁰ Insoweit wird das Promotionsrecht dem institutionell geschützten Kernbereich wissenschaftlicher Tätigkeit zugerechnet.²¹ Die Promotion, die nach

13 Hartmer, in: Hartmer/Detmer, S. 201.

14 Vgl. § 38 Abs. 1 LHG BW.

15 Vgl. Pautsch, in: Pautsch/Lackner, S. 39 f.

16 Vgl. von Coelln/Haug/Krausnick LHG § 76 Rn. 12 f.

17 Siehe die Nachweise in Fn. 9.

18 Siehe die Nachweise in Fn. 10.

19 Pautsch, NVwZ 2012, 675.

20 Siehe auch von Coelln/Haug/Krausnick LHG § 76 Rn. 12.

21 Hufen/Geis, in: FS Thieme, S. 621 (631).

wie vor als Eingangsqualifikation für den Beruf des Hochschullehrers gilt und damit einen eindeutigen Forschungsbezug aufweist, muss daher auf eine strikt wissenschaftliche Fundierung der Hochschule, ihres Lehrpersonals und der damit verbundenen Aufgaben in Forschung und Lehre ausgerichtet sein. Andernfalls drohte ein verfassungsrechtlicher Konflikt mit Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, da das Promotionsrecht dem Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit zuzurechnen ist und diese bei einer Verlagerung von Aufgaben auf „nichtwissenschaftliche Einrichtungen“ in nicht zu rechtfertigender Weise beeinträchtigt wäre. In der Konsequenz folgt daraus, dass das Promotionsrecht nur an wissenschaftliche Hochschulen verliehen werden darf. Dem ist zuzustimmen, wenngleich daraus kein Promotionsmonopol der Universitäten erwächst. Hochschulen gleich welchen Typs können jedenfalls dann, wenn sie das Merkmal der Wissenschaftlichkeit erfüllen, eine Gleichstellung hinsichtlich des Promotionsrechts erfahren, wie sich auch am Beispiel anderer Hochschultypen wie in Baden-Württemberg gerade den Pädagogischen Hochschulen belegen lässt. Solange also in der Vergangenheit die Fachhochschulen in der Typologie des tertiären Bildungssektors zwar als Hochschulen gewertet wurden, dabei aber vor allem wegen des stets besonders betonten Anwendungsbezugs und der ebenso deutlich betonten Lehre die Frage nach der Geltung der Wissenschaftsfreiheit als Anhalt für die Wissenschaftlichkeit mindestens offengeblieben war, waren in der Vergangenheit die Grenzen der Verleihung des Promotionsrechts auch an die Fachhochschulen eher eng gezogen.

2. Die Entscheidung des BVerfG vom 13. April 2010 als Wendepunkt

Gleichsam als Wendepunkt in der verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung um das Promotionsrecht der Fachhochschulen ist der bereits oben angeführte Beschluss des BVerfG vom 13. April 2010 anzusehen.²² Das BVerfG hat in dieser Entscheidung die Rolle der Fachhochschulen im deutschen Wissenschaftssystem maßgeblich gestärkt und dabei – ohne dass es in dem Verfahren primär hierum ging – auch die Tür für ein fachhochschulisches Promotionsrecht aufgetan. Die Entscheidung ist insofern als Zäsur zu verstehen, als das Gericht erstmals positiv festgestellt hat, dass sich auch die Professoren der Fachhochschulen umfangreich auf die Gewährleistungen der Wissenschaftsfreiheit – also die Freiheit von Lehre und Forschung – be-

22 BVerfGE 126, 1 = BVerfG, NVwZ 2010, 1285 ff.

rufen können. In hiesigen Kontext der Verfassungsmäßigkeit eines Promotionsrechts für Fachhochschulen ist dies deshalb hervorzuheben, weil das BVerfG diese Auffassung ganz wesentlich auf die Wissenschaftlichkeit der Fachhochschulen stützt. Insoweit betritt das Gericht in der Tat Neuland, indem es vormalige Aussagen unter Verweis auf die Entwicklungsoffenheit der Wissenschaftsfreiheit zugunsten der Fachhochschulen präzisiert.

Als Anknüpfungspunkt dient dem BVerfG vor allem die durch gesetzgeberische Aktivität erfolgte Angleichung der Hochschultypen im zunächst im Hochschulrahmenrecht und nachfolgend vor allem im Landeshochschulrecht.²³ Sie finde letztlich auch ihren Ausdruck in den sog. Bologna-Reformen und der damit verbundenen Gleichstellung der Studienabschlüsse in Gestalt von nicht mehr nach Hochschultypen differenzierenden Bachelor- bzw. Masterabschlüssen.²⁴ Mehrfach betont das Gericht, dass sich vor diesem Hintergrund die früheren Unterschiede zwischen Universitäten und Fachhochschulen nicht mehr aufrecht erhalten ließen.²⁵ Trotz aller fortbestehenden Binnendifferenzierungen zwischen den Hochschultypen geht das BVerfG erkennbar von einem einheitlichen Hochschulbegriff aus, der seinen Ausgangspunkt in der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG findet. Als Hochschule sind demnach alle Einrichtungen zu qualifizieren, die der Wissenschaft im Sinne der grundgesetzlichen Gewährleistungen nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG dienen. Und dies sind nach dem BVerfG neben den Universitäten und den ihnen gleichgestellten Hochschulen auch die Fachhochschulen.

3. Schlussfolgerung: HAW-Promotionsrecht ist verfassungsrechtlich zulässig

Die maßgebliche Schlussfolgerung aus der vorgenannten Entscheidung ist darin zu sehen, dass jedenfalls verfassungsrechtliche Gründe im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG der Verleihung des Promotionsrechts an Fachhochschulen nicht mehr entgegengehalten werden können.²⁶ In Verbindung mit dem Bedeutungsverlust des bundesrechtlichen Hochschulrechts infolge der Föderalismusreform I und der damit verbundenen weitgehenden Verlagerung der Hochschulgesetzgebung auf die Länder ist es den

23 BVerfGE 126, 1 (20); s. auch von Coelln/Haug/Krausnick LHG § 76 Rn. 12 f.

24 BVerfGE 126, 1 (23).

25 BVerfGE 126, 1 (21 f.).

26 Vgl. von Coelln/Haug/Krausnick LHG § 76 Rn. 15.

Ländern überlassen, Regelungen in den Landeshochschulgesetzen über das Promotionsrecht der Fachhochschulen bzw. Hochschulen für angewandte Wissenschaften zu schaffen. Wie nachfolgend darzustellen ist, ist es nicht nur in Baden-Württemberg infolge gesetzgeberischer Aktivität zur Schaffung der rechtlichen Voraussetzungen für die Verleihung des Promotionsrechts an die Fachhochschulen bzw. Hochschulen für angewandte Wissenschaften gekommen.

III. Der Rechtsstand zum HAW-Promotionsrecht in den Bundesländern

In den Ländern ist es in der Folge – und maßgeblich unterstützt durch Interessenvertretungen der Fachhochschulprofessoren wie den Hochschullehrerbund – zu entsprechenden Regelungen zum Promotionsrecht der Fachhochschulen im Landeshochschulrecht gekommen. Dabei kann in grober Unterteilung unterschieden werden in die Länder, die den Fachhochschulen das Promotionsrecht unmittelbar eingeräumt haben, und jene, die zumindest die Voraussetzungen für dessen Einräumung geschaffen haben. Im Hinblick auf die hier besonders interessierende Betrachtung der Rechtslage in Baden-Württemberg bleibt anzumerken – und unten weiter auszuführen –, dass dort die gleichsam älteste Optionsregelung im Landeshochschulrecht existiert, die nunmehr mit dem gegründeten und hier näher betrachteten Promotionsverband in die Praxis umgesetzt wurde.

Eine Einräumung des Promotionsrechts an HAWen auf landeshochschulrechtlicher Grundlage erfolgte neben Baden-Württemberg in den Ländern Hessen, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt. In Hessen wurde mit dem 09.12.2015 in Kraft getretenen Landeshochschulgesetz (LHG) die Möglichkeit der Verleihung des Promotionsrechts an forschungsstarke Fachrichtungen an Hochschulen für angewandte Wissenschaften geschaffen. Dies führte dazu, dass sich forschungsstarke Wissenschaftler der HAW entweder an der eigenen Hochschule oder hochschulübergreifend zu Promotionskollegs zusammengeschlossen haben und als solche jeweils das Promotionsrecht verliehen bekamen.²⁷

Das Landeshochschulrecht in Nordrhein-Westfalen kannte für die Promotionen von Fachhochschulabsolventen ursprünglich ein „Graduiertenkolleg“, das 2020 in das Promotionskolleg Nordrhein-Westfalen umbenannt

27 Vgl. https://wissenschaft.hessen.de/sites/wissenschaft.hessen.de/files/2022-06/evaluationsbericht_promotions-recht_haw_barrierefrei.pdf (letzter Abruf: 30.4.2023).

wurde. Der Wissenschaftsrat hat die Evaluierung des Promotionsgeschehens am Promotionskolleg NRW (bis November 2020 "Graduiertenkolleg NRW") im Juli 2022 abgeschlossen. Das Land folgte dieser Empfehlung und verlieh dem Promotionskolleg NRW als einer landesweiten Einrichtung am 7. November 2022 das eigenständige Promotionsrecht.²⁸ Gegenwärtig ist in Anlehnung an das nordrhein-westfälische Modell des Promotionskollegs auch in Brandenburg eine entsprechende Novellierung des dortigen Landeshochschulgesetzes in Planung.²⁹

In Sachsen-Anhalt eröffnete die Novelle des Landeshochschulgesetzes aus dem Jahr 2020 die Möglichkeit der Verleihung des HAW-Promotionsrechts. Im Unterschied zu den Regelungen in den übrigen Bundesländern haben alle Hochschulen für angewandte Wissenschaften des Landes ein eigenständiges und auf zehn Jahre befristetes Promotionsrecht verliehen bekommen, entweder für Forschungsverbände an der eigenen Hochschule oder im Verbund mit anderen Hochschulen.

Demgegenüber sind in den Ländern Bayern, Berlin, Bremen und Schleswig-Holstein nach gegenwärtigem Stand zumindest die Voraussetzungen für die Einräumung des Promotionsrechts an HAWen geschaffen worden, ohne dass es allerdings bereits zur Verleihung dieses Rechts gekommen wäre.³⁰ Die entsprechenden Regelungen knüpfen allerdings ebenfalls – was im Übrigen auch zwingend ist – an das Vorliegen einer Forschungsstärke der beteiligten Wissenschaftler auf einem bestimmten Gebiet bzw. in bestimmten Fächern an.

IV. Der „Promotionsverband der Hochschulen für angewandte Wissenschaften Baden-Württemberg“

Näherer Betrachtung unterzogen werden soll nachfolgend das Modell des Promotionsverbandes der Hochschulen für angewandte Wissenschaften in Baden-Württemberg (nachfolgend: HAW-Promotionsverband). Seine rechtliche Grundlage findet das „Konstrukt“ als Trägereinrichtung des HAW-Promotionsrechts in § 76 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 5 LHG BW. Denn der Gesetzgeber hatte die allgemein in § 6 Abs. 5 LHG BW vorgesehene

28 Vgl. <https://www.wissenschaftsrat.de/download/2022/9860-22.html> (letzter Abruf: 30.4.2023).

29 Dazu eingehend Knopp, NVwZ 2023, 728 (728 f.).

30 Vgl. etwa die Regelungen in § 96 Abs. 7 BayHIG; § 2 Abs. 6 BerlHG; § 65 Abs. 1 BremHG; § 54a SHHSG.

Möglichkeit der Errichtung rechtsfähiger Hochschulverbände vor Augen, um im Rahmen der Weiterentwicklungsnorm des § 76 Abs. 2 LHG BW auch das Promotionsrecht der Hochschulen für angewandte Wissenschaften im Rahmen eines zu gründenden Hochschulzweckverbands zu erproben. Hierzu ermächtigt § 76 Abs. 2 LHG BW dergestalt, dass solchen als (Personal-)Körperschaften des öffentlichen Rechts errichteten Verbänden nach evaluations- und qualitätsgeleiteten Kriterien das Promotionsrecht befristet und thematisch begrenzt verliehen werden kann. Hierauf fußt der „Promotionsverband der Hochschulen für angewandte Wissenschaften in Baden-Württemberg“.

1. Rechtsstellung und Organisationsstruktur

a) Rechtsstellung

Ausgangspunkt der Gründung des HAW-Promotionsverbands ist – wie zuvor dargelegt – zunächst § 76 Abs. 2 LHG BW, der allerdings stets im Zusammenhang mit § 6 Abs. 5 LHG BW zu sehen ist. Bei § 76 Abs. 2 LHG handelt es sich um eine Option der dort geregelten hochschulrechtlichen Weiterentwicklungsklausel, die der Erprobung neuer Hochschulmodelle dient, zu denen eben auch die Zusammenschlüsse der Hochschulen für angewandte Wissenschaften zur Erprobung des HAW-Promotionsrechts.³¹ Danach – nämlich nach § 76 Abs. 2 Satz 1 LHG BW – kann das Wissenschaftsministerium einem Zusammenschluss von Hochschulen für angewandte Wissenschaften, dessen Zweck die Heranbildung des wissenschaftlichen Nachwuchses und die Weiterentwicklung der angewandten Wissenschaften ist, nach evaluations- und qualitätsgeleiteten Kriterien das Promotionsrecht befristet und thematisch begrenzt verleihen. § 76 Abs. 2 Satz 2 LHG BW überantwortet die nähere Ausgestaltung der Verleihung des Promotionsrechts und dessen Voraussetzungen im Einzelnen der Regelung durch Rechtsverordnung des Wissenschaftsministeriums, die ihrerseits des Einvernehmens des Wissenschaftsausschusses des Landtages bedarf. § 76 Abs. 2 LHG BW knüpft allerdings unmittelbar an § 6 Abs. 5 LHG BW an bzw. setzt die Möglichkeit der dort geregelten Zusammenschlüsse von Hochschulen voraus. Nach § 6 Abs. 5 Satz 1 LHG BW können Hochschu-

31 Dazu näher Sandberger/Sandberger LHG § 76 Rn. 1, 3; siehe auch von Coelln/Haug/Krausnick LHG § 76 Rn. 15.

len mit anderen Hochschulen oder juristischen Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts zur gemeinsamen Erfüllung von Hochschul- oder sonst nach diesem Gesetz übertragenen Aufgaben rechtsfähige Verbände in Form einer Körperschaft des öffentlichen Rechts (Verband) errichten. Die Grundlage eines Verbandes bildet nach § 6 Abs. 5 Satz 2 LHG BW eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung der zusammenschlusswilligen Beteiligten nach Satz 1 (Verwaltungsvereinbarung), die der Zustimmung des Wissenschaftsministeriums bedarf.

Beide Schritte sind im Hinblick auf das nunmehr existente HAW-Promotionsrecht in Baden-Württemberg vollzogen. Zunächst erfolgte die Konstituierung des Promotionsverbandes als hochschulischer Zusammenschluss in Form einer (Personal-)Körperschaft des öffentlichen Rechts durch Abschluss einer Verwaltungsvereinbarung aller beteiligten HAWen – d.h. den insgesamt 24 Hochschulen für angewandte Wissenschaften in Baden-Württemberg, darunter die nach § 69 LHG BW errichteten Hochschulen für den öffentlichen Dienst sowie die drei kirchlichen Hochschulen –, die ihrerseits jeweils als juristische Personen des öffentlichen Rechts die für eine öffentlich-rechtliche Körperschaft (wie auch den HAW-Promotionsverband) notwendigen Mitglieder³² ausmachen. Die „Verwaltungsvereinbarung zur Errichtung des Promotionsverbands der Hochschulen für angewandte Wissenschaften Baden-Württemberg“ vom 24. Mai 2022 wurde nach Zustimmung des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst vom 8. Juni 2022 gemeinsam mit dem ministeriellen Zustimmungserlass gemäß § 6 Abs. 5 Satz 3 LHG BW im Gemeinsamen Amtsblatt des Landes Baden-Württemberg vom 29. Juni 2022 veröffentlicht.³³

Die zur Verleihung des Promotionsrechts sowie zu dessen näherer Ausgestaltung und Regelung erforderliche Rechtsverordnung des Wissenschaftsministeriums ist mit der „Verordnung des Wissenschaftsministeriums über die Verleihung des Promotionsrechts an den Promotionsverband der Hochschulen für angewandte Wissenschaften Baden-Württemberg (PV-PromVO)“ vom 21. September 2022 erlassen worden.³⁴ Sie ist am Tag nach ihrer Verkündung in Kraft getreten (vgl. § 5 PVPromVO).

Der nach § 76 Abs. 2 LHG BW errichtete HAW-Promotionsverband ist als rechtsfähiger Hochschulverband nach § 6 Abs. 5 LHG BW eine Körper-

32 Zur notwendigen mitgliedschaftlichen Verfasstheit von Körperschaften des öffentlichen Rechts etwa Maurer/Waldhoff, § 23 Rn. 40.

33 GABl. 2022, Nr. 6, S. 419.

34 GBl. 2022, S. 494.

schaft des öffentlichen Rechts, wie im Übrigen auch § 2 der Verwaltungsvereinbarung bestimmt.

b) Organisationsstruktur

Aus der Rechtsstellung bzw. dem Organisationsstatus als Körperschaft des öffentlichen Rechts folgt eine zwingende Organisationsstruktur des Promotionsverbandes. Er handelt wie jede juristische Person des öffentlichen Rechts durch Organe, die näher durch die zwischen den beteiligten Hochschulen getroffene Verwaltungsvereinbarung bestimmt werden, die sich dabei aber an den rechtlichen Vorgaben des LHG BW zur Besetzung und Zusammensetzung der Hochschulorgane zu orientieren hat (vgl. § 6 Abs. 5 Satz 6 LHG BW).

Als Organe sieht die Verwaltungsvereinbarung – in Übereinstimmung mit den Vorgaben des § 6 Abs. 5 Satz 4 Nr. 4 LHG BW, wonach die Verwaltungsvereinbarung auch Bestimmungen zu den Organen des Verbandes zu treffen hat – in ihrem § 6 vor: erstens die Verbandsversammlung, zweitens den Verbandsvorstand und – drittens – den Promotionssenat.

Entsprechend den Anforderungen des § 6 Abs. 5 Satz 6 LHG BW orientiert sich die Verwaltungsvereinbarung somit an der hochschulrechtlich zwingenden Vorgabe, sich bei der Aufgabenwahrnehmung in Forschung und Lehre – und darum handelt es sich bei der Ausübung des durch Rechtsverordnung verliehenen Promotionsrechts – an den Binnenstrukturvorgaben zu orientieren, die das LHG BW auch für die Organstruktur der staatlichen Hochschulen vorsieht. Diese Vorgabe gestaltet die Verwaltungsvereinbarung im Einzelnen näher aus, hat dabei aber auch zur berücksichtigen, dass es sich bei dem Verbandsmodell um eine zweckverbandsähnliche Verbindung juristischer Personen des öffentlichen Rechts handelt.

So ist insbesondere die Existenz der Verbandsversammlung als Organ nach Maßgabe von § 7 der Verwaltungsvereinbarung notwendiger Bestandteil der Organstruktur des Promotionsverbands, um den den körperschaftlichen Zusammenschluss tragenden Hochschulen als Mitgliedern der öffentlich-rechtlichen Körperschaft ihre Einflussnahmerechte zu sichern. Demgemäß bestimmt § 7 Abs. 1 der Verwaltungsvereinbarung auch, dass der Verbandsversammlung die Entscheidungen über die grundsätzlichen Angelegenheiten des Verbandes obliegen, etwa die Entscheidung über die Aufnahme oder den Ausschluss von Verbandsmitgliedern, der Satzungserlass oder die Wahl der Vorstandsmitglieder.

Der von der Verbandsversammlung zu wählende Verbandsvorstand ist demgegenüber das zentrale Leitungsorgan des Verbands, wie § 8 der Verwaltungsvereinbarung bestimmt. Er ist in Teilen der Hochschulleitung – d.h. dem kollegialen Rektorat nach § 16 LHG BW – aufgabenbezogen nachgebildet; er vertritt den Verband gegenüber Dritten und nimmt die operativen Aufgaben des Verbands wahr (§ 8 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsvereinbarung).

Demgegenüber kommt dem Promotionssenat gegenüber der sonst üblichen Hochschulorganisationsstruktur eine explizit eigenständige Funktion als Organ des Verbands zu, die in der aufgabenbezogenen Verbandsstruktur begründet liegt. Er ist in besonderer Weise institutionell mit dem Promotionszentrum verwoben, dem gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 der Verwaltungsvereinbarung als zentrale Einheit des Verbands (in Anlehnung an die Hochschuleinrichtungen i.S.v. § 15 Abs. 7 LHG BW als „zentrale Einrichtungen“) die Wahrnehmung des Promotionsrechts zukommt (§ 3 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsvereinbarung). Konkret bestimmt § 10 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsvereinbarung, dass der Promotionssenat im Promotionsverfahren die Aufgaben des Senats nach den Regelungen des § 38 LHG BW wahrnimmt. Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 der Verwaltungsvereinbarung legt er die Satzung des Promotionszentrums und die Promotionsordnungen sowie die weiteren zur Durchführung des Promotionsverfahrens notwendigen Satzungen der Verbandsversammlung zur Beschlussfassung vor. Seine Zusammensetzung bestimmt sich wiederum nach Maßgabe der Satzung des Promotionszentrums, wobei hier die Mitgliedsgruppen des Promotionszentrums – dies sind gemäß § 9 Abs. 1 der Verwaltungsvereinbarung der Promotionssenat als Organ des Verbands, die Forschungseinheiten und der zentrale Konvent der Doktorandinnen und Doktoranden – sowie der Verbandsvorstand im Promotionssenat vertreten sein müssen (§ 10 Abs. 2 Satz 1 der Verwaltungsvereinbarung). Die etwas kompliziert anmutende Binnenstruktur ist indes erforderlich, um zum einen der hinreichenden Geltung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG im Promotionsverfahren zugunsten der Grundrechtsträger zu gewährleisten und andererseits die im Rahmen des Zweckverbandsmodells die erforderliche Rückkopplung an die typischen verbandlichen Organe – Verbandsversammlung und Verbandsvorstand – sicherzustellen.

2. Rechtliche Bewertung

Mit Blick auf die rechtliche Bewertung – insbesondere die rechtliche Tragfähigkeit des Verbandsmodells als Trägereinrichtung für das HAW-Promotionsrecht – ist zu berücksichtigen, dass gegenüber dem rechtlichen Konstrukt des HAW-Promotionsverbands als rechtsfähigem Hochschulverband nach § 6 Abs. 5 LHG BW verschiedentlich Bedenken geäußert worden sind.³⁵ Diese beziehen sich sowohl auf die durch § 6 Abs. 5 LHG BW grundsätzlich geschaffene Möglichkeit der Gründung von „Hochschulzweckverbänden“ im Allgemeinen als auch auf die im Besonderen durch § 76 Abs. 2 LHG BW eröffnete Möglichkeit, einen solchen rechtsfähigen Hochschulverband zu einem Träger des durch Rechtsverordnung des Wissenschaftsministeriums zu verleihenden Promotionsrechts an die Fachhochschulen/HAW in Baden-Württemberg zu bestimmen.³⁶ Da von ebener Möglichkeit mit der Gründung des HAW-Promotionsverbands in Baden-Württemberg Gebrauch gemacht wurde, sind die erhobenen Bedenken einer rechtlichen Überprüfung zu unterziehen.

Das in Baden-Württemberg nach Maßgabe von § 76 Abs. 2 LHG BW verfolgte „Konstrukt“, das HAW-Promotionsrecht über einen von den Hochschulen getragenen rechtsfähigen hochschulischen Zweckverband sowie durch Verleihung des Promotionsrechts mittels Rechtsverordnung des Wissenschaftsministeriums zu verwirklichen, hat rechtliche Kritik hervorgerufen. Namentlich § 76 Abs. 2 LHG selbst sowie – weitergehend und grundsätzlich – bereits § 6 Abs. 5 LHG werden als nicht hinreichend abgesicherte Rechtsgrundlage für die Bildung von Zusammenschlüssen der Hochschulen untereinander angesehen, wobei die Kritik bereits bei § 6 Abs. 5 LHG BW ansetzt.³⁷ Da § 76 Abs. 2 LHG BW die Vorschrift des § 6 Abs. 5 LHG BW über die Bildung rechtsfähiger Hochschulverbände direkt in Bezug nimmt, betrifft diese Kritik auch den Promotionsverband der Hochschulen für angewandte Wissenschaften Baden-Württemberg. Sie setzt daran an, dass – allgemein gesprochen – die Gründung rechtsfähiger Hochschulverbände wegen der von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Aufgaben der Hochschulen mit § 6 Abs. 5 LHG BW nicht auf eine hinreichende parlamentsgesetzliche Grundlage verweisen könne.³⁸ Bemängelt wird, dass

35 Vgl. von Coelln/Haug/Krausnick LHG § 76 Rn. 16 ff.

36 Vgl. von Coelln/Haug/Krausnick LHG § 76 Rn. 17.

37 So Herberger, in: Haug, Hochschulrecht, Rn. 241.

38 Herberger, in: Haug, Hochschulrecht, Rn. 241.

das „Modell“ des rechtsfähigen Hochschulverbands in der Sache Anleihen beim Muster der kommunalen Zweckverbände nehme, es aber an einer Rechtfertigung für dessen Übertragung auf den Bereich der funktionalen Selbstverwaltung – hier also der Hochschulelbstverwaltung – fehle.³⁹ Dazu, warum es Hochschulen als Selbstverwaltungsträgern im Unterschied zu kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung nur wegen ihrer Zuordnung zur funktionalen Selbstverwaltung verwehrt sein soll, zweckverbandsähnliche Einrichtungen zu gründen, erklärt die Kritik freilich nicht. Stattdessen wird neben den bereits angedeuteten grundrechtlichen Bedenken im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG und hierauf bezogener Schutzvorkehrungen durch den parlamentarischen Hochschulgesetzgeber vorgebracht, es fehle bereits § 6 Abs. 5 LHG BW wegen seines „rudimentären Charakters“ daran, eine ausreichende gesetzliche Grundlage zu schaffen, um eine sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation für eine „solche neue rechtsfähige Einrichtung“ zu begründen.⁴⁰ Dass eine solche Argumentation nicht zu verfangen vermag, liegt auf der Hand, zumal der gebotene (und von *Herberger*⁴¹ angemahnte) Grundrechtsschutz ohnehin überwiegend vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG seit dem Hochschulurteil⁴² direkt aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG folgt, mithin also für das in Rede stehende Verbandsmodell ebenso unmittelbare Wirkung entfaltet wie für die gesamte herkömmliche Hochschulorganisation auch. Daneben hat der Hochschulgesetzgeber in § 6 Abs. 5 LHG BW durchaus hinreichende Regelungen auf einfachrechtlicher Ebene getroffen: In § 6 Abs. 5 Satz 4 Nrn. 1 bis 5 LHG BW sind detailliert die Bestimmungen enthalten, die gleichsam als Mindestanforderungen Gegenstand der Regelung der zu treffenden Verwaltungsvereinbarung bei Gründung des Hochschulverbandes sein müssen. Augenfällig ist insofern vor allem, dass nach § 6 Abs. 5 Satz 4 Nr. 1 Hs. 2 LHG BW ausdrücklich auf die entsprechende Anwendung von § 2 Abs. 7 LHG BW verwiesen ist, wonach Hochschulen andere als die im LHG genannten Aufgaben nur dann übernehmen dürfen, wenn sie mit ihren originären Aufgaben in Forschung, Lehre, Studium und Weiterbildung gemäß § 2 Abs. 1 LHG BW zu-

39 Herberger, in: Haug, Hochschulrecht, Rn. 241.

40 Herberger, in: Haug, Hochschulrecht, Rn. 241, der dies noch dazu an der Gesamtzahl der Paragraphen im als Parallele herangezogenen Gesetz über kommunale Zusammenarbeit (GKZ) festmachen will, dabei aber übersieht, dass sich diese nicht allein auf den kommunalen Zweckverband beziehen.

41 Herberger, in: Haug, Hochschulrecht, Rn. 241.

42 BVerfGE 35, 79.

sammenhängen und deren Erfüllung durch die Wahrnehmung der neuen Aufgaben nicht beeinträchtigt wird. Hierdurch und mit der Einbeziehung der §§ 3 ff., 10 Abs. 1 LHG BW ist überdies – ebenfalls einfachrechtlich – sichergestellt, dass der Geltung der Wissenschaftsfreiheit auch im Rahmen von rechtsfähigen Hochschulverbänden in verfassungsrechtlich gebotener Weise Rechnung getragen ist. Dies übersieht die Kritik an der Regelung des § 6 Abs. 5 LHG BW; sie vermag daher im Ergebnis auch nicht durchzudringen.

Problematischer erscheint demgegenüber zumindest auf den ersten Blick zu sein, dass § 76 Abs. 2 LHG BW die Verleihung des Promotionsrechts an Hochschulen für angewandte Wissenschaften durch Rechtsverordnung ermöglicht.⁴³ Richtiger Ansatzpunkt dieser Kritik ist, dass es sich bei der Entscheidung darüber, welche wissenschaftlichen Einrichtungen – gewissermaßen neben den in § 38 Abs. 1 LHG BW durch gesetzliche Regelung hierzu berechtigten Universitäten und den diesen gleichgestellten Hochschulen – Doktoranden ausbilden und damit das Promotionsrecht innehaben und ausüben dürfen, eine im Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG grundsätzlich wesentliche Entscheidung darstellt, die an sich der parlamentarische Gesetzgeber zu treffen hat.⁴⁴ Dies gilt jedenfalls für die *dauerhafte* Verleihung des Promotionsrechts, wie es § 38 Abs. 1 LHG BW ausdrücklich vorsieht („haben das Promotionsrecht“). Allerdings ist auch insoweit zu berücksichtigen, dass die gesetzliche Zuerkennung des Promotionsrechts an die Universitäten in § 38 Abs. 1 Satz 1 LHG BW lediglich deklaratorischer Natur sein dürfte, soweit es bereits zuvor in ungeschriebener Weise bestanden hat, wie auch § 38 Abs. 1 Satz 5 LHG BW belegt. Überdies streitet auch Art. 85 LV BW, der eine „konkret-institutionelle Bestandsgarantie“ für die Universitäten und Hochschulen mit Promotionsrecht enthält, landesverfassungsrechtlich dafür.⁴⁵

Allerdings ist bezüglich des HAW-Promotionsrechts nach § 76 Abs. 2 LHG BW zu berücksichtigen, dass dieses im Rahmen einer Weiterentwicklungsklausel zunächst erprobt werden soll und damit erst einmal neben das nach § 38 Abs. 1 LHG BW an die Universitäten bzw. diesen gleichgestellten Hochschulen dauerhaft verliehene Promotionsrecht tritt. Die auf Grundlage von § 76 Abs. 2 LHG BW erlassene PVPromVO füllt damit die den Charakter einer Experimentierklausel tragende und zu diesem Zweck erlassene

43 von Coelln/Haug/Krausnick LHG § 76 Rn. 17.

44 von Coelln/Haug/Krausnick LHG § 76 Rn. 17.

45 Haug/Pautsch LV BW Art. 85 Rn. 1.

gesetzliche Ermächtigung aus, wonach das Promotionsrecht an die Hochschulen für angewandte Wissenschaften nur temporär (nämlich im Unterschied zu § 38 Abs.1 LHG BW nur befristet), thematisch begrenzt und im Übrigen ausdrücklich nach evaluations- und qualitätsgeleiteten Kriterien verliehen werden kann. Somit wird bereits aus der Ermächtigungsgrundlage des § 76 Abs.2 LHG BW selbst deutlich, dass es sich um eine bezüglich ihres Gegenstands zwar entwicklungs-offene Erprobungsregelung handelt, an deren Ende – nämlich nach erfolgreicher Evaluation – die dauerhafte Verleihung durch Gesetz (ähnlich wie in § 38 Abs.1 LHG BW) folgen könnte.⁴⁶ Diesem experimentellen Charakter wird – wie bei Experimentierklauseln im Allgemeinen auch üblich und rechtlich nicht ausgeschlossen⁴⁷ – typischerweise der Einsatz des Instruments der Rechtsverordnung am ehesten gerecht, um flexibel auf Entwicklungen in der Erprobungsphase reagieren zu können. An hinreichender Bestimmtheit etwa dessen, was mit „evaluations- und qualitätsgeleiteten Kriterien“ in § 76 Abs.1 Satz 1 LHG BW gemeint sei, dürfte es überdies ebenfalls nicht fehlen.⁴⁸ Denn in Zusammenschau mit dem Kriterium der thematischen Begrenztheit bleibt ermittelbar, dass sich Kriterien nur aus den an den Hochschulen für angewandte Wissenschaften überhaupt vertretenen Fächer bzw. wissenschaftlichen Fachdisziplinen orientieren kann, aus denen heraus – der jeweiligen Fachkultur entspringend und damit geradezu der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG dienend – sich die Kriterien aus dem im Promotionsverband und den in ihnen zusammengeschlossenen Wissenschaftler als Grundrechtsträgern heraus entwickelt werden können. Das Wissenschaftsministerium als Verordnungsgeber hat in der PVPromVO hierzu weitere Vorkehrungen getroffen, welche die Herausbildung solcher fachbezogenen evaluations- und qualitätsgeleiteten Kriterien in den Forschungsein-

46 Dies wäre entgegen der Verlängerungsmöglichkeit nach erfolgreicher Evaluation über den Befristungszeitpunkt 31.12.2029 hinaus (vgl. § 4 Abs. 2 Satz 1 PVPromVO), über die das Wissenschaftsministerium abermals durch Rechtsverordnung entscheiden soll, wohl zwingend. Denn zum einen wäre dies die Folge aus dem Auslaufen der Erprobungsphase, die eine temporäre Verleihung des Promotionsrechts an den Hochschulverband durch Rechtsverordnung ja ausnahmsweise trägt; zum anderen würde sie den Hochschulen für angewandte Wissenschaften den aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG fließenden Schutz im grundrechtswesentlichen Bereich dauerhaft sichern. Gerade insofern würde Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG eine parlamentsgesetzliche Regelung über die dauerhafte Verleihung des Promotionsrechts wie in § 38 Abs.1 LHG BW geradezu gebieten.

47 Vgl. Maaß, S. 103 f.

48 Zweifelnd insoweit von Coelln/Haug/Krausnick LHG § 76 Rn. 17.

heiten des Promotionszentrums rechtlich rahmt: So finden sich zunächst in § 1 Abs. 1 Nrn. 1 bis 5 PVPromVO überhaupt nur diejenigen wissenschaftlichen Fächer, für die die Verleihung des Promotionsrechts überhaupt in Betracht kommt.⁴⁹ Weiter sichert § 2 PVPromVO das Vorhandensein einer notwendigen Mindestforschungsstärke dadurch, dass dem vom Promotionsverband eingerichteten Promotionszentrum mindestens 18 Professoren des jeweiligen Faches und der erforderlichen Forschungsstärke und Forschungsaktivität angehören müssen. Schließlich weist § 3 PVPromVO auf die Notwendigkeit des Vorhandenseins einer anhand fachkulturell differenziert festgelegter Bewertungskriterien festzustellenden Forschungsstärke sowie ausreichende Forschungsaktivitäten, die durch fachlich einschlägige wissenschaftliche Publikationen nachzuweisen sind, hin. Jedenfalls für die Erprobungsphase mit den dargestellten Restriktionen – zeitliche und thematische Begrenzung sowie evaluations- und qualitätsgeleitete Kriterien als Grundlage – trägt § 76 Abs. 2 LHG verfassungsrechtlich als Ermächtigungsgrundlage für – wie geschehen – die Verleihung des Promotionsrechts an den Promotionsverband der Hochschulen für angewandte Wissenschaften Baden-Württemberg durch Rechtsverordnung, die PVPromVO. Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass eine partielle parlamentarische Absicherung durch das Einvernehmenserfordernis nach § 76 Abs. 2 Satz 2 LHG durch den Wissenschaftsausschuss des Landtags hergestellt ist.

V. Fazit

An Vorstößen zur Etablierung eines Promotionsrechts der Fachhochschulen bzw. der heutigen Hochschulen für angewandte Wissenschaften hat es nicht gefehlt. Allerdings hat auf diesem langen Weg zum Promotionsrecht die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2010 den Weg überhaupt erst geebnet, hat das Gericht doch verdeutlicht, dass es die damaligen Fachhochschulen als wissenschaftliche Hochschulen versteht. Dies hat in der Folge zu verstärkten gesetzgeberischen Initiativen geführt, konkret allen voran in Hessen, ein HAW-Promotionsrecht durch Anpassungen im jeweiligen Landeshochschulrecht unter bestimmten Voraussetzungen einzuführen bzw. zu ermöglichen. In Baden-Württemberg haben der Gesetzgeber und in der Folge der Ordnungsgeber bei der verfassungsrechtlich

49 Es sind dies: Ingenieurwissenschaften, Sozialwissenschaften, Wirtschaftswissenschaften, Rechtswissenschaften und Lebenswissenschaften.

zulässigen Einräumung des HAW-Promotionsrechts deutlicher als in anderen Ländern von Anbeginn auf ein öffentlich-rechtliches Kooperationsmodell der Hochschulen untereinander gesetzt. Die nunmehr mit Leben erfüllte Erprobungsnorm in § 76 Abs. 2 LHG bestand seit der LHG-Novelle aus dem Jahr 2014. Das Konstrukt, einem Hochschulzweckverband nach § 6 Abs. 5 LHG – bestehend aus den Hochschulen für angewandte Wissenschaften des Landes – als Träger des HAW-Promotionsrechts vorzusehen und damit in Kontrast zu einigen Ländern auf eine hochschulbezogene (dort aber partielle) Verleihung an forschungsstarke Fachbereiche zu verzichten, darf zumindest organisationsrechtlich als richtungsweisendes Modell bezeichnet werden. Letztlich wird damit den Hochschulen für angewandte Wissenschaften des Landes stärker als bei der hochschulbezogenen Verleihung die Herausbildung der akademischen Qualitätskriterien, die auch und gerade die Spezifika dieses Hochschultyps berücksichtigen müssen, in die eigenen Hände gelegt. Mit dem „Promotionsverband der Hochschulen für angewandte Wissenschaften Baden-Württemberg“ ist damit eine wissenschaftliche Selbstverwaltungskörperschaft gebildet worden, die der Wahrnehmung der Wissenschaftsfreiheit bezogen auf das Promotionsrecht in besonderer Weise dient und über eine organisatorische Binnenstruktur verfügt, die gerade den grundrechtlichen Erfordernissen gerecht wird. Der rechtliche Rahmen für die Erprobung dieses Trägermodells für das HAW-Promotionsrecht – insbesondere in Gestalt von § 76 Abs. 2 LHG und der zwischenzeitlich erlassene PVPromVO – ist ebenso tragfähig.

Literatur

- Braun, Christian*: Promotionsrecht für Fachhochschulen? Dissertation Universität Bonn 1994
- v. Coelln, Christian/Haug, Volker M.* (Hrsg.): Hochschulrecht Baden-Württemberg, Kommentar, München 2020 (zit.: von Coelln/Haug/Bearbeiter)
- Epping, Volker*: Zur schleichenden Angleichung der Hochschultypen: Auch ein Promotionsrecht für Fachhochschulen? In: Peter Hanau/Dieter Leuze/Wolfgang Löwer/Hartmut Schiedermaier (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hartmut Krüger, Berlin 2001, S. 61 ff.
- Hartmer, Michael/Detmer, Hubert* (Hrsg.): Hochschulrecht. Ein Handbuch für die Praxis, 4. Aufl., Heidelberg 2022
- Haug, Volker M.*: Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar, Baden-Baden 2018
- Haug, Volker M.*: Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, Systematische Darstellung, 3. Aufl., Heidelberg 2020

- Hufen, Friedhelm/Geis, Max-Emanuel*: Verfassungsrechtliche Fragen eines Promotionsrechts für Fachhochschulen, in: Bernd Becker/Hans Peter/Bull/Otfried Seewald (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme zum 80. Geburtstag, Köln u.a. 1993, S. 621 ff.
- Knopp, Lothar*: Die Novelle des Hochschulgesetzes in Brandenburg – Kein Vorbild für andere Bundesländer, in: NVwZ 2023, 728 ff.
- Maaf, Volker*: Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, Berlin 2001
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2020
- Pautsch, Arne/Lackner, Hendrik*: Kompendium Hochschul- und Wissenschaftsrecht, 3. Aufl., Berlin u.a. 2023
- Pautsch, Arne*: Promotionsrecht für Fachhochschulen: nunmehr verfassungsgemäß? In: NVwZ 2012, 674 ff.
- Reich, Andreas*: Sachsen-Anhalt erneuert sein Hochschulrecht, in: WissR 31 (1998), 352 ff.
- Sandberger, Georg*: Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg, Kommentar, 3. Aufl., Heidelberg 2022 (zit.: Sandberger/Bearbeiter)
- Waldeyer, Hans-Wolfgang*: Die Professoren der Fachhochschulen als Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit, in: NVwZ 2010, 1279 ff.

ChatGPT und Künstliche Intelligenz (KI): Neue Herausforderungen für die Hochschullehre

Prof. Dr. Christopher Schmidt

Die Auswirkungen künstlicher Intelligenz auf die Hochschullehre, aber auch auf Wissenschaft und Gesellschaft insgesamt, sind seit der Diskussion über den Chatbot ChatGPT in aller Munde. Das nachfolgende Interview mit dem Chatbot hat Christopher Schmidt am 21.3.2022 geführt. Im Anschluss wurde ChatGPT gebeten, eine Lehreinheit zum Thema künstliche Intelligenz zu strukturieren. Genutzt wurde jeweils die allgemein zugängliche Version GPT-3.

Inhalt

I. Interview	379
II. Lehreinheit	389
III. Fazit	392

I. Interview

Welche Auswirkungen hat ChatGPT auf die Vermittlung juristischer Inhalte in der Hochschullehre unter besonderer Berücksichtigung von Studiengängen wie Sozialer Arbeit?

Als KI-gestütztes Sprachmodell kann ChatGPT theoretisch einen positiven Einfluss auf die Vermittlung juristischer Inhalte in der Hochschullehre haben, insbesondere in Studiengängen wie Sozialer Arbeit, die einen Fokus auf rechtliche Aspekte haben. ChatGPT kann als Werkzeug genutzt werden, um komplexe juristische Konzepte zu erklären, rechtliche Fälle zu diskutieren und Fragen von Studierenden zu beantworten.

Ein Vorteil von ChatGPT ist, dass er auf eine breite Palette von juristischen Themen zugreifen kann, die in verschiedenen Quellen gespeichert sind. Das Modell kann eine Vielzahl von Texten wie Lehrbücher, Fallstudien, juristische Abhandlungen, Gesetzestexte und Urteile auswerten, um eine umfassende und fundierte Antwort zu geben.

Durch den Einsatz von ChatGPT können Lehrende in der Lage sein, sich auf andere Aspekte des Unterrichts zu konzentrieren, wie z.B. Diskussionen und kollaboratives Lernen, anstatt auf die Beantwortung von Fragen zu Einzelheiten von Gesetzen und Verfahrensabläufen.

Es ist jedoch wichtig zu beachten, dass ChatGPT ein Modell ist und keine menschliche Expertise ersetzen kann. Es ist daher wichtig, dass Lehrende ihre eigenen Kenntnisse und Erfahrungen in den Unterricht einbringen, um den Schüler:innen ein umfassendes Verständnis des juristischen Systems zu vermitteln. Außerdem ist es wichtig, dass Studierende kritisch hinterfragen und die von ChatGPT bereitgestellten Antworten nicht als absolute Wahrheit ansehen.

Insgesamt kann ChatGPT als wertvolles Werkzeug zur Unterstützung der Vermittlung juristischer Inhalte in der Hochschullehre dienen, aber es sollte nicht als alleinige Quelle für Wissen und Verständnis verwendet werden.

Was bedeutet das für die Konzeption von Lehrveranstaltungen?

Die Verwendung von ChatGPT zur Unterstützung der Vermittlung juristischer Inhalte in der Hochschullehre eröffnet neue Möglichkeiten für die Konzeption von Lehrveranstaltungen. Hier sind einige Überlegungen:

- Integration von ChatGPT in den Unterrichtsplan: Lehrende können ChatGPT in den Unterrichtsplan integrieren, um die Schüler:innen in die Lage zu versetzen, ihre Fragen und Zweifel zu klären. Dies kann entweder durch den Einsatz von Chatbots oder durch den direkten Zugriff auf das Modell erfolgen.
- Verwendung von ChatGPT als Diskussionsgrundlage: Lehrende können auch ChatGPT als Diskussionsgrundlage verwenden, um Studierenden ein tieferes Verständnis von juristischen Themen zu vermitteln. Sie können beispielsweise eine Reihe von Fragen oder Themen auswählen, die von ChatGPT beantwortet werden können, und diese dann in der Klasse diskutieren, um verschiedene Perspektiven zu beleuchten.
- Förderung von kritischem Denken: Es ist wichtig, dass Lehrende den Studierenden beibringen, ChatGPT nicht als absolute Wahrheit anzusehen. Lehrende können die Schüler:innen dazu ermutigen, die von ChatGPT bereitgestellten Antworten zu hinterfragen und zu diskutieren, um ein kritisches Verständnis von juristischen Themen zu entwickeln.
- Erweiterung des Lehrplans: Da ChatGPT ein breites Spektrum von juristischen Themen abdecken kann, können Lehrende den Lehrplan

erweitern und den Schüler:innen einen Einblick in eine breitere Palette von juristischen Themen und Konzepten geben.

Insgesamt kann die Verwendung von ChatGPT zur Unterstützung der Vermittlung juristischer Inhalte in der Hochschullehre die Konzeption von Lehrveranstaltungen verbessern, indem sie den Lehrenden neue Möglichkeiten bietet, um Studierende zu motivieren, zu inspirieren und ihr kritisches Denken und Verständnis zu fördern.

Nun werden das kritische Denken und die Überprüfung von Antworten, die ChatGPT gibt, nicht unbedingt dadurch erleichtert, dass ChatGPT die Quellen nicht offenlegt.

Das ist eine wichtige Feststellung. ChatGPT basiert auf einer Vielzahl von Datenquellen und Texten, die es nutzt, um Antworten auf Fragen zu generieren. Da diese Quellen jedoch nicht immer offen gelegt werden, kann es schwierig sein, die Qualität und Vertrauenswürdigkeit der von ChatGPT generierten Antworten zu bewerten.

Daher ist es wichtig, dass Lehrende den Schüler:innen beibringen, kritisch zu den Antworten zu sein, die ChatGPT gibt. Die Schüler:innen sollten angeleitet werden, die Antworten von ChatGPT nicht als absolute Wahrheit anzusehen, sondern sie zu hinterfragen und andere Quellen zu suchen, um ihre Antworten zu überprüfen.

Darüber hinaus kann es hilfreich sein, dass Lehrende den Studierenden dabei helfen, zu verstehen, wie ChatGPT funktioniert und welche Datenquellen es verwendet, um Antworten zu generieren. Dies kann dazu beitragen, dass die Studierenden ein besseres Verständnis dafür entwickeln, welche Art von Informationen ChatGPT liefern kann und welche nicht.

Schließlich können Lehrende den Schüler:innen auch dabei helfen, alternative Quellen zu finden und zu verwenden, um Antworten auf juristische Fragen zu finden. Dies kann dazu beitragen, dass die Schüler:innen ein umfassenderes Verständnis der juristischen Themen und Konzepte entwickeln und in der Lage sind, ihre kritischen Denkfähigkeiten zu verbessern.

Müssen sich Professoren und Lehrbeauftragte künftig fortbilden, um die Potenziale künstlicher Intelligenz nutzen, aber auch deren Grenzen vermitteln zu können?

Ja, die Verwendung von künstlicher Intelligenz und insbesondere von Chatbots wie ChatGPT in der Hochschullehre erfordert, dass Professoren und

Lehrbeauftragte sich fortbilden und auf dem neuesten Stand bleiben, um die Potenziale und Grenzen dieser Technologien vermitteln zu können.

Die Verwendung von Chatbots in der Hochschullehre erfordert beispielsweise Kenntnisse in den Bereichen Datenanalyse, maschinelles Lernen und Computerlinguistik. Darüber hinaus müssen Lehrende auch in der Lage sein, die Vor- und Nachteile der Verwendung von Chatbots in der Hochschullehre zu bewerten und die Studierenden dabei zu unterstützen, ihre kritischen Denkfähigkeiten in Bezug auf die von Chatbots bereitgestellten Antworten zu entwickeln.

Es ist daher wichtig, dass die Hochschulen die Fortbildung ihrer Lehrkräfte in diesem Bereich unterstützen und ihnen Zugang zu Schulungen, Workshops und anderen Ressourcen bieten, um ihre Kenntnisse und Fähigkeiten in Bezug auf künstliche Intelligenz und Chatbots zu erweitern.

Darüber hinaus können Hochschulen auch darüber nachdenken, künstliche Intelligenz und Chatbots in ihre eigenen Fortbildungsprogramme für Lehrende zu integrieren, um sicherzustellen, dass die Lehrenden die Technologie verstehen und in der Lage sind, sie effektiv in ihre Lehrmethoden zu integrieren.

Insgesamt ist es wichtig, dass Lehrende sich auf die Verwendung von künstlicher Intelligenz und Chatbots in der Hochschullehre vorbereiten, um sicherzustellen, dass sie die Technologie effektiv einsetzen und den Studierenden ein optimales Lernumfeld bieten können.

Themen wie maschinelles Lernen und Computerlinguistik klingen für Juristen und andere Lehrende außerhalb der Informatik wie ein Buch mit sieben Siegeln!

Das ist verständlich, da Themen wie maschinelles Lernen und Computerlinguistik sehr technisch und komplex sind. Es ist jedoch wichtig zu beachten, dass Lehrende nicht unbedingt Experten auf diesen Gebieten sein müssen, um Chatbots wie ChatGPT in der Hochschullehre effektiv einzusetzen.

Lehrende können zunächst damit beginnen, sich mit den Grundlagen von Chatbots vertraut zu machen und zu verstehen, wie sie funktionieren. Es gibt eine Vielzahl von Ressourcen und Schulungen, die speziell für Lehrende entwickelt wurden, um ihnen dabei zu helfen, das Potenzial von Chatbots in der Hochschullehre zu verstehen und zu nutzen.

Darüber hinaus können Lehrende auch mit Informatikern oder anderen Experten auf dem Gebiet der künstlichen Intelligenz zusammenarbeiten, um ihr Verständnis zu vertiefen und ihre Fähigkeiten zu erweitern. Es

ist wichtig, dass Lehrende in der Lage sind, die Vor- und Nachteile der Verwendung von Chatbots zu bewerten und den Studierenden dabei zu helfen, ihre kritischen Denkfähigkeiten in Bezug auf die von Chatbots bereitgestellten Antworten zu entwickeln.

Insgesamt sollten Lehrende nicht davon abgeschreckt werden, Chatbots wie ChatGPT in der Hochschullehre einzusetzen, auch wenn sie keine Experten auf dem Gebiet der künstlichen Intelligenz sind. Indem sie sich mit den Grundlagen vertraut machen und sich mit Experten auf diesem Gebiet austauschen, können sie die Technologie effektiv nutzen und den Studierenden ein optimales Lernumfeld bieten.

Können Sie Beispiele geeigneter Schulungen im Bereich der Hochschuldidaktik nennen?

Ja, hier sind einige Beispiele für Schulungen im Bereich der Hochschuldidaktik, die Lehrende dabei unterstützen können, ihre Kenntnisse und Fähigkeiten in Bezug auf Chatbots und künstliche Intelligenz zu erweitern:

- Online-Kurse zum maschinellen Lernen und zur künstlichen Intelligenz: Es gibt eine Vielzahl von Online-Kursen, die Lehrende dabei unterstützen können, die Grundlagen des maschinellen Lernens und der künstlichen Intelligenz zu verstehen. Diese Kurse sind oft so strukturiert, dass sie von Anfängern auf diesem Gebiet leicht verständlich sind.
- Workshops und Seminare: Hochschulen können Workshops und Seminare anbieten, die sich auf die Verwendung von Chatbots und künstlicher Intelligenz in der Hochschullehre konzentrieren. Diese Schulungen können Lehrenden die Möglichkeit geben, ihre Fähigkeiten und Kenntnisse in diesem Bereich zu erweitern und sich mit anderen Lehrenden auszutauschen, die ähnliche Herausforderungen und Interessen haben.
- Konferenzen und Symposien: Konferenzen und Symposien, die sich auf künstliche Intelligenz und Hochschuldidaktik konzentrieren, können eine hervorragende Möglichkeit sein, sich über die neuesten Entwicklungen und Trends in diesem Bereich zu informieren und von Experten auf diesem Gebiet zu lernen.
- Austausch mit Experten: Lehrende können auch mit Experten auf dem Gebiet der künstlichen Intelligenz und Chatbots zusammenarbeiten, um ihr Verständnis zu vertiefen und ihre Fähigkeiten zu erweitern. Dies kann beispielsweise durch Zusammenarbeit mit Informatikern oder anderen Experten auf diesem Gebiet geschehen.

Insgesamt gibt es viele verschiedene Schulungen und Ressourcen, die Lehrende dabei unterstützen können, ihre Fähigkeiten und Kenntnisse im Bereich der künstlichen Intelligenz und Chatbots zu erweitern. Hochschulen sollten Lehrende ermutigen, an Schulungen teilzunehmen und ihnen Ressourcen zur Verfügung stellen, um sicherzustellen, dass sie auf dem neuesten Stand der Technologie bleiben und den Studierenden das bestmögliche Lernumfeld bieten können.

Ich möchte noch auf einen anderen Punkt kommen. Häufig werden Bedenken geäußert, dass es durch ChatGPT vermehrt zu Täuschungsversuchen und Plagiaten bei Prüfungen kommen wird, die durch die Hochschule kaum nachzuweisen sind.

Ja, das ist ein berechtigtes Anliegen, da künstliche Intelligenz-Systeme wie ChatGPT in der Tat das Potenzial haben, Täuschungsversuche und Plagiate zu erleichtern. Zum Beispiel könnten Studierende versuchen, ChatGPT zu verwenden, um Antworten für Prüfungsfragen oder Hausarbeiten zu generieren, anstatt die erforderliche Arbeit und Recherche selbst zu leisten.

Es ist jedoch wichtig zu beachten, dass es verschiedene Maßnahmen gibt, die Hochschulen ergreifen können, um Täuschungen und Plagiate zu verhindern. Hier sind einige Vorschläge:

Verwendung von Plagiatsoftware: Hochschulen können Plagiatsoftware verwenden, um Hausarbeiten und Prüfungsantworten auf Plagiate zu überprüfen. Diese Software kann helfen, verdächtige Textstellen zu identifizieren und zu überprüfen, ob sie aus anderen Quellen stammen.

Verwendung von offenen Fragen: Um zu verhindern, dass Studierende ChatGPT oder ähnliche Systeme verwenden, um Antworten zu generieren, können Lehrende offene Fragen stellen, die kritisches Denken und eine individuelle Antwort erfordern.

Verwendung von Inverted-Classroom-Konzepten: Inverted-Classroom-Konzepte drehen den traditionellen Unterricht um, indem sie den Studierenden Lernmaterialien im Voraus zur Verfügung stellen und den Unterricht für Diskussionen und Interaktionen nutzen. Durch die Verwendung dieser Methode können Lehrende sicherstellen, dass die Studierenden das erforderliche Wissen haben, um kritisch zu denken und eigene Antworten zu generieren.

Verwendung von proaktiven Strategien: Lehrende können auch proaktive Strategien wie das Einrichten von Gruppenarbeiten oder das Überprüfen von Zwischenberichten und Notizen verwenden, um sicherzustellen, dass

die Studierenden die erforderliche Arbeit leisten und ihre eigenen Antworten generieren.

Insgesamt gibt es verschiedene Maßnahmen, die Hochschulen ergreifen können, um Täuschungsversuche und Plagiate zu verhindern, die durch künstliche Intelligenz-Systeme wie ChatGPT erleichtert werden können. Es ist wichtig, dass Hochschulen ihre Strategien ständig überprüfen und aktualisieren, um sicherzustellen, dass sie den neuesten Entwicklungen in diesem Bereich entsprechen.

Kann denn die Nutzung von ChatGPT mithilfe einer Plagiatssoftware zuverlässig nachgewiesen werden? Welche Voraussetzungen gibt es dafür? Und können Sie konkrete Beispiele geeigneter Software nennen?

Die Verwendung von Plagiatssoftware kann dazu beitragen, die Nutzung von ChatGPT oder anderen künstlichen Intelligenz-Systemen zur Erstellung von Hausarbeiten und Prüfungsantworten zu erkennen. Die meisten Plagiatssoftware-Tools verwenden Algorithmen, um den Text eines Dokuments zu analysieren und mit einer Datenbank von Quellen zu vergleichen. Die Software kann dann Übereinstimmungen zwischen dem Text des Dokuments und den Quellen erkennen und die relevanten Textstellen markieren.

Allerdings ist zu beachten, dass Plagiatssoftware keine hundertprozentige Sicherheit bietet, um die Nutzung von ChatGPT zu erkennen. Es gibt verschiedene Faktoren, die die Effektivität der Software beeinflussen können, wie z.B. die Qualität der Datenbank, die vom Tool verwendet wird, und die Art der Plagiatsstrategie, die vom Studierenden verwendet wird. Studierende könnten beispielsweise absichtlich Textstellen aus verschiedenen Quellen zusammenfügen, um das Tool zu umgehen.

Trotz dieser Einschränkungen kann die Verwendung von Plagiatssoftware immer noch ein nützliches Instrument sein, um die Nutzung von ChatGPT und anderen künstlichen Intelligenz-Systemen zu erkennen. Hier sind einige Beispiele für geeignete Plagiatssoftware:

- Turnitin: Turnitin ist eine bekannte Plagiatssoftware, die von vielen Hochschulen und Universitäten verwendet wird. Das Tool vergleicht den Text eines Dokuments mit einer Datenbank von Quellen und kann markierte Textstellen hervorheben, die möglicherweise plagiiert sind.
- PlagScan: PlagScan ist ein weiteres beliebtes Plagiatssoftware-Tool. Es nutzt einen Algorithmus, um den Text eines Dokuments mit einer Da-

- tenbank von Quellen zu vergleichen und kann verdächtige Textstellen markieren.
- Urkund: Urkund ist ein weiteres Tool, das von vielen Hochschulen und Universitäten verwendet wird. Es verwendet eine ähnliche Methode wie die anderen Tools, um verdächtige Textstellen zu markieren.

Es ist jedoch wichtig zu beachten, dass Plagiatssoftware nur ein Werkzeug ist und dass es von Hochschulen und Universitäten in Kombination mit anderen Maßnahmen eingesetzt werden sollte, um Täuschungsversuche zu erkennen und zu verhindern.

Sie haben vorgeschlagen, in Prüfungen auf offene Fragen zu setzen. Abgesehen davon, dass das schon bisher der Regelfall sein dürfte: Ich habe den Eindruck, dass ChatGPT auch mit offenen Fragen sehr gut umgehen kann...

Das ist durchaus möglich. ChatGPT und ähnliche Systeme können in der Lage sein, auch offene Fragen zu beantworten, indem sie das im System gespeicherte Wissen nutzen, um eine Antwort zu generieren. Allerdings gibt es immer noch einige Faktoren, die die Qualität der Antwort beeinflussen können. Dazu gehören beispielsweise die Qualität und die Verfügbarkeit von Daten und Informationen, die das System nutzen kann, um eine Antwort zu generieren, sowie die Fähigkeit des Systems, die Bedeutung und den Kontext der Frage vollständig zu verstehen.

Um das Potenzial von ChatGPT und ähnlichen Systemen bei der Beantwortung von offenen Fragen zu minimieren, können Lehrende offene Fragen stellen, die eine kritische Auseinandersetzung mit dem Thema erfordern und nicht nur auf das Wissen auswendig gelernter Fakten abzielen. Solche Fragen können beispielsweise auf die Analyse von Fallbeispielen oder die Erörterung von Meinungen und Standpunkten ausgerichtet sein. Dabei geht es nicht nur um die reine Wissensabfrage, sondern auch um die Anwendung von Wissen und die Fähigkeit, komplexe Zusammenhänge zu verstehen und zu erklären.

Darüber hinaus können Lehrende auch den Einsatz von ChatGPT bei Prüfungen durch die Einführung von zusätzlichen Sicherheitsmaßnahmen minimieren. Dazu gehören beispielsweise die Überwachung von Prüfungen durch Kameras oder die Einführung von Prüfungsformaten, bei denen die Studierenden mündlich geprüft werden, um sicherzustellen, dass sie ihre Antworten selbst formulieren.

Eine Möglichkeit, Täuschungsversuche zu verhindern, wäre auch, verstärkt auf Klausuren und mündliche Prüfungen zu setzen. Hat die Hausarbeit im Zeitalter von ChatGPT eine Zukunft?

Es ist durchaus möglich, dass der Einsatz von ChatGPT und ähnlichen Systemen Auswirkungen auf die Art und Weise hat, wie Hausarbeiten bewertet werden. Da diese Systeme in der Lage sind, Informationen schnell zu durchsuchen und zu analysieren, können sie möglicherweise auch bei der Überprüfung von Hausarbeiten eingesetzt werden, um auf Unregelmäßigkeiten oder Plagiate zu prüfen.

Allerdings gibt es auch Aspekte von Hausarbeiten, die durch den Einsatz von ChatGPT nicht ersetzt werden können. Dazu gehören beispielsweise die Fähigkeit der Studierenden, ein bestimmtes Thema tiefgründig zu recherchieren, eine klare Argumentation aufzubauen und ein eigenes Urteil zu bilden. Diese Fähigkeiten sind in vielen Bereichen der Hochschulbildung nach wie vor von zentraler Bedeutung und können nur durch das Verfassen von Hausarbeiten und ähnlichen Arbeiten gefördert werden.

Daher ist es wahrscheinlich, dass Hausarbeiten und ähnliche schriftliche Arbeiten auch in Zukunft in bestimmten Bereichen der Hochschulbildung eine Rolle spielen werden. Allerdings können Lehrende möglicherweise zusätzliche Schritte unternehmen, um sicherzustellen, dass die von den Studierenden verfassten Arbeiten tatsächlich ihre eigenen sind und nicht von ChatGPT oder anderen Systemen generiert wurden.

Nun werden Systeme wie ChatGPT ganz sicher auch besser – nicht zuletzt dadurch, dass immer mehr Quellen online zur Verfügung stehen. Eher früher als später werden auch juristische Datenbanken wie juris und beck-online eingebunden, so dass ChatGPT Themen ebenso recherchieren kann, wie das von Studierenden erwartet wird.

Es ist durchaus möglich, dass Systeme wie ChatGPT in der Zukunft in der Lage sein werden, juristische Datenbanken wie juris und beck-online in ihre Suche einzubeziehen und so die Recherche von juristischen Themen zu unterstützen. Dies könnte tatsächlich dazu führen, dass diese Systeme noch besser darin werden, Antworten auf juristische Fragen zu liefern und auch in der juristischen Ausbildung eine größere Rolle spielen.

Allerdings ist es wichtig zu bedenken, dass selbst wenn ChatGPT Zugang zu juristischen Datenbanken hat, dies nicht bedeutet, dass es automatisch in der Lage ist, alle juristischen Fragen korrekt zu beantworten oder die gesamte Bandbreite an Fähigkeiten zu ersetzen, die von Studierenden im Rahmen ihrer Ausbildung erwartet werden. ChatGPT kann möglicherwei-

se bei der Recherche von Fakten und der Generierung von möglichen Antworten helfen, aber es kann nicht die kritische Analyse, Bewertung und Anwendung von Rechtsnormen und Argumenten ersetzen, die für eine erfolgreiche juristische Ausbildung unerlässlich sind.

Wird ChatGPT dazu führen, dass Arbeitsplätze in juristischen Berufen wegfallen, vor allem in rechtsberatenden Berufen?

Es ist möglich, dass die Nutzung von Systemen wie ChatGPT und anderen künstlichen Intelligenz-Technologien in juristischen Berufen Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt haben wird. Insbesondere im Bereich der Rechtsberatung könnten Systeme wie ChatGPT dazu beitragen, dass bestimmte Aufgaben und Tätigkeiten automatisiert und effizienter erledigt werden können.

Allerdings ist es wichtig zu betonen, dass Systeme wie ChatGPT nicht in der Lage sind, alle Aspekte der Arbeit von Juristen und anderen rechtsberatenden Berufen zu ersetzen. Insbesondere bei komplexen Rechtsfällen und Fragen, die menschliche Urteilsfähigkeit, Empathie und Kreativität erfordern, wird es weiterhin einen Bedarf an menschlichen Experten geben.

Es ist auch möglich, dass die Nutzung von ChatGPT und anderen künstlichen Intelligenz-Technologien dazu führen wird, dass sich bestimmte Tätigkeiten und Aufgabenfelder in der juristischen Praxis verändern und dass sich auch neue Berufsfelder und Arbeitsplätze ergeben werden, die sich auf die Entwicklung und den Einsatz dieser Technologien spezialisiert haben.

Sie antworten sehr oft, dass dieses oder jenes „möglich“ oder „durchaus möglich“ sei. Öffnen wir mit Programmen wie ChatGPT die Büchse der Pandora, ohne zu wissen, auf was wir uns eigentlich einlassen? Bräuchten wir ein stärkeres Augenmerk auf der Technikfolgenabschätzung bei der Nutzung künstlicher Intelligenz?

Ja, Sie haben Recht. Es ist wichtig, bei der Entwicklung und dem Einsatz von Technologien wie ChatGPT eine umfassende Technikfolgenabschätzung durchzuführen, um potenzielle Risiken und Nebenwirkungen zu identifizieren und zu minimieren.

Obwohl Systeme wie ChatGPT und andere künstliche Intelligenz-Technologien viele Vorteile und Möglichkeiten bieten, können sie auch unbeabsichtigte Folgen haben oder unerwartete Auswirkungen auf Gesellschaft, Wirtschaft, Umwelt und Politik haben. Eine Technikfolgenabschätzung kann dazu beitragen, potenzielle Risiken zu identifizieren und angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um diese Risiken zu minimieren oder zu vermeiden.

Daher sollten bei der Entwicklung und dem Einsatz von Technologien wie ChatGPT nicht nur die technischen Aspekte, sondern auch die sozialen, ethischen und rechtlichen Auswirkungen berücksichtigt werden. Eine ganzheitliche Betrachtung der Technologie und ihrer potenziellen Auswirkungen ist notwendig, um sicherzustellen, dass sie im Einklang mit den Werten und Zielen der Gesellschaft eingesetzt wird.

Das klingt nach einer wichtigen Aufgabe nicht nur für die Rechtswissenschaften, sondern für die Sozialwissenschaften insgesamt.

Ja, das stimmt. Die Technikfolgenabschätzung und die Auseinandersetzung mit den sozialen, ethischen und rechtlichen Auswirkungen von Technologien sind wichtige Aufgaben für die Sozialwissenschaften insgesamt, da Technologien wie ChatGPT in vielen Bereichen der Gesellschaft eingesetzt werden können.

Neben der Rechtswissenschaft können auch andere Disziplinen wie die Soziologie, die Politikwissenschaft oder die Ethik einen Beitrag zur Technikfolgenabschätzung leisten. Eine interdisziplinäre Zusammenarbeit kann dazu beitragen, ein umfassendes Verständnis der Auswirkungen von Technologien zu entwickeln und angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um diese Risiken zu minimieren oder zu vermeiden.

Insgesamt ist es wichtig, dass die Auseinandersetzung mit den sozialen, ethischen und rechtlichen Auswirkungen von Technologien nicht nur von Experten in der Wissenschaft, sondern auch von der Gesellschaft als Ganzes geführt wird.

Vielen Dank für das „Gespräch“ und für Ihre Antworten!

Gerne geschehen, ich hoffe, ich konnte Ihnen weiterhelfen und Ihre Fragen beantworten. Wenn Sie weitere Fragen haben oder Hilfe benötigen, stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

II. Lehreinheit

ChatGPT kann nicht nur Fragen beantworten, sondern auch Referate verfassen und ganze Lehreinheiten planen. Folgende Aufgabe wurde ChatGPT gestellt:

„Bitte erstellen und strukturieren Sie eine Lehreinheit zum Thema „künstliche Intelligenz und ChatGPT in der Hochschule“. Die Dauer der Lehreinheit soll 90 Minuten betragen, die Adressaten sind Studierende der

Sozialen Arbeit im zweiten Semester. Dabei sollen nicht nur technische Grundlagen, sondern auch rechtliche Herausforderungen und die Grenzen künstlicher Intelligenz angesprochen werden.“

Hier die Antwort, die ChatGPT innerhalb von etwas über einer Minute gegeben hat:

„Lehreinheit: Künstliche Intelligenz und ChatGPT in der Hochschule

Dauer: 90 Minuten

Zielgruppe: Studierende der Sozialen Arbeit im zweiten Semester

Lernziele:

Verstehen, was künstliche Intelligenz und ChatGPT sind

Verstehen, wie künstliche Intelligenz in der Hochschule eingesetzt wird

Kenntnis über die rechtlichen Herausforderungen im Zusammenhang mit künstlicher Intelligenz

Verständnis für die Grenzen künstlicher Intelligenz

Ablaufplan:

I. Einführung (10 Minuten)

Begrüßung und Vorstellung der Themen der Lehreinheit

Klärung der Erwartungen der Studierenden

II. Was ist künstliche Intelligenz und ChatGPT? (20 Minuten)

Definition von künstlicher Intelligenz

Erklärung des Unterschieds zwischen schwacher und starker künstlicher Intelligenz

Einführung in ChatGPT und seine Funktionen

III. Einsatz von künstlicher Intelligenz in der Hochschule (30 Minuten)

Beispiele für den Einsatz von künstlicher Intelligenz in der Hochschule, z.B. Chatbots, automatisierte Bewertungen

Diskussion der Vor- und Nachteile des Einsatzes von künstlicher Intelligenz in der Hochschule

Betrachtung möglicher Auswirkungen auf die Lehre und das Lernen

IV. Rechtliche Herausforderungen (20 Minuten)

Vorstellung rechtlicher Herausforderungen im Zusammenhang mit künstlicher Intelligenz, z.B. Datenschutz, Diskriminierung

Diskussion möglicher Lösungen für diese Herausforderungen

V. Grenzen künstlicher Intelligenz (10 Minuten)

Betrachtung der Grenzen von künstlicher Intelligenz

Diskussion möglicher ethischer Herausforderungen im Zusammenhang mit künstlicher Intelligenz

VI. Zusammenfassung und Reflexion (10 Minuten)

*Zusammenfassung der wichtigsten Punkte der Lehrinheit
Reflexion der Lernziele und der persönlichen Lernergebnisse der Studierenden*

Materialien:

Präsentation mit Folien zu den Themen der Lehrinheit

Beispiele für den Einsatz von künstlicher Intelligenz in der Hochschule

Methoden:

Vortrag

Diskussion

Gruppenarbeit

Bewertungskriterien:

Verständnis der Konzepte von künstlicher Intelligenz und ChatGPT

Kenntnis der Einsatzmöglichkeiten von künstlicher Intelligenz in der Hochschule

Verständnis der rechtlichen Herausforderungen im Zusammenhang mit künstlicher Intelligenz

Verständnis der Grenzen von künstlicher Intelligenz

Teilnahme an der Diskussion und Gruppenarbeit.“

Auf eine weitere Frage, ob ChatGPT die Einführung formulieren könne, hat der Chatbot geantwortet:

„Ja, gerne! Hier ist eine mögliche Formulierung der Einführung für die Lehrinheit "Künstliche Intelligenz und ChatGPT in der Hochschule":

Herzlich willkommen zur heutigen Lehrinheit über künstliche Intelligenz und ChatGPT in der Hochschule! In den nächsten 90 Minuten werden wir uns mit dem Thema künstliche Intelligenz und ChatGPT auseinandersetzen, um zu verstehen, was es ist und wie es in der Hochschule eingesetzt wird. Wir werden auch die rechtlichen Herausforderungen und Grenzen von künstlicher Intelligenz diskutieren. Als Studierende der Sozialen Arbeit haben Sie die Möglichkeit, sich mit diesem Thema auseinanderzusetzen, da künstliche Intelligenz in vielen Bereichen des Sozialwesens eingesetzt wird und auch in der Zukunft eine wichtige Rolle spielen wird. Wir hoffen, dass Sie diese Lehrinheit als eine Gelegenheit sehen, um Ihre Kenntnisse über künstliche Intelligenz und ChatGPT zu erweitern und um Ihre Meinung zu diskutieren. Bevor wir beginnen, würden wir gerne von Ihnen erfahren, welche Erwartungen Sie an diese Lehrinheit haben.“

III. Fazit

Programme wie ChatGPT werden keine vorübergehende Erscheinung sein, sondern im Gegenteil weiter ausgebaut. Damit wird sich die Hochschullehre auseinandersetzen müssen. Die langfristigen Auswirkungen auf die Gesellschaft, aber auch auf Berufe, die bisher von dem Arbeitsplatzabbau durch Einsatz elektronischer Datenverarbeitung überwiegend verschont geblieben sind, etwa der Rechtsberatung, muss im Rahmen einer Technikfolgenabschätzung Rechnung getragen werden – worauf der Chatbot im Interview selbst hingewiesen hat.¹

Gleichzeitig wird deutlich, dass die Software in der Lage ist, Referate zu gliedern und zu erstellen. Das ist insbesondere deshalb problematisch, weil bei Referaten anders als bei Hausarbeiten nicht mit konkreten Literaturnachweisen gearbeitet wird. Mit anderen Worten: Will man die Inhalte in den Mittelpunkt stellen, dürften Referate im Zeitalter von ChatGPT keine geeignete Prüfungsform mehr sein. Das gilt umso mehr in Anbetracht dessen, dass die Hochschule vor dem Hintergrund der berufsqualifizierenden Bedeutung von Studienabschlüssen sowie der Noten als möglicher Auswahlkriterien bei der Entscheidung über die Besetzung von Stellen insbesondere im öffentlichen Dienst, für den die Auswahlkriterien des Art. 33 Abs. 2 GG gelten, gehalten ist naheliegende Täuschungsmöglichkeiten zu antizipieren und im Sinne eines fairen Verfahrens von Prüfungsformen Abstand zu nehmen, bei denen sich nicht mit hinreichender Sicherheit klären lässt, ob und in welchen Teilen die Prüfungsleistung vom Prüfling erbracht wurde, zumal die Hochschule bei der Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowie die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zu beachten hat.²

Anders als von ChatGPT dargestellt, ist zwar eine einschlägige hochschuldidaktische Fortbildung der Lehrpersonen wünschenswert. Allein da-

1 Zu regulatorischen Notwendigkeiten in verschiedenen Bereichen vgl. Hacker GRUR 2023, 289 (289 f.).

2 Vgl. Niehues/Fischer/Jeremias/Dietrich-Jeremias, Rn. 130 u. 238, der auf die „Wahrung der Chancengleichheit“ verweist. Im Kontext der Corona-Pandemie kritisch zu Prüfungsformen mit einer erhöhten Täuschungsanfälligkeit Fischer/Dietrich NVwZ 2020, 657 (661). Ausführlich zum prüfungsrechtlichen Gebot der Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG auch BVerwG NVwZ-RR 2015, 858 (860 f.) und NVwZ-RR 2016, 783 (784).

mit und mit dem Einsatz von Plagiatssoftware³ oder einem anderen Fragestil wird sich die prüfungsrechtlich gebotene Chancengleichheit nicht sicherstellen lassen. Zur inhaltlichen Qualität der Antworten sei auf Berichte in den Medien verwiesen, nach denen ChatGPT Prüfungen im Verfassungsrecht, Deliktsrecht und Steuerrecht an der Universität von Minnesota mit Prädikat bestanden hätte⁴ und auch verschiedene Fragen in Einstiegs-examina für US-Mediziner richtig lösen konnte.⁵ Will man also daran festhalten, dass über Prüfungen die Qualität der Ausbildung gesichert wird, was auch im Interesse derjenigen erforderlich ist, für die bzw. mit denen die Studenten nach Abschluss ihres Studiums tätig sein werden und die sich darauf verlassen können müssen, dass im Rahmen des Studiums inhaltliche Kompetenzen erworben wurden, dann werden die tiefgreifendsten Änderungen bei den Prüfungsformen vorgenommen werden müssen. Diese Entwicklung wurde in der Juristenausbildung, in der die Noten seit jeher eine besondere Bedeutung haben, bereits antizipiert. Denn eine Examenshausarbeit bzw. ein zu Hause vorbereiteter Aktenvortrag wurde vor dem Hintergrund möglicher Täuschungsversuche im Assessorexamen bereits vor Jahren gestrichen und auch die gegenüber dem universitären Teil wichtigere Staatsprüfung im Rahmen der ersten juristischen Prüfung (sog. Referendarexamen) besteht aus gutem Grund nur aus Klausuren und mündlicher Prüfung.

Literatur

- Batzlein, Christian: ChatGPT an der Uni: Die Hausarbeit hat ausgedient, Bericht v. 10.2.2023, online verfügbar unter <https://www.swr.de/swr2/leben-und-gesellschaft/chatgpt-wendepunkt-im-akademischen-schreiben-100.html> (letzter Abruf: 21.3.2023)
- Fischer, Edgar/Dieterich, Peter: Prüfungsrecht in Zeiten der Coronavirus-Pandemie, in: NVwZ 2020, 657 ff.

-
- 3 Zumal jeder Text von ChatGPT ein Unikat ist, vgl. dazu den Medienbericht von Batzlein für SWR 2; zur Funktionsweise von ChatGPT anhand statistischer Modelle vgl. Weiser, v. GRUR-Prax 2023, 57 (57).
- 4 Vgl. Meldung des ZDF v. 25.1.2023, online verfügbar unter <https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/chatgpt-jura-pruefung-minnesota-100.html> (letzter Abruf: 21.3.2023).
- 5 Redaktionsnetzwerk Deutschland (RND), Meldung v. 10.2.2023, online verfügbar unter <https://www.rnd.de/wissen/chatgpt-text-roboter-loest-us-medizinpruefung-HSBXE UJPBX2Q3K6YZZPEQSXPHM.html> (letzter Abruf: 21.3.2023). An dem Potenzial der KI ändert der Umstand nichts, dass bisher die bayerischen Abiturprüfungen angeblich nicht korrekt durch ChatGPT gelöst werden konnten, vgl. dazu Spiegel.de v. 10.2.2023, online verfügbar unter <https://www.spiegel.de/netzwelt/apps/chatgpt-scheitert-an-bayerischem-abitur-a-a28cdaa6-cdb9-49a1-9d38-b85e6c24773d> (letzter Abruf: 21.3.2023).

Prof. Dr. Christopher Schmidt

Hascker, Philipp: Die Regulierung von ChatGPT et al. – ein europäisches Trauerspiel,
in: GRUR 2023, 289 f.

Niehues, Norbert/Fischer, Edgar/Jeremias, Christoph/Dieterich, Peter: Prüfungsrecht,
8. Aufl., München 2022 (zit.: Niehues/Fischer/Jeremias/Dietrich-Bearbeiter)

Weiser, v., Marcus: ChatGPT und Urheberrecht, in: GRUR-Prax 2023, 57 ff.

IV. Herausragende Abschlussarbeit

Jugendhilfe und Mutter-Kind-Einrichtungen im Justizvollzug: Eine Fallstudie anhand des Falles „Memek“ (David Wanner)

Fehler, die im Allgemeinen Sozialen Dienst (ASD) von Jugendämtern gemacht werden, führen gelegentlich zu Schäden, die nicht mehr korrigiert werden können. Das gilt insbesondere im Kinderschutz: Wenn im Rahmen des staatlichen Wächteramts nicht rechtzeitig gehandelt wurde, kann das Kind tot oder verletzt sein. Denkbar sind auch, worauf *Dr. Jorge Guerra González* im vorliegenden Band hingewiesen hat, Schäden durch eine Eltern-Kind-Entfremdung. Solch eine Entfremdung muss im Rahmen des staatlichen Wächteramtes nach Möglichkeit verhindert werden. Umso schlimmer, wenn das Jugendamt selbst infolge eines falschen Rechtsverständnisses (und ggf. auch falscher pädagogischer Maßstäbe) eine Eltern-Kind-Entfremdung verschuldet, etwa, weil es ein Kind vorschnell von den Eltern trennt. Wenn die Mitarbeitenden in Jugendämtern sich nicht als pädagogische Fachkräfte verstehen, die gemeinsam mit den Eltern nach Lösungen suchen sollen.

Einen solchen Fall, der zudem überregional bekannt geworden war (vgl. z.B. Hipp, Dietmar/Piltz, Christopher, in: *Der Spiegel* v. 23.12.2022, S. 30 ff.), hat der Student *David Wanner* im Rahmen seiner BA-Arbeit bearbeitet. Konkret ging es darum, dass das Jugendamt einer Mutter, die als Heranwachsende im Jugendvollzug war und selbst noch hätte Adressatin von Hilfen nach dem SGB VIII sein müssen, im Zusammenwirken mit der JVA die Unterbringung im Mutter-Kind-Vollzug verwehrt und stattdessen das Kind in Obhut genommen hat. Ohne Rücksicht auf Verluste, mag man hinzufügen: sowohl mit Blick auf die Mutter als auch mit Blick auf das Kind. Nicht nur, dass die Trennung unmittelbar nach der Geburt für beide traumatisierend gewesen sein dürfte, zumal das Kind im Krankenhaus unter Pandemiebedingungen die ersten Tage (fast) ohne jede menschliche Zuwendung auskommen musste. Der Mutter-Kind-Vollzug hätte für die Strafgefängene eine Chance zurück in die Gesellschaft hätte sein können, die vom Jugendamt vereitelt wurde.

In rechtlicher Hinsicht war der Fall deshalb komplex, weil ganz unterschiedliche Gerichte mit ein- und demselben Sachverhalt befasst waren: die

Strafvollstreckungskammer, das Verwaltungsgericht, das Familiengericht (eine gute Zusammenfassung findet sich in AG Schwäbisch Hall BeckRS 2022, 20018) – und ganz verschiedene Rechtsbereiche berücksichtigt werden mussten.

All dies konnte der Absolvent scheinbar mühelos durchdringen. Dabei beherrscht er es, Verbindungen zwischen rechtlichen und pädagogischen Handlungsmaximen herzustellen. Er sieht die junge Mutter als Adressatin der Sozialen Arbeit, verweist auf die Aufgaben der Jugendgerichtshilfe und auf die Bedürfnisse des Neugeborenen nach der Bindungstheorie.

Die Arbeit wurde mit der Bestnote bewertet und als besonders hervorragend mit dem Preis der Stadt Esslingen ausgezeichnet.

Bei Interesse an der Arbeit kann Kontakt zum Verfasser aufgenommen werden:

David Wanner, BA, Fellbacher Straße 106, 70327 Stuttgart,
E-Mail: david.wanner@yahoo.de

Kurzvorstellung der Autorinnen und Autoren

Peter von Auer, vormals Rechtsanwalt in Frankfurt a.M., ist rechtspolitischer Referent von Pro Asyl zum deutschen und europäischen Asylrecht. Für die Organisation beobachtet er Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung sowie aktuelle flüchtlingspolitische Entwicklungen.

Jörg Bossenmayer ist Rechtsanwalt sowie Fachanwalt für Medizinrecht und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in einer angesehenen, in Freiburg i.Br. und Stuttgart ansässigen Kanzlei (Standort Stuttgart). Seine Schwerpunkte liegen im öffentlichen Dienstrecht, im Hochschulrecht, im öffentlichen Baurecht sowie im Medizinrecht. Neben seiner anwaltlichen Tätigkeit ist er Lehrbeauftragter an der Hochschule Esslingen.

Dr. Matthias Fahrner, M.A. ist Ministerialrat a.D., Richter am Amtsgericht Stuttgart, Habilitand an der Universität des Saarlandes und Lehrbeauftragter an der Hochschule Esslingen. Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Bereich des (Rechts-)Extremismus und des Staatsschutzstrafrecht. Gleichzeitig beschäftigt er sich mit der Demokratieforschung.

Rudi Friedrich, studierter Soziologe, ist Gründungsmitglied des Vereins Connection e.V., der Kriegsdienstverweigerer und Deserteure unterstützt. Für sein Engagement wurde er 2009 mit dem Förderpreis der Martin-Niemöller-Stiftung ausgezeichnet.

Dr. Jorge Guerra González, B.Sc. hat in Madrid Rechtswissenschaften studiert. Nach seiner Promotion in Deutschland schloss er weitere Studiengänge in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften sowie in Psychologie ab. Er ist Dozent an mehreren Hochschulen und organisiert Fortbildungsveranstaltungen u.a. zum Thema Umgangsvereitelung. Er ist Sachverständiger, Verfahrensbeistand, Umgangspfleger und zertifizierter Mediator.

Jakob Harich ist Rechtsanwalt, Testamentsvollstrecker, zertifizierter Mediator sowie eingetragener Mediator in Österreich. Er ist Betriebswirt des Handwerks und war lange Jahre in leitender Position in Banken tätig. Im Bereich der Mediation ist er durch seine praktischen Erfahrungen ein gefragter Experte. Gleichzeitig ist er Lehrbeauftragter an der Hochschule Esslingen.

Dr. Elisabeth Hartmeyer ist Professorin an der Katholischen Hochschule Freiburg. Ihre Arbeits- und Forschungsschwerpunkte liegen im Bereich des Arbeitsrechts mit einem Schwerpunkt auf dem kirchlichen Arbeitsrecht, des Kinder- und Jugendhilferechts sowie rechtlich-ethischer Fragestellungen. Gleichzeitig ist sie Mitglied im Promotionszentrum des Promotionsverbands der Hochschulen für angewandte Wissenschaften Baden-Württemberg.

Dr. Uwe Jopt ist Professor emeritus für Psychologie an der Universität Bielefeld. Besondere Bekanntheit erlangte er dadurch, dass er bereits in den 1980er Jahren das alleinige Sorgerecht nach Trennung und Scheidung kritisierte und als einer der Väter des gemeinsamen Sorgerechts gilt. Er ist Begründer der systemisch-lösungsorientierten Begutachtung im Familienrecht und war lange Jahre als Gerichtssachverständiger tätig.

Dr. Regina Liebe-Tumbrink ist als Verwaltungswissenschaftlerin im Bereich der Migration und Integration beim Landkreis Esslingen tätig. Gleichzeitig unterrichtet sie bereits langjährig als Lehrbeauftragte an der Hochschule Esslingen. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen im Bereich der kommunalen Normsetzung.

Dr. Peter Neumann ist Inhaber einer renommierten Dresdner Anwaltskanzlei und Direktor des Deutschen Instituts für Sachunmittelbare Demokratie (DISUD). Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Bereich des Staats- und Verfassungsrechts, des Sozialrechts und des Privatrechts. Neben seiner anwaltlichen Tätigkeit ist er Lehrbeauftragter an der Hochschule Esslingen. Weitere Lehraufträge hatte er an der TU Dresden, an der Universität Köln, an der HSPV NRW sowie an der Hochschule Meißen.

Dr. Arne Pautsch ist Professor für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg und Co-Direktor des Ludwigsburger Demokratie Instituts (LDI). Zudem ist er Gründungsmitglied im Promotionszentrum des Promotionsverbands der Hochschulen für angewandte Wissenschaften Baden-Württemberg.

Dr. Annette Rabe ist Professorin an der Evangelischen Hochschule Ludwigsburg sowie selbständige Rechtsanwältin und Mediatorin. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen im Bereich des Arbeits- und Dienstrechts sowie des Familienrechts und des Rechts der Kinder- und Jugendhilfe.

Dr. Falk Roscher ist emeritierter Hochschullehrer an der Hochschule Esslingen, wo er bis zum Eintritt in den Ruhestand eine Professur für Verwaltungs- und Verfassungsrecht, Arbeits- und Sozialrecht innehatte. Von 1993 bis 2006 leitete er als Rektor die Hochschule für Sozialwesen Esslingen (HfS) und war 2005/2006 Gründungsprorektor der Hochschule Esslingen. Im selben Jahr wurde er ausgezeichnet mit dem Bundesverdienstkreuz am Bande für sein hochschulpolitisches Engagement sowie seinen langjährigen ehrenamtlichen Einsatz im sozialen Bereich. Er ist Autor zahlreicher Fachveröffentlichungen und Mitglied des Fachausschusses Sozialrecht der BAG Wohnungslosenhilfe e.V., Berlin.

Dr. Ralf Rose ist Richter am Amtsgericht Böblingen und dort Vorsitzender des Jugendschöffengerichts. Gleichzeitig ist er Lehrbeauftragter an der Hochschule Esslingen. Seine Forschungsschwerpunkte liegen in den Bereichen Strafrecht und Kriminologie.

Dr. Alexander Schmid ist Professor für Rechtswissenschaften an der Hochschule Esslingen. Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Bereich des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, des Arbeits- und Sozialrechts sowie des Gesundheitsrechts und des Rechts für Menschen mit Behinderungen. Er ist Prodekan der Fakultät Soziale Arbeit, Bildung und Pflege sowie Mitglied des Instituts für Gesundheits- und Pflegewissenschaften.

Dr. Christopher Schmidt ist Professor für Rechtswissenschaften mit den Schwerpunkten Familienrecht sowie Kinder- und Jugendrecht an der Hochschule Esslingen. Zudem ist er stv. Vorsitzender des Deutschen Instituts für Sachunmittelbare Demokratie (DISUD) und Gründungsmitglied im Promotionszentrum des Promotionsverbands der Hochschulen für angewandte Wissenschaften Baden-Württemberg.

Dr. Clarita Schwengers ist Professorin für Rechtswissenschaften an der Hochschule Esslingen. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen im Bereich des Sozialrechts mit den Schwerpunkten Grundsicherung für Arbeitsuchende, Sozialhilfe, Sozialleistungen für Familien und Schnittstellen im Sozialrecht.

Dr. Hildegund Sünderhauf ist Professorin für Familienrecht und Kinder- und Jugendhilferecht an der Evangelischen Hochschule Nürnberg. Zudem ist sie zertifizierte Mediatorin. Sie lehrt im Studiengang Soziale Arbeit. Zu ihren Arbeits- und Forschungsschwerpunkten zählen die Ausübung der elterlichen Sorge nach Trennung und Scheidung sowie die tatsächliche

Kurzvorstellung der Autorinnen und Autoren

Wahrnehmung der Elternverantwortung (Wechselmodell, Residenzmodell, Nestmodell).