

**Für die freundliche Genehmigung zur Veröffentlichung der folgenden drei Artikel wird den Autoren und dem Linde Verlag sehr herzlich gedankt.**

<http://www.lindeverlag.at/>

<http://www.lindeverlag.at/zeitschrift-147-147/ifamz-3/>

## **7.12 Strafrechtliche Anmerkungen zum Fall Luca**

### **Gedanken zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Bereich der Jugendwohlfahrt**

*Der Verfasser untersucht in diesem Beitrag anhand des Falles Luca die mögliche strafrechtliche Verantwortlichkeit von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Jugendwohlfahrt. Strafbarkeit wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts kommt grundsätzlich in Betracht. Im Fall Luca lag aber nicht einmal sorgfaltswidriges Verhalten vor; die Anklage wegen vorsätzlicher gröblicher Vernachlässigung einer unmündigen Person nach § 92 Abs 2 StGB war daher – nach Ansicht des Autors – grob verfehlt.*

Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer<sup>37</sup>

#### **I. Vorbemerkungen**

In den Medien häufen sich in letzter Zeit Berichte über Fälle, in denen Kinder zum Teil massiv vernachlässigt, misshandelt oder missbraucht wurden. Besonders tragische Fälle in Österreich aus jüngerer Zeit waren die Fälle Luca und Cain. Sie haben nicht nur große Betroffenheit in der Öffentlichkeit ausgelöst, sondern auch zu massiver öffentlicher Kritik an der Tätigkeit der Jugendwohlfahrt geführt. Im Fall Luca kam es sogar zu einer Anklage gegen eine Sozialarbeiterin (S) nach § 92 Abs 2 StGB (Quälen oder Vernachlässigung unmündiger, jüngerer oder wehrloser Personen). S wurde in erster Instanz – abweichend von der Anklage – wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung nach § 88 Abs 1 und 4 StGB verurteilt,<sup>38</sup> hingegen in zweiter Instanz rechtskräftig freigesprochen.<sup>39</sup> Dieser Fall zeigt, wie gefahrgeneigt die Arbeit von Sozialarbeiterinnen und -arbeitern in der Jugendwohlfahrt ist. Daher soll im Folgenden anhand dieses Falles die mögliche **strafrechtliche Verantwortlichkeit** in diesem Bereich dargestellt werden.

#### **II. Der Sachverhalt im Fall Luca**

Im Juli 2007 wurde der damals 14 Monate alte Luca von der Kindesmutter wegen Atemschwierigkeiten und eines dunklen Ausschlags im Gesäßbereich in das Krankenhaus Mödling gebracht und dort behandelt. Die Kindesmutter war zu diesem Zeitpunkt mit ihren beiden Kindern auf Besuch bei ihrem Freund in Schwechat. Da die behandelnden Ärzte diverse Hämatome feststellten, die einen Verdacht auf Kindesmisshandlung („battered child“) begründeten, schalteten sie das Jugendamt der BH Mödling ein. Wegen des Wohnsitzes der Kindesmutter in Tirol wurde das örtlich zuständige Jugendamt in Tirol telefonisch verständigt, das mit der Kindesmutter sogleich Kontakt aufnahm. Die Kindesmutter erteilte ihre Zustim-

<sup>37</sup> Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer lehrt am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.

<sup>38</sup> LG Innsbruck 25. 5. 2009, 37 Hv 37/09i.

<sup>39</sup> OLG Innsbruck 8. 7. 2010, 7 Bs 554/09t.

mung zur Transferierung von Luca in das Krankenhaus nach Innsbruck. Dort bestätigte sich bei einer neuerlichen Untersuchung der Verdacht auf eine **Kindesmisshandlung**. Die Klinik empfahl dringend die Einleitung einer ambulanten Stützmaßnahme. Nach Auskunft des behandelnden Arztes habe das Kind aber keine ernsthaften Verletzungen, es gebe keine Zeichen von schwerer Misshandlung, sodass aktuell keine akute Gefährdung bestehe. So wurde beschlossen, das Kind unter einigen Auflagen in Eigenpflege der Kindesmutter zu belassen. Diese erklärte sich damit einverstanden und unterzeichnete eine förmliche Vereinbarung über die ambulante Unterstützung der Erziehung für Luca durch einen Familienberatungsverein, zunächst für drei Monate. Die Kindesmutter verpflichtete sich u.a., Luca anfangs zweimal wöchentlich, danach einmal im Monat dem Kinderarzt vorzustellen und nicht zu Besuchen beim Lebensgefährten mitzunehmen. Nachdem auch bei einem Hausbesuch durch S nichts Negatives im erzieherischen Umgang festgestellt werden konnte, wurde Luca nach Einleitung der ambulanten Betreuung am 18.7.2007 in häusliche Pflege der Kindesmutter entlassen. Die in nächster Zeit durchgeführten wöchentlichen Hausbesuche bei der Kindesmutter und die kinderärztlichen Untersuchungen ergaben keine Auffälligkeiten.

Die Kindesmutter drängte dann auf die Auflösung der Auflage, die ihr die Besuche bei ihrem Freund in Niederösterreich mit Luca untersagten, weil sie eine gemeinsame Lebensführung mit ihrem Freund und die Übersiedlung nach Niederösterreich beabsichtigte. Deshalb wurde die Jugendwohlfahrt Wien-Umgebung ersucht, die Situation beim Freund der Kindesmutter zu überprüfen, ob Bedenken gegen den Besuchsaufenthalt der Kindesmutter bei ihrem Freund bestünden.

Am 1.10.2007 wurde die Jugendwohlfahrt telefonisch informiert, dass die Kindesmutter die Vereinbarung gebrochen hatte und mit Luca zu ihrem Freund nach Niederösterreich gefahren war. Sie wurde aufgefordert, umgehend nach Tirol zurückzufahren und den Familienberatungsverein zu kontaktieren. Am 3.10.2007 kam die Kindesmutter mit Luca in die Innsbrucker Klinik, wo ein gebrochener linker Unterarm und blaue Flecken auf der rechten Kopfhälfte festgestellt wurden. Die Mutter gab den Ärzten gegenüber an, das Kind sei vor ein paar Tagen aus dem Bett und auf ein Spielzeug gefallen; sie habe nur an eine Prellung gedacht und diese zunächst mit einer Salbe behandelt. Das Jugendamt veranlasste daraufhin die Untersuchung durch einen Gerichtsmediziner; bis zum Vorliegen des Ergebnisses der Untersuchung durfte die Kindesmutter Luca nicht nach Hause nehmen. Die Untersuchung konnte keinen direkten Hinweis auf Fremdeinwirkung feststellen; die Theorie der Kindesmutter wurde für möglich angesehen. Da aus Sicht des behandelnden Arztes nichts Gravierendes gegen die Kindesmutter sprach und keine das Kindeswohl gefährdenden Umstände erkennbar waren, wurde Luca **unter gleichzeitiger Anordnung engmaschiger Kontrollen** der Kindesmutter ausgefolgt. Diese Entscheidung wurde von der Vertreterin von S und der Referatsleiterin beschlossen, weil S auf Urlaub war und erst zwei Tage später zurückkam.

Nachdem sich die Kindesmutter bei einem Gespräch mit S einsichtig gezeigt, der mit dem Fall befasste Psychologe sogar die Beendigung der Betreuung empfohlen hatte und ein Hausbesuch beim Freund der Kindesmutter sowie ein Gespräch mit diesem durch das Jugendamt Wien-Umgebung keine Hinweise für eine Gefährdung ergeben hatten, wurde das Verbot, mit Luca ihren Freund zu besuchen, aufgehoben. Die Mutter wurde aber verpflichtet, Fahrten zu ihrem Freund jedenfalls der Betreuerin zu melden, und die Betreuung wurde trotz der Empfehlung, sie zu beenden, um weitere drei Monate verlängert.

In der Nacht von 1. auf 2.11.2007 **starb Luca** im Krankenhaus Schwechat. Luca war vom Freund der Mutter geschlechtlich missbraucht worden und an den Folgen dieser Tat gestorben. Die Obduktion ergab noch einen unentdeckten Armbruch, vermutlich aus dem Zeitraum zwischen Mitte Juli und Anfang August 2007, sowie einen Rippenbruch eine Woche vor dem Tod des Kindes.

Lucas tragischer Tod war Anlass und auch Verpflichtung, das Geschehen umfassend aufzuklären und die Schuldfrage in **jeder** Hinsicht, auch in Bezug auf die Kindesmutter und die befassten Stellen, zu untersuchen. Aber die Anklage gegen S wegen (vorsätzlicher!) **Vernachlässigung einer unmündigen Person** (§ 92 Abs 2 StGB) löste in der Jugendwohlfahrt geradezu Bestürzung aus, weil nach deren Ansicht die üblichen Standards eingehalten und aus damaliger Sicht alle erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zum Schutz des Kindes nach bestem Wissen und Gewissen ergriffen worden waren.

### III. Rechtliche Rahmenbedingungen

#### A. Jugendwohlfahrtsgesetz 1989

Die wichtigste rechtliche Grundlage für die Tätigkeit der Jugendwohlfahrt ist das **JWG 1989**.<sup>40</sup> Gem § 1 Abs 1 JWG hat die öffentliche Jugendwohlfahrt ua die Entwicklung Minderjähriger durch Anbot von Hilfen zur Pflege und Erziehung zu fördern und durch Gewährung von Erziehungsmaßnahmen zu sichern (Jugendfürsorge). Nach § 2 JWG ist öffentliche Jugendwohlfahrt zu gewähren, wenn und insoweit die Erziehungsberechtigten das Wohl des Minderjährigen nicht gewährleisten; sie darf aber in familiäre Bereiche und Beziehungen nur insoweit eingreifen, als dies zum Wohl des Minderjährigen notwendig ist. Meldungen über den Verdacht der Vernachlässigung, Misshandlung oder des sexuellen Missbrauchs von Minderjährigen (sog. Gefährdungsmeldungen) sind gem § 2 Abs 4 JWG unverzüglich zu überprüfen.

Hilfen zur Erziehung können **freiwillig** durch Vereinbarung des Jugendwohlfahrtsträgers mit den Obsorgeträgern erfolgen (§§ 26, 29 JWG). Wenn die Erziehungsberechtigten einer notwendigen Erziehungshilfe nicht zustimmen, können aber zum Wohl des Kindes auch **gegen den Willen** der Erziehungsberechtigten die notwendigen Maßnahmen mit Beschluss des Pflsgerichts durchgesetzt werden (§ 30 JWG).

#### B. ABGB

Auch das **ABGB** enthält einige Bestimmungen, die der Sicherung des Kindeswohls dienen: Wenn die Eltern durch ihr Verhalten das Wohl des minderjährigen Kindes gefährden, kann das Gericht die Obsorge einschränken oder auch zur Gänze entziehen (§ 176 ABGB). § 176b ABGB verpflichtet das Gericht dazu, nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vorzugehen und jene Maßnahme zu ergreifen, die zum Wohl des Kindes notwendig ist, aber am wenigsten in das Obsorgerecht der Eltern eingreift (Prinzip der **Familienautonomie**).<sup>41</sup>

Nach § 215 ABGB ist der Jugendwohlfahrtsträger (JWT) dazu berufen, die zur Wahrung des Kindeswohls erforderlichen Verfügungen bei Gericht zu beantragen; bei entsprechender Gefährdungslage ist der JWT zur Antragstellung verpflichtet.<sup>42</sup> Bei Gefahr im Verzug, dh (nur) bei offenkundiger Gefährdung des Kindeswohls,<sup>43</sup> hat der JWT die erforderlichen **Maßnahmen der Pflege und Erziehung** als Sachwalter vorläufig mit Wirksamkeit bis zur gerichtlichen Entscheidung **selbst zu treffen**, muss aber unverzüglich, jedenfalls innerhalb von acht Tagen, die erforderlichen gerichtlichen Verfügungen beantragen.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> JWG, BGBl 1989/161 idgF, ergänzt durch die gem § 42 Abs 3 JWG zu erlassenden Ausführungsgesetze der Länder (für Tirol: Tir JWG 2002, LGBl 2002/51 idgF).

<sup>41</sup> *Stabentheiner in Rummel*, ABGB3, §§ 176–176b Rz 12, *Weitzenböck in Schwimann*, ABGB3, § 176 Rz 30, § 176b Rz 1 ff; OGH 7. 6. 1990, 7 Ob 585/90, EFSlg 62.912.

<sup>42</sup> *Stabentheiner in Rummel*, ABGB3, § 215 Rz 3.

<sup>43</sup> OGH 7. 12. 1995, 6 Ob 639/95, RZ 1996/65.

<sup>44</sup> Näher *Weitzenböck in Schwimann*, ABGB3, § 215 Rz 2 f.

Ob diese Maßnahmen privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur sind, ist umstritten: Die überwiegende Auffassung tritt für eine privatrechtliche Natur ein, weil der Jugendwohlfahrtsbehörde bei diesen Maßnahmen die Stellung einer mit der Obsorge betrauten Person zukomme und sie Erziehungsmaßnahmen nach bürgerlichem Recht setze.<sup>45</sup> Andererseits kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Jugendwohlfahrtsbehörde in diesen Fällen mit staatlichem „*imperium*“ auftritt, weil sie – gegen den Willen der Erziehungsberechtigten – mit Zwangsgewalt Maßnahmen setzt, das Kind unter Umständen der elterlichen Obsorge entzieht und für eine anderweitige Unterbringung sorgt, was über Erziehungsmaßnahmen deutlich hinausgeht. Das spricht eher dafür, in diesem Fall eine **hoheitliche Tätigkeit** anzunehmen.<sup>46</sup> Für die Frage der strafrechtlichen Haftung nach §§ 80, 88 oder 92 StGB ist die hoheitliche oder privatrechtliche Natur derartiger Maßnahmen aber nicht von Bedeutung.

#### IV. Zur Strafbarkeit von Sozialarbeiterinnen / Sozialarbeitern im Allgemeinen

##### A. Überblick über die in Betracht kommenden Delikte

Die sozialarbeiterische Tätigkeit in der Jugendwohlfahrt birgt erhebliche Risiken. Oberste Priorität hat das Wohl des Kindes, um es vor der Gefahr von Übergriffen zu schützen. Andererseits gilt grundsätzlich das Subsidiaritätsprinzip (§ 176b ABGB), wonach das Kind nach Möglichkeit in der Obsorge der Eltern belassen werden soll. Vorrangig sind die Betreuungspersonen zu unterstützen, um dem Kind den Verbleib im Familienverband zu ermöglichen. Die Fremdunterbringung ist das letzte Mittel.

Die Beurteilung, ob die Belassung des Kindes in der Obsorge der Mutter/der Eltern/eines Elternteils in Verbindung mit begleitenden Maßnahmen und Kontrollen noch verantwortet werden kann oder ob die Obsorge entzogen werden muss, ist mitunter eine äußerst schwierige Entscheidung – eine **rechtliche und faktische Gratwanderung**. Wenn keine Maßnahmen getroffen werden oder wenn sich die getroffenen Maßnahmen als nicht ausreichend erweisen und es zu (weiteren) Misshandlungen oder Missbräuchen kommt, stellt sich naturgemäß die Frage, ob die Schädigung, Verletzung oder gar Tötung des Kindes hätte verhindert werden können und ob einer Mitarbeiterin der Jugendwohlfahrt ein strafrechtlich relevantes schuldhaftes Verhalten oder Unterlassen anzulasten ist.

In erster Linie wird man an eine allfällige strafrechtliche Haftung wegen eines **Fahrlässigkeitsdelikts** (fahrlässige Körperverletzung oder fahrlässige Tötung) denken, wenn objektiv gebotene Maßnahmen möglicherweise unterlassen wurden. Im Fall Luca wurde S sogar nach **§ 92 Abs 2 StGB** angeklagt, weshalb als erstes auf diesen Deliktstypus eingegangen wird.

##### B. Zur Strafbarkeit nach § 92 Abs 2 StGB

###### 1. Garantenstellung

Nach § 92 Abs 2 StGB macht sich strafbar, wer seine Verpflichtung zur Fürsorge oder Obhut gegenüber einer Person, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder die wegen Gebrechlichkeit, Krankheit oder Schwachsinn wehrlos ist, vorsätzlich gröblich vernachlässigt und dadurch, wenn auch nur fahrlässig, deren Gesundheit oder körperliche oder geistige Entwicklung beträchtlich schädigt.

<sup>45</sup> VwGH 22. 9. 1995, 93/11/0221, ÖJZ 1996/126 A; VfGH 20. 6. 2007, B 881/06, ÖA 2007, 182; 8. 10. 1987, G 47/87, VfSlg 11.492/1987; 12. 10. 1987, B 750/87, VfSlg 11.498/1987; 19. 6. 1989, B 1874/88, VfSlg 12.073/1989; *Ent/Frischengruber*, Jugendwohlfahrtsrecht (1992) § 215 ABGB Anm 9, *Fischer*, Offene Fragen zu § 215 Abs 1 Satz 2 ABGB, ÖA 1994, 89 (92), *Stabentheiner in Rummel*, ABGB3 § 215 Rz 3, *Weitzenböck in Schwimann*, ABGB3 § 215 Rz 3; ebenso *Rass-Schell* in ihrem Beitrag in diesem Heft.

<sup>46</sup> Ebenso *Pilnacek*, Anzeigepflicht der Jugendwohlfahrtsbehörden nach dem Strafprozessänderungsgesetz 1993, ÖA 1994, 83 (84); OGH 24. 6. 2005, 1 Ob 49/05w; 27. 9. 2005, 1 Ob 587/05v.

§ 92 StGB ist somit ein sog. **Sonderdelikt**: Täter kann nur jemand sein, den eine spezielle Verpflichtung zur Fürsorge oder Obhut gegenüber den genannten besonders geschützten Personen trifft.<sup>47</sup> Typisch für eine **Fürsorgepflicht** ist eine **längerfristige rechtliche** Verpflichtung, insb. der leiblichen Eltern über ihre Kinder, die Pflicht der Pflegeeltern zur Fürsorge über ihre Pflegekinder oder die Pflicht eines Sachwalters.<sup>48</sup> Das ABGB verwendet hierfür den Begriff „Obsorge“. Grundsätzlich kommen auch Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Jugendamtes als fürsorgepflichtige Personen iSd § 92 Abs 2 StGB in Betracht.

Eine erste bedeutungsvolle Frage ist demnach, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Jugendwohlfahrtsbehörden eine Garantenstellung iSd des § 92 StGB haben (können): Die allgemeine Verpflichtung zur Jugendfürsorge nach § 1 Abs 1 JWG kann noch keine **Garantenstellung** iSd § 2 StGB begründen, weil hierfür gerade eine besondere gesetzliche Verpflichtung gefordert ist. Unter gewissen Voraussetzungen kann die Jugendwohlfahrtsbehörde jedoch mit der gerichtlichen Obsorge eines Minderjährigen betraut werden, oder es ergibt sich eine solche Betrauung kraft Gesetzes (§ 213 ABGB). Gem **§ 215 Abs 1 ABGB** trifft den JWT überdies die Verpflichtung, zur Wahrung des Wohles eines Minderjährigen die erforderlichen gerichtlichen Verfügungen im Bereich der Obsorge zu beantragen. Wenn sich aufgrund einer Gefährdungsmeldung ein **konkreter Verdacht auf Kindesmisshandlung oder eines Kindesmissbrauchs** ergibt und das Kindeswohl durch mögliche Wiederholung gefährdet erscheint, so ist der JWT bei Gefahr im Verzug verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen der Pflege und Erziehung vorläufig mit Wirksamkeit bis zur gerichtlichen Entscheidung selbst zu treffen. In diesem Umfang ist der JWT kraft Gesetzes vorläufig mit der Obsorge betraut,<sup>49</sup> dh, es liegt eine **Garantenstellung** vor. Sie tritt in dem Zeitpunkt ein, in dem der JWT in zumutbarer Weise Kenntnis von diesbezüglichen Umständen erlangt hat.<sup>50</sup> Freilich bewirkt die bloße Zugehörigkeit einer Person zu einer Berufsgruppe noch keine Garantenstellung. Es ist nach den tatsächlichen Umständen des Falls zu prüfen, welche Person konkret zum Handeln verpflichtet war.<sup>51</sup> Zunächst trifft den Behördenleiter die Pflicht, den Fall unverzüglich einer Mitarbeiterin bzw. einem Mitarbeiter zuzuweisen, die/der dann in weiterer Folge die Garantenstellung für das Kindeswohl innehat. Von dieser grundsätzlich zu bejahenden (Beschützer-) Garantenstellung losgelöst ist die Frage, **welche Verpflichtungen** sich inhaltlich aus dieser Garantenstellung ergeben, welche Maßnahmen im Einzelfall erforderlich sind. Hier ist insb. zu beachten, dass die Fürsorge der Jugendwohlfahrt „von außen“ ausgeübt wird und daher ein anderer Maßstab anzulegen ist als etwa für die Kindesmutter, die das Kind im Rahmen ihrer gesetzlichen Fürsorgepflicht bei sich hat und die Obsorge unmittelbar ausübt.

## 2. Gröbliche Vernachlässigung

Die **Tathandlung** des § 92 Abs 2 StGB verlangt ein **gröbliches Vernachlässigen** der Fürsorge- bzw. Obhutspflicht: Darunter versteht man eine krasse Abweichung vom gebotenen Verhalten, in der sich ein erheblicher Charaktermangel – zB Vergnügungssucht – zeigt.<sup>52</sup> Gröblichkeit der Vernachlässigung verlangt ein auffälliges Missverhältnis zwischen jenem Maß an Fürsorge und Obhut, das von einer rechtstreuen Person (Mutter, Kindergärtnerin, Sozialarbeiterin usw.) zu erwarten ist, und dem konkret gesetzten inkriminierten Verhalten.

<sup>47</sup> Hauptmann/Jerabek in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum StGB2, § 92 Rz 3 ff; Zagler in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum StGB, § 92 Rz 4, 8 f.

<sup>48</sup> Hauptmann/Jerabek in Höpfel/Ratz, WK StGB2, § 92 Rz 4 f; Zagler in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 92 Rz 9.

<sup>49</sup> S dazu und zur vergleichbaren Rechtslage in Deutschland Meysen, Das Recht zum Kinderschutz in Deutschland und Österreich: ein Vergleich, ÖA 2008, 3.

<sup>50</sup> Stabentheiner in Rummel, ABGB3, § 215 Rz 1, Maleczky, ÖA 2005, 134; s auch Meysen, ÖA 2008, 3. Anders allerdings nun Maleczky in seinem Beitrag in diesem Heft: Garantenstellung sei bei jeder objektiven Gefährdung gegeben, unabhängig davon, ob der Jugendwohlfahrtsbehörde die Gefahr durch eine Meldung bekannt ist!

<sup>51</sup> Näher Hilf in Höpfel/Ratz, WK StGB2, § 2 Rz 68, 70.

<sup>52</sup> OGH 25. 10. 1983, 10 Os 159/83, SSt 54/77; Fabrizy, StGB10, § 92 Rz 4; Hauptmann/Jerabek in Höpfel/Ratz, WK StGB2, § 92 Rz 15 uam.

### 3. Vorsatz

Nach herrschender Auffassung ist die Gröblichkeit ein objektives Tatbestandsmerkmal. Das bedeutet, dass sich auf der inneren Tatseite der **Vorsatz** auch auf eine **gröbliche Vernachlässigung** beziehen muss.<sup>53</sup> Dieser Vorsatz wird im Allgemeinen<sup>54</sup> so verstanden, dass er sich auf die tatsächlichen Umstände des gröblichen Vernachlässigens beziehen muss, also darauf, dass das pflichtwidrige Unterlassen zu einer Situation führt, die für eine gröbliche Vernachlässigung kennzeichnend ist.

Es gibt nicht viele veröffentlichte **Entscheidungen** zu § 92 Abs 2 StGB; es handelt sich aber durchwegs um krasse Fälle, bei denen die Annahme einer vorsätzlichen gröblichen Vernachlässigung nahelag: In einem Fall wachte eine Mutter um 6:00 Uhr in der Früh auf und bemerkte, dass ihr Säugling blutverschmiert im Bett lag, weil das in der Wohnung gehaltene Frettchen dem Kind zahlreiche schwere Bisswunden im Gesicht zugefügt hatte. Obwohl die Mutter die Situation und die Notwendigkeit des Handelns an sich klar erkannte, unternahm sie zunächst nichts, schlief noch 3 ½ Stunden bis 9:30 Uhr weiter und holte erst dann einen Arzt.<sup>55</sup> In einem anderen Fall ließ eine Mutter ihr Kind längere Zeit hungern und dursten,<sup>56</sup> obwohl sie erkannt hatte, dass das Kind Nahrung und Flüssigkeit dringend benötigte. In einem dritten Fall ließ eine Frau ihre Mutter, die unter Druckgeschwüren litt, in einem verkoteten Bett längere Zeit liegen.<sup>57</sup> Auch eine Kindesmutter, die erkennt, dass eine andere Person, zB ein Lebensgefährte, ihr Kind misshandelt, und dennoch nicht dagegen einschreitet und ihr Kind nicht ausreichend vor weiteren Misshandlungen schützt, wäre nach § 92 Abs 2 StGB zu bestrafen.

Eine **Sozialarbeiterin**, die aufgrund einer Gefährdungsmeldung mit einem konkreten Fall betraut ist, müsste, um sich nach § 92 Abs 2 StGB strafbar zu machen, objektiv ein Verhalten setzen, das krass vom gebotenen Verhalten abweicht, in der gegebenen Situation geradezu unvertretbar erscheint. Weiters müsste sie die Umstände, die die Garantenstellung auslösen, sowie die gröbliche Vernachlässigung des Kindes in ihren Vorsatz aufnehmen. Verkennt die Sozialarbeiterin die Gefahr für das Kind, schätzt sie die Situation harmloser ein, als sie tatsächlich ist, so handelt sie nicht vorsätzlich. Sie hat allenfalls fahrlässiges Verhalten zu verantworten, sofern ein vorbildlicher Sozialarbeiter in der konkreten Situation die Gefährlichkeit anders eingeschätzt hätte und aus diesem Grund andere, weiter gehende Maßnahmen ergriffen hätte.

Primär ist festzustellen, **welche Umstände** der mit dem Fall befassten Sozialarbeiterin **bekannt** waren: Wie sah die Gefährdungsmeldung aus? Welche Art von Misshandlungen, welche Schwere von Verletzungen welchen Alters waren festgestellt worden? Bestand auch der Verdacht eines sexuellen Missbrauchs? Wie dringend war der Verdacht, dass die Verletzungen tatsächlich auf Misshandlungen zurückzuführen sind? Gegebenenfalls besteht die Verpflichtung, die Entscheidungsgrundlagen zu verbessern, zB weitere Untersuchungen, etwa durch einen Gerichtsmediziner, zu veranlassen, um sich ein genaueres Bild zu verschaffen. Kümmert sich die Sozialarbeiterin nicht um eine **ausreichende Aufklärung**, so kann auch dies als schuldhaftes Verhalten bewertet werden; aber eine mangelhafte Aufklärung kann für sich allein kein vorsätzliches, sondern höchstens ein fahrlässiges Handeln begründen.

In weiterer Folge gilt es zu beurteilen, ob auf der Grundlage dieser Informationen **ausreichende** oder unzulängliche **Maßnahmen ergriffen** wurden. Von einer vorsätzlichen (§ 5 StGB) gröblichen Vernachlässigung könnte nur dann gesprochen werden, wenn der Täter sich mit der Situation bewusst auseinander

<sup>53</sup> Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I11 (2010) § 92 Rz 3 uam.

<sup>54</sup> Hauptmann/Jerabek in Höpfel/Ratz, WK StGB2, § 92 Rz 19; Zagler in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB, § 92 Rz 16; etwas anders Kienapfel, Strafrecht. Besonderer Teil I5, § 92 Rz 30.

<sup>55</sup> OGH 25. 10. 1983, 10 Os 159/83, SSt 54/77.

<sup>56</sup> OGH 8. 11. 1989, 14 Os 105/89, RZ 1995/27 = SSt 60/71.

<sup>57</sup> OGH 4. 7. 1995, 14 Os 63/95.

gesetzt hat, die Gefährlichkeit der Situation erkannt („ernstlich für möglich gehalten“)<sup>58</sup> hat und dennoch untätig bleibt und die an sich als notwendig erkannten Maßnahmen unterlässt, dh die akute Gefahr für das Wohl eines Kindes hinnimmt („sich abfindet“). Dafür reicht auch eine bewusste Gleichgültigkeit aus.<sup>59</sup>

Wenn sich aus einer Gefährdungsmeldung und den bisherigen Informationen kein dringender Verdacht ableiten lässt und den üblichen Standards entsprechend vorgegangen wurde, kann von einer (vorsätzlichen) gröblichen Vernachlässigung von vornherein nicht die Rede sein. Auch eine Fehleinschätzung der Gefahr bedeutet gerade nicht, dass die Gefährdung des Kindes erkannt und billigend in Kauf genommen wurde. Die Sozialarbeiterin könnte sich allenfalls wegen fahrlässiger Körperverletzung oder fahrlässiger Tötung strafbar machen.

#### 4. Eintritt eines Erfolgs

§ 92 Abs 2 StGB verlangt schließlich den Eintritt eines **Erfolgs**: Durch die vorsätzliche gröbliche Vernachlässigung der Fürsorge oder Obhut muss es beim Kind zu einer **beträchtlichen Gesundheitsschädigung**<sup>60</sup> oder zu einer **beträchtlichen Schädigung der körperlichen oder geistigen Entwicklung** (is eines merklichen Zurückbleibens im Entwicklungsstand hinter Gleichaltrigen) gekommen sein. Hinsichtlich des Eintritts dieses Erfolges genügt **Fahrlässigkeit**, während die gröbliche Vernachlässigung der Fürsorge oder Obhut vorsätzlich erfolgen muss.

#### C. Zur Strafbarkeit wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts

##### 1. Unterlassene Schutzmaßnahmen und Sorgfaltsmaßstab

Wie bei § 92 Abs 2 StGB geht es auch hier idR um den Vorwurf des **Unterlassens** von Schutzmaßnahmen, die zur Abwendung der Gefährdung eines Kindes geboten gewesen wären. Die Strafbarkeit wegen eines Unterlassens (§ 2 StGB) setzt wiederum zunächst eine **Garantenstellung** voraus. Diesbezüglich kann auf die obigen Ausführungen (B.1.) verwiesen werden. In weiterer Folge ist zu prüfen, ob ein **objektiv sorgfaltswidriges, sozial inadäquates Verhalten** vorlag. Maßstab dafür ist der umsichtige, gewissenhafte, besonnene Mensch aus dem Verkehrs- und Berufskreis des Täters, ausgestattet mit dem Sonderwissen und den Sonderfähigkeiten des Täters – man könnte auch sagen: der „ordentliche Sozialarbeiter“.<sup>61</sup>

Fahrlässiges Handeln könnte darin bestehen, dass die **Gefährdungsmeldung falsch interpretiert wurde** und nicht die richtigen Schlüsse hinsichtlich der möglichen Gefährdung des Kindes gezogen wurden. Fahrlässigkeit könnte auch darin erblickt werden, dass die **Informationsbeschaffung unzulänglich** war. Wie bereits zu § 92 StGB erwähnt, trifft die mit dem Fall befasste Sozialarbeiterin die Pflicht zur umfassenden Aufklärung der Situation, gegebenenfalls durch Einholung zusätzlicher Fachexpertisen, Veranlassung weiterer (zB gerichtsmedizinischer) Untersuchungen udgl. Und natürlich kann ein fahrlässiges Verhalten darin bestehen, dass die **getroffenen Maßnahmen unter fachlichen Gesichtspunkten unzureichend** waren.

Die im konkreten Fall eingeschlagene Vorgangsweise ist insb. dahingehend zu überprüfen, ob den Standards der Jugendwohlfahrt entsprechend vorgegangen wurde. Die Einhaltung der im Produktkatalog beschriebenen Vorgangsweise legt prima vista ein sorgfaltsgemäßes Verhalten nahe. Doch können die

<sup>58</sup> S dazu *Reindl* in *Höpfel/Ratz*, WK StGB2, § 5 Rz 36.

<sup>59</sup> S dazu *Reindl* in *Höpfel/Ratz*, WK StGB2, § 5 Rz 37, 39.

<sup>60</sup> Dh nach herrschender Auffassung eine Gesundheitsschädigung von mindestens 14 Tagen: *Hauptmann/Jerabek* in *Höpfel/Ratz*, WK StGB2, § 92 Rz 16.

<sup>61</sup> Für viele: *Burgstaller* in *Höpfel/Ratz*, WK StGB2, § 6 Rz 48 ff.

Standards nur Leitlinien darstellen, weil jeder Fall anders gelagert ist und eine differenzierte Vorgehensweise erfordert. Die strafrechtlichen Haftungsrisiken können jedoch durch Einhaltung anerkannter Qualitätsstandards verringert werden; von großer Bedeutung ist dabei eine möglichst lückenlose Dokumentation aller Informationen und Handlungsschritte.<sup>62</sup>

Die Jugendwohlfahrt ist bei ihrer Tätigkeit verschiedensten Unsicherheiten und Risiken ausgesetzt: Die Einschätzung des Gefährdungsrisikos kann auch bei sorgfältigstem Vorgehen und Einhaltung der Standards von falschen Voraussetzungen ausgehen, zB weil die Informationen und Befunde nur den Schluss auf eine einfache Kindesmisshandlung zulassen, in Wahrheit jedoch ein massiver Kindesmissbrauch vorlag, der auch von Experten nicht als solcher erkannt wurde bzw. erkannt werden konnte. Zudem ist der Versuch, die Entwicklung elterlichen Verhaltens auf längere Zeit vorauszusagen, immer ein risikoreiches Unterfangen, da viele Faktoren die weitere Familiendynamik bestimmen. Die Prognose wird maßgeblich vom Verhalten der Erziehungspersonen nach Konfrontation mit dem Verdacht, insb. deren Kooperationsbereitschaft, beeinflusst. Manche Personen können sich vorzüglich verstellen und auch erfahrene Sozialarbeiter mit gutem Gespür täuschen, sodass die Gefahrenlage falsch beurteilt wird.

Diese **Risikogeneignetheit der Tätigkeit** muss in die Beurteilung einfließen. Und selbstverständlich muss die Beurteilung immer „ex ante“, aus damaliger Sicht, erfolgen.<sup>63</sup> Aus der Tatsache, dass sich die ergriffenen Maßnahmen rückblickend als unzulänglich erwiesen haben, kann nicht auf ein Fehlverhalten im Zeitpunkt der Anordnung der Maßnahmen geschlossen werden. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass eine überzogene strafrechtliche Haftung von Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeitern für die Tätigkeit der Jugendwohlfahrt fatal und für die Gesellschaft kontraproduktiv wäre. Sie könnte zu Überreaktionen dergestalt führen, dass in Abkehr vom Subsidiaritätsprinzip sicherheitshalber im Zweifel immer gleich die schärferen, eingriffsintensiveren Maßnahmen (Abnahme des Kindes, Entziehung der Obsorge, unverzügliche Anzeige bei der Sicherheitsbehörde) angewendet werden, die oft größeren Schaden anrichten können. Für die Kinder besteht bei jeder Entziehung der Obsorge die Gefahr, dass sie dadurch traumatisiert werden: Sie sind zwar verlässlich vor möglichen Übergriffen geschützt, verlieren andererseits aber auch viele positive Seiten ihres Lebens wie den Freundeskreis in Schule bzw. Kindergarten oder andere soziale Netze. Auch entwickeln Kinder oft große Schuldgefühle, wenn sie erkennen, dass sie die Ursache für die Verhaftung einer Erziehungsperson waren.

Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Jugendamtes könnten es sich einfach machen und ihre Verantwortung durch sofortige Erstattung einer Anzeige auf die Sicherheitsbehörden abschieben. Das wäre aber ein absolut nicht wünschenswerter Zustand; es käme zu Ermittlungen in einer Reihe von Fällen, die sich nachträglich wirklich als harmlos oder als Unglücksfälle entpuppen. Allein durch polizeiliche Ermittlungen und zu scharfes, unsensibles Vorgehen kann großer Schaden angerichtet werden. Besonders schädlich kann eine verfrühte leichtfertige Anzeige sein, wenn das Ermittlungsverfahren mangels hinreichender Beweise in weiterer Folge eingestellt wird. Das stärkt die Position des Täters ungemein und erschwert die weitere Betreuungsarbeit erheblich. Eine Entscheidung, die kein Risiko eingeht, ist keineswegs die beste Entscheidung.

## 2. Zurechnung des Erfolgs

Für den Fall, dass ein objektiv sorgfaltswidriges Verhalten bejaht wird, ist in weiterer Folge noch die Frage der **Zurechnung des Verletzungs- oder Todeserfolgs** zu prüfen: Es ist zu untersuchen, ob der eingetretene Erfolg objektiv **vorhersehbar** war und ob bei Ergreifen der gebotenen Maßnahmen der schäd-

---

<sup>62</sup> S *Bringewat*, Strafrechtliche Risiken beruflichen Handelns von ASD-MitarbeiterInnen, Haftungsverteilung zwischen öffentlicher und freier Kinder- und Jugendhilfe sowie Formen und Inhalte der Dokumentation unter strafrechtlichen Aspekten, Expertise im Auftrag des Projektes „Kindeswohlgefährdung und Allgemeiner Sozialer Dienst (ASD)“ (2002) 31 ff.

<sup>63</sup> S auch *Bringewat*, Strafrechtliche Risiken 28.



liche Erfolg mit an **Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abgewendet** worden wäre.<sup>64</sup> Wenn die gebotene Maßnahme die sofortige Abnahme des Kindes gewesen wäre, dann wären dadurch mit größter Wahrscheinlichkeit weitere Übergriffe verhindert worden. Wenn aber bloß andere, weniger eingreifende Maßnahmen geboten gewesen wären (Anträge an das Pflegschaftsgericht, Überprüfungen in kürzeren Umständen udgl), bei denen das Kind bei der Mutter verblieben wäre, dann wären diese vermutlich ebenso unzulänglich geblieben, sodass in diesem Fall keine strafrechtliche Haftung greifen kann.

### 3. Zumutbarkeit der gebotenen Handlung

Schließlich ist für eine Fahrlässigkeitshaftung auch noch die **Fahrlässigkeitsschuld** erforderlich. Besonders ist hier auf die **Zumutbarkeit** der gebotenen Handlung hinzuweisen: Eine Unterlassung kann einem Garanten nicht als schuldhaft vorgeworfen werden, wenn auch von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen in der konkreten Situation die Vornahme der gebotenen Handlung realistisch nicht zu erwarten war.<sup>65</sup> In diesem Zusammenhang könnte unter Umständen eine schwere Überlastung aufgrund unzulänglicher personeller Ressourcen eine Rolle spielen.

## V. Zur Strafbarkeit im Fall Luca im Besonderen

### A. Strafbarkeit nach § 92 Abs 2 StGB?

#### 1. Garantenstellung

In Anbetracht der Tatsache, dass von der Klinik eine förmliche Verdachtsmeldung in Richtung möglicher Misshandlungen des Kindes erstattet worden war und beim Verdacht von „*battered child*“ bekanntermaßen die Wiederholungsgefahr hoch ist, war im Fall Luca für S ab dem Zeitpunkt, in dem sie mit dem Fall betraut wurde, von einer **Garantenstellung auszugehen**.

#### 2. Gröbliche Vernachlässigung

Die **Tathandlung** des § 92 Abs 2 StGB verlangt ein **gröbliches Vernachlässigen** der Fürsorge- bzw. Obhutspflicht. Von einem auffälligen Missverhältnis zu jenem Maß an Fürsorge und Obhut, das von einer umsichtigen, gewissenhaften Sozialarbeiterin zu erwarten war, kann im vorliegenden Fall jedoch **keinesfalls** gesprochen werden: Es wurden ebenjene Maßnahmen gesetzt, die in einem solchen Fall zu setzen waren: unverzügliche nähere Abklärung der Situation, Anforderung von Befunden des Krankenhauses Mödling, Veranlassung weiterer Untersuchungen des Kindes in der Innsbrucker Klinik, Befassung der Kinderschutzgruppe Innsbruck mit dem Fall, Abklärung der Situation, des sozialen Umfelds und der Kooperationsbereitschaft der Kindesmutter durch Hausbesuche, Führung eines Konfrontationsgesprächs unter Mitwirkung einer zweiten Sozialarbeiterin zur besseren Einschätzung der Gefährdungssituation. Auf der Basis dieser Abklärung wurde gemeinsam mit der Referatsleitung entschieden, ambulante Betreuungsmaßnahmen, verknüpft mit einer Reihe von Auflagen (psychologische Betreuung, Vorstellung des Kindes bei Fachärzten, Besuchsverbot mit Luca bei ihrem Freund), zu ergreifen. Das Kind wurde in der Obsorge der Mutter belassen, weil nach einhelliger Auffassung der befassten Stellen und mehrerer Ärzte der Verdacht einer schweren Kindesmisshandlung oder des sexuellen Missbrauchs nicht bestand, das soziale Umfeld der Kindesmutter in Ordnung war und diese Kooperationsbereitschaft zeigte.

<sup>64</sup> Für viele: *Hilf in Höpfel/Ratz*, WK StGB2, § 2 Rz 57 ff; OGH 18. 8. 1994, 14 Ob 69/94, Täter die akute Gefährdung vorhersah und diese billigend JBI 1996, 191 (*Burgstaller*); vgl für Deutschland *Hefendehl*, Sozialarbeit im lähmenden Bann strafrechtlicher Risiken? RdJB 4/2005, 472 (483).

<sup>65</sup> *Burgstaller in Höpfel/Ratz*, WK StGB2, § 6 Rz 100; *Hilf in Höpfel/Ratz*, WK StGB2, § 2 Rz 149 uam.

Bis Ende September 2007 gab es für das Jugendamt keinen Anlass für weitere Interventionen. Die Kindesmutter hielt sich an die Vereinbarungen, wurde psychologisch betreut und absolvierte die regelmäßigen Besuche beim Kinderarzt, deren Ergebnis immer war, dass das Kind unauffällig sei.

Eine Veränderung der Situation trat jedoch im **Oktober 2007** ein, weil die Kindesmutter die **schriftliche Vereinbarung brach** und überdies nach ihrer Rückkehr nach Tirol am 3.10.2007 in der Innsbrucker Klinik ein **gebrochener linker Unterarm und blaue Flecken auf der rechten Kopfhälfte** Lucas festgestellt wurden. Dennoch wurde – in Absprache mit der Leitung der Jugendwohlfahrt – das Kind in der Obsorge der Mutter belassen und das Fahrverbot nach Wien bzw. Mitnahmeverbot aufgehoben, jedoch gleichzeitig eine Verlängerung der Betreuung ab Oktober 2007 für weitere drei Monate vereinbart, verbunden mit der Verpflichtung, Fahrten zu ihrem Freund jedenfalls der Betreuerin zu melden.

Wiederum stellt sich die Frage, ob diese getroffenen Maßnahmen aus damaliger Sicht (ex ante) ausreichend waren: Hätte das Verbot der Fahrten nach Wien mit Luca aufrecht bleiben müssen? Hätte wegen Gefahr für das Kindeswohl das Pflęgschaftsgericht zur Erlassung entsprechender Maßnahmen (§ 176 ABGB) eingeschaltet werden bzw. hätte das Jugendamt wegen Gefahr im Verzug selbst eingriffsintensivere Maßnahmen setzen müssen?

Objektiv waren die Maßnahmen unzulänglich, aber aus damaliger Sicht war auch für den **Zeitraum ab Oktober 2007** bis zum Tod des Kindes **kein Fehlverhalten** der S gegeben.<sup>66</sup> Die gerichtsmedizinische Untersuchung ergab, dass das Kind die Verletzungen auch durch einen Sturz aus dem Bett (wie von der Mutter angegeben) erlitten haben konnte. Die behandelnden Ärzte konnten keine das Kindeswohl gefährdenden Umstände erkennen; ein Hausbesuch beim Freund der Kindesmutter und ein Gespräch mit diesem ergaben keine Hinweise in Richtung Gefährdung. Die Kindesmutter zeigte sich für ihr Fehlverhalten (Bruch der Vereinbarung) einsichtig, der behandelnde Psychologe sah überhaupt keinen Anlass mehr für eine Weiterführung der Betreuung und empfahl deren Beendigung. Es war sogar S, die die Weiterführung der Betreuung dennoch für zweckmäßig hielt und auch anordnete. Somit lag auch im Oktober 2007 die von der Rsp des OGH<sup>67</sup> für Sofortmaßnahmen nach § 215 Abs 1 zweiter Satz ABGB geforderte **akute Gefahr nicht vor**, die es notwendig gemacht hätte, der Kindesmutter die Obsorge über Luca zu entziehen. Demnach wurde schon die **äußere Tatseite des § 92 Abs 2 StGB nicht verwirklicht**.

### 3. Vorsatz

Hinzu kommt, dass § 92 Abs 2 StGB ein Vorsatzdelikt ist. Der Täter muss einerseits in seinen **Vorsatz** die Umstände aufnehmen, die die **Garantenstellung** auslösen. Andererseits muss sich der **Vorsatz** auch **auf eine gröbliche Vernachlässigung** beziehen.

Da die Garantenstellung durch die Kenntnis von einer Situation ausgelöst wird, die sich als konkrete Gefährdung für das Kindeswohl darstellt, handelt ein Sozialarbeiter dann nicht vorsätzlich, wenn er die Gefahr verkennt, die Situation harmloser einschätzt, als sie objektiv tatsächlich ist. Schon aus diesem Grund scheidet § 92 Abs 2 StGB aus. Noch viel weniger kann der Vorsatz auf eine gröbliche Vernachlässigung angenommen werden. Er verlangt, dass der Täter die akute Gefährdung vorhersah und diese billigend in Kauf nahm! Es müsste festgestellt werden, dass die Sozialarbeiterin die an sich gebotenen Maßnahmen unterlassen hat, obwohl sie die Dramatik der Situation, die eine weiter gehende Handlungspflicht ausgelöst hätte, erkannt hatte. Eine derartige Annahme erscheint nahezu absurd.

<sup>66</sup> So auch letztlich OLG Innsbruck 8. 7. 2010, 7 Bs 554/09t.

<sup>67</sup> OGH 7. 12. 1995, 6 Ob 639/95, RZ 1996/65.

### B. Strafbarkeit wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts?

Wenn die bei Unterlassungsdelikten vorausgesetzte **Garantenstellung** vorliegt, ist für die Frage der strafrechtlichen Haftung wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts zunächst zu prüfen, ob ein **objektiv sorgfaltswidriges, sozial inadäquates Verhalten** (oder Unterlassen) vorliegt.<sup>68</sup> Die entscheidende Frage lautet: Was hätte ein „ordentlicher Sozialarbeiter“ in dieser Situation getan?

Abweichend vom erstinstanzlichen Urteil stellte das OLG Innsbruck letztlich zutreffend fest, dass die Sozialarbeiterin **nicht fahrlässig** gehandelt. Unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips entsprachen die ergriffenen Maßnahmen der Sorgfalt eines „ordentlichen“ Sozialarbeiters.<sup>69</sup> Außerdem war die Entscheidung auf Belassung von Luca bei der Kindesmutter Anfang Oktober von der Vertreterin von S (gemeinsam mit der Leiterin) getroffen worden. Eine Rücknahme dieser Entscheidung wäre nur bei Auftreten einer akuten neuen Gefährdung denkbar gewesen.

