

Roland Hefendehl

## Sozialarbeit im lähmenden Bann strafrechtlicher Risiken?

### 1 Annäherung an das Thema

1.1 Immer wieder stößt man in Zeitungen auf tragische Todesfälle von hilfsbedürftigen – jungen oder alten – Menschen, die eben diese Hilfe nicht erhalten haben.<sup>1</sup> Man hofft, dass sich die absoluten Zahlen in engen Grenzen halten und die Medien eben diese virtuell kumulieren. Real sind diese Fälle gleichwohl und vielleicht nehmen sie auch zu. Erst dieser Tage lesen wir wieder von in völlig verwahrlosten Wohnungen aufgefundenen Kindern in Hamburg.<sup>2</sup> Die *Süddeutsche Zeitung* widmet diesem Fall die gesamte Seite 2 unter dem Titel: „Vergessen in kniehohem Müll“.<sup>3</sup> – Dies alles hätte mit Sicherheit vermieden werden können, wenn sich Hilfsbereite der Hilfsbedürftigen angenommen hätten. Denn es handelte sich ja nicht um einen Unglücksfall, dem man machtlos gegenübersteht. Kokons gleich scheinen in unserer Gesellschaft verschieden enge oder dichte Sicherheitsringe zu existieren: Um die Kinder kümmern sich die Eltern (und umgekehrt), gegebenenfalls die Großeltern, manchmal die Nachbarn, vielleicht aber auch die Sozialarbeiter oder andere seitens des Staates eingesetzte fürsorgliche Personen. Und obwohl dieser Kokon mutmaßlich so viele Schichten hat, kommt es eben doch immer wieder vor, dass alle Schichten und Sicherheitsnetze versagen – und wir ein Opfer zu beklagen haben. Woran dies tatsächlich liegt und welche Entwicklungen auf diesem Feld auszumachen sind, sind an die Psychologie, Soziologie und Kriminologie zu richtende Fragen, die in diesem Kontext (leider) nicht erörtert werden können. Hier soll es allein um die strafrechtliche Aufarbeitung gehen. Deren umstrittene Funktion sei dabei nur angedeutet: Wird durch den Einsatz des Strafrechts etwa erreicht werden, dass derartige Fälle in Zukunft nicht mehr auftreten? Hat der Strafvollzug eine positive läuternde Wirkung auf eine in ihrer Obhutspflicht partiell versagende Person? Diese beiden Fragen zu stellen, heißt sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu verneinen. Und es bleibt – einmal mehr – der fast verzweifelte Verweis darauf, jedenfalls werde das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung bestärkt (man spricht von einer sog. positiv generalpräventiven Wirkung), was aber eben eine Aufbereitung dieses Unglücks in einem Strafprozess erfordere. Wenn man also ehrlich ist, sollte man das Strafrecht vermutlich auch hier nicht zur Anwendung kommen lassen. Wenn man hingegen systemkonsistent agiert, muss man untersuchen, ob der Verzicht auf das Strafrecht in diesem Bereich zu legitimieren ist, ohne allgemein abolitionistisch zu denken.

1.2 Vorab sei einem Kritikpunkt vielleicht die Spitze genommen: Wie könne es sein, dass Menschen, die die Hilfe für andere zu ihrem Beruf erklärt und häufig unter erheblichem psychischen und physischen Stress ihre Arbeit zu leisten hätten, plötzlich noch – fast als höhnischer Dank dafür – in die Mühlen der Strafjustiz gerieten? – Derartige Empfindlichkeiten sind nicht selten. Die Ärzte stehen paradigmatisch dafür. Nein, es ist kein Skandal, diese bei einer Operation in einem ersten Schritt (auf der Tatbestandsebene) mit einem Messerstecher auf eine Stufe

<sup>1</sup> „Jessica“ <[http://www.zeit.de/2005/41/Jessica\\_41](http://www.zeit.de/2005/41/Jessica_41)>, „Karolina“ <<http://www.zeit.de/2005/17/Karolina?page=1>>, „Michelle“ <<http://www.spiegel.de/panorama/0,1518,383744,00.html>>, „Dennis“ <<http://www.spiegel.de/panorama/0,1518,381882,00.html>>; Kurzdarstellung der Fälle in Osnabrück, Dresden und Stuttgart bei Mörsberger, T., Weder Panik noch Selbstmitleid ist angebracht, Jugendhilfe 2000, 228, 229.

<sup>2</sup> <<http://www.spiegel.de/panorama/0,1518,383879,00.html>>.

<sup>3</sup> Süddeutsche Zeitung vom 10.11.2005, S. 2.

zu stellen,<sup>4</sup> weil das Strafrechtssystem eben ein *System* ist, bei dem es keinen Sinn macht, einen einzelnen Baustein herauszureißen. Führt man sich beispielsweise die in meinen Augen gut vertretbare Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen<sup>5</sup> vor Augen, wird schnell deutlich, dass hier (plötzlich) aus systeminternen Gründen der Tatbestand nicht erfüllt wäre.

Es ist demzufolge auch kein widersprüchliches Paradoxon, weitere Respekt erheischende Berufe der Hilfe und der Belastung unter die allgemeine strafrechtliche Kontrolle zu stellen. Dabei soll nicht einmal der Vergleich zu vielen anderen Berufen gezogen werden, die in gleicher Weise die Hilfe für den Menschen auf ihren Schild geschrieben haben und damit beim Versagen bzw. fehlerhafter Hilfe unmittelbar kausal rechtsgutsrelevantes Leid hervorzurufen vermögen. – Letzterer Gesichtspunkt macht im Übrigen den entscheidenden Unterschied etwa zu (Fehl-) Entscheidungen bzw. Unterlassungen von Unternehmern und Politikern aus und schürt den Unmut über eine scheinbare Ungleichbehandlung. Während Maßnahmen in der Unternehmensspitze möglicherweise Tausende von Arbeitsplätzen vernichten können, ohne dass hierin ein strafrechtlich relevantes Verhalten läge, kann dies bei einem Sozialarbeiter anders aussehen. Aber eben nur „kann“ – es bedarf des Durchlaufs eines immer feiner werdenden Strafrechts-filters oder -trichters, dem sich gedanklich jeder bei einem möglicherweise rechtsgutsrelevanten Anknüpfungspunkt unterziehen kann und muss.<sup>6</sup> Erst bei Fehlern oder Ungleichbehandlungen in diesem Strafrechtsfilter gäbe es einen Anlass für Empörung. „Helfen mit Risiko“ – so lautet der Titel eines Bandes, der ein Strafverfahren gegen eine Sozialarbeiterin in Osnabrück dokumentiert.<sup>7</sup> Nur: Wäre ein Helfen ohne Risiko nicht gerade ein beliebiges und belangloses, das Almosen für den Obdachlosen, den man auf diese Art und Weise auch wieder loswerden möchte? Ist ambitioniertes Helfen nicht auch immer mit dem Risiko eines Fehlschlagens oder eines Nicht-gerecht-Werdens verbunden? – Wer diese Fragen bejaht, wird aber zu Recht zumindest Antworten zur *Beherrschbarkeit des Risikos* einfordern.

## 2 Der gegenwärtige Stand in Rechtsprechung und Lehre

2.1 Die oben beschriebenen Fälle des möglichen Versagens staatlicher Stellen sind potenziell solche des fahrlässigen Unterlassens. Denn alle möglichen Anknüpfungspunkte eines Tuns erweisen sich allenfalls als kausal, überspringen aber die Hürde der objektiven Zurechnung mit Sicherheit nicht. Vorsatz wird man nur in atypischen Ausnahmekonstellationen in Betracht ziehen können. Wenn wir also als den schlimmsten Fall das fahrlässige Verletzungs- und Erfolgsdelikt der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) betrachten, sind die folgenden Bestandteile dieses Delikts besonders ins Auge zu nehmen: die zum Tode führende Sorgfaltspflichtverletzung, die Möglichkeit der Erfolgsverhinderung und die Garantenstellung als eine Grundbedingung jedes unechten Unterlassungsdelikts. – Bisweilen werden diese verschiedenen Aspekte miteinander vermengt und verwoben, was zur undurchsichtigen Situation wesentlich beiträgt. So kann man

<sup>4</sup> Bockelmann, P., Strafrecht des Arztes, Stuttgart 1968, S. 62 m.w.N.; Lenckner, T., Arzt und Strafrecht, in: Forster (Hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin, Stuttgart 1986, S. 570, 594.

<sup>5</sup> Kaufmann, A., Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, 563 ff.; ders., Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, 353 ff.; ders., Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, in: Küper, W., Puppe, I., Tenckhoff, J. (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner, Berlin 1987, S. 185, 187; Schaffstein, F., Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951, 196 ff.; ders., Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960), 369, 386 ff.; Schünemann, B., Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, 341, 347 ff.; vgl. auch Hirsch, H. J., in: Jähnke, B., Laufhütte, H.W., Odersky, W. (Hrsg.), Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 1992 ff., Vor § 32 Rn. 7 m.w.N. (1994).

<sup>6</sup> So auch Bringewat, P., Fachkräfte haben Verantwortung, Blätter der Wohlfahrtspflege 1/2002, 25: „Sozialarbeit ist kein rechtsfreier Raum.“

<sup>7</sup> Mörsberger, T./Restemeier, J. (Hrsg.), Helfen mit Risiko, Neuwied u.a. 1997.

durchaus eine Garantenstellung eines Sozialarbeiters bejahen, ohne dass dieser pflichtwidrig gehandelt hat oder in einer konkreten Situation überhaupt die Chance besaß, etwa den Todeseintritt zu verhindern.

2.2 Die Frage, ob Sozialarbeiter, die im Jugendamt für die Betreuung von sog. Problemfamilien<sup>8</sup> auf der Grundlage des SGB VIII zuständig sind, eine Garantenstellung einnehmen, wird unterschiedlich beurteilt. Dabei ist es in diesem Bereich wie allgemein auf dem Feld des Unterlassens um die Rechtsprechung und die so genannte herrschende Lehre trostlos bestellt: Sie als *eklektizistisch* zu beschreiben,<sup>9</sup> wird wohl am ehesten der Situation gerecht. Wie aus einem Gemischtwarenladen scheint man sich den einen oder anderen Gesichtspunkt herauszugreifen, der bezüglich des Vorliegens einer Garantenstellung zu passen scheint: mal die tatsächliche Übernahme einer Schutzfunktion, mal einen Anspruch, mal eine entsprechende Verpflichtung, mal Vertrauen, das sich aber dann über den Zusatz „unreflektiert“ in nichts auflöst.

Symptomatischerweise wird nahezu durchgängig die sog. *Funktionentheorie* bemüht, die zwischen den Grundtypen des Überwacher- und Beschützergaranten unterscheidet und der gerade keine limitierende Kraft zukommt, wie u. C I zu zeigen sein wird. In den hier behandelten Konstellationen liege eine Beschützergarantenstellung vor,<sup>10</sup> wonach der Garant alle möglichen Gefahren von bestimmten Rechtsgütern abwehren müsse. Das staatliche Wächteramt beinhaltet dabei zweierlei: die Hilfe für das Kind durch Unterstützung der Eltern sowie die Hilfe für das Kind durch Intervention.<sup>11</sup>

2.2.1 Unter den Befürwortern der Garantenstellung spricht sich das OLG Oldenburg für eine direkte Anknüpfung an das Gesetz, nämlich § 1 Abs. 2 S. 2 SGB VIII, aus.<sup>12</sup> Es steht damit der Sache nach auf dem Boden einer formellen Betrachtungsweise, oder in der Terminologie der Garantendogmatik, der sog. *Rechtspflichttheorie*.<sup>13</sup> Eine solche Herleitung wird teilweise auf

<sup>8</sup> Der Begriff einer Problemfamilie ist unglücklich und sollte m.E. vermieden werden. Er lässt offen, ob die Familie das Problem ist, ob sie Probleme macht oder Probleme hat. Überdies ist der Begriff des Problems vage und schillernd.

<sup>9</sup> Vgl. auch Schünemann, B., Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland, in: Gimbernat, E., Schünemann, B., Wolter, J. (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte – Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin, Heidelberg 1995, S. 49, 63.

<sup>10</sup> Wiesner, R., Das Wächteramt des Staates und die Garantenstellung der Sozialarbeiterin/des Sozialarbeiters zur Abwehr von Gefahren für das Kindeswohl, ZfJ 2004, 161, 168; Bringewat, P., Kommunale Jugendhilfe und strafrechtliche Garantenhaftung, NJW 1998, 944, 946; vgl. auch Rudolphi, H.-J., Anm. zur Entscheidung des BGH vom 15.7.1986 – 4 StR 301/86, JR 1987, 336 f. Bringewat, P., Tod eines Kindes, Baden-Baden 2001, S. 58 ff., begründet ausführlich, dass das Verhalten der Eltern nicht in den Verantwortungsbereich des Sozialarbeiters falle und ihm auch sonst nicht zugerechnet werden könne. Daher bestehe keine Verantwortlichkeit für Fremdverhalten, die eine Überwachergarantenstellung auslösen würde. Bohnert, J., Die Verletzung der Fürsorgepflicht und die Garantie der Sozialarbeiter, ZStW 117 (2005), 290, 303, hält demgegenüber eine Überwachergarantenstellung der Sozialarbeiter für möglich und verweist begründend auf eine Entscheidung des AG Wermelskirchen (NJW 1999, 590). Das AG verurteilte eine Mutter wegen Verletzung der Fürsorgepflicht (§ 171 StGB), weil sie ihren minderjährigen Sohn nicht von ständigen Diebstählen abgehalten habe. Auch in dieser Konstellation kann jedoch eine Beschützergarantenstellung erwogen werden, denn auch wenn durch die Diebstähle Rechtsgüter von unbeteiligten Dritten verletzt wurden, wird durch § 171 StGB ein Rechtsgut des Minderjährigen geschützt, von dem die Mutter Gefahren abzuwehren verpflichtet ist.

<sup>11</sup> Empfehlungen des deutschen Städttetages, JAmt 2003, 226; Bringewat, Tod eines Kindes (Anm. 10), S. 20.

<sup>12</sup> OLG Oldenburg, StV 1997, 133 mit – was die Herleitung der Garantenstellung anbelangt – krit. Anm. von P. Bringewat.

<sup>13</sup> Zu dieser vgl. Wohlers, W., in: Nomos Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2005, § 13 Rn. 30 f. m.w.N.; zu ihrer Dogmengeschichte vgl. Schünemann, B., Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971, S. 218 ff.; ferner ders., Zur Regelung der unechten Unterlassung in den Europa-Delikten, in: Tiedemann, K. (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Köln u.a. 2002, S. 103, 111.

den Interventionsbereich des staatlichen Wächteramts begrenzt.<sup>14</sup> Ab Erreichen der Eingriffs schwelle stehe dem Minderjährigen nämlich ein durchsetzbares subjektives Recht auf staatlichen Schutz vor Gefahren für sein Wohl zu. Diesem Anspruch entspreche die Verpflichtung der zuständigen staatlichen Funktionsträger, woraus eine Garantenstellung des zuständigen Sozialarbeiters erwachse.

2.2.2 Eine weitere Begründung für die (Beschützer-)Garantenstellung von Sozialarbeitern basiert auf der Figur der *tatsächlichen Schutzübernahme*.<sup>15</sup> Voraussetzung für eine Garantenstellung aus tatsächlicher Übernahme sei zum einen der Realakt, zum anderen ein normatives Element. Gerade über den genauen Inhalt des Letzteren besteht indes keine Klarheit. Teilweise wird gefordert, dass der Träger des Rechtsguts im Vertrauen auf den Schutz Gefahrensituationen eingehe oder eigene Schutzmaßnahmen unterlasse.<sup>16</sup> Andere wollen dies nur als Indiz für eine Garantenstellung ansehen und das „folgenlose“ Vertrauen ausreichen lassen.<sup>17</sup> Ein derartiges „unreflektiertes Vertrauen“<sup>18</sup> wird für die Jugendhilfe wegen der Unfähigkeit der Minderjährigen zum Selbstschutz bejaht.<sup>19</sup>

2.2.3 Die Gegner einer solchen Garantenstellung argumentieren mit dem *leistungsrechtlichen Charakter* des SGB VIII.<sup>20</sup> Eingriffsbefugnisse seien die Ausnahme, so dass dem Sozialarbeiter auch kaum Mittel zur Erfüllung seiner Pflicht zur Verfügung ständen.<sup>21</sup> Die Regelung des § 1 Abs. 3 Nr. 3 SGB VIII sei keine geeignete Grundlage einer Garantenstellung, da in der Norm lediglich die Zielsetzung des Gesetzes beschrieben werde und auch der Adressatenkreis nicht hinreichend bestimmt sei.<sup>22</sup>

Des Weiteren wird gegen die Annahme einer Garantenstellung angeführt, die Dienstpflicht des Sozialarbeiters ergebe sich nur aus dem Dienst- und dem Sozialrecht. Ginge man aber von einer Garantenstellung aus, würde das Strafrecht auf diese Dienstpflicht einwirken und sie verändern, bis hin zur Unbeachtlichkeit von innerdienstlichen Anordnungen und Weisungen.<sup>23</sup> Materiellrechtlich stehe die Sozialarbeit de lege lata in der Erwartung umfassender Abwägungen. Diese Entscheidungen seien strafrechtlich ohne erheblichen Bestimmtheitsverlust nicht angemessen zu behandeln.<sup>24</sup> Würde man eine Garantenstellung bejahen, würde dies eine Pflicht zur schnellstmöglichen und effektivsten Hilfe begründen. Weil aber Sozialarbeit erst bei einer Gefährdung des Wohls ansetze, müssten in fast allen Fällen sofort Erfolge abgewendet werden und

<sup>14</sup> Bringewat (Anm. 10) NJW 1998, 944, 946; ders., Tod eines Kindes (Anm. 10), S. 64; ders., Staatliches Wächteramt und Strafbarkeitsrisiken in der kommunalen Jugendhilfe, Unsere Jugend 2001, 418, 426; Busch, M., Kindeswohlgefährdung und Garantenstellung – (k)ein Thema der Jugendhilfe, Unsere Jugend 2002, 82, 83 f.

<sup>15</sup> OLG Stuttgart, ZfJ 1998, 382, 383; Bringewat (Anm. 10) NJW 1998, 944, 946; ders., Tod eines Kindes (Anm. 10), S. 48 ff.; ders. (Anm. 14) Unsere Jugend 2001, 418, 427 f.; Beulke, W./Swoboda, S., Beschützergarant Jugendamt. Zur Strafbarkeit von Mitarbeitern des Jugendamtes bei Kindestod, Kindesmisshandlung oder -missbrauch innerhalb der betreuten Familie, in: Dölling, D., Erb, V. (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössels, Heidelberg 2002, S. 73, 84; für den Fall eines längerfristigen Arbeits- und Betreuungszusammenhangs auch Trenck, T., Garantenstellung und Fachlichkeit – Anmerkungen zur strafrechtlich aufgezwungenen aber inhaltlich notwendigen Qualitätsdiskussion in der Jugendhilfe, ZfJ 2002, 383, 384.

<sup>16</sup> Vgl. Stree, W., in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., München 2001, § 13 Rn. 27.

<sup>17</sup> Bringewat, P., Ann. zur Entscheidung des LG Osnabrück vom 6.3.1996 – 22 Ns (VII 124/95), NStZ 1996, 440, 441; Beulke/Swoboda, Gössel-FS (Anm. 15), S. 73, 85.

<sup>18</sup> Bringewat, Tod eines Kindes (Anm. 10), S. 51 f., 57.

<sup>19</sup> Bringewat (Anm. 10) NJW 1998, 944, 946; Beulke/Swoboda, Gössel-FS (Anm. 15), S. 73, 86.

<sup>20</sup> LG Osnabrück, ZfJ 1996, 524, 526 mit zust. Anm. von S. Cramer, NStZ 1997, 238.

<sup>21</sup> LG Osnabrück, ZfJ 1996, 524, 526; Bohnert (Anm. 10) ZStW 117 (2005), 290, 315.

<sup>22</sup> LG Osnabrück, ZfJ 1996, 524, 526.

<sup>23</sup> Bohnert (Anm. 10) ZStW 117 (2005), 290, 316, 319.

<sup>24</sup> Bohnert (Anm. 10) ZStW 117 (2005), 290, 317.

dazu die einschneidendsten, weil sichersten Mittel gewählt werden.<sup>25</sup> Bei einer Gesundheits- oder Lebensgefährdung des Minderjährigen wäre dies die Herausnahme aus der Familie, die nach der gesetzgeberischen Konzeption jedoch ultima ratio sei.<sup>26</sup>

Das Verhältnis der sozial- bzw. verwaltungsrechtlichen Bestimmungen zum Strafrecht führe zu einer Einschränkung der Strafbarkeit von Sozialarbeitern. Das Strafrecht sei als akzessorisches Sanktionensystem anzusehen, das nur eingreife, soweit nach einer verwaltungsrechtlichen Prüfung das Verdikt der Rechtswidrigkeit über das fragliche Verhalten verhängt werden könne.<sup>27</sup> Rechtmäßiges Verwaltungshandeln sei dagegen nicht strafbar, was zur Folge habe, dass beispielsweise Beurteilungs- und Ermessensspielräume,<sup>28</sup> die das Verwaltungsrecht den Sozialarbeitern einräume, auch vom Strafrichter zu beachten seien.<sup>29</sup>

Diesem Ansatz wird entgegengehalten, dass eine solche Einschränkung im Widerspruch zum Sinn und Zweck von Garantenpflichten stehe und der überragenden Bedeutung der strafrechtlich geschützten Rechtsgüter nicht hinreichend Rechnung trage.<sup>30</sup> Die Einhaltung sozialpädagogischer Standards könne sich nicht prioritär zu den vom Strafrecht um des Rechtsgüterschutzes willen gestellten Anforderungen verhalten.<sup>31</sup> Vielmehr wirke das Strafrecht mit seinen auch verfassungsrechtlich geforderten Schutzpflichten in alle Lebens- und Arbeitsbereiche hinein und sei unabhängig von jeder Fachlichkeit zu beachten.<sup>32</sup> Es bestehe eine Wechselwirkung: Die Fachlichkeit habe sich am strafrechtlich Geforderten auszurichten<sup>33</sup> und umgekehrt könnten die pädagogischen Standards die strafrechtlichen Sorgfaltspflichten steigern, da Sonderwissen und Sonderfähigkeiten bei der Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs zu berücksichtigen seien.<sup>34</sup> Schließlich wird auch darauf verwiesen, dass ein Vorrang fachlicher Standards zu einer ungerechtfertigten Privilegierung der Sozialarbeiter gegenüber anderen Berufsgruppen wie beispielsweise Ärzten führen würde.<sup>35</sup>

**2.2.4** Diese kurze Aufarbeitung des Streitstandes macht eines deutlich: Klarheit besteht keineswegs, auch weil es bislang an höchstrichterlicher Rechtsprechung auf diesem Gebiet mangelt, die für die Praxis ein valider handlungsleitender Maßstab sein mag. Dieser Befund erscheint umso bedenklicher, als er gegebenenfalls die eigentliche Zielsetzung der Sozialarbeit bereichsweise lähmen könnte. Im Bestreben, gerade wegen strafrechtlicher Risiken nichts falsch zu machen, scheint es nicht ausgeschlossen, dass sich der berufsmäßige Instinkt zur Hilfe im Bürokratismus verfängt. Man darf nicht untätig bleiben, denn es geht ja gerade um den Vorwurf *mangelnder Hilfe*, aber man möchte auch beim Handeln keine Dienstpflichten verletzen. Und so sucht man über die Einführung von Handlungsrichtlinien der um sich greifenden Unsicherheit zu begegnen.<sup>36</sup> Ein Durchschlagen des gordischen Knotens liegt hierin nicht, es sei denn,

<sup>25</sup> Bohnert (Anm. 10) ZStW 117 (2005), 290, 319.

<sup>26</sup> LG Osnabrück, ZfJ 1996, 524, 527.

<sup>27</sup> Meysen, T., Kein Einfluss des Strafrechts auf die sozialpädagogische Fachlichkeit, ZfJ 2001, 408, 409; Trenczek (Anm. 15) ZfJ 2002, 383, 384.

<sup>28</sup> Z.B. bei der Auswahl einer bestimmten Hilfe zur Erziehung nach §§ 28 ff. SGB VIII, vgl. Meysen (Anm. 27) ZfJ 2001, 408, 412.

<sup>29</sup> LG Osnabrück, ZfJ 1996, 524, 529; Meysen (Anm. 27) ZfJ 2001, 408, 411 f.

<sup>30</sup> Beulke/Swoboda, Gössel-FS (Anm. 15), S. 73, 92 f.; Bringewat, Tod eines Kindes (Anm. 10), S. 31 ff.

<sup>31</sup> Beulke/Swoboda, Gössel-FS (Anm. 15), S. 73, 93.

<sup>32</sup> Bringewat, Tod eines Kindes (Anm. 10), S. 33.

<sup>33</sup> Bringewat, Tod eines Kindes (Anm. 10), S. 33.

<sup>34</sup> Beulke/Swoboda, Gössel-FS (Anm. 15), S. 73, 91 ff.

<sup>35</sup> Beulke/Swoboda, Gössel-FS (Anm. 15), S. 73, 81; Oehlmann-Austermann, A., Anm. zur Entscheidung des OLG Oldenburg vom 2.9.1996 – Ss 249/96, ZfJ 1997, 55, 58.

<sup>36</sup> Vgl. die Empfehlungen des Deutschen Städtetags in JAmT 2003, 226 ff.; zustimmend zu dieser Methode Mrozynski, P., SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, Kommentar, München 2004, § 50 Rn. 16; zum Wunsch nach Handlungssicherheit Merchel, J., Der Umgang mit der „Garantenstellung“ des Jugendamtes und die „Regeln der fachlichen Kunst“: Verfahrensanforderungen und offene Fragen, ZfJ 2003, 249 ff.

die Handlungsrichtlinien würden sich mit Grund und Grenzen der Garantenstellung decken. Wer Richtlinien durchforstet und Formulare ausfüllt, hilft zumindest in dieser Zeit mit Sicherheit nicht.

2.2.5 Erst kürzlich sind nun im SGB VIII Änderungen vorgenommen worden, die möglicherweise Auswirkungen auf die hier im Zentrum stehende Fragestellung haben: Dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe vom 8.9.2005<sup>37</sup> wird unter anderem das Ziel beigelegt, den Schutz von Kindern und Jugendlichen bei Gefahren für ihr Wohl zu verbessern.<sup>38</sup> Dem soll zum einen der neue § 8 a SGB VIII mit der Überschrift „Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung“ dienen, der detailliert regelt, wie verfahren werden soll, wenn dem Jugendamt gewichtige Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Wohls eines Kindes oder Jugendlichen bekannt werden. Vorgesehen ist eine Analyse der Risiken durch mehrere Fachkräfte, bei der auch die Personensorgeberechtigten sowie das Kind oder der Jugendliche einzubeziehen sind (Abs. 1). Weiter hat der Gesetzgeber nun für eine Regelung gesorgt (§ 8 a Abs. 2 SGB VIII), die die Zusammenarbeit des Jugendamtes mit freien Trägern betrifft. In den diesbezüglichen Vereinbarungen muss der freie Träger ebenfalls dem Schutzauftrag sowie einer Informationspflicht unterworfen werden. § 8 a Abs. 3 SGB VIII ersetzt § 50 Abs. 3 SGB VIII a.F., allerdings wird die Pflicht zur Anrufung des Familiengerichts ergänzt um eine Pflicht zur Inobhutnahme des Kindes oder Jugendlichen bei dringenden Gefahren. Schließlich bestimmt § 8 a Abs. 4 SGB VIII nunmehr, dass das Jugendamt andere Leistungsträger, Einrichtungen der Gesundheitshilfe sowie die Polizei einschalten kann; zunächst auf dem „Umweg“ über die Personensorge- oder Erziehungsberechtigten, im Notfall aber auch selbst. Einen in Literatur und Praxis bislang streitigen Punkt klärt der geänderte § 42 SGB VIII: Die Inobhutnahme des Kindes oder Jugendlichen kann auch in der Weise geschehen, dass das Kind den sorgeberechtigten Eltern weggenommen wird. So ist jetzt klargestellt, dass der im Jugendamt zuständige Sozialarbeiter im Krisenfall eine effektive Option zur Gefahrbekämpfung besitzt.

Es wird zu untersuchen sein, ob diese geänderten rechtlichen Rahmenbedingungen lediglich eine Aufwertung der Richtlinien bedeuten, ob sie vielleicht sogar garantenstellungsbegründend wirken oder pflichtgemäßes und pflichtwidriges Verhalten trennschärfer zu ermitteln helfen.

### 3 Auf der Suche nach einer konsistenten Lösung

Vorab: Vielleicht gibt es sie überhaupt nicht, die konsistente Lösung, weil es um das Austariieren von mehreren Freiheitssphären und Begehrlichkeiten in Ausnahmekonstellationen geht. Hier ein Modell entwickeln zu wollen, das widerspruchsfrei und zugleich allseits konsentiert wäre, scheint fast vermessen zu sein. Konsistent wäre zumindest die oben angedeutete Lösung, wonach eine Garantenstellung der Sozialarbeiter generell ausgeschlossen ist. Sie argumentiert aber gleichsam umgekehrt zur formellen Rechtspflichttheorie und hat somit auch mit denselben Einwänden zu kämpfen.<sup>39</sup> Es bleibt somit die Aufgabe bestehen, positiv einen materialen Grund für das Vorliegen einer Garantenstellung zu benennen – oder eben eine solche abzulehnen.

#### 3.1 Die Defizite von Funktionenlehre und Rechtspflichttheorie

3.1.1 Wie bei allen Fragen über das Bestehen oder die Reichweite einer Garantenstellung erweisen sich auch hier diejenigen Ansätze als nicht weiterführend, die die Trennung von Beschützer- und Überwachergaranten für maßgeblich halten. Eine solche Differenzierung mag ana-

<sup>37</sup> BGBI. I S. 2729.

<sup>38</sup> So die Begründung der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/3676.

<sup>39</sup> Zusammenfassend zu den Einwänden Roxin, C., Strafrecht Allgemeiner Teil – Band II, München 2003, § 32 Rn. 10 ff.

lytisch sinnvoll sein, ist aber eben nicht mehr als ein Klassifikationskriterium, das die Antwort schuldig bleibt, wann denn eine Garantenstellung als solche vorliegt.<sup>40</sup> Es bringt also legitimatorisch nichts, wenn man hier den Sozialarbeiter grundsätzlich in die Rolle eines Beschützergaranten verweist. Möglicherweise ist er ja auch beides, man denke an den Fall, in dem die Eltern ihre Kinder vernachlässigen und misshandeln.

**3.1.2.1** In gleicher Weise nicht hilfreich ist der bloße Verweis auf Rechtsnormen, die möglicherweise Rechte des zu Beschützenden oder Pflichten des potentiellen Beschützers begründen. Denn ein Kriterium der *Begehungsgleichheit*, bei dem sich eine ins Werk gesetzte rechtlich missbilligte Gefahr realisiert hat, liegt in der Norm und ihrer Verhaltensanweisung als solcher nicht.<sup>41</sup> Damit wird eine solche nicht etwa hinfällig, sie ist aber als ein Leitkriterium einerseits zu weit und andererseits bereichsweise nicht weit genug.

**3.1.2.2** Über diese Erkenntnis sind aber auch die erheblichen und ernstzunehmenden grundätzlichen Bedenken gegen eine Garantenstellung des Sozialarbeiters vorerst zurückzustellen. Diese röhren daraus, dass das Sozialrecht seine eigenen engen Regeln, Befugnisse und Zuständigkeiten habe, die nicht durch das Strafrecht konterkariert werden könnten.<sup>42</sup> Eine zumindest im Ansatz vergleichbare Problematik besteht im Verhältnis der Polizei zu straffatbedrohten Bürgern.<sup>43</sup>

### 3.2 Vertrauen und Herrschaft als materiale Konstitutionsmerkmale

Bei der Suche nach dem materialen Grund einer Garantenstellung scheint gerade die vorliegende Sachproblematik entscheidend dafür zu sprechen, aus dem Argumentationsduo Herrschaft<sup>44</sup> und Vertrauen<sup>45</sup> die Garantenstellung zu entwickeln. Diese beiden Herleitungen liegen näher zusammen, als man auf den ersten Blick annehmen mag.

<sup>40</sup> So insb. auch *Bohnert* (Anm. 10) ZStW 117 (2005), 290, 303; *Bringewat*, Tod eines Kindes (Anm. 10), S. 41.

<sup>41</sup> Vgl. die eingehende Kritik von *Schünemann*, B., in: Tiedemann (Anm. 13), S. 103, 111 ff.

<sup>42</sup> *Bohnert* (Anm. 10) ZStW 117 (2005), 290, 309 ff.

<sup>43</sup> Hierzu nur *Roxin*, Strafrecht AT II (Anm. 39), § 32 Rn. 85 ff.

<sup>44</sup> *Schünemann*, B., Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln 1979, S. 88 ff.; *ders.*, Grund und Grenzen (Anm. 13), S. 229 ff.; *ders.*, Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht, in: *Schünemann*, B., *Suárez González*, C. (Hrsg.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts – Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Köln u.a. 1994, S. 265, 274; *ders.*, in: *Gimbernat* et al. (Anm. 9), S. 49, 72 ff.; *ders.*, Begründung und Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität, in: *Schünemann*, B. (Hrsg.), Unternehmenskriminalität, Deutsche Wiedervereinigung Band III, Köln u.a. 1996, S. 153, 157; *ders.*, in: Tiedemann (Anm. 13), S. 103 ff.; *ders.*, Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA 1974, 231, 234 ff.; *ders.*, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 (1984), 287, 293 ff.; zustimmend *Sanzenstedt*, C., Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, Frankfurt/M. 1989, S. 288 ff.; *Roxin*, Strafrecht AT II (Anm. 39), § 32 Rn. 19; nahestehend *Bottke*, W., Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, Heidelberg 1992, S. 122 ff.; *Busch*, R., Unternehmen und Umweltstrafrecht, Osnabrück 1997, S. 519 ff.; *Schall*, H., Probleme der Zurechnung von Umweltdelikten in Betrieben, in: *Schünemann*, B. (Hrsg.), Unternehmenskriminalität, Deutsche Wiedervereinigung Band III, Köln u.a. 1996, S. 99, 109 ff.

<sup>45</sup> *Blei*, H., Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen, in: *Geerds*, F., *Naucke*, W. (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin 1966, S. 119, 142; *Kühne*, H.-H., Geschäftstüchtigkeit oder Betrug? Wettbewerbspraktiken im Lichte des § 263 StGB, Kehl am Rhein 1978, S. 81; *Rudolphi*, H.-J., Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantenstellungen? NStZ 1984, 149, 150 ff.; *Vogler*, T., Zur Bedeutung des § 28 für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, in: *Warda*, G. (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange, Berlin 1976, S. 265, 281; *Welp*, J., Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungssäquivalenz der Unterlassung, Berlin 1968, S. 177 ff.; *Wolf*, E.A., Kausalität von Tun und Unterlassen, Heidelberg 1965, S. 36 ff.; ähnlich *Jescheck*, H.-H./*Weigend*, T., Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, § 59 IV 1; *Jescheck*, H.-H., in: Leipziger Kommentar (Anm. 5), § 13 Rn. 4.

### 3.2.1 Vertrauen

3.2.1.1 Immer wieder wird der Begriff des Vertrauens damit diskreditiert, er sei zu vage und allenfalls alltagssemantisch zu verwenden. Damit wird aber erstens die enorme (Rechts-)Bedeutung des Vertrauens verkannt, das sich beim Strafzweck der positiven Generalprävention<sup>46</sup> ebenso findet wie als Rechtsgutkomponente bei den hier so bezeichneten *Vertrauensrechtsgütern*.<sup>47</sup> Und zweitens sind durch Luhmann<sup>48</sup> und weitere die Bedingungen des Entstehens von Vertrauen wie Misstrauen so trennscharf definiert worden, wie dies eben bei sozialwissenschaftlichen Begriffen möglich ist. Für das Vertrauen bedarf es erstens der Notwendigkeit bzw. der Existenz von Vertrauen und zweitens eines Vertrauensgegenstandes.<sup>49</sup> Beispiel für die Notwendigkeit von Vertrauen ist eine komplexe Situation, die zur Aufrechterhaltung der Handlungsfähigkeit reduziert werden muss, Beispiel für existierendes Vertrauen ist eine funktionierende Partnerschaft. Auf die vorliegende Konstellation übertragen, kann nur der Sozialarbeiter als potenzieller Garant Vertrauensgegenstand sein. Vertrauen ist nun allerdings keine Option,<sup>50</sup> sondern ein Zustand: Man vertraut eben oder nicht. Die Bedingungen, unter denen man von Vertrauen sprechen kann, sind freilich auch gerade im vorliegenden Kontext unklar. So führt *Bringewat* zum Vertrauen aus:<sup>51</sup>

„Dafür reicht die „reine Faktizität“ der Schutzübernahme nicht aus, sondern es bedarf eines die „Tatsächlichkeit“ der Schutzübernahme normativ überformenden weiteren Elements, das der Sache nach in einem unreflektierten Vertrauen des Rechtsgutsträgers oder des Dritten (zu Gunsten des Rechtsgutsträgers) in die tätige Verwirklichung des übernommenen Rechtsgüterschutzes besteht. Geht mit der Faktizität der Schutzübernahme ein derart unreflektiertes Vertrauen in die Schutzverwirklichung einher, dann verdichtet sich der Realakt der Schutzübernahme zu einer Garantenposition mit Garantenpflichten zum Schutz der betroffenen Rechtsgüter. In Bezug auf das zu schützende Rechtsgut ist mit der Tatsächlichkeit der Schutzübernahme im beschriebenen Sinne zugleich ein durch Vertrauensakt vermitteltes Obhutsverhältnis zwischen dem Rechtsgutsträger (bzw. dem Dritten zu dessen Gunsten) und dem Übernehmer begründet. Bildlich gesprochen ist damit der Schutz des Rechtsguts in die Hände des Übernehmers gelegt. Mehr, insbesondere ein das Obhutsverhältnis zwischen Übernehmer und Rechtsgutsträger in spezifischer Weise verstarkendes, prägendes Vertrauen in die Schutzverwirklichung ist für das Entstehen einer Garantenposition aus tatsächlicher Schutzübernahme nicht erforderlich.“

Und *Beulke/Swoboda* schreiben:<sup>52</sup>

„Um die Garantenstellung des Beschützergaranten entstehen zu lassen, muss es dagegen genügen, dass die in die Garantenstellung eintretende Person durch Realakt oder durch Zusage signalisiert, Verantwortung für das Rechtsgut übernehmen zu wollen und damit bei dem Träger des gefährdeten Rechtsguts oder bei Dritten, die ansonsten für den Schutz des Gefährdeten einzustehen bereit und fähig wären, Vertrauen in eine tatsächliche Schutzwirkung entstehen lässt.“

<sup>46</sup> Vgl. etwa Baumann, J., Weber, U., Mitsch, W., Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003, § 3 Rn. 30 ff.; Roxin, C., Strafrecht Allgemeiner Teil – Band I, 4. Aufl., München 2006, § 3 Rn. 26.

<sup>47</sup> Zu diesen beiden Komponenten vgl. Hefendehl, R., Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln u.a. 2002, S. 35.

<sup>48</sup> Luhmann, N., Vertrauen, 4. Aufl., Stuttgart 1999.

<sup>49</sup> Im Einzelnen vgl. Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (Anm. 47), S. 124 ff.

<sup>50</sup> Man mag eine Option auf Vertrauen haben, eine solche wäre dann aber noch nicht handlungsleitend und in diesem Kontext irrelevant.

<sup>51</sup> Bringewat (Anm. 10) NJW 1998, 944, 946.

<sup>52</sup> Beulke/Swoboda, Gössel-FS (Anm. 15), S. 73, 91 ff.

3.2.1.2 Diese Passagen erscheinen zumindest fehldeutungsgeeignet. Ein „*unreflektiertes Vertrauen*“ gibt es nur in dem Sinne, dass man die Bedingungen von Vertrauen nicht explizit rekapituliert. Ein allgemeines Vertrauen etwa dergestalt, alles sei in Ordnung, würde nicht für eine Begründung einer Garantenstellung ausreichen. Es würde gerade am erforderlichen konkreten Vertrauensgegenstand fehlen und nicht die (auch subjektive) Sicherheit vermitteln, sich beispielsweise eigener Schutzmöglichkeiten zu begeben. Im Vertrauen auf die Rechtsordnung wird man nicht darauf verzichten, sein Kind – wie man es ansonsten regelmäßig macht – von der Kita abzuholen, sondern nur dann, wenn es von den Nachbarn vereinbarungsgemäß abgeholt werden soll.

3.2.1.3 Überdies kann – wie eben ausgeführt – nur ein Vertrauen der potenziell zu schützenden bzw. zu unterstützenden Person eine Garantenstellung begründen. Denn sie steht vor der Frage, ob sie die Komplexität der Situation dadurch reduzieren möchte, dass sie sich (teilweise) in die Hände eines Sozialarbeiters begibt. Derartige Fälle werden in der hier in Frage stehenden Konstellation – einer hilfsbedürftigen Familie mit Kindern – nur in seltenen Fällen vorkommen. Es geht gleichsam umgekehrt um das Problem staatlicher Stellen, keine Nähe zu den zu schützenden Personen aufzubauen zu können oder der Schwierigkeiten wie in den Hamburger Fällen gar nicht gewahr zu werden.

3.2.1.4 Nur – und damit ist man zumindest *einen ersten Schritt* weiter: Existiert ausnahmsweise eine Vertrauensbeziehung – sei es der Eltern gegenüber dem Sozialarbeiter, sei es eines Kindes ihm gegenüber –, so kann man auch eine Garantenstellung bejahen. Hier bedarf es dann keiner weiteren Begründungsansätze.

### 3.2.2 Herrschaft

3.2.2.1 Das Kriterium der (Kontroll-)Herrschaft beleuchtet die andere Seite, nämlich diejenige des potenziellen Garanten. Schünemann war es, der die Aufsichts- und die Obhutsgarantenstellungen auf die beiden möglichen Herrschaftsformen über die *Gefahrenquelle* oder über die *Hilflosigkeit des Rechtsgutobjekts* zurückführte und mit dem Herrschaftskriterium den materialen Grund für die Existenz einer Garantenstellung benannte. Dieser wird aus einem Vergleich mit dem Tatherrschaftskriterium beim Begehungsdelikt<sup>53</sup> entwickelt und stellt das entscheidende Ähnlichkeitsskriterium von Tun und Unterlassen her.<sup>54</sup> Bei einer *Hilflosigkeit des Rechtsgutobjekts* – für das paradigmatisch das kleine Kind steht – schafft man zwar kein rechtlich missbilligtes Risiko im Sinne eines Tuns. Eine zwischen Eltern und Kind aber zweifelsfrei gegebene Zurechnungseinheit mit einer Monopolisierung des Schutzes durch Exklusion Dritter bzw. entsprechende Möglichkeiten<sup>55</sup> – bildlich symbolisiert durch die abgeschlossene, wie in Hamburg vollkommen verwahrloste Wohnung – stellt aber einen Herrschaftsraum dar, der über das bloße Verbot der Schaffung rechtlich missbilligter Risiken hinausgeht. So ist es auch bei der *Sachherrschaft über den Gefahrenherd* beschaffen, für die paradigmatisch die sog. *Geschäftsherrenhaftung* steht.<sup>56</sup> Wer ein Unternehmen betreibt und die gebotenen Sicherheitsvorkehrungen unterlässt, verfügt über die Herrschaft über den Grund des Erfolges und kann für den Fall eines Arbeitsunfalls als Unterlassungstäter eines Fahrlässigkeitsdelikts bestraft werden. Dabei sollen

<sup>53</sup> Zu diesem die maßgebliche Monographie von Roxin, C., Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., Berlin/New York 2000, passim.

<sup>54</sup> Schünemann, in: Tiedemann (Anm. 13), S. 103, 121.

<sup>55</sup> Hierauf gleichfalls abstellend Stratenwerth, G./Kuhlen, L., Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., Köln u.a. 2004, § 13 Rn. 48.

<sup>56</sup> Zu dieser Schünemann, Unternehmenskriminalität (Anm. 44), S. 62 ff.; Roxin, Strafrecht AT II (Anm. 39), § 32 Rn. 134 ff.

und müssen an dieser Stelle gar nicht die schwierigen Grenzfragen beantwortet werden, etwa diejenigen, wie es mit der Pflicht zur Verhinderung von Straftaten der Arbeitnehmer und dem Eigenverantwortlichkeitsprinzip steht. Es geht vielmehr um die Konzeptionierung im Grundsatz, den *Schmerz der Grenze* gibt es bei allen theoretischen Modellen, die sich mit einer nicht beschränkten Vielzahl von unterschiedlichen Lebenssachverhalten auseinander zu setzen haben.

3.2.2.2 Roxin fasst die beiden Äste der Garantenstellung, die von ihm so bezeichnete Schutzherrschaft sowie die Sicherungsherrschaft, unter dem Terminus der „Kontrollherrschaft“ zusammen. Sie stehe der Steuerungsherrschaft der Begehungsdelikte so nahe, dass eine Gleichstellung den gesetzlichen Bestimmtheitsanforderungen entspreche.<sup>57</sup> Der Begriff der schlichten Herrschaft scheint mir indes vorzugswürdig gegenüber dem der Kontrolle zu sein. Die Möglichkeit der Kontrolle resultiert aus der Herrschaft, überdies erscheint es in meinen Augen nicht glücklich zu sein, in Obhutsbeziehungen davon zu sprechen, die Mutter etwa kontrolliere ihr Kind.<sup>58</sup> Nichts anderes gilt hinsichtlich des Aspekts der *Autorität*,<sup>59</sup> der in Über-, Unterordnungsverhältnissen sein Anwendungsfeld haben mag, aber sicherlich nicht den *einen* materialen Grund der Garantenstellung ausmacht. Selbst im Verhältnis des Arbeitgebers zu seinem Arbeitnehmer röhren Eingriffs- und Anordnungsmöglichkeiten nicht aus der Autorität als solcher, sondern ist diese wiederum aus vertraglichen oder gesetzlichen Rahmenbedingungen abzuleiten.

3.2.2.3 Bleibt es also bei dem Begriff der *Herrschaft über den Grund des Erfolges* als dem wesentlichen Gleichstellungskriterium, besteht nunmehr die Aufgabe, diesen weiter zu präzisieren und damit auch gegen meist nur vordergründige bzw. polemische Kritik zu verteidigen.

3.2.2.3.1 Ein entscheidender Vorteil des Herrschaftsbegriffs – der aber fast kurioserweise zugleich Ausgangspunkt der Kritik ist – liegt darin, dass er über einen festen und evidenten Bedeutungskern verfügt, der schlicht mit faktischer, sozial wirksamer Willensmacht zu umschreiben ist.<sup>60</sup> Ungeachtet einer rechtlichen Überwölbung erwirbt also die Person Herrschaft über einen ausgesetzten Säugling, die eine solche Option mit entsprechendem Herrschaftswillen ergreift. Diese beiden Aspekte – *Verdichtung einer Option* sowie *Herrschaftswillen* – werden bisweilen nicht hinreichend beachtet, sind aber entscheidend, um den Begriffskern der Herrschaft nicht sogleich zu diskreditieren. Bringewat spricht hier in vergleichbarer Weise davon, für das Entstehen einer Garantenstellung sei es erforderlich, dass die fallzuständige Fachkraft die ihr nach dem SGB VIII zufallende Aufgabe effektiv wahrnehme.<sup>61</sup>

Optionen und Herrschaftspositionen sind nur dann deckungsgleich, wenn jede Option ergriffen wird. Ansonsten sind die Optionsmöglichkeiten größer als die Herrschaftskonstellationen. Wir könnten beispielsweise eine offensichtlich hilflose Person vor unserer Wohnung aufnehmen und ihr Hilfe anbieten, wir nehmen aber möglicherweise davon Abstand und schauen weg. Auf ein anderes Feld übertragen: Findet eine öffentliche Ausschreibung für ein Bauprojekt statt, so hat ein Bauunternehmer die Option, sich daran zu beteiligen. Bevor er sich entschließt, diese

<sup>57</sup> Roxin, Strafrecht AT II (Anm. 39), § 32 Rn. 19.

<sup>58</sup> Bereits der Begriff der Herrschaft ist hier nicht absolut passend, aber eben besser als derjenige der Kontrolle.

<sup>59</sup> Busch, Unternehmen (Anm. 44), S. 519 ff., 537 ff.; Herzberg, R.D., Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin 1972, S. 320 f.; Kühn, K., Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München 2005, § 18 Rn. 118 i.V.m. Rn. 116; Landscheidt, C., Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, Berlin 1985, S. 112 ff.; Rogall, K., Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen, ZStW 98 (1986), 573, 617 f.; Schall, H., in: Schünemann (Anm. 44), S. 99, 110 f.; Tiedemann, K., in: Leipziger Kommentar (Anm. 5), § 263 Rn. 71 (1999).

<sup>60</sup> Schünemann, in: Gimbernat et al. (Anm. 9), S. 49, 76; das scheint Bosch, N., Organisationsverschulden in Unternehmen, Baden-Baden 2002, S. 167 zu erkennen.

<sup>61</sup> Bringewat (Anm. 6) Blätter der Wohlfahrtspflege 1/2002, 25, 27; ähnlich auch Wiesner, R., in: Wiesner, R. (Hrsg.), SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe, 2. Aufl., München 2000, § 1 Rn. 40 a.

Option zu ergreifen, bleibt sie ein vermögens- und rechtsirrelevantes Internum. Gibt er nun ein Angebot ab, so mag sich eine Herrschaftsposition nach Ablauf der Bieterfrist einstellen, dann nämlich, wenn er das günstigste Angebot abgegeben hat.<sup>62</sup>

Auch der Herrschaftswillen ist – ebenso wie etwa beim Besitz als einem im Kern gleichfalls deskriptiven Begriff – konstitutiv für die Herrschaft.<sup>63</sup> Der Dieb, der sich in der bis auf das Kleinkind vorübergehend vereinsamten Villa nach Stehlenswertem umschaut, erlangt über das Kind keine Herrschaft, wenn er furchtsam um dieses streicht, um es nicht zu wecken.

3.2.2.3.2 Für unsere im Zentrum dieses Beitrags stehende Frage nach einer Garantenstellung gibt der Begriffskern der Herrschaft allerdings noch nichts Entscheidendes her. Denn eine derart enge Beziehung von Sozialarbeiter zu einer zu schützenden Person besteht gerade in aller Regel nicht. Mit diesem Zwischenergebnis ist indes die Ertragskraft des Herrschaftsbegriffs bei weitem noch nicht ausgeschöpft. Dies wäre sie nur dann, wenn man fast „platt“ und archaisch Herrschaft mit faktischer Macht gleichsetzen würde. Denn nur in diesem Falle könnte man die Herrschaft rein deskriptiv umschreiben. – Dies ist übrigens im Wesentlichen die Methode der Kritik,<sup>64</sup> die sich damit selbst diskreditiert. So ist in unserer Rechts- und Sozialordnung die Herrschaft eben in weiten Teilen rechtlich durchnormiert. Wir können nicht deshalb über Vermögen verfügen, weil wir die faktisch Stärkeren sind (so könnte man zumindest trennscharf, wenngleich abwegigerweise einen wirtschaftlichen Vermögensbegriff zu umreißen versuchen),<sup>65</sup> sondern weil wir über rechtlich abgesicherte Durchsetzungsmöglichkeiten verfügen. Die Herrschaft konstituiert sich also im Wesentlichen über das Recht. Damit sind wir nicht etwa wieder bei der oben abgelehnten formalen Rechtspflichttheorie angelangt, wir leugnen aber nicht die Bedeutung der durch das Recht angebotenen Möglichkeiten bei der Arrondierung der Herrschaftstheorie. Wichtiger denn je wird für diese Erweiterung des Herrschaftsbegriffs aber die Ausübung der über das Recht eröffneten Option. Wenn dieser Gesichtspunkt bereits beim weitgehend deskriptiven Begriffskern konstitutiv ist, so muss dies erst recht im Bedeutungshof der Fall sein. Dabei sei nicht verschwiegen, dass im normativ konstituierten Herrschaftsbereich die Betätigung des Herrschaftswillens nicht in jedem Falle problemlos zu eruieren ist. Um noch einmal das Bild der hilflosen Person aufzugreifen: Findet sie ein Mieter im Hausflur der Wohnung auf, so kann er sich für sie zuständig erklären oder sich aber sagen: Sie möge wieder aus unserem Hausflur verschwinden. Seine Herrschaftsposition hat er dann aktualisiert, wenn er entweder dieser Person in seiner Wohnung einen Verband anlegt bzw. ein Essen anbietet oder aber die Wohnungstür der Hausordnung entsprechend abschließt und ihn damit von anderen Hilfsmöglichkeiten exkludiert.

Wenn wir nun diese Grundsätze zur Begehungsgleichheit über die Herrschaftstheorie auf den Sozialarbeiter anwenden, so folgt hieraus zunächst einmal: Die sich aus dem SGB VIII ergebenden Möglichkeiten, einer Familie helfend beizustehen und notfalls auch intervenierend auf diese einzuwirken, bilden den normativen (Herrschafs-)Rahmen ab. Aus diesem aber ohne weiteres einen Gleichstellungsgrund abzuleiten, hieße den bloßen Amtspflichten Relevanz im Sinne einer Rechtspflichttheorie zuzumessen. Dass dies überwiegend gemacht wird – wie das Bei-

<sup>62</sup> Zur Frage des Vermögenswertes einer Aussicht im Ausschreibungsverfahren vgl. Hefendehl, R., *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, Berlin 1994, S. 240 ff.

<sup>63</sup> Schünemann, in: Gimbernat et al. (Anm. 9), S. 49, 77.

<sup>64</sup> Otto, H., *Die Haftung für kriminelle Handlungen in Unternehmen*, Jura 1998, 409, 413; Walter, S., *Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht*, Frankfurt/M. 2000, S. 110 f.; dies hat Schünemann bereits mehrfach zurückgewiesen: Schünemann, in: Gimbernat et al. (Anm. 9), S. 49, 72; ders., in: Tiedemann (Anm. 13), S. 103, 122 f.

<sup>65</sup> Zur Kritik am wirtschaftlichen Vermögensbegriff vgl. im Einzelnen Hefendehl, *Vermögensgefährdung* (Anm. 62), S. 100 ff.; ders., *Vermögensgefährdung und Expektanzen* als Prüfsteine eines normativ-ökonomischen Vermögensbegriffs, in: Schünemann, B. (Hrsg.), *Strafrechtssystem und Betrug*, Herbolzheim 2002, S. 185, 212 ff.

spiel des Polizeibeamten paradigmatisch zeigt –,<sup>66</sup> ändert an der Zweifelhaftigkeit einer derartigen Vorgehensweise nichts. Es bedarf also einer „konkreten (oder: konkretisierten) Herrschaftsgewalt“,<sup>67</sup> die Schünemann von dem allgemeinen Gewaltverhältnis zwischen Staat und Bürger unterscheidet. Beispiele für eine mit der Amtsstellung zusammenhängende aktuelle (koncretisierte) Herrschaftsbeziehung seien der für die Straßensicherheit zuständige Dezerent, der die Verrichtungen seiner Untergebenen beaufsichtigende Vorgesetzte, das Aufsichts- und Pflegepersonal in Heil- und Krankenanstalten oder der Leiter eines Gefangenentransports. Ein allgemeines Gewaltverhältnis liege etwa dann vor, wenn der Polizist auf einem Streifgang einen Diebstahl bemerke und nicht dagegen einschreite.<sup>68</sup> Hier würden nur schlichte Rechtspflichten begründet, für eine Schutzgarantenstellung mangele es an einem konkreten Dispositonsakt des Opfers.<sup>69</sup> Der Sozialarbeiter scheint mir bei einem Vergleich dieser beiden Eckpunkte dann eher einer konkreten Herrschaftsbeziehung zuzuordnen sein, sofern eine institutionalisierte Beziehung zu der Familie bzw. einem Kind bestand und der oben beschriebene Herrschaftsrahmen nicht ausgeschöpft wurde. Alle institutionellen Versäumnisse innerhalb der Behörde, die etwa dazu führen, eine Familie überhaupt nicht in den Blick zu nehmen, wären *allenfalls* das Feld eines de lege ferenda zu schaffenden Spezialstrafatbestandes, also ein echtes Unterlassungsdelikt im Amt.<sup>70</sup>

### 3.2.3 Weitere Tatbestandsvoraussetzungen eines unechten Unterlassungsdelikts

**3.2.3.1** Für den Fall einer grundsätzlich zu bejahenden Garantenstellung ist die strafrechtliche Prüfung bei weitem noch nicht abgeschlossen.<sup>71</sup> Zwar haben die Überlegungen zur Garantenstellung gezeigt, dass das Herrschaftskriterium anders als dasjenige der bloßen Rechtspflicht einer Konkretisierung bzw. Aktualisierung bedarf – worin gerade ein entscheidender Baustein der Begehungsgleichheit liegt –, gleichwohl macht es keinen Sinn, in das Element der Garantenstellung auch noch dasjenige der Möglichkeit der Gefahrabwendung zu integrieren. Vielmehr wird im Rahmen der Prüfung eines möglichen pflichtwidrigen Verhaltens genau zu analysieren sein, in welcher Marge man das pflichtgemäße Verhalten zu definieren vermag. Dieses wird im Rahmen der Prüfung eines unechten, garantengebundenen Unterlassungsdelikts keinesfalls über das durch das SGB VIII rechtlich Erlaubte hinausgehen und bei einem Spielraum des sozialrechtlich Möglichen keine weitere die Strafbarkeit forcierende Spezifizierungen enthalten dürfen.

**3.2.3.2** Bezuglich der Kausalität bei unechten Unterlassungsdelikten scheint zwar pragmatisch wie kriminalpolitisch einiges für die Risikoverringerungstheorie zu sprechen.<sup>72</sup> Anders als bei den Fahrlässigkeitsdelikten durch Begehen läge hierin indes keine Ergänzung der Kausalität, sondern deren Ersetzung, was verfassungsrechtlich aufgrund von Art. 103 Abs. 2 GG nicht zulässig ist. Es bleibt also der Nachweis zu führen, dass über die Hilfe bzw. den Eingriff des Sozialarbeiters der tatbestandliche Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre.

**3.2.3.3.** Was das sorgfaltspflichtwidrige Verhalten anbelangt, das sich zudem im Erfolg niedergeschlagen haben muss, ist zum einen darauf hinzuweisen, dass gerade im schwierigen Span-

<sup>66</sup> Vgl. hierzu Roxin, Strafrecht AT II (Anm. 39), § 32 Rn. 85 ff. m.w.N., auch der Gegenansicht.

<sup>67</sup> Schünemann, Grund und Grenzen (Anm. 13), S. 363.

<sup>68</sup> Schünemann, Grund und Grenzen (Anm. 13), S. 363.

<sup>69</sup> Schünemann, Grund und Grenzen (Anm. 13), S. 363.

<sup>70</sup> Vgl. auch Schünemann, Grund und Grenzen (Anm. 13), S. 363.

<sup>71</sup> Zu den Grundelementen der (strafrechtlichen) Fahrlässigkeitshaftung auch Bringewat, P., Hilfeplanverfahren gem. § 36 SGB VIII und strafrechtliche Fahrlässigkeitshaftung in der Jugendhilfe, ZfJ 2000, 401, 404 ff.; ders., Tod eines Kindes (Anm. 10), S. 36 ff.

<sup>72</sup> Zur Darstellung des Streitstandes Roxin, Strafrecht AT II (Anm. 39), § 31 Rn. 46 ff.

nungsverhältnis zwischen den Erziehungsberechtigten, den zu Schützenden und staatlichen Institutionen nur selten ein definitives und eindeutiges Verhaltensprogramm zu entwickeln ist. Gerade dies ist auch der Grund für die Entwicklung von Richtlinien sowie der Kommunikierung des Handlungsprogramms. Zum anderen sind rechtliche Grenzen des Zulässigen zu beachten, die auch die Rechte der Erziehungsberechtigten einbeziehen. Das Pflichtenprogramm<sup>73</sup> kann sich dabei je nach der zu beurteilenden Konstellation von einem Hilfsangebot, über die konkrete Hilfe, über Kontroll- und Beteiligungspflichten (vgl. etwa §§ 37 Abs. 3 S. 1, 36 Abs. 2 S. 2 SGB VIII)<sup>74</sup> bis hin zu konfrontativen Eingriffen nach §§ 8 a Abs. 3, 42 SGB VIII erstrecken. Das so bezeichnete „staatliche Wächteramt“ ist also nicht paternalistisch im Sinne einer „fürsorglichen Belagerung“ zu verstehen, sondern muss sich seiner ergänzenden und flankierenden Funktion bewusst sein. Der schlichte Hinweis, ex ante oder sogar ex tunc gesehen habe es eine bessere Hilfsmöglichkeit gegeben, bleibt also für die Frage des pflichtwidrigen Verhaltens so lange bedeutungslos, bis nicht nachgewiesen wird, dass das SGB VIII gerade diese Maßnahme verlangt hat. *Bringewat* formuliert dies in entsprechender Weise so:<sup>75</sup>

„Das staatliche Wächteramt berechtigt allerdings nicht dazu, die familiäre (elterliche) Erziehung in jeder Hinsicht zu überwachen: Nicht jede Nachlässigkeit und nicht jedes Versagen von Eltern erlaubt der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe, in Ausübung des staatlichen Wächteramtes in die elterliche Erziehungsverantwortung einzugreifen. Aus dem Wächteramt des Staates gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG (§ 1 Abs. 2 S. 2 SGB VIII) resultiert ebenso wenig eine Verpflichtung der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe zur (staatlich organisierten) Gewährleistung optimaler Entwicklungsbedingungen für alle Kinder und Jugendlichen.“

## 4 Ableitungen

4.1 Mit dem Herrschaftsansatz werden Grund und Grenzen einer Garantenstellung für den Sozialarbeiter trennscharf bestimmt. Das SGB VIII schafft den konkretisierten Herrschaftsrahmen, innerhalb dessen sich eine Garantenstellung ergeben kann. Alle weiteren tatsächlichen Möglichkeiten einer Hilfe, die auch durch Solidaritätspflichten aus § 323 c StGB (unterlassene Hilfeleistung)<sup>76</sup> geboten sein können, heben den Sozialarbeiter nicht über den Status eines quibus ex populo, eines „beliebigen“ Bürgers aus der Gesellschaft, heraus und haben daher nicht das Gewicht, eine Garantenstellung zu begründen. Dies gilt auch für sachlich, örtlich oder funktional nicht zuständige Mitarbeiter der Jugendhilfe.<sup>77</sup>

4.2 Eine Geringschätzung des Wertes von grundsätzlich durch das Strafrecht geschützten Rechtsgütern liegt hierin nicht, vielmehr die Erkenntnis, dass es eben keinen Rundumschutz von derartigen Rechtsgütern gibt, sondern stets zu berücksichtigen ist, auf welche Art und Weise ein Rechtsgut durch Tun oder Unterlassen tangiert werden kann. Aus der Pflicht zu einer verhältnismäßigen (zurückhaltenden) Hilfe im Geflecht der Beteiligten kann nicht eine strafrechtlich bewehrte Maximalpflicht abgeleitet werden.

4.3 Die Novellierung des SGB VIII hat den Herrschaftsrahmen erweitert. Damit geht aber nicht gleichsam automatisch auch eine Erweiterung der Garantenstellung einher. Vielmehr

<sup>73</sup> Vgl. auch die von *Bohnert* (Anm. 10) ZStW 117 (2005), 290, 310 ff. aufgeführten Möglichkeiten.

<sup>74</sup> Hierzu OLG Stuttgart, NJW 2003, 3419; krit. *Meysen*, T., Tod in der Pflegefamilie: Verletzung von Kontrollpflichten im Jugendamt? NJW 2003, 3369 ff.

<sup>75</sup> *Bringewat*, Tod eines Kindes (Anm. 10), S. 21.

<sup>76</sup> Hierzu auch *Bohnert* (Anm. 10) ZStW 117 (2005), 290, 312.

<sup>77</sup> Enger wohl *Kunkel*, P.-C., Was bedeutet eine Garantenstellung für Mitarbeiter in der Jugendhilfe? ZFSH/SGB 2001, 131, 135.

muss jede Herrschaftsoption seitens des potenziellen Garanten konkretisiert werden, bevor eine Garantenstellung in Betracht zu ziehen ist. Erfolgt dies nicht, obwohl es notwendig (gewesen) wäre, so liegt ein Defizit im Bereich der Organisation bzw. Institution vor, der allenfalls durch einen Sondertatbestand etwa der Struktur des § 171 StGB<sup>78</sup> de lege ferenda aufgefangen werden könnte.

4.4 Indem eine Garantenstellung mit den daraus resultierenden Pflichten als unübersteigbare Grenze den oben definierten Herrschaftsrahmen hat, kommen die insbesondere von *Bohnert*<sup>79</sup> zutreffend vorgebrachten Bedenken einer faktisch nicht durchführbaren und normativ abzulehrenden Einflussnahme des Strafrechts auf das Sozialrecht nicht zum Tragen, sondern werden in den Ansatz integriert.

## 5 Resümee

Das Strafrecht wird in seiner Bedeutung gemeinhin – auch durch Medien geschürt – von der Allgemeinheit überschätzt. Dies gilt auch hinsichtlich der Einschätzung der präventiven Wirkung des Strafrechts,<sup>80</sup> was unter dem Aspekt der Präventivwirkung des Nichtwissens<sup>81</sup> wenigstens systemstabilisierend wirkt. Tragischerweise werden die negativen Wirkungen etwa des mit dem Ziel der Resozialisierung angetretenen Strafvollzugs in aller Regel unterschätzt. Dies bei des zusammen genommen sollte einen größte Vorsicht beim Einsatz des Strafrechts walten lassen. Wenn nur für die Konstellationen einer mit Herrschaftswillen konkretisierten oder aktivierten Herrschaft eine Garantenstellung angenommen wird, so kann der Bereich des strafrechtlich Relevanten (auch) im Bereich der Sozialarbeit auf ein Maß beschränkt werden, dessen es in unserer Gesellschaft aber auch bedarf. So wie es lange Zeit gebraucht hat, um eine „Kriminalität der Mächtigen“<sup>82</sup> neben einer „Abenteuer- und Elendskriminalität“<sup>83</sup> in den Fokus zu nehmen, darf eine strafrechtliche Kontrolle des Agierens des Staates gegenüber den Hilfsbedürftigen unserer Gesellschaft trotz der erwähnten grundsätzlichen Bedenken nicht als inopportun vernachlässigt werden.

Verf.: Prof. Dr. Roland Hefendehl, Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

<sup>78</sup> Hierzu etwa *Bohnert* (Anm. 10) ZStW 117 (2005), 290, 292 ff. sowie OLG Düsseldorf, NStZ-RR 2001, 199.

<sup>79</sup> *Bohnert* (Anm. 10) ZStW 117 (2005), 290, 309 ff.

<sup>80</sup> Vgl. die ernüchternden Feststellungen zur Generalprävention bei *Streng, F.*, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., Stuttgart 2002, Rn. 53 ff.; *Kunz, K.-L.*, Kriminologie, 4. Aufl., Bern u.a. 2004, § 33 Rn. 24; *Albrecht, P.-A.*, Kriminologie, 3. Aufl., München 2005, S. 54 ff. und zur Spezialprävention bei *Streng* (a.a.O.) Rn. 61 ff.; *Kunz* (a.a.O.) § 34 Rn. 4 ff.; *Albrecht* (a.a.O.) S. 48 ff.

<sup>81</sup> Vgl. hierzu *Popitz, H.*, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, Tübingen 1968.

<sup>82</sup> *Scheerer, S.*, Stichwort: Kriminalität der Mächtigen, in: *Kaiser, G.*, *Kerner, H.-J.*, *Sack, F.*, *Schellhoss, H.* (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl., Heidelberg 1993, S. 246 ff.

<sup>83</sup> Vgl. hierzu *Schünemann, B.*, Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht – Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch? in: *Kühne, H.-H./Miyazawa, K.* (Hrsg.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, Berlin 2000, S. 17 ff.