

Die Rechtsstellung von zivil- und jugendstrafrechtlich platzierten Minderjährigen: Gesetzliche Grundlagen und Problemfelder bei der gemeinsamen Unterbringung

Gutachten erstellt im Auftrag der

**Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF)
Bundesrain 20
3003 Bern**

15. Mai 2015

Dr. iur. Regula Gerber Jenni
Drosselweg 13

3012 Bern

+41 (0)31 301 79 62
rgj@gerberjenni.ch

Stefan Blum, Rechtsanwalt
General-Guisan-Strasse 47
Postfach 2089
8401 Winterthur

+41 (0)52 521 00 30
blum@bluga.ch

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	3
Einleitung: Inhalt und Vorgehen	6
1. Teil: Gesetzliche Grundlagen	9
1. Grund- und kinderrechtliche Normen, Leitlinien und Empfehlungen	9
1.1. Das internationale Regelwerk	9
1.2. Verfassungsrechtliche Vorgaben	16
2. Zivilrechtlicher Kinderschutz: Gesetzesbestimmungen und Grundsätze für die zivilrechtliche Einweisung und stationäre Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung	18
2.1. Richtschnur Kindeswohl.....	18
2.2. Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts	19
2.3. Fürsorgerische Unterbringung	20
2.4. Kinderschutzverfahren	23
3. Jugendstrafrecht	28
3.1. Einführende Bemerkungen	28
3.2. Gesetzesbestimmungen und Grundsätze für die strafrechtliche Einweisung und stationäre Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung.....	30
3.3. Rechte des / der Jugendlichen und Rechtsmittel	31
3.4. Vollzug im Jugendstrafrecht.....	32
3.5. Kantonale Regelungen im Jugendstrafbereich.....	33
4. Freiheitsbeschränkende Massnahmen	35
4.1. Begriffe	35
4.2. Keine schweizweit geltende Grundregelung	36
4.3. Referenzdokumente für die Regelung freiheitsbeschränkender Massnahmen.....	38
4.4. Vergleich des Konkordatsreglements und des FMJG mit den Regelungen der Kantone Basel-Stadt, Aargau und Zürich.....	40
4.5. Institutionsregelungen über freiheitsentziehende Massnahmen im Licht der internationalen Richtlinien, insb. der Empfehlung Rec(2008)11	49
2. Teil: Disziplinar- und Sanktionsrecht im Licht der grund- und kinderrechtlichen Vorgaben	56
1. Kritikpunkte im Bereich der freiheitsbeschränkenden Massnahmen	56
1.1. Zur Isolierung und Separierung.....	56
1.2. Rechtsschutz	57
1.3. Kontakt mit Familienangehörigen.....	58
2. Disziplinar-massnahmen und pädagogische Massnahmen	59
2.1. Unterscheidung.....	59
2.2. Bewertung der gemeinsamen Unterbringung.....	60
2.3. Differenzierte Betrachtungsweise von Grenzüberschreitungen und -verletzungen.....	62
2.4. Handlungsbedarf auf Institutionsebene	64

3. Normative Lücken	65
3.1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Zivil- und Strafrecht	65
3.2. Fehlendes Gesamtkonzept	67
3.3. Keine einheitliche Regelung für freiheitsbeschränkende Massnahmen	68
Empfehlungen	70
Literatur	73

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BGE	Publizierter Bundesgerichtsentscheid
BGer	Nicht publizierter Bundesgerichtsentscheid
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
dt.	deutsch
E.	Erwägung
Empfehlung Rec(2008)11	Europäische Grundsätze für die von Sanktionen und Massnahmen betroffenen jugendlichen Straftäter und Straftäterinnen – Empfehlung Rec(2008)11 des Ministerkomitees des Europarates vom 5.11.2008: https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/smv/dokumentation/empfehlung-europarat-jugendstraftaeter-d.pdf
EMRK; Europ. Menschenrechtskonvention	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
f. / ff.	folgende
FMJG	Gesetz über freiheitsbeschränkende Massnahmen im Vollzug von Jugendstrafen und -massnahmen und in der stationären Jugendhilfe vom 16. Juni 2011 (341.13; Kanton Bern)

FN	Fussnote
FU	Fürsorgerische Unterbringung
insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
JStG; Jugendstrafgesetz	Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 20. Juni 2003 (SR 311.1)
JStPO; Jugendstrafprozessordnung	Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009 (SR 312.1)
KESB Konkordatsreglement	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Konkordatsreglement vom 31. Oktober 2013 über das Disziplinarrecht für Personen in strafrechtlicher Einschliessung oder Unterbringung in geschlossenen Anstalten für Jugendliche
lit.	Littera (Buchstabe)
LSMG	Bundesgesetz über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug vom 5. Oktober 1984 (SR 341)
LSMV	Verordnung über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug vom 21. November 2007 (SR 341.1)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
PAVO; Pflegekinderverordnung	Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977 (SR 211.222.338)
Rz.	Randziffer
S.	Seite
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
u.a.	unter anderem
UN	United Nation(s)
UN-KRK; UN-Kinderrechtskonvention	Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (SR 0.107)
usw.	und so weiter
v.a.	vor allem

vgl.	vergleiche
Westschweizer Konkordat	Konkordat vom 24. März 2005 über den Vollzug der strafrechtlichen Einschliessung Jugendlicher aus den Westschweizer Kantonen (und teilweise aus dem Kanton Tessin)
z.B.	zum Beispiel
ZGB; Zivilgesetzbuch	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZPO; Zivilprozessordnung	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

Einleitung: Inhalt und Vorgehen

Das vorliegende Gutachten befasst sich mit der Rechtsstellung von zivil- und jugendstrafrechtlich eingewiesenen Minderjährigen in geschlossenen Einrichtungen. Es stellt die diesbezüglichen rechtlichen Grundlagen vor und diskutiert, ob sich die unterschiedliche gesetzliche Einweisungsgrundlage – und gegebenenfalls wie – auf den Aufenthalt in der Institution auswirkt. Der Institutionsalltag wiederum ist ebenfalls durch Normen (Reglemente, Konzepte, Leitlinien, Hausordnungen) strukturiert, welche insbesondere als freiheitsbeschränkende Massnahmen die Regelverstösse der Jugendlichen sowie Ausnahmesituationen regeln. Hier stellt sich einerseits die Frage, ob freiheitsbeschränkende Massnahmen gegenüber allen Jugendlichen, d.h. unbesehen ihrer zivil- oder strafrechtlichen Einweisungsgrundlage, angeordnet werden können. Andererseits ist generell zu überprüfen, wie sich freiheitsbeschränkende Massnahmen mit grund- und kinderrechtlichen Vorgaben vereinbaren lassen.

Anlass des Gutachtens bildet folgende Ausgangslage:

Die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) hat bei ihren Besuchen in den geschlossenen Abteilungen der Institutionen Jugendheime Aarburg (AG), Lory (BE), La Clairière (GE), Prêles (BE), Centre Educatif Pramont (VS) und sowie des halboffenen Time Out, Foyer St-Etienne (FR) sowie im Etablissement de détention pour mineurs „Aux léchaires“ in Palézieux (VD) festgestellt, dass die Institutionen Jugendliche aufnehmen, die aufgrund einer strafrechtlichen Massnahme eingewiesen werden, und solche, die aufgrund einer zivilrechtlichen (Kinderschutz-)Massnahme platziert werden (im Folgenden auch als gemeinsame Unterbringung bezeichnet).^{1 2} Das Bundesamt für Justiz (BJ) hält in seinem Bericht über die gemeinsame Unterbringung von zivil- und jugendstrafrechtlich platzierten Minderjährigen fest, dass dies einer bewährten Praxis der stationären Unterbringungsangebote für Jugendliche entspreche und weder auf der normativen noch auf der Vollzugsebene Handlungsbedarf bestehe.³ Die NKVF möchte diesen Befund im Rahmen ihres Themenschwerpunkts „Jugendeinrichtungen und Freiheitsentzug von zivil- und jugendstrafrechtlich platzierten Minderjährigen“ kritisch beleuchten und hinterfragen. Sie hat deshalb Stefan Blum und Regula Gerber Jenni beauftragt, als Vorarbeit die gesetzlichen Grundlagen zu klären, die Rechtsprechung zu untersuchen und mögliche Problemfelder bei der gemeinsamen Unterbringung in

¹ Im Text werden Minderjährige, Jugendliche, Kinder synonym verwendet. Wird die männliche Form gebraucht, sind weibliche Minderjährige stets auch mitgemeint, das gilt auch im umgekehrten Fall.

² Das Etablissement de détention pour mineurs „Aux Léchaires“ (Palézieux) nimmt ausschliesslich **strafrechtlich** eingewiesene Minderjährige (Freiheitsentzug, U-Haft-Vollzug, Disziplinar-massnahmen) auf; das Massnahmezentrum „Centre éducatif de Pramont“ nimmt ebenfalls nur **strafrechtlich** eingewiesene Minderjährige (Massnahmen, U-Haft, Disziplinar-massnahmen) und junge Erwachsene auf.

³ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Bericht, S. 2, 7.

geschlossenen Institutionen auszuleuchten.⁴ In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass geschlossene Einrichtungen regelmässig mit Ausnahmesituationen und Regelverstössen (seitens der eingewiesenen Minderjährigen) konfrontiert sind und darauf reagieren müssen. Soweit damit freiheitsbeschränkende Massnahmen verbunden sind, bedürfen diese einer gesetzlichen Grundlage. Die diesbezüglichen kantonalen Regelungen sind ebenfalls zu erörtern und in einen grund- und kinderrechtlichen Kontext zu stellen.

Das Gutachten gliedert sich in **zwei Teile**: Der **erste, normative Teil** ist eine Zusammenstellung der gesetzlichen Grundlagen, die für die Unterbringung von Minderjährigen in geschlossenen Institutionen relevant sind. Diese werden als Überblick über die ausgewählten kantonalen zivil- und strafrechtlichen Gesetzesbestimmungen vorgestellt. Der Überblick wird ergänzt mit Vorschriften, die Regelverstösse seitens der Minderjährigen während ihres Aufenthalts in der Institution regeln, und mit diesbezüglichen Bestimmungen der von der NKVF besuchten Institutionen. Den Rahmen dieses Überblicks bilden die grund- und kinderrechtlichen Vorgaben für eine Einweisung und Unterbringung in eine geschlossene Institution.

Darauf aufbauend folgt im **zweiten Teil** eine kritische **Würdigung** der freiheitsbeschränkenden Massnahmen, insbesondere der disziplinarischen Sanktionen. Es wird nach der Vereinbarkeit des Disziplinarrechts mit grund- und kinderrechtlichen Standards gefragt und anschliessend geprüft, auf welchen Ebenen und mit welchen Mitteln auf die festgestellten Mängel reagiert werden könnte. Das beinhaltet auch eine Würdigung des Fazits des BJ, wonach

⁴ **Geschlossene Einrichtung** gemäss Art. 314b ZGB und Art. 9 und 15 JStGB:

Eine Einrichtung gemäss Art. 314b ZGB entspricht den Begrifflichkeiten des Erwachsenenschutzrechts und betrifft eine organisatorische Einheit i.S. von BGE 121 III 306, wonach die Einrichtung gemäss Art. 314b ZGB ein strikteres Regime als üblicherweise in ihren Familien für ihre minderjährigen Bewohner vorsieht. Damit entscheidet v.a. das Konzept der Institution über die Qualifikation als geschlossene Einrichtung und es ist denkbar, dass es innerhalb ein und derselben Institution ein unterschiedliches Regime gibt (BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 314b N 5). Vgl. auch BGer 5A_665/2014 vom 23. Dezember 2014 zum neurechtlichen (nach dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht) Anstaltsbegriff, in: ZKE 2015, S. 165: 2. „Der altrechtliche Anstaltsbegriff ist in einem sehr weiten Sinn zu verstehen und erfasst nicht nur geschlossene Anstalten, sondern alle Institutionen, welche die Bewegungsfreiheit der betroffenen Personen aufgrund der Betreuung und Überwachung spürbar einschränken. (...) 3. Die Begriffsdefinition des neuen Rechts könnte mit „geschlossener Einrichtung und psychiatrischer Klinik“ enger gefasst sein, sodass die Platzierung in einem Schulheim unabhängig vom allfälligen korrektiven Element keine FU darstellen würde (soweit nicht durch Einschliessung, Isolierung oder dergleichen ein Korrektiv erfolgt).“

Das Jugendstrafrecht definiert den Begriff der geschlossenen Einrichtung nicht. Die BOTSCHAFT zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, S. 2235, spricht von „Einweisung in eine geschlossene, vor eigenmächtigem Verlassen gesicherte Einrichtung“. Vgl. auch HOLDEREGGER, N 553, m.w.H.: In einer geschlossenen Einrichtung „entsprechen die Sicherungen den Sicherheitsstandards eines Gefängnisses und erfordern sowohl besondere technische wie auch personelle Vorkehrungen, die eine Entweichung des Jugendlichen verhindern.“

«weder die aktuellen gesetzlichen Grundlagen noch die Befragung der Unterbringungsexperten und -expertinnen (...) aus heutiger Sicht auf eine problematische Situation bezüglich der gemeinsamen Unterbringung von zivil- und jugendstrafrechtlich Eingewiesenen schliessen» lassen.⁵

Grundlage des Gutachtens bildet die Analyse der gesetzlichen Bestimmungen, Leitlinien und Empfehlungen samt der diesbezüglichen Literatur sowie die Unterlagen, welche die NKVF jeweils beim Besuch der Institutionen zusammengestellt hat. Weiter sind zwei Telefongespräche mit verantwortlichen Fachpersonen aus dem pädagogischen Bereich des Jugendheim Prêles und des Jugendheims Aarburg geführt worden. Das Vorhaben, auch die Rechtsprechung zu untersuchen, konnte nicht umgesetzt werden: Während im Bereich der zivilrechtlichen Unterbringung (FU) einige wenige Urteile vorhanden und berücksichtigt worden sind, besteht zur strafrechtlichen Unterbringung und zum Disziplinarwesen – zumindest auf Ebene der zweitinstanzlichen Gerichte und des Bundesgerichts – praktisch keine Rechtsprechung.

Das Gutachten ist ein juristisches Gutachten; es beschreibt die rechtlichen Grundlagen für die zivil- und strafrechtliche Einweisung und Unterbringung von Minderjährigen und stellt diese in einen Zusammenhang mit grund- und kinderrechtlichen Normen und internationalen Leitlinien und Empfehlungen, insbesondere mit der Empfehlung Rec(2008)11. Dass es bei der Platzierung von Minderjährigen in geschlossenen Einrichtungen nicht nur um rechtliche, sondern auch um pädagogische Fragestellungen geht, wird vor allem bei der Darstellung des Disziplinarwesens deutlich. Eine vertiefte und Institutions-orientierte Weiterführung der mit diesem Gutachten begonnen Diskussion ist denn auch in einem interdisziplinären Gremium – namentlich mit Fachleuten aus Pädagogik, Psychologie, Psychiatrie und Sozialarbeit – zu führen.

⁵ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Bericht, S. 7.

1. Teil: Gesetzliche Grundlagen

Vorbemerkung zu Kapitel 2 und 3: Bei den kantonalen Normen haben wir diejenigen Kantone untersucht, die im Verzeichnis der vom BJ anerkannten Erziehungseinrichtungen aufgeführt sind: Aargau, Appenzell Ausserrhoden, Basel-Land, Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Genf, Graubünden, Jura, Luzern, Neuenburg, Obwalden, Schwyz, St. Gallen, Tessin, Thurgau, Wallis, Waadt, Zürich.⁶

1. Grund- und kinderrechtliche Normen, Leitlinien und Empfehlungen

1.1. Das internationale Regelwerk

UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK)

Die UN-KRK als bedeutsamste internationale rechtliche Grundlage verankert sowohl soziale, ökonomische und kulturelle als auch bürgerliche und politische Rechte und gestaltet fast sämtliche Bereiche des kindlichen Lebens. Allgemeine – insbesondere auch für den Gegenstand dieses Gutachtens bedeutungsvolle – Prinzipien sind:

- **Art. 2:** Nichtdiskriminierung⁷;
- **Art. 3:** Kindeswohl⁸: Alle Entscheidungen haben vorrangig den Aspekt des Kindeswohls zu berücksichtigen (Abs. 1); Qualitätssicherung der für die Kinder zuständigen Institutionen und Dienste, fachliche Eignung des Personals sowie Aufsicht (Abs. 3);

⁶ <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/smv/dokumentation/heimverzeichnis-d.pdf>

⁷ SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV, Rz. 49: „Eine **Diskriminierung** ist (...) eine qualifiziert ungerechtfertigte Ungleich- oder Gleichbehandlung in einer im Wesentlichen gleichen resp. ungleichen Situation. Zudem ist eine Diskriminierung dann inakzeptabel, wenn eine an einem nach Abs. 2 [Art. 8 Abs. 2 BV: Herkunft, Rasse, Geschlecht, Alter, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, religiöse, weltanschauliche, politische Überzeugung, körperliche, geistige, psychische Behinderung] fragwürdigen Merkmal anknüpfende Regelung oder Entscheidung ein (häufig verdecktes) illegitimes Ziel verfolgt oder wenn sie unverhältnismässig ist.“

⁸ Die Definition des **Kindeswohls** von HEGNAUER ist nach wie vor treffend: „Das Kindeswohl ist der Inbegriff der Voraussetzungen, von denen in einer gegebenen Situation die optimale Entwicklung der Persönlichkeit des Kindes abhängt. Sie umfassen alle Aspekte der Persönlichkeit: die affektiven und intellektuellen, die körperlichen und gesundheitlichen, die sozialen und rechtlichen.“ CYRIL HEGNAUER, N 58 zu Art. 264 ZGB, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Bern 1984.

Vgl. auch die Definition von DETTENBORN/WALTER, S. 70 f.: „Unter familienrechtspsychologischen Aspekten wird hier als Kindeswohl die für die Persönlichkeitsentwicklung eines Kindes oder Jugendlichen günstige Relation zwischen seiner Bedürfnislage und seinen Lebensbedingungen verstanden. Bedürfnisse werden im Sinne von postulierten bzw. zugeschriebenen, insofern „objektiven“ Entwicklungserfordernissen, also mehr im Sinn von Bedarf, verstanden. Als „günstig“ wird verstanden, wenn die Lebensbedingungen die Befriedigung der Bedürfnisse insoweit ermöglichen, dass die sozialen und altersgemässen Durchschnittserwartungen an körperliche, seelische und geistige Entwicklung erfüllt

- **Art. 6:** Recht des Kindes auf Leben, Überleben und Entwicklung;
- **Art. 12:** Recht des Kindes, gehört zu werden. Art. 12 UN-KRK ist in der Schweiz in allen Verfahren in das Kind betreffenden Angelegenheiten direkt anwendbar.⁹ Art. 12 UN-KRK bezieht sich nicht nur auf die Anhörung des Kindes, sondern verpflichtet alle, die für das Kind und zusammen mit ihm handeln, das Kind bereits in der Abklärung an der Entscheidungsfindung und später im Vollzug zu beteiligen. Dem „Partizipationsartikel“ kommt demnach im zivilrechtlichen Kinderschutz und im Jugendstrafrecht zentrale Bedeutung zu.
- Würde: Im Einklang mit den Bildungszielen (Art. 29) stellt **Art. 40 Abs. 1** für die Behandlung des Kindes, das der Verletzung der Strafgesetze verdächtigt, beschuldigt oder überführt wird, verschiedene Grundsätze auf. Insbesondere müssen die Vertragsstaaten das Kind so behandeln, dass sein Gefühl für die eigene Würde und den eigenen Wert gefördert und seine Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten anderer gestärkt wird. Ferner ist das Alter des Kindes zu berücksichtigen, ebenso die Notwendigkeit, die soziale Wiedereingliederung des Kindes zu fördern und ihm die Übernahme einer konstruktiven Rolle in der Gesellschaft zu ermöglichen.

Zwei Bestimmungen der Konvention widmen sich dem Jugendstrafrecht: **Art. 37** enthält relativ ausführliche Sanktions- und vollzugsrechtliche Bestimmungen, **Art. 40** prozessuale Garantien.¹⁰

UN Standard Minimum Rules for the administration of juvenile Justice von 1985 (Beijing Rules)¹¹

Diese Richtlinien äussern sich in 30 Bestimmungen sowohl zum materiellen Jugendstrafrecht als auch zum Verfahren, zur Organisation der Entscheidungsträger und zum Vollzug.

UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (Riyadh Guidelines)¹²

Diese Richtlinien wurden von den Vereinten Nationen im Jahr 1990 verabschiedet und fokussieren auf die Prävention. Im Rahmen des Kapitels über Gesetzgebung und Jugendjustizverwaltung verlangen die Richtlinien insbesondere, dass kein Kind oder Jugendlicher zu-

werden, aber auch die individuellen Entwicklungsanforderungen eines konkreten Kindes berücksichtigen.“

⁹ BGE 124 III 90.

¹⁰ Dazu RIEDO, N 346 ff.

¹¹ Dazu RIEDO, N 379 ff.

¹² <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r112.htm> (zuletzt eingesehen: 15.3.2015).

hause, in der Schule oder in anderen Institutionen brutaler oder herabsetzender Erziehungs- oder Bestrafungsmassnahmen ausgesetzt werden soll.

UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty von 1990 (Havanna Rules)¹³

Diese Regeln decken in 87 Ziffern den ganzen Bereich des Freiheitsentzugs ab. Sie stellen den ausführlichsten Katalog internationaler Normen und sind damit eine Art Mustervollzugsgesetz. Den Staaten wird empfohlen, die Regeln in ihrer Gesetzgebung zu übernehmen.

Guidelines for Action on Children in the Criminal Justice System (Vienna Rules)¹⁴

Diese Richtlinien von 1997 betonen die herausragende Rolle von alternativen Massnahmen zur Inhaftierung von Jugendlichen sowie die Prinzipien der Diversion, Mediation und der minimalen Intervention. Sie lehnen sich an die UN-KRK an und verstehen sich als Ausführungsbestimmungen, die aufzeigen, wie die die Regeln der Konvention auf gesellschaftlicher Ebene umgesetzt werden können.

UN-Leitlinien für alternative Formen der Betreuung von Kindern¹⁵

Diese Leitlinien dienen dem Zweck, die Durchführung der UN-KRK und der einschlägigen Bestimmungen anderer internationaler Übereinkünfte zum Schutz und zum Wohl von Kindern, die ohne elterliche Fürsorge sind oder die in Gefahr sind, diese zu verlieren, zu verbessern. Sie sind ausdrücklich nicht anwendbar für Jugendliche, welche einer Strafgesetzbestimmung verdächtigt, beschuldigt oder überführt werden und dem Strafjustizsystem unterworfen sind.

Bedeutung der UN-KRK sowie der Guidelines und Rules

Die UN-KRK als erfolgreichster multilateraler internationaler Vertrag bindet die Vertragsstaaten.¹⁶ Von den Bestimmungen sind allerdings nur Art. 7 (Recht auf Kenntnis der Herkunft; BGE 125 I 257) und Art. 12 (Recht, gehört zu werden; BGE 124 III 90) direkt anwendbar. Bei den übrigen erwähnten Rules und Guidelines handelt es sich um sogenanntes „soft law“,

¹³ Resolution der UN-Generalversammlung vom 14.12.1990, deutsche Fassung: http://www.dei.ch/conventions/mineurs_prives_lib_1990_d.pdf (zuletzt eingesehen: 15.3.2015).

¹⁴ Erlassen 1997 vom Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen, <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/system.pdf> (zuletzt eingesehen 15.3.2015).

¹⁵ <http://www.un.org/depts/german/gv-64/band1/ar64142.pdf> (deutsche Fassung; zuletzt eingesehen 15.3.2015).

¹⁶ In der Schweiz ist die Konvention am 26. März 1997 in Kraft getreten.

welches in Form von Resolutionen an Konferenzen der UNO entstanden ist. Die darin zum Ausdruck gebrachten Richtlinien, Erwartungen und Empfehlungen sind zwar völkerrechtlich nicht bindend, spiegeln aber einen breiteren internationalen Konsens wider und stellen in vielen Fällen die Vorstufe zu rechtsverbindlichen Vorschriften dar.¹⁷

Für die Interpretation der UN-KRK von grosser Bedeutung sind die Stellungnahmen des UN-Kinderrechtsausschusses, die sogenannten **General Comments** (dt. Allgemeine Bemerkungen). Hervorzuheben sind der General Comment Nr. 10 zu den Kinderrechten in der Jugendjustiz¹⁸ sowie der General Comment Nr. 12 zum Recht des Kindes, gehört zu werden¹⁹. Schliesslich sind der General Comment Nr. 8 zum Recht des Kindes auf Schutz vor jeder Form von Gewalt²⁰ und der General Comment Nr. 14 zum Kindeswohl zu erwähnen²¹.

Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)²²

Zentral für die vorliegende Thematik sind insbesondere folgende Bestimmungen:

Art. 8: Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

Im zivilrechtlichen Bereich sind Kindesschutzmassnahmen bei einer qualifizierten Kindeswohlgefährdung²³ mit Art. 8 Abs. 2 EMRK vereinbar, soweit der Eingriff in das geschützte Rechtsgut und die konkrete Massnahme verhältnismässig sind; mit Art. 307 ff. ZGB besteht eine gesetzliche Grundlage und das Abwenden der Kindeswohlgefährdung dient der Gesundheit des Kindes.²⁴ Im jugendstrafrechtlichen Bereich sind mit Art. 15 (Unterbringung) und Art. 25 JStG (Freiheitsentzug) die gesetzlichen Grundlagen für den Eingriff in das Recht auf Familienleben gegeben. Art. 16 JStG weist ferner darauf hin, dass bei der Regelung des

¹⁷ Vgl. WEIDKUHN, S. 64 ff.

¹⁸ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10.pdf> (zuletzt eingesehen 15.3.2015).

¹⁹ http://www.ekkj.admin.ch/c_data/GeneralCommentlang.pdf; Vgl. hierzu den instruktiven Tagungsband 2011 „Kindern zuhören“ der Eidg. Kinder- und Jugendkommission EKKJ:

http://www.ekkj.admin.ch/c_data/d_11_ekkj_rap_kinder.pdf.

²⁰ Deutsche Übersetzung:

http://www.humanrights.ch/upload/pdf/130813_CRC_General_Comment_13.pdf.

²¹ http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14_&Lang=en (zuletzt eingesehen 23.4.2015).

²² Dazu RIEDO, N 324 ff., der in Zusammenhang mit der EMRK auch auf den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) hinweist.

²³ Zur Definition und zu Erscheinungsformen vgl. DETTENBORN/WALTER, S. 294: „**Kindeswohlgefährdungen** sind alle Unterlassungen oder Handlungen einer unmittelbaren Bezugsperson, in der Regel des Sorgeberechtigten, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erheblichen physischen oder psychischen Beeinträchtigungen eines Kindes führen. Kindeswohlgefährdungen resultieren in der Regel aus vielfältigen, vereinzelt aber auch aus gravierenden isolierten Unterlassungen oder Handlungen. Es lassen sich folgende Formen unterscheiden (...): physische und emotionale Vernachlässigung, physische Misshandlung, psychische Misshandlung, sexueller Missbrauch und Partnerschaftsgewalt.“

²⁴ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 307 N 6.

Kontakts zwischen Eltern und Jugendlichen die Art. 273 ff. ZGB (Persönlicher Verkehr) massgebend sind. Unseres Erachtens ist bei der Unterbringung von Jugendlichen stets auch zu prüfen, ob und wie sich die Trennung von ihrer Familie mit ihrem (d.h. der Jugendlichen) Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens vereinbaren lässt.²⁵

5 Abs. 1 lit. d: Recht auf Freiheit und Sicherheit

Diese Bestimmung erlaubt den rechtmässigen und gesetzlich vorgesehenen Freiheitsentzug für Minderjährige zum Zweck überwachter Erziehung oder zur Vorführung vor die zuständige Behörde. Diese Bestimmung gilt mithin für die zivil- und strafrechtliche Einweisung.²⁶

Art. 6: Das Recht auf ein faires Verfahren²⁷

Art. 6 EMRK enthält folgende Teilgarantien:

- Das Recht auf ein unabhängiges, unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht (Ziff. 1)
- Das Öffentlichkeitsprinzip (Ziff. 1)
- Den Beschleunigungsgrundsatz (Ziff. 1)
- Die Unschuldsvermutung (Ziff. 2)
- Umfassende Beschuldigtenrechte (Ziff. 3)
 - Das Recht auf Information (lit. a)
 - Das Recht auf ausreichende Verteidigung (lit. b)
 - Das Recht auf Beizug eines Verteidigers (lit. c)
 - Das Teilnahme und Befragungsrecht (lit. d)
 - Das Recht auf einen unentgeltlichen Dolmetscher (lit. e)

Die EMRK ist in der Schweiz direkt anwendbar. Im übrigen können Private nach Art. 34 EMRK beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) Beschwerde führen.

²⁵ Dazu 2. Teil, Abschnitt 1.3.

²⁶ GRABENWARTER, European Convention on Human Rights Commentary, Art. 5 N. 22.

²⁷ Siehe auch 2. Teil, Abschnitt 1.2.

Europäische Grundsätze für die von Sanktionen und Massnahmen betroffenen jugendlichen Straftäter und Straftäterinnen und Empfehlung Rec(2008)11 des Ministerkomitees des Europarates vom 5.11.2008²⁸ (im Folgenden zitiert als Empfehlung Rec(2008)11)

Diese Grundsätze haben zwar keinen direkt bindenden Charakter, gleichwohl sind sie von grundsätzlicher Bedeutung.²⁹ Das Ministerkomitee empfiehlt den Mitgliedstaaten,

- sich in ihrer Gesetzgebung, Politik und Praxis davon leiten zu lassen;
- sicherzustellen, dass die Empfehlung (...) insbesondere bei Justiz- und Polizeibehörden, den mit dem Vollzug von Sanktionen für jugendliche Straftäter/Straftäterinnen betrauten Diensten, den Strafvollzugsanstalten, den Fürsorgeeinrichtungen und psychiatrisch-psychologischen Einrichtungen zur Betreuung jugendlicher Straftäter/Straftäterinnen und unter deren Bediensteten (...) grösstmögliche Verbreitung finden.

Die Empfehlung Rec(2008)11 dient der Harmonisierung der Europaratsmitglieder in diesem Bereich und stützt sich auf die UN-KRK sowie alle vorerwähnten UN-Richtlinien (insbesondere auch auf die Havanna-Richtlinien zum Schutz von Jugendlichen unter Freiheitsentzug). Sie wurde von den Justizministerien Deutschlands, Österreichs und der Schweiz gemeinsam in die deutsche Sprache übersetzt³⁰ und bildet eine wichtige Arbeitshilfe für die Vollzugspraxis. Die Grundsätze folgen der Tradition bisheriger internationaler Regelungen des Europarats und der vereinten Nationen. Diese besteht darin, durch ein Regelwerk, welches der Resozialisierung und rechtsstaatlichen Garantien verpflichtet ist, ein differenziertes System der Förderung und Erziehung zu entwickeln, das die Grundrechte der Inhaftierten und Untergebrachten berücksichtigt. BAECHTOLD/DÜNKEL/VAN ZYL SMIT stellen fest, dass die Empfehlung Rec(2008)11 die Grundausrichtung des schweizerischen Jugendstrafrechts zwar eindrücklich bestätige, jedoch die diesbezügliche Rechtslage und die Rechtswirklichkeit in der Schweiz den europäischen Standards nicht ausnahmslos zu genügen vermöge.³¹ Für den vorliegenden Bericht sind vorab die Grundprinzipien (Teil I) sowie die Regeln über den Freiheitsentzug (Teil III) von Bedeutung.

²⁸ Dazu BAECHTOLD/DÜNKEL/VAN ZYL SMIT.

²⁹ Der Geltungsbereich erstreckt sich auch auf nicht straffällige Jugendliche, die z.B. in einer Einrichtung der Jugendhilfe wegen Gefährdung des Kindeswohls untergebracht sind, sofern in der Einrichtung auch Straffällige eingewiesen werden, vgl. Ziff. 22 der Empfehlung Rec(2008)11.

³⁰ <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/sicherheit/smv/dokumentation/empfehlung-europarat-jugendstraetaeter-d.pdf> (zuletzt eingesehen 25.3.2015).

³¹ BAECHTOLD/DÜNKEL/VAN ZYL SMIT, S. 58.

Für die in diesem Gutachten behandelten Fragestellungen bildet die Empfehlung Rec(2008)11 die aktuellste, umfassendste und konkreteste internationale Grundlage, weshalb wir ihr ein spezielles Augenmerk widmen.

Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz³²

Diese Leitlinien wurden am 17. November 2011 verabschiedet. Sie dienen als praxisorientiertes Hilfsmittel für die Umsetzung und Förderung kindgerechter Standards in den Mitgliedsstaaten.

Eine kindgerechte Justiz garantiert dem Kind in allen Verfahren (und vor während und nach dem Verfahren) Rechtsstaatlichkeit, sein Recht auf Beteiligung, die Wahrung seines Wohls und seiner Würde und schützt es vor Diskriminierung. Sie zeichnet sich aus durch Information und Beratung, schützt Privat- und Familienleben des Kindes und seine Sicherheit, wird durch ausgebildete Fachkräfte und in multidisziplinärer Zusammenarbeit ausgeübt und ist sich bewusst, dass jede Form des Freiheitsentzugs als letztes Mittel einzusetzen ist.³³ Kurz: „Die Leitlinien fördern und schützen unter anderem das Recht des Kindes auf Information, Vertretung und Teilnahme an gerichtlichen und aussergerichtlichen Verfahren und geben dem Kind in allen Phasen des Verfahrens einen Platz und eine Stimme“.³⁴

Die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD) sowie die Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen (EKKJ) empfehlen den Kantonen ausdrücklich die Umsetzung dieser Leitlinien.

³² http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Source/GuidelinesChildFriendlyJustice_DE.pdf

³³ Leitlinien, S. 20 ff. Vgl. auch die Definition (S. 17), wonach „kindgerechte Justiz ein Justizsystem (bedeutet), das die Einhaltung und wirksame Umsetzung aller Kinderrechte auf dem höchstmöglichen Niveau garantiert und dabei die nachfolgend aufgeführten Grundprinzipien beachtet und den Reifegrad des Kindes, seine Verständnisfähigkeit sowie die Umstände des Falles angemessen berücksichtigt. Eine solche Justiz ist zugänglich, altersgerecht, zügig, sorgfältig und auf die Bedürfnisse und Rechte des Kindes zugeschnitten und fokussiert. Sie achtet die Rechte des Kindes, etwa das Recht auf einen fairen Prozess, auf Beteiligung an dem Verfahren und darauf, dieses zu verstehen, auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie auf Unversehrtheit und Würde.“

³⁴ Leitlinien, S. 47.

1.2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Bundesverfassung enthält in **Art. 123** die Kompetenz des Bundes für den Erlass des Jugendstrafgesetzes und der Jugendstrafprozessordnung. Davon zu unterscheiden ist die Zuständigkeit zum Erlass von Disziplinarordnungen, die auch den Kantonen zusteht.³⁵ Verfassungsrechtlich relevant für das Thema des Gutachtens sind ferner namentlich **Art. 10 Abs. 3** (Verbot der Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung), **Art. 11** (Schutz der Kinder und Jugendlichen), **Art. 29-32** (Verfahrensgarantien³⁶) und **Art. 36** (Einschränkung von Grundrechten).

Zentral für alles Handeln für Kinder und Jugendliche und zusammen mit ihnen ist **Art. 11 BV**. Mit der Aufnahme vom Art. 11 BV in den Grundrechtskatalog wird Kindern und Jugendlichen als soziale Gruppe in der Verfassung ein entsprechender Status zuerkannt und die besondere Bedeutung dieser für die Entwicklung der Persönlichkeit entscheidenden Lebensphase betont. Art. 11 BV verankert „den Begriff des Schutzes, wie er sich aus der UN-KRK ergibt“, gewährleistet Gleichbehandlung und Chancengleichheit der Kinder und Jugendlichen und verpflichtet den Staat und jeden Einzelnen, Kinder vor jeglicher Form von Gewalt und erniedrigender Behandlung zu schützen.³⁷

Abs. 1 verankert das Kindeswohl auf Verfassungsebene und „als oberste Maxime des Kindesrechts in einem umfassenden Sinn. Namentlich verpflichtet Art. 11 Abs. 1 BV als soziales Grundrecht der Kinder (auf besonderen Schutz und Förderung ihrer Entwicklung) die rechtsanwendenden Instanzen, bei der Anwendung von Gesetzen den besonderen Schutzbedürfnissen von Kindern Rechnung zu tragen“.³⁸

Das Bundesgericht äussert sich ferner zur Tragweite und direkten Anwendbarkeit von Art. 11 Abs. 1 BV: „Art. 11 Abs. 1 BV gewährt zunächst einen Anspruch der Kinder und Jugendlichen auf „besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit“. Dieser Teilgehalt umfasst den Schutz der körperlichen und geistigen Integrität und wäre an sich rein verfassungsrechtlich gesehen nicht notwendig, garantiert doch Art. 10 Abs. 2 BV ohnehin allen Menschen das Recht auf persönliche Freiheit; der Ausdruck "besonderer" Schutz soll dabei nicht einschränkend verstanden werden, sondern hervorheben, dass Kindern und Jugendlichen als gesellschaftlicher Gruppe "Anspruch auf einen ganz besonderen Schutz" zukommt. Im Weiteren garantiert Art. 11 Abs. 1 BV auch einen Anspruch auf Förderung der Entwicklung, womit allerdings lediglich der Gesetzgeber angehalten werden soll, beim Erlass neuer Rechtssätze auf die Inte-

³⁵ VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 123 BV, Rz. 3.

³⁶ Vgl. auch 1. Teil, Abschnitt 2.4. Kindesschutzverfahren.

³⁷ BGE 126 II 377 E. 5b.

³⁸ BGE 132 III 359 E. 4.4.2.

ressen der Kinder und Jugendlichen Rücksicht zu nehmen. Dieser Teilgehalt will folglich keine zusätzlichen klagbaren subjektiven Rechte schaffen, wozu es ihm im übrigen auch an der hierfür erforderlichen normativen Bestimmtheit fehlen würde; als objektive Richtlinie, die es künftig in der Rechtsetzung mit zu berücksichtigen gilt, ist er zur programmatischen Schicht des Grundrechts zu zählen.

Mit der Verankerung als Grundrecht wird der Schutz von Kindern und Jugendlichen verfassungsrechtlich zu einem vordringlichen Anliegen erklärt. Im Unterschied zu den in Art. 41 Abs. 1 lit. f und g BV verankerten Sozialzielen, welche sich als Staatszielbestimmungen hauptsächlich an den Gesetzgeber richten, nimmt Art. 11 Abs. 1 BV auch die rechtsanwendenden Instanzen in die Pflicht, bei der Handhabung von Gesetzen den besonderen Schutzbedürfnissen von Kindern und Jugendlichen Rechnung zu tragen, was in besonderem Masse dann gilt, wenn ein Rechtssatz Lücken aufweist oder (...) den Behörden Ermessensspielräume eröffnet. Ob dem Grundrecht allerdings auch hinsichtlich seines direktanspruchsbegründenden Gehalts neben der persönlichen Freiheit und anderen für Kinder und Jugendliche relevanten (in ihrem Schutzbereich spezifischeren) verfassungsmässigen Rechten eine weitergehende Tragweite zukommt, ist fraglich (...). Mit Art. 11 Abs. 1 BV verfolgte der Verfassungsgeber unter anderem den Zweck, die in der UN-KRK verbrieften Rechte in allgemeiner Form im Grundrechtsteil zu verankern und diese damit auch durch die Bundesverfassung zu garantieren. Die Zielsetzung der Verfassungsbestimmung und jener der Konvention sind denn auch identisch, weshalb zur Konkretisierung von Art. 11 Abs. 1 BV die Rechtsprechung zur UN-KRK beizuziehen ist.³⁹

³⁹ BGE 126 II 377 E. 5. d.

2. Zivilrechtlicher Kinderschutz: Gesetzesbestimmungen und Grundsätze für die zivilrechtliche Einweisung und stationäre Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung

2.1. Richtschnur Kindeswohl

Ist das **Wohl des Kindes** in physischer und/oder psychischer Hinsicht **gefährdet**⁴⁰ und bleiben die Eltern untätig, trifft die Kinderschutzbehörde die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Bei der Wahl der Massnahme sind die Behörden nicht auf die im Gesetz explizit genannten Massnahmen (Art. 307 ff.; Ermahnung, Weisung, geeignete Person oder Stelle für Einblick und Auskunft, Beistandschaft, Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, Entziehung der elterlichen Sorge) beschränkt.⁴¹

Die **Massnahme** muss **verhältnismässig**, d.h. erforderlich und geeignet sein (Art. 389 Abs. 2 ZGB).⁴² Das Verhältnismässigkeitsprinzip wird durch die folgenden kinderschutzrechtlichen Grundsätze konkretisiert:⁴³

- **Prävention** – Vorausschauendes Handeln mit möglichst milden Massnahmen in möglichst frühem Stadium;
- **Subsidiarität** – Behördliche Massnahmen sind nur dann anzuordnen, wenn die Eltern ihre Pflichten nicht oder nur unzureichend wahrnehmen;
- **Komplementarität** – Behördliche Massnahmen ersetzen – ausser im Falle der Entzug der elterlichen Sorge nach Art. 311 ZGB – die elterliche Erziehung nicht, sondern ergänzen sie, indem sie allfällige elterliche Defizite kompensieren;
- **Proportionalität** – Im Einzelfall ist die mildeste erfolgsversprechende Massnahme anzuordnen, wobei diese zu befristen, bzw. bei veränderten Verhältnissen anzupassen ist (Art. 313 Abs. 1 ZGB, vgl. für die FU auch Art. 431 ZGB).

⁴⁰ Dazu die exemplifizierende Aufzählung (Gefährdungen des körperlichen und geistigen Wohls sowie Kombinationen physischer und psychischer Beeinträchtigung) in BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 307 N 18.

⁴¹ HÄFELI, in MESSMER/SCHNURR, S. 229.

⁴² BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 307 N 4.

⁴³ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 307 N 5 ff.

2.2. Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts

Hier interessiert – gemäss Fragestellung des Gutachtens – die **Aufhebung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts** (Art. 310 Abs. 1 und 2 ZGB), d.h. die familienexterne Unterbringung des Kindes in „angemessener“ Weise. Die Aufhebung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts kann aus Gründen geschehen, die primär bei den Eltern liegen, oder aus Gründen, die beim Kind (v.a. seiner psychischen Gesundheit) liegen. Die Fremdplatzierung des Kindes greift intensiv in das Familienleben ein und stellt einen schweren Eingriff in das Familien- und Privatleben im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK dar. Deshalb muss diese Massnahme besonders qualifizierten Anforderungen genügen.⁴⁴ Die Voraussetzungen für die Aufhebung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts und damit für eine Freiheitsentziehung bei Minderjährigen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. d EMRK liegen namentlich dann vor, wenn nur die Einweisung in ein Jugendheim eine gedeihliche Entwicklung des Kindes gewährleistet, oder wo die körperliche Entwicklung eine stationäre Behandlung nötig macht; sie sind auch gegeben, wenn untersucht werden muss, ob eine Massnahme überhaupt nötig ist.⁴⁵

Der **Kontakt zwischen Kind und Eltern** ist nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten, er kann jedoch aufgrund der konkreten Verhältnisse, insbesondere in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang der Platzierung oder durch die Hausordnung einer Institution eingeschränkt werden.⁴⁶

Die Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts kann – wie jede Massnahme in Kinderschutzverfahren in sinngemässer Anwendung von Art. 445 ZGB – auch als **vorsorgliche Massnahme** oder – bei besonderer Dringlichkeit – als **superprovisorische** Massnahme angeordnet werden.⁴⁷ Unterbliebene Verfahrenshandlungen wie beispielsweise die Kindesanhörung (Art. 314a ZGB) und vertiefende Abklärungen muss die Behörde nachholen.⁴⁸

⁴⁴ Zu Art. 5 Abs. 1 lit. d und Art. 8 EMRK siehe 1. Teil, Abschnitt 1.1.; zu Art. 8 EMRK siehe auch 2. Teil, Abschnitt 1.3.

⁴⁵ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 310 N 2.

⁴⁶ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 310 N 10.

⁴⁷ Für die superprovisorische Massnahme ist keine Beschwerdemöglichkeit vorgesehen. Vgl. dazu BGE 140 III 289: Entscheide über superprovisorische Massnahmen des Erwachsenenschutzes sind grundsätzlich nicht mit Beschwerde beim Bundesgericht anfechtbar (E. 1.1) und unterliegen auch nicht der Beschwerde gemäss Art. 445 Abs. 3 ZGB an das zuständige kantonale Gericht (E. 2).

⁴⁸ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 314a/314a^{bis} ZGB N 3.

2.3. Fürsorgerische Unterbringung

Jugendliche können in einem zivilrechtlichen Verfahren – gestützt auf Art. 314b Abs. 1 ZGB – in eine geschlossene Einrichtung oder in psychiatrische Klinik eingewiesen werden. Dabei sind die Bestimmungen des Erwachsenenschutzes über die **fürsorgerische Unterbringung** (FU) (Art. 426-439 und Art. 449 ZGB) sinngemäss anwendbar, bzw. lassen sich „sehr weitgehend tel quel auf Kinder übertragen“.⁴⁹ Allerdings ist zu fragen, ob die knappe Verweisungsnorm (Art. 314b Abs. 1 ZGB) der besonderen Situation der Minderjährigen, die fürsorgerisch untergebracht werden, gerecht wird.⁵⁰

Die „Einrichtung“ ist gesetzlich nicht definiert. Ein Element der Konkretisierung des **Begriffs der Einrichtung** liegt darin, dass das Kind in einer nicht Familienstruktur aufweisenden Einrichtung (meist mit sog. „Wohngruppen“) in der Regel strenger beaufsichtigt wird und eingeschränktere Kontakte zu Dritten als der Durchschnitt seiner Altersgenossen hat.⁵¹ Letztlich sind die Umstände des Eintritts bzw. der Einweisung massgebend für die Qualifikation der Anordnung als einer FU-Massnahme.⁵²

Die Einrichtung muss für den oder die betroffene Jugendliche **geeignet** (nicht ideal) sein.⁵³ Allein der Umstand, dass in einem Heim auch straffällig gewordene oder drogenabhängige Jugendliche untergebracht sind, macht dieses für eine FU nicht ungeeignet. Anders würde es sich verhalten, wenn die betroffene Jugendliche (im konkreten Fall ein 15-jähriges Mädchen, das aufgrund von dissozialem Verhalten eingewiesen worden ist) nicht die Pflege, die Fürsorge und namentlich die Erziehung erhält, die sie benötigt.⁵⁴ Grundlage für die Beurtei-

⁴⁹ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 314b N 4.

⁵⁰ Vgl. dazu 2. Teil, Abschnitt 3.1.

⁵¹ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 310 N 12 und Art. 314b N 5. Vgl. auch FN 4.

Vgl. auch die Umschreibung der geeigneten Einrichtung für die FU in Art. 19 der Verordnung über den Kindes- und Erwachsenenschutz des Kantons Freiburg (212.5.11): ¹Geeignet sind Gesundheitseinrichtungen und soziotherapeutische Einrichtungen oder ausnahmsweise Strafanstalten, die die Anwesenheit von Pflegepersonal mit Ausbildung in den Bereichen der Psychiatrie und der Psychologie gewährleisten können und die eine enge Zusammenarbeit mit einer externen psychiatrischen Klinik sicherstellen. ²Die Einrichtung muss einen Hausarzt beiziehen, der im Bereich der Psychiatrie spezialisiert oder ausgebildet ist. ³Das Bewilligungsverfahren wird in der Spezialgesetzgebung geregelt.

⁵² BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 310 N 12 und Art. 314b N 5.

⁵³ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 54 Rz. 7: „Geeignete Anstalt besagt nicht ideale Anstalt.“

⁵⁴ BGer 5C.258/2006 vom 22.12.2006, in: ZVW 2007, S. 95. In BGer 5A_497/2014 vom 8.7.2014 bestätigt das Bundesgericht diese Rechtsprechung; vgl. dazu m.w.H. ZKE 2014, S. 544. Unter Umständen kann auch – bei einem jungen Erwachsenen – eine Jugendvollzugsanstalt eine geeignete Einrichtung sein, wie aus BGE 138 III 593 (Regeste) hervorgeht: „Fürsorgerische Freiheitsentziehung im Anschluss an Massnahmen des Jugendstrafrechts. Anordnung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Art. 397a Abs. 1 ZGB) zur Behandlung der Geisteskrankheit mit Blick auf den Wegfall einer entsprechenden Massnahme des Jugendstrafrechts (Art. 10 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 JStG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 und 3 JStG). Überprüfung der Rechts- und Verhältnismässigkeit der fürsorgerischen Freiheitsentziehung bei sexuellem Sadismus und einer Persönlichkeitsstörung vom antisozialen Typus (E. 2-9).“ Vgl. zur Rechtsprechung zur FU in einer Strafanstalt BGer 5A_411/2011 vom 6.7.2011 in: ZKE 2011, S. 513.

lung der Eignung einer Institution ist die spezifisch kindesrechtliche Gefährdungslage. Die Institution ist geeignet, wenn sie dem eingewiesenen Kind Hilfe bei der Lösung seiner Probleme leistet, „so dass Aussicht besteht, seine Entwicklung in geordnete Bahnen zu lenken“.⁵⁵

Die materiellen Voraussetzungen für eine FU von Minderjährigen richten sich nach Art. 310 ZGB. Demnach setzt eine FU von Minderjährigen eine **spezifisch kindesrechtliche Gefährdungslage** im Sinne von Art. 310 Abs. 1 ZGB (und nicht Art. 426 ZGB) voraus.

Die Einweisungsgründe sind offener als bei einer FU von Erwachsenen. Eine FU ist – neben der Behandlung einer psychischen Störung⁵⁶ oder einer Begutachtung⁵⁷ des Kindes – mithin auch dann angemessen, wo die Gefährdung aufgrund mangelhafter Betreuung durch die Eltern oder deren ungenügender Erziehungsfähigkeit entstanden sind und/oder die Abklärung⁵⁸ nur stationär erfolgen kann.⁵⁹

Die Regeln über die **Behandlung einer psychischen Störung** (Art. 433-437 ZGB) sind sinngemäss auch für Minderjährige anwendbar.⁶⁰ Eine Ausnahme dieser sinngemässen Anwendung stellt Art. 434 ZGB dar, der die Behandlung ohne Zustimmung („Zwangsbehandlung“) regelt.⁶¹ Bei urteilsfähigen Minderjährigen kommt Art. 434 nicht zur Anwendung, weil Abs. 1 Urteilsunfähigkeit voraussetzt und Minderjährige, die bezüglich ihrer Erkrankung urteilsfähig sind, somit selber über allfällige psychiatrische Behandlungen entscheiden.⁶² Ebenso findet Art. 434 keine Anwendung auf urteilsunfähige Minderjährige, da ihre gesetzlichen Vertreter zuständig für die Zustimmung zur psychiatrischen Behandlung sind. Verweigern diese ihre Zustimmung, muss die KESB – und nicht die Chefärztin oder der Chefarzt (Abs. 1) – die Zustimmung im Rahmen einer Kindesschutzmassnahme nach Art. 307 oder 308 ZGB erteilen. In Notfallsituationen gilt jedoch Art. 435, der die sofortige Behandlung mit „unerlässlichen medizinischen Massnahmen“ erlaubt.

⁵⁵ BGer 5A_188/2013 vom 17.5.2013, in: ZKE 2013, S. 270.

⁵⁶ Sinngemässe Anwendung von Art. 426 Abs. 1 ZGB.

⁵⁷ Sinngemässe Anwendung von Art. 449 ZGB. Das Bundesgericht hat in BGer 5A_250/2010 vom 14.4.2010 (ZKE 2010, S. 330) festgehalten, dass ein Zwangsaufenthalt zur Begutachtung (im konkreten Falle Begutachtung eines Erwachsenen) nur von sehr begrenzter Dauer sein dürfe; eine Verfahrensdauer von 34 Tagen verstosse als Ganzes (gerade) noch nicht gegen das Beschleunigungsgebot von Art. 5 Ziff. 4 EMRK, weil keine unnütze Zeit verstrichen und die nicht ganz einfache Angelegenheit relativ zügig vorangetrieben worden sei.

⁵⁸ Abklärung und Begutachtung: Art. 446 Abs. 2 i.V.m. mit Art. 449 ZGB.

⁵⁹ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 310 N 12.

⁶⁰ FamKomm Erwachsenenschutz – COTTIER, Art. 314b ZGB N 13.

⁶¹ Dazu FamKomm Erwachsenenschutz – COTTIER, Art. 314b ZGB N 14 ff.; BIRCHLER, S. 153 f.

⁶² Entscheidungen über medizinische – inklusive psychiatrische – Behandlungen betreffen höchstpersönliche Rechte, die urteilsfähige Minderjährige selbständig ausüben (Art. 19c Abs. 1 ZGB), vgl. BGer 5A_889/2014 vom 11. Februar 2015, E. 3.3.1.

Gestützt auf die sinngemässe Anwendung von Art. 438 ZGB sind **Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit** auch bei Minderjährigen möglich. Dabei sind Art. 383-385 ZGB zu beachten, welche die materiellen und formellen Voraussetzungen sowie den Rechtsschutz bei diesen Massnahmen regeln. Massnahmen nach Art. 438 ZGB sind erlaubt, wenn sie (gemäss Art. 383 ZGB Abs. 1) dazu dienen, eine ernsthafte Gefahr für das Leben oder die körperliche Integrität der betroffenen Person oder Dritter abzuwenden, oder eine schwerwiegende Störung des Gemeinschaftslebens zu beseitigen. Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit nach der Bestimmung über die FU schliesst demnach Massnahmen mit rein erzieherischem oder disziplinarischem Charakter aus. Solche Massnahmen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht.⁶³

In verschiedenen kantonalen Einführungsgesetzen zum ZGB (**EG ZGB**) finden sich **Bestimmungen zur FU**⁶⁴; ebenso in verschiedenen **kantonalen Erlassen zum Kindes- und Erwachsenenenschutzrecht**.⁶⁵ Der Kanton Jura hat ein eigenes Gesetz erlassen.⁶⁶ Der Kanton Tessin konkretisiert die FU im Gesetz „sull’assistenza sociopsichiatrica“.⁶⁷ Einige dieser Gesetze enthalten keine expliziten Bestimmungen, welche die FU für Minderjährige regeln⁶⁸, und andere verweisen darauf, dass die Bestimmungen sinngemäss auf Minderjährige anzuwenden sind⁶⁹. Eine dritte Kategorie erwähnt die Minderjährigen ausdrücklich. So der Kanton Aargau, der festhält, dass die im Gesetz bezeichneten Ärztinnen und Ärzte eine fürsorgerische Unterbringung einer minderjährigen Person zur Behandlung einer psychischen Störung für längstens sechs Wochen anordnen dürfen.⁷⁰ Die Einweisungskompetenz der Ärzteschaft ist folglich auf psychiatrische Gründe beschränkt. Über die anderen Einweisungsgründe, die sich aus erzieherischen Überlegungen ergeben oder in der Situation im Herkunftsmilieu lie-

⁶³ FamKomm Erwachsenenenschutz – COTTIER, Art. 314b N 17; HÄFELI, Erwachsenenenschutz, Rz 38.46.

⁶⁴ Beispielsweise in den Kantonen Aargau (210.100), Appenzell Ausserrhoden (211.1), Basel-Land (211), Genf (E 1 05), Luzern (Luzern regelt die FU neben dem EG ZGB [200] zusätzlich noch in der Verordnung über den Kindes- und Erwachsenenenschutz [206]), Schwyz (Schwyz regelt die FU neben dem EG ZGB [210.100] zusätzlich noch in der Vollzugsverordnung zum Kindes- und Erwachsenenenschutzrecht [211.311]), Wallis (Wallis regelt die FU neben dem EG ZGB [211.1] zusätzlich noch in der Verordnung über den Kindes- und Erwachsenenenschutz [211.250]).

⁶⁵ Beispielsweise in den Kantonen Basel-Stadt (212.400), Bern (213.316), Freiburg (212.5.1), Graubünden (215.010), Neuenburg (213.32), Obwalden (211.61), St. Gallen (912.5), Thurgau (211.24), Waadt (211.255), Zürich (232.30).

⁶⁶ Loi sur les mesures et le placement à des fins d’assistance (213.32).

⁶⁷ LASP, 6.3.2.1.

⁶⁸ Appenzell Ausserrhoden, Basel-Land, Basel-Stadt, Freiburg, Graubünden, Luzern, Neuenburg, Obwalden, Schwyz, St. Gallen, Thurgau, Wallis. Explizite Bestimmungen sind aufgrund der Verweisungsnorm von Art. 314b Abs. 1 ZGB nicht nötig, d.h. die die FU betreffenden Normen der kantonalen Einführungsgesetzgebung sind analog auch Minderjährige anwendbar (BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 314b N 1).

⁶⁹ Bern (Art. 34 [213.316]), Genf (Art. 54 [E 1 05]), Jura (Art. 2 [213.32]), Waadt (Art. 30 [211.255]), Tessin (Art. 20 Abs. 1 lit. c [6.3.2.1]).

⁷⁰ § 67c Abs. 2 (210.100).

gen, entscheidet die KESB.⁷¹ Die ausschliessliche Zuständigkeit der KESB zur Beurteilung der nichtpsychiatrischen Einweisungsgründe erscheint aufgrund der interdisziplinären Zusammensetzung der KESB als sachgerecht.⁷² In die gleiche Richtung – materiell und zeitlich prioritäre Zuständigkeit der KESB für mittels FU untergebrachten Minderjährige – zielt der Kanton Zürich, indem er die Einrichtungen anweist, der KESB unverzüglich die Aufnahme von ärztlich untergebrachten Minderjährigen zu melden.⁷³

2.4. Kindesschutzverfahren

Aspekte des Verfahrens und Rechtsmittel: Jedes behördliche Handeln (bzw. das Nicht-Handeln bzw. nicht-förmliche Handeln) ist durch Beschwerde im Sinne von Art. 450 ZGB überprüfbar; alle Kindesschutzmassnahmen können mithin beim Bundesgericht mit Berufung angefochten werden.⁷⁴ Bei der Anfechtung eines Entscheids über eine FU ist das Gericht nach Art. 439 ZGB zuständig. Dies ergibt sich aus der Verweisungsnorm Art. 314b ZGB.

Das Verfahren – auch das „erstinstanzliche“, d.h. auch und gerade dort, wo die Behörde nicht gerichtlich organisiert ist⁷⁵ – hat allgemeinen **rechtsstaatlichen Grundsätzen** zu entsprechen. Das beinhaltet namentlich Folgendes:⁷⁶

- Gewährung des **rechtlichen Gehörs** (Art. 447 ZGB) mit der Möglichkeit, Stellung zu nehmen und Beweise zu offerieren;⁷⁷
- Protokollierung der Verhandlung;
- Geordnete und vollständige Aktenführung; Aktualität des Dossiers⁷⁸;

⁷¹ Die KESB selbst kann selbstverständlich auch (gestützt auf Art. 314b und 428 ZGB) eine Einweisung von Minderjährigen aus psychiatrischen Gründen verfügen.

⁷² COTTIER/STECK, S. 167.

⁷³ § 35 Abs. 2 (232.3). Vgl. dazu BIRCHLER, S. 154 ff.

⁷⁴ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 307 N 26. Dabei sind die Voraussetzungen von Art. 91-94 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, 173.110) zu beachten.

⁷⁵ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 314 N 2: Im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts ist der Versuch gescheitert, die KESB bundesrechtlich als Fachgericht auszugestalten.

⁷⁶ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 314 N 3.

⁷⁷ Vgl. auch Art. 29 Abs. 2 BV: Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör. Dazu STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 42 und 44: Diese prozessorientierte und auf den Einzelfall hin ausgerichtete Norm ergibt sich allein aus dem Verfahren heraus und gilt vorbehaltlos. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst folgende Teilgehalte: Anspruch auf Orientierung, Äusserung, Teilnahme am Beweisverfahren, Begründung und Eröffnung. Die Teilgehalte sind als Einheit zu verstehen und konkretisieren das Recht auf wirksame Partizipation im Hinblick auf den unmittelbaren Prozess der Entscheidungsfindung.

⁷⁸ Gerade bei Kindeschutzverfahren können sich die Verhältnisse während des Verfahrens ändern. Die Untersuchungsmaxime gebietet eine Aktualisierung des Dossiers, beispielsweise durch ein Ergänzungsgutachten (FamKomm Erwachsenenschutz – COTTIER, Art. 314 ZGB N 15).

- Akteneinsichtsrecht (in sinngemässer Anwendung von Art. 449b ZGB hat auch der Minderjährige Akteneinsichtsrecht. Der Kanton Wallis statuiert dieses Recht ausdrücklich für den „urteilsfähigen jungen Menschen“ und ergänzt es mit dem Recht, sich den Inhalt erklären zu lassen⁷⁹);
- Rechtsmittelbelehrung;
- Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters.

Ein ordnungsgemässes Verfahren setzt auch eine umfassende Untersuchung der Verhältnisse voraus, was die **Offizial- und Untersuchungsmaxime** garantieren soll (Art. 446 ZGB). Das Kind hat sowohl im Kindeschutzverfahren wie auch im Strafverfahren⁸⁰ **Parteistellung**.⁸¹ In Straf- oder Kindeschutzverfahren handeln urteilsfähige Minderjährige selbständig oder durch eine eigens eingesetzte Vertretung, urteilsunfähige Minderjährige handeln durch ihre gesetzliche Vertretung oder durch einen Prozessbeistand.

Das rechtliche Gehör wird dem Kind insbesondere durch die **Anhörung** gewährt (Art. 314a Abs. 1 ZGB). Art. 447 Abs. 2 ZGB (Anhörung als Kollegium) wird sinngemäss angewendet, muss jedoch bei Minderjährigen den Anforderungen von Art. 314a genügen.⁸² Im interkulturellen Kontext ist der Beizug von Fachleuten für Übersetzung und interkulturelle Vermittlung zu prüfen, um das rechtliche Gehör auch tatsächlich zu wahren.⁸³ Die Verweigerung dieses Rechts kann das urteilsfähige Kind mit Beschwerde anfechten (Art. 314a Abs. 3 ZGB). Verschiedene kantonale Erlasse ergänzen die Kindesanhörung: Im Kanton Aargau ist die Anhörung des Kindes auch mit einer altersgerechten Information über seine Rechte verbunden⁸⁴, im Kanton Basel-Land sind – falls eine förmliche Anhörung nicht möglich ist – die Wahrnehmungen zu protokollieren⁸⁵, und der Kanton Genf bestimmt, dass der/die Minderjährige und seine/ihre Eltern („père et mère“) angehört werden.⁸⁶ Der Kanton Graubünden verlangt von

⁷⁹ Art. 16 Abs. 2 (850.402). Nicht ganz klar ist allerdings, ob mit „urteilsfähigem jungen Menschen“ auch Minderjährige gemeint sind. Das diesen Erlass übergeordnete Gesetz – das Jugendgesetz (850.4) – umschreibt nämlich in Art. 1 Abs. 2 und 3 das Kind als jede Person, die das 18. Lebensjahr, und den jungen Menschen als jede Person, die das 25. Lebensjahr noch nicht erfüllt hat.

⁸⁰ Art. 18 lit. a JStPO.

⁸¹ FamKomm Erwachsenenschutz – COTTIER, Art. 314 N 7; HERZIG, N 149 ff.

⁸² FamKomm Erwachsenenschutz – COTTIER, Art. 314b ZGB N 18. Vgl. etwa Art. 51 Abs. 2 und 3 KESG Kanton Bern (213.316), wonach bei einer FU die KESB die betroffene Person in der Regel als Kollegium anhört, die persönliche Anhörung des Kindes sich jedoch nach Art. 314a ZGB richtet.

⁸³ FamKomm Erwachsenenschutz – COTTIER, Art. 314 ZGB N 16.

⁸⁴ § 64b (210.100).

⁸⁵ § 70 Abs. 4 (211). Eine gleichlautende Bestimmung findet sich in Kanton Thurgau (§ 56 [211.24]); diese gilt jedoch für Minderjährige und Erwachsene; weiter wird in diesem Paragraphen festgehalten, dass zur Unterstützung des Protokolls Bild- oder Tonaufnahmegeräte verwendet werden können, dies ist den Beteiligten zu Beginn der Anhörung bekannt zu geben.

⁸⁶ Art. 38 (E 1 05).

Behördenmitgliedern, dass sie für Kindesanhörungen „befähigt“ sein müssen, und sieht bei besonderen Verhältnissen die Anhörung durch eine „besonders befähigte“ Fachperson vor.⁸⁷

Das Kind wird **vertreten** (Art. 314a^{bis}, der mit Art. 449a ZGB korreliert⁸⁸, bzw. als *lex specialis* gegenüber Art. 449a vorgeht⁸⁹). Die Behörde hat die Anordnung einer Kindesvertretung insbesondere auch in einem FU-Verfahren von Amtes wegen zu prüfen.⁹⁰ Während in eherechtlichen Verfahren dem urteilsfähigen Kind ein absolut formuliertes Recht auf eine Vertretung und ein Beschwerderecht gegen die Nichtanordnung zusteht (Art. 299 Abs. 3 ZPO), sieht das kindesschutzrechtliche Verfahren keine solche Norm vor. Entsprechende Gesuche sind aber zweifellos auch in letzteren Verfahren möglich, und ein allfällig ablehnender Entscheid muss rechtsmittelfähig sein.⁹¹

Das **urteilsfähige Kind** kann **gerichtliche Beurteilung** seiner FU verlangen (Art. 314b Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 450 Abs. 1), wobei die Beschwerde nicht begründet werden muss (Art. 450e Abs. 1 ZGB). Ebenso kann das urteilsfähige Kind – aufgrund der sinngemässen Anwendung von Art. 426 Abs. 4 ZGB⁹² – jederzeit um **Entlassung** ersuchen. Die Messlatte für die Bejahung der Urteilsfähigkeit ist altersmässig relativ tief (schon bald ab Schuleintritt) anzusetzen, weil das Kind die Situation sehr unmittelbar wahrnimmt.⁹³ Hier ist explizit auf den Grundsatz hinzuweisen, wonach die „Abklärung der Urteilsfähigkeit bedeutet, jedes Kind in geeigneter Form ins Verfahren einzubeziehen“.⁹⁴

Generell können **urteilsfähige Minderjährige selbständig oder durch eine eigens bestimmte Vertretung handeln**, um Rechte wahrzunehmen, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen (sogenannt höchstpersönliche Rechte nach Art. 19c ZGB und Art. 11 BV). Kindesschutzverfahren und insbesondere die Unterbringung betreffen regelmässig höchstpersönliche Rechte, namentlich das Recht auf Familienleben, das Recht auf persönliche Freiheit und das Recht auf physische und psychische Integrität. **Urteilsunfähige** Kinder üben ihre Rechte nicht selbständig aus, sondern durch ihre Eltern (Art. 304 Abs. 1 ZGB).

⁸⁷ Art. 9 (215.010).

⁸⁸ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 314a/3014a^{bis} N 5.

⁸⁹ FamKomm Erwachsenenschutz – COTTIER, Art. 314 ZGB N 19.

⁹⁰ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 314a/3014a^{bis} N 6. Vgl. auch § 8 des KESG Basel-Stadt (212.400): Die KESB prüft von Amtes wegen, ob die betroffene Person oder das betroffene Kind im Verfahren vor der KESB eine Vertreterin oder einen Vertreter benötigt. In Kindesschutzverfahren richten sich die Voraussetzungen für die Anordnung einer Kindesvertretung nach Art. 314a^{bis} ZGB.

⁹¹ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 314a/3014a^{bis} N 5. Vgl. auch FamKomm Erwachsenenschutz – COTTIER, Art. 314a^{bis} ZGB N 6: „Es ergibt sich aber aus Art. 19c ZGB, dass urteilsfähige Minderjährige selbst eine Vertretung bestellen können, soweit es um die Wahrung ihrer höchstpersönlichen Rechte geht.“

⁹² FamKomm Erwachsenenschutz – COTTIER, Art. 314b ZGB N 6.

⁹³ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 314b N 6.

⁹⁴ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 314b N 6.

Sind diese nicht in der Lage, die Interessen ihres Kindes adäquat zu vertreten, ist eine Kindesvertretung nach Art. 314a^{bis} ZGB einzusetzen.⁹⁵

BREITSCHMID hält dafür, bei gerichtlicher Beurteilung einer FU jüngeren Kindern bzw. bei verneinter Urteilsfähigkeit eine **Vertrauensperson** gemäss Art. 432 ZGB beizuziehen⁹⁶. Dieser Auffassung wird nicht gefolgt: Wenn schon eine „Drittperson“ die Interessen des Kindes bei der gerichtlichen Beurteilung einer FU wahren soll, dann ist es die nach Art. 314a^{bis} eingesetzte Vertretung des Kindes. Nach der hier vertretenen Ansicht ist bei einer anstehenden FU ohnehin immer eine Vertretung zu bestellen. Nach HÄFELI sollte nur „sehr restriktiv“ eine Vertrauensperson eingesetzt werden, da die Unterbringung von Kindern und Jugendlichen – abgesehen von Notplatzierungen – Ergebnis eines längeren Beratungs- und Motivationsprozesses seien, in den Eltern und Kind einbezogen und oft auch eine Beistandsperson einbezogen würden. Eine Vertrauensperson komme am ehesten in Frage, wenn die Eltern diese Rolle nicht übernehmen könnten, und wenn das Vertrauen zum Beistand oder einer anderen Fachperson gestört ist.⁹⁷

Die **zwangsweise Durchsetzung der Mitwirkungspflicht** bei der Abklärung des Sachverhalts und bei der Wahrung schutzwürdiger Interessen ist gestützt auf Art. 448 Abs. 1 ZGB möglich. Die Mitwirkungspflichten des Kindes im Verfahren ergeben sich aus seiner verfahrensrechtlichen Stellung, wobei das Kind gegenüber der Behörde keine weiterreichende Gehorsamspflicht als gegenüber den Eltern hat.⁹⁸ Beim Entscheid über die Mitwirkung des Kindes ist das Kindeswohl zu berücksichtigen.⁹⁹ So kann auf die Anhörung verzichtet werden, wenn das Alter des Kindes und andere wichtige Gründe dagegen sprechen (Art. 314a ZGB), ferner bei besonderer Dringlichkeit (Art. 445 Abs. 2 ZGB). Im letzten Fall muss die Anhörung nachgeholt werden.¹⁰⁰ Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass auf Anhörung namentlich dann verzichtet werden kann, wenn das Kind bereits mehrmals befragt worden ist – etwa im Rahmen eines Gutachtens – und eine neue Befragung es nur belasten, aber nichts Neues hervorbringen würde.¹⁰¹ Eine antizipierte Beweiswürdigung vermag jedoch den Verzicht auf eine Anhörung nicht zu rechtfertigen.¹⁰²

⁹⁵ FamKomm Erwachsenenschutz – COTTIER, Art. 314 ZGB N 6 und 8.

⁹⁶ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 314b N 6. Nach FamKomm Erwachsenenschutz – COTTIER, Art. 314b ZGB N 12 haben auch Minderjährige die Möglichkeit, gemäss Art. 432 ZGB eine Vertrauensperson zu bestimmen.

⁹⁷ HÄFELI, Erwachsenenschutz, Rz 38.43.

⁹⁸ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 314 N 4.

⁹⁹ FamKomm Erwachsenenschutz – COTTIER, Art. 314 ZGB N 17.

¹⁰⁰ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 314a/314a^{bis} N 3.

¹⁰¹ BGer 5A_463/2013 vom 26.9.2013.

¹⁰² BGer 5A_821/2013 vom 16.6.2014.

Vermag das Kind seinen Mitwirkungspflichten nicht nachzukommen, ist ihm eine **Vertretung** nach Art. 314a^{bis} ZGB zu bestellen.¹⁰³ Bei der Vollstreckung kann gemäss Art. 450g Abs. 3 ZGB polizeiliche Hilfe beansprucht werden, wobei unmittelbare Zwangsmassnahmen in der Regel vorgängig anzudrohen sind.

Die KESB **überprüft periodisch**, ob die Voraussetzungen zur FU weiterhin erfüllt sind (Art. 431 ZGB). Diese Vorschrift hängt auch mit der Bestimmung zusammen, wonach bei **veränderten Verhältnissen** die Massnahmen zum Schutze des Kindes der neuen Lage anzupassen sind (Art. 313 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 426 Abs. 3 und 4 ZGB).¹⁰⁴ Die Angemessenheit von Kindesschutzmassnahmen muss daher „laufend“ überprüft werden, wobei nach COTTIER die Fristen für die Überprüfung bei einer FU von Minderjährigen kürzer als bei Erwachsenen anzusetzen sind.¹⁰⁵ Nach HÄFELI eignet sich die in Art. 431 ZGB festgehaltene 6/6/12-Regel nicht für eine unbesehene Übertragung auf Kinder und Jugendliche: „Es gehört jedoch zum professionellen Standard von pädagogisch-therapeutischen Einrichtungen, dass in regelmässigen Abständen sog. Standortgespräche mit allen Beteiligten (Beiständin, Kind/Jugendlicher, Eltern, Sozialpädagogen und weiteren an der Betreuung beteiligten Fachleuten) stattfinden. In deren Rahmen werden regelmässig prognostische Überlegungen angestellt und Perspektiven für die weitere stationäre, teilstationäre oder ambulante Betreuung entwickelt.“¹⁰⁶

Die **Zusammenarbeit** zwischen Kindesschutz- und Jugendstrafbehörde und der übrigen Jugendhilfe sind in Art. 317 und 453 ZGB und in Art. 20 JStG und Art. 31 JStPO festgehalten.¹⁰⁷ Die Zusammenarbeit soll namentlich Doppelspurigkeiten und widersprüchliche behördlichen Anordnungen vermeiden.¹⁰⁸

¹⁰³ BSK ZGB I – BREITSCHMID, Art. 314 N 4.

¹⁰⁴ FamKomm Erwachsenenschutz – COTTIER, Art. 314b ZGB N 6.

¹⁰⁵ FamKomm Erwachsenenschutz – COTTIER, Art. 314b ZGB N 11. Bei den Erwachsenen überprüft die KESB die Unterbringungsvoraussetzungen ein erstes Mal spätestens sechs Monate nach der Unterbringung, ein zweites Mal innerhalb von weiteren sechs Monaten, dann so oft wie nötig, mindestens aber jährlich (Art. 431 ZGB).

¹⁰⁶ HÄFELI, Erwachsenenschutz, Rz. 38.41. Zum Standortgespräch (Standortbestimmung) bei der strafrechtlichen Unterbringung vgl. HOLDEREGGER, N 694.

¹⁰⁷ RIEDO, N 850 ff. m.w.H.

¹⁰⁸ RIEDO, N 2878.

3. Jugendstrafrecht

3.1. Einführende Bemerkungen

Das schweizerische Jugendstrafrecht steht dem in der international-rechtsvergleichenden Diskussion als **Wohlfahrtsmodell** bezeichneten Modell nahe, welches auch als Erziehungsmodell bezeichnet wird.¹⁰⁹ Dieses stellt weniger die Straftat und das Verschulden, sondern stärker die Person des Jugendlichen und seine Bedürfnisse nach erzieherischer und therapeutischer Einwirkung in den Vordergrund.¹¹⁰ Diese schweizerische Eigenheit führt dazu, dass es deutlich mehr Einrichtungen zur Durchführung von Massnahmen als von (Freiheits-) Strafen gibt.¹¹¹

Exkurs zum sog. Kinderrechtsmodell: Im Verlauf des letzten Jahrhunderts haben sich die Rechte des Kindes zu einem eigenständigen Thema in der Menschenrechtsdebatte entwickelt. Vor diesem Hintergrund begann die internationale Gemeinschaft in den 1980er-Jahren, an den Rechten des Kindes orientierte Normen zum Jugendstrafrecht zu entwickeln, welches den ganzen Bereich Jugend und Justiz von der Prävention bis zum Vollzug abdeckt. Obwohl sich in der Literatur bis heute der Diskurs mehrheitlich auf der Ebene von „Wohlfahrtsmodell“ und „Justizmodell“ abspielt, scheint sich in letzter Zeit ein Wandel abzuzeichnen: Verschiedentlich wurden nationale Jugendstrafgesetzgebungen im Licht der internationalen Normen evaluiert und diverse Staaten haben diese bei der Reform ihrer Gesetze explizit berücksichtigt.¹¹² Damit wird das Jugendstrafrecht zunehmend mit den internationalen Rechten

¹⁰⁹ Das Gegenmodell wird Justizmodell oder rechtsstaatliches Modell genannt und orientiert sich – in Anlehnung an das Erwachsenenstrafrecht – stärker am straffälligen *Verhalten*; zu den verschiedenen Jugendstrafrechtsmodellen allgemein: AEBERSOLD, S. 83 ff.

¹¹⁰ HOLDEREGGER, N 99: „Der Gesetzgeber hat die zentralen Begriffe der **Erziehung** und des **Schutzes** nicht definiert.“ HOLDEREGGER, N 100 ff. setzt sich mit dem Begriff der Erziehung auseinander und umschreibt Erziehung als „positive Förderung und Unterstützung des Individuums“ (N 102). Vgl. auch FN 201.

Die BOTSCHAFT zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches umschreibt Schutz im Sinne von Fürsorge: Das heisse jedoch nicht, „der Jugendliche sei vor Sanktionen möglichst zu verschonen. Da sein deliktisches Verhalten indessen nicht selten mit einer Gefährdung durch das soziale Umfeld, namentlich mit erzieherischem Fehlverhalten der Eltern oder anderer Erziehungsbeteiligter zusammenhängt, haben die Massnahmen ihn u.a. vor solchen Einflüssen und dadurch vor künftigen Straftaten zu schützen“ (S. 2221).

¹¹¹ Zurzeit bestehen folgende geschlossene Einrichtungen bzw. Abteilungen für die Aufnahme von (u.a.) jugendstrafrechtlich eingewiesenen Jugendlichen: Centre communal pour adolescents de Valmont Lausanne VD, Jugendheim Prêles BE, Jugendheim Aarburg AG, Kantonales Jugendheim Platanenholz Oberuzwil SG, Jugendheim der Viktoriastiftung Richigen BE, Burghof Dielsdorf ZH, Centre éducatif fermé de Pramont VS, Durchgangsstation Foyers Basel, Aufnahmeheim Basel BS, Durchgangsstation Winterthur ZH, Fondation La Clairière Vernier GE, Kantonales Jugendheim Lory Münsingen BE, Jugendstätte Bellevue Altstätten SG (letztere zwei für weibliche Jugendliche), Foyer St. Etienne Villar-sur-Glane FR (halb-geschlossene Time-Out-Abteilung), Massnahmenzentrum Uitikon ZH.

¹¹² Beispielsweise Südafrika 2001, Mazedonien 2007, Guernsey 2007, Uganda, Ghana, Brasilien; vgl. WEIDKUHN, S. 16, FN 63, mit weiteren Beispielen.

des Kindes verbunden und es scheint gerechtfertigt, von einem weiteren jugendstrafrechtlichen Regelungsmodell, dem „Kinderrechtsmodell“ auszugehen, welches sich durch folgende Merkmale auszeichnet¹¹³:

- Separate Jugendstrafrechtssysteme;
- Aufforderung zur Festlegung eines Strafmündigkeitsalters, welches eine gewisse Grenze nicht unterschreitet;
- Grundsatz der Eindämmung der U-Haft;
- Unterstützung der Idee der Diversion, der Ruf nach Sicherstellung prozessualer Garantien;
- besondere Anforderungen an das Sanktionensystem (insbesondere Einschränkung freiheitsentziehender Sanktionen);
- allgemeine Aufforderung zur Beachtung des Kindeswohls und des Proportionalitätsprinzips im Eingriffsbereich.¹¹⁴

WEIDKUHN zeigt in ihrer Arbeit auf, dass die jüngsten Revisionen im Bereich des schweizerischen Jugendstrafrechts dieses weiter an das Kinderrechtsmodell angenähert haben. Dies zeigt sich namentlich an den fortgesetzten Bemühungen zur gesonderten strafrechtlichen Behandlung von Jugendlichen, in der Ausweitung ihrer prozessualen Schutzrechte und in der Einführung von Formen der diversionellen Verfahrenserledigung. Gleichwohl ist festzustellen, dass sich der schweizerische Reformprozess lediglich bei wenigen Themenschwerpunkten explizit an den internationalen Regelwerken orientiert. Darauf wird weiter unten im 2. Teil zurückzukommen sein.

¹¹³ WEIDKUHN, S. 17.

¹¹⁴ Allgemein zum Kinderrechtsmodell: WEIDKUHN, S. 18 ff.

3.2. Gesetzesbestimmungen und Grundsätze für die strafrechtliche Einweisung und stationäre Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung¹¹⁵

Wann kann die Unterbringung in eine geschlossene Unterbringung verfügt werden?¹¹⁶ Gemäss Art. 15 Abs. 2 JStG darf die urteilende Behörde die Unterbringung eines Jugendlichen in einer geschlossenen Einrichtung im Rahmen eines laufenden Jugendstrafverfahrens anordnen, wenn sie

- a) für den persönlichen Schutz oder für die Behandlung der psychischen Störung des Jugendlichen unumgänglich ist; oder
- b) für den Schutz Dritter vor schwerwiegender Gefährdung durch den Jugendlichen notwendig ist.

Die geschlossene Unterbringung setzt immer eine medizinische (d.h. jugendpsychiatrische) oder psychologische Begutachtung voraus (Art. 15 Abs. 3 JStG).

Gemäss GÜRBER/HUG/SCHLÄFLI ist Art. 15 Abs. 2 JStG insofern eine unglückliche Bestimmung, als sie nur die definitive, auf eine gewisse Mindestdauer ausgerichtete Unterbringung regelt, die weitaus häufigere kurzfristige Unterbringung jedoch unerwähnt lässt.¹¹⁷ Es ist jedoch unbestritten, dass die Kompetenz der Vollzugsbehörden zur Anordnung von vorübergehenden – in der Regel drei bis sechs Monate dauernden – geschlossenen Unterbringungen durch Art. 15 Abs. 2 JStG nicht geschmälert werden soll.¹¹⁸

Die Unterbringung in einem geschlossenen Durchgangsheim oder in der Jugendabteilung einer psychiatrischen Klinik ist auch im Rahmen von Art. 9 Abs. 1 JStG zur **Klärung der persönlichen Verhältnisse** des Jugendlichen zulässig (Beobachtungsaufenthalt). Im geschlossenen Rahmen werden solche Beobachtungsaufenthalte insbesondere von folgenden Institutionen durchgeführt: Aufnahmeheim Basel BS, Durchgangsstation Winterthur ZH, Jugendheim Platanenhof Oberuzwil SG, Centre communal pour adolescents de Valmont, Time-out Verein St. Etienne FR.

¹¹⁵ Zum Begriff: Jugendliche können geschlossene Einrichtungen aufgrund von baulichen oder institutionellen Hindernissen nicht eigenmächtig verlassen (RIEDO, N 729); vgl. auch FN 4.

¹¹⁶ Zur Unterbringung vgl. RIEDO, N 725 ff.

¹¹⁷ BSK Strafrecht I – GÜRBER/HUG/SCHLÄFLI, Art. 15 N 7 ff.; gl. M. HOLDEREGGER, N 556, die sich dafür ausspricht, die Krisenintervention in Art. 16 JStG als spezifische Vollzugsbestimmung zu regeln.

¹¹⁸ BSK Strafrecht I – GÜRBER/HUG/SCHLÄFLI, Art. 15 N 7 ff.

Die geschlossene Unterbringung kann als Schutzmassnahme oder Beobachtung im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen während dem Verfahren **auch durch die Untersuchungsbehörde** (Jugendanwaltschaft) angeordnet werden.¹¹⁹

Schliesslich kann die Vollzugsbehörde gestützt auf Art. 16 Abs. 3 JStG eine Schutzmassnahme **auch in einer Einrichtung für junge Erwachsene** (Art. 61 StGB) vollziehen oder weiterführen.¹²⁰ Voraussetzung ist, dass der Jugendliche das 17. Altersjahr vollendet hat.¹²¹

Nach Art. 16 Abs. 1 JStG regelt die Vollzugsbehörde für die Dauer der Unterbringung den **Kontakt** („persönlicher Verkehr“) **zwischen dem Jugendlichen und seinen Eltern oder Drittpersonen**. Dabei sind in den einzelnen Institutionen die Haus- und Besuchsordnungen massgebend, und die Vollzugsbehörde wird – aus Gründen der Gleichbehandlung der Jugendlichen und eines geordneten Institutionsalltags – nur in besonderen und begründeten Fällen von den internen Regelungen abweichen.¹²² Massgebend sind die Vorschriften des ZGB (Art. 273 ff.). Demnach kann das Besuchsrecht beschränkt oder sogar aufgehoben werden, dies allerdings nur unter den Voraussetzungen, dass der persönliche Verkehr das Kindeswohl gefährdet, die Eltern den persönlichen Verkehr pflichtwidrig ausüben, sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert haben oder wenn andere wichtige Gründe vorliegen. Grundlage für den Entscheid ist das Kindeswohl.¹²³

3.3. Rechte des / der Jugendlichen und Rechtsmittel

Im Verfahren ist der beschuldigte Jugendliche Partei (Art. 19 JStPO) und geniesst als solche grundsätzlich die gleichen Rechte wie ein erwachsener Angeschuldigter (Art. 3 Abs. 1 JStPO). Urteilsfähige Jugendliche nehmen ihre **Parteirechte selber wahr** (Art. 19 Abs. 2 JStPO).

Wenn dem Jugendlichen ein Freiheitsentzug von mindestens einem Monat oder Unterbringung droht, muss er **notwendigerweise verteidigt** werden (Art. 24 JStPO): Die Verteidigung erstreckt sich auf das hängige Verfahren, nicht jedoch auf Sanktions- oder Disziplinarverfah-

¹¹⁹ Art. 26 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Abs. 1 JStPO.

¹²⁰ Derzeit: Arxhof (Niederdorf BL), Massnahmenzentrum Kalchrain TG, Massnahmenzentrum Uitikon ZH, Centre Educatif Pramont VS.

¹²¹ BSK-Strafrecht I – GÜRBER/HUG/SCHLÄFLI, Art. 16 N 7, machen zu Recht klar, dass aufgrund des geltenden Grundsatzes der Trennung von jugendlichen und erwachsenen Straftätern nicht leichthin von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen ist und sie insbesondere unter dem Aspekt des Kindeswohls gerechtfertigt sein muss.

¹²² HOLDEREGGER, N 720.

¹²³ Zur Regelung des persönlichen Verkehrs vgl. auch RIEDO, N 752 ff. m.w.H.

ren im Rahmen einer vorsorglichen Unterbringung oder eines Vollzugsverfahrens nach erfolgter jugendgerichtlicher Verurteilung.

Ändern sich die **Verhältnisse**, kann eine Massnahme durch eine andere ersetzt werden, was vom Jugendliche oder seinem gesetzlichen Vertreter beantragt werden kann (Art. 18 JStG). Ist die neue Massnahme härter, muss sie von der urteilenden Behörde (Jugendgericht) angeordnet werden.

Während dem Jugendstrafverfahren hat der oder die beschuldigte Jugendliche das Recht, eine **Vertrauensperson** beizuziehen, sofern die Interessen der Untersuchung oder überwiegende private Interessen dem nicht entgegenstehen (Art. 13 JStPO). Während dem Vollzug dürfte dieses Recht gestützt auf Art. 1a Abs. 1 lit. b PAVO ebenfalls garantiert sein. Die Regelungen zu dieser Vertrauensperson haben – soweit ersichtlich – allerdings bis heute nur sehr beschränkte praktische Bedeutung.

3.4. Vollzug im Jugendstrafrecht

Gemäss Art. 123 Abs. 3 BV kann der **Bund** den Kantonen **finanzielle Beiträge** (sog. Bundessubventionen) gewähren für die Errichtung von Anstalten und speziell an Einrichtungen, die erzieherischen Massnahmen an Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen vollziehen. Diese Beiträge sind in einem Bundesgesetz über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug vom 5.10.1984 (LSMG; 341) und einer gleichnamigen Verordnung des Eidgenössischen Polizei- und Justizdepartements EJPD vom 21.9.2001 (LSMV; 341.1) geregelt.¹²⁴ Vorgesehen sind Bau-, Betriebsbeiträge und Beiträge für Modellversuche. Abgesehen von dieser Bundesunterstützung ist der Gesetzesvollzug Sache der Kantone (dazu sogleich im nächsten Abschnitt). Damit ist wohl zu erklären, dass im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs für Jugendliche sehr verschiedene Regelungen anzutreffen sind. Eine Ausnahme bildet die Westschweiz, wo im Jahr 2005 von den betroffenen Kantonen ein Vollzugskonkordat für Jugendliche¹²⁵ abgeschlossen wurde, welches sich explizit auch auf internationale Rechtsgrundlagen abstützt¹²⁶.

¹²⁴ Dazu auch MESSMER/SCHNURR, S. 246 ff.

¹²⁵ Konkordat vom 24. März 2005 über den Vollzug der strafrechtlichen Einschliessung Jugendlicher aus den Westschweizer Kantonen (und teilweise aus dem Kanton Tessin: <http://www.cldjp.ch/>).

¹²⁶ Nämlich auf die UN-KRK und auf die Havanna-Regeln. Das (später erlassene) Konkordatsreglement über das Disziplinarrecht stützt sich auf die Empfehlung Rec(2008)11.

3.5. Kantonale Regelungen im Jugendstrafbereich

Konkordate

Wie soeben erwähnt, wurde in der Westschweiz ein separates Konkordat für den Jugendstrafvollzug (im Folgenden als **Westschweizer Konkordat** bezeichnet) abgeschlossen. Dieses regelt den ganzen Bereich des Vollzuges von Freiheitsentzügen Jugendlicher (inklusive Untersuchungshaft und geschlossene Unterbringung). Neben einem Sekretariat und einer Konkordatskommission unterhält das Konkordat eine Sozialpädagogische Konsultativkommission (Art. 13 ff.). Das Westschweizer Konkordat bezeichnet zentrale Einrichtungen für den Vollzug von Untersuchungshaft, Freiheitsstrafen, geschlossener Unterbringung und disziplinarischen Massnahmen (Art. 15 ff.). Nebst Grundsätzen zum Vollzugsregime enthält es sodann namentlich Regelungen zur Trennung Jugendliche / Erwachsene, zu Unterkunft, Beziehungen zur Aussenwelt, Beschäftigung, medizinischer Betreuung, Freizeit, Religion, disziplinarischen Massnahmen, zum Personal sowie Regelungen über die Beziehungen zu den Vollzugsbehörden und die Beaufsichtigung der Haftbedingungen. Die Konkordatskonferenz hat 2013 ein Konkordatsreglement¹²⁷ erlassen, welches das Disziplinarrecht und das Beschwerdeverfahren regelt (im Folgenden als **Konkordatsreglement** bezeichnet).¹²⁸

In der Deutschschweiz existiert bisher kein solches speziell auf Jugendliche anwendbares Konkordat. Das (für erwachsene Personen geltende) Konkordat der Kantone der Nordwestschweiz und Innerschweiz über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 5. Mai 2006 (UR, SZ, NW, LU, BE, ZG, SO, BS, BL, AG) sowie das Konkordat der ostschweizerischen Kantone über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 29. Oktober 2004 (AI, AR, GL, Gr; SH, SG, TG, ZH) finden auch Anwendung auf den Vollzug von Sanktionen gegenüber Jugendlichen, soweit er in konkordatlichen Einrichtungen durchgeführt wird.¹²⁹

Kantonale Gesetzgebung¹³⁰

Die Kantone haben auch eigene – das Bundesrecht konkretisierende – jugendstrafrechtliche Gesetze erlassen. Im Bereich des Prozessrechts handelt es sich weitgehend um sogenannte Einführungsgesetze (EG) zur JStPO, weil das Prozessrecht mit Einführung der JStPO hauptsächlich auf Bundesebene geregelt ist. Im Bereich des Vollzugsrechts, dessen Regelung den Kantonen obliegt, haben die Kantone ausnahmslos keine spezifisch auf Minderjährige an-

¹²⁷ Konkordatsreglement vom 31. Oktober 2013 über das Disziplinarrecht für Personen in strafrechtlicher Einschliessung oder Unterbringung in geschlossenen Anstalten für Jugendliche.

¹²⁸ Zum Westschweizer Konkordat und zum Konkordatsreglement, vgl. 1. Teil, Abschnitt 4.3.

¹²⁹ <http://www.prison.ch/de/justizvollzug-schweiz/who-is-who/konkordate/> (zuletzt eingesehen 28.3.2015).

¹³⁰ Vgl. auch die vollständige Übersichtstabelle „Gesetzliche Grundlagen“ im Anhang I, mit direkten Links zu den jeweiligen Gesetzestexten.

wendbare Gesetze geschaffen. Vielmehr finden sich entsprechende Sonderbestimmungen in den kantonalen Strafvollzugsgesetzen, welche hauptsächlich auf Erwachsene anwendbar sind.

Jugendstrafverfahren: In den verschiedenen EG zur JStPO finden sich zur Hauptsache Bestimmungen über Wahl, Zusammensetzung, Organisation, Aufsicht und Befugnisse der Jugendstrafbehörden, vereinzelt finden sich auch Artikel zum Vollzug und/oder zum Disziplinarstrafwesen im Vollzug (AG, AI, VD, NE, VS, AG, SG, BS, BL, ZH¹³¹).

Vollzug: Einzelne Kantone regeln den Vollzug gar nicht (BL) oder begnügen sich mit dem rudimentären Hinweis, dass die Vorschriften für den Vollzug und insbesondere die Disziplinarstrafen für Erwachsene sinngemäss auch für Jugendliche gelten (AR¹³², ZH, GR), was unter kinderrechtlichen Aspekten als problematisch zu bezeichnen ist.¹³³ Wenige Kantone haben auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe eine eigene separate Regelung für den Straf- und Massnahmenvollzug (BS¹³⁴), bzw. über das Disziplinarstrafrecht (JU, VD, VS, GE, OW¹³⁵) oder über freiheitsbeschränkende Massnahmen im Vollzug bei Jugendlichen geschaffen (BE¹³⁶, VS¹³⁷). In BS fällt auf, dass in diesem Gesetz keine separaten Ausführungen zu den Disziplinarstrafen gemacht werden, sondern im wesentlichen die entsprechende Regelung für die erwachsenen Straftäter anwendbar ist.¹³⁸ Kantone mit geschlossenen Erziehungseinrichtungen haben in der Regel eine separate Rechtsgrundlage für diese Einrichtungen geschaffen.¹³⁹

¹³¹ Hier auf Verordnungsstufe: Verordnung über die Jugendstrafrechtspflege (322).

¹³² Art. 30 Abs. 2 des Gesetzes über den Justizvollzug (341.1).

¹³³ Vgl. Ausführungen zum Wohlfahrts- und Kinderrechtsmodell, 1. Teil, Abschnitt 3.1.

¹³⁴ Gesetz über den Vollzug von jugendstrafrechtlichen Sanktionen (258.400).

¹³⁵ 330.212.

¹³⁶ Gesetz über freiheitsbeschränkende Massnahmen im Vollzug von Jugendstrafen und -Massnahmen und in der stationären Jugendhilfe (FMJG, 341.13).

¹³⁷ Reglement über das Disziplinarrecht für Personen in strafrechtlicher Einschliessung oder Unterbringung in geschlossenen Anstalten für Jugendliche (343.401).

¹³⁸ Art. 15 Abs. 2 des Gesetzes über den Vollzug von jugendstrafrechtlichen Sanktionen (258.400).

¹³⁹ AG: Verordnung über die Organisation des Jugendheims Aarburg (253.371); BL: Verordnung über das Massnahmenzentrum für junge Erwachsene Arxhof (266.11); GE: Règlement du centre éducatif de détention et d'observation de la Clairière (F 1 50.24); VD: Règlement sur le droit disciplinaire applicable aux personnes mineures et aux jeunes adultes (...) détenu dans l'Établissement de détention concordataire du Canton de Vaud, RDDMin-VD (340.07.2).

4. Freiheitsbeschränkende Massnahmen

4.1. Begriffe¹⁴⁰

Für die Umschreibung von die Disziplinar-massnahmen, Sicherungsmassnahmen und Zwangsmittel orientieren wir uns am Gesetz über freiheitsbeschränkende Massnahmen im Vollzug von Jugendstrafen und -massnahmen und in der stationären Jugendhilfe des Kantons Bern (FMJG; 341.13):

- Freiheitsbeschränkende Massnahmen umfassen disziplinarische Sanktionen, Sicherungsmassnahmen und Zwangsmittel (Art. 1 Abs. 2).
- Ziel der disziplinarischen Sanktionen ist es,
 - das geordnete Zusammenleben in der Institution aufrechtzuerhalten;
 - das Verantwortungsbewusstsein der Jugendlichen zu stärken;

¹⁴⁰ Vgl. auch folgende Definitionen in BRÄGGER:

S. 129, **Disziplinargewalt**: „Befugnis einer staatlichen Behörde oder einer Standesorganisation, schuldhafte Pflichtverstösse von Personen, welche in einem sog. besonderem Rechtsverhältnis stehen, mittels Disziplinar-massnahmen zu sanktionieren. Als Disziplinar-massnahmen gelten verwaltungsrechtliche Anordnungen (Sanktionen), welche dem Inhaber der Disziplinargewalt zur Aufrechterhaltung und Durchsetzung von Ruhe und Ordnung innerhalb des Systems des besonderen Rechtsverhältnisses zur Verfügung stehen. Das Disziplinarrecht umfasst somit alle rechtlichen Regelungen, welche das Verfahren und den Inhalt einer disziplinarrechtlichen Sanktionierung festsetzen.“

S. 399, **Sicherheit**: „Der Begriff Sicherheit im Freiheitsentzug umfasst alle baulichen, technischen, betrieblichen, personellen und organisatorischen Voraussetzungen, welche einen ordnungsgemässen und gefahrlosen Anstaltsbetrieb gewährleisten. Der Sicherheitsauftrag während des Vollzuges umfasst die Verhinderung von Straftaten während und deren Verminderung nach dem Vollzug, die Vermeidung von Fluchten oder Gefangenenbefreiungen sowie die Aufrechterhaltung der Anstaltsordnung als Ausfluss des allgemeinen Vollzugsziels der Wiedereingliederung.“ S. 400: „Nur ausnahmsweise und als letztes Mittel um die Sicherheit der Anstalt, der Insassen oder der Bediensteten zu gewährleisten, darf das Personal in verhältnismässigem Umfang unmittelbaren Zwang anwenden. Die dazu erlaubten Zwangsmittel und Waffen müssen gesetzlich geregelt sein.“

S. 542: „**Zwangsmassnahmen** sind Verfahrenshandlungen der Strafbehörden, die ohne Einwilligung der Betroffenen in deren Grundrechte eingreifen und dazu dienen, Beweise zu sichern, die Anwesenheit von Personen im Strafverfahren sicherzustellen oder die Vollstreckung der Entscheide zu gewährleisten.“

S. 461, **Unmittelbarer Zwang**: „Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, durch Hilfsmittel und durch Waffen“; „körperliche Gewalt umfasst jede unmittelbare körperliche Einwirkung auf Personen oder Sachen.“

S. 256: „Damit der Sicherheitsauftrag des Freiheitsentzuges ordnungsgemäss durchgeführt werden kann, sind regelmässige und systematische **Kontrollen** der Gefangenen, deren Zellen sowie deren persönliche Effekten unerlässlich. Zudem sind bei konkreten Verdachtsmomenten gezielte Durchsuchungen und Leibesvisitationen durchzuführen. Schliesslich werden mittels Atemlufttests, Urinkontrollen und Blut- sowie Haarentnahmen die Abstinenz der Insassen in Bezug auf Alkohol-, Drogen- oder Medikamentenkonsument überprüft.“

S. 137: „Die sog. besonderen **Schutz- und Sicherheitsmassnahmen** sind klar von den Disziplinar-sanktionen zu unterscheiden und auch abzugrenzen. Jene können immer dann angeordnet werden, wenn durch einen Eingewiesenen eine Fremd- oder Selbstgefährdung ausgeht, wenn eine stark erhöhte Aggressivität vorliegt, die sich auch nur gegen Sachen entladen könnte sowie wenn eine erhöhte Fluchtgefahr angenommen werden muss. Schutz- und Sicherheitsmassnahmen unterscheiden sich von Disziplinarsanktionen dadurch, dass eine Einschränkung der Rechte des Gefangenen bereits vor der konkreten Begehung eines Disziplinar-tatbestandes angeordnet werden können.“

Anmerkung: Diese Definitionen beziehen sich auf das Erwachsenenstrafrecht. Die Begriffe sind im Umfeld von Jugendlichen insofern zu relativieren, als Disziplinar-massnahmen immer und vor allem auch in einem pädagogischen Kontext angewendet werden (vgl. auch 2. Teil, Abschnitt 2).

- die Jugendlichen zugunsten einer verbesserten Integration in der Institution und der Öffentlichkeit zu beeinflussen (Art. 2 Abs. 1).
- Sicherungsmassnahmen¹⁴¹ und Zwangsmittel dienen der Schutz der Jugendlichen, der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie der Allgemeinheit (Art. 2 Abs. 2).

4.2. Keine schweizweit geltende Grundregelung

Für den Vollzug der jugendstrafrechtlichen Unterbringungen, also sowohl im geschlossenen wie im offenen Rahmen, gilt grundsätzlich Art. 16 JStG.¹⁴² Dieser regelt jedoch nur vier Einzelaspekte des Vollzugs¹⁴³ ohne inneren Zusammenhang. Im Gegensatz zum Erwachsenenstrafrecht (Art. 91 StGB)¹⁴⁴ fehlt im Jugendstrafrecht eine schweizweit geltende Grundregelung des Disziplinarrechts, welche gewisse Mindeststandards und insbesondere die Sanktionen umschreibt.¹⁴⁵ Bundesrechtlich geregelt ist lediglich die einschneidendste Disziplinarstrafe, der „strenge Arrest“ (Art. 16 Abs. 2 JStG).¹⁴⁶ Die Lücke im Disziplinarrecht fördert die diesbezügliche Unterschiedlichkeit der verschiedenen kantonalen Regelungen. Ebenso fehlt

¹⁴¹ Die Terminologie ist uneinheitlich: Im FMJG ist von „Sicherungsmassnahmen“, im Schreiben des EJPD vom 15. Januar 2008 (dazu sogleich) von „Sicherheitsmassnahmen“ die Rede.

¹⁴² HOLDEREGGER, N 706: „Aus der Gesetzessystematik ergibt sich (...), dass die in Art. 16 JStG getroffenen Regelungen für sämtliche Arten der Unterbringung gelten.“

¹⁴³ Art. 16 Abs. 1: Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Jugendlichen und Eltern oder Dritten durch die Vollzugsbehörde; Abs. 2: Im Vollzug einer disziplinarischen Massnahme darf der Jugendliche ausnahmsweise und nicht länger als 7 Tage ununterbrochen von den anderen Jugendlichen getrennt werden; Abs. 3: Massnahme kann nach Vollendung des 17. Altersjahr des Jugendlichen in einer Einrichtung für junge Erwachsene vollzogen oder weitergeführt werden; Abs. 4: Für den Massnahmevollzug können private Einrichtungen beigezogen werden.

¹⁴⁴ Art. 91 – Disziplinarrecht: ¹Gegen Gefangene und Eingewiesene, welche in schuldhafter Weise gegen Strafvollzugsvorschriften oder den Vollzugsplan verstossen, können Disziplinarsanktionen verhängt werden. ²Disziplinarsanktionen sind: a. der Verweis; b. der zeitweise Entzug oder die Beschränkung der Verfügung über Geldmittel, der Freizeitbeschäftigung oder der Aussenkontakte; c. die Busse; sowie d. der Arrest als eine zusätzliche Freiheitsbeschränkung. ³Die Kantone erlassen für den Straf- und Massnahmevollzug ein Disziplinarrecht. Dieses umschreibt die Disziplinarartbestände, bestimmt die Sanktionen und deren Zumessung und regelt das Verfahren.

¹⁴⁵ AEBERSOLD, S. 149. HOLDEREGGER, N 729: „Eine in Ergänzung von Art. 16 Abs. 2 JStG grundsätzliche Regelung des Disziplinarrechts, ähnlich derjenigen für Erwachsene in Art. 91 StGB, wäre auch im JStG notwendig.“

BRÄGGER, S. 131 f. äussert sich kritisch bezüglich rechtsgenügender Grundlage und Übersichtlichkeit des Disziplinarrechts: „Das Disziplinarrecht des schweizerischen Freiheitsentzuges (ist) grundsätzlich in den kantonalen Strafvollzugserlassen zu regeln (...). Die relevanten Bestimmungen sind häufig in einer Vielzahl von Texten und Bestimmungen verstreut, wie z.B. in Strafvollzugsgesetzen, in regierungsrätlichen Strafvollzugsverordnungen (sog. Exekutivverordnungen), in Organisations- oder Anstaltsreglementen und Weisungen der kantonalen Direktionen. Das Bundesgericht hat im Jahre 1997 im Entscheid BGE 123 I 226 E. 4a noch die Meinung vertreten, dass es sich bei den kantonalen Bestimmungen zum Gefängniswesen nicht zwingend um Gesetze im sog. formellen Sinne handeln müssen, sondern dass materielles Gesetzesrecht auf Verordnungsstufe ausreichend sei. Diese Sichtweise kann aus einer modernen und grundrechtszentrierten Betrachtungsweise nicht geteilt werden. Schwere Eingriffe in die Grundrechte der Insassen während des Vollzuges, wie beispielsweise die Verhängung von Arreststrafen, sind zwingend in einem sog. formellen Gesetz zu regeln.“

¹⁴⁶ RIEDO, N 760 ff., der namentlich auch auf die unklare Rechtslage im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz hinweist, sowie BSK Strafrecht I – GÜRBER/HUG/SCHLÄFLI, Art. 16 N 3.

eine einheitliche und schweizweit geltende Regelung der Sicherungsmassnahmen und Zwangsmittel für Jugendliche in strafrechtlicher oder zivilrechtlicher Unterbringung.¹⁴⁷

Ein erster Schritt zur Schaffung rechtssicherer und klarerer Verhältnisse – nämlich Regelung in einem Gesetz im formellen Sinne – hat das **EJPD** getan. Mit **Schreiben vom 15. Januar 2008** forderte die Vorsteherin des EJPD die Kantonsregierungen auf, Praxis und Rechtsgrundlagen von Disziplinar- und Sicherungsmassnahmen in Erziehungseinrichtungen abzuklären.¹⁴⁸ Das EJPD wies die Kantone an, einerseits die **Unterbringung von Jugendlichen in privaten Institutionen** (als Übertragung von staatlichen Aufgaben an Private), andererseits die **Disziplinar- und Sicherungsmassnahmen** (als Grundrechtseingriff) in einem Gesetz im formellen Sinne zu regeln. Das EJPD qualifizierte in seinem Schreiben Disziplinar- und Sicherungsmassnahmen wie „Fesselungen, Einschliessungen, Verlegung in eine andere Institution, usw.“ als „regelmässig schwerer Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Jugendlichen“. Mindestens die Grundzüge der Regelung (Zuständigkeit, Voraussetzungen einer Anordnung) müssten im Gesetz selbst umschrieben werden. Die Details könnten dann allenfalls auf Verordnungsstufe konkretisiert werden. Auch bei leichten Eingriffen (z.B. für den Ausschluss von bestimmten Freizeitaktivitäten) genüge eine Grundlage auf Verordnungsstufe.

Für die Unterbringung von Jugendlichen in privaten Institutionen sind in der Zwischenzeit (seit 1. Januar 2011) mit Art. 28 Abs. 3 JStPO und Art. 16 Abs. 4 JStG auf Bundesebene formell gesetzliche Grundlagen geschaffen worden.

Soweit ersichtlich, sind nur der Kanton Bern mit dem **Gesetz über freiheitsbeschränkende Massnahmen im Vollzug von Jugendstrafen und -massnahmen und in der stationären Jugendhilfe** des Kantons Bern (FMJG; 341.13; im Folgenden als **FMJG** bezeichnet)¹⁴⁹ und die **lateinischen Kantone mit der Integration des Konkordatsreglements in ihre kantonale Gesetzgebung**, der Aufforderung des EJPD nachgekommen, die Disziplinar- und Sicherungsmassnahmen in einem Gesetz im formellen Sinne zu regeln.

Die rechtliche Grundlage für freiheitsbeschränkende Massnahmen (Disziplinar-, Sicherungsmassnahmen, Zwangsmittel) für zivil- und strafrechtlich eingewiesene Jugendliche ist nach wie vor in verschiedener Hinsicht uneinheitlich: Vor allem in den deutschsprachigen

¹⁴⁷ Davon zu unterscheiden sind freiheitsbeschränkende Massnahmen im Rahmen einer FU. Dazu 1. Teil, Abschnitt 2.3.

¹⁴⁸ <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/smv/anererkennung/jugendheim-massnahmen-d.pdf>.

¹⁴⁹ Zum FMJG GERBER JENNI.

Die NKVF hat die Jugendheime Lory und Prêles besucht; diese beiden Institutionen unterstehen dem FMJG.

Kantone unterscheiden sich die Bestimmungen bezüglich Hierarchiestufe (Gesetz, Verordnung, Reglement, Hausordnung einer Institution), materieller Regelungsdichte und Konkretisierung. In den Kantonen selbst müssen die Bestimmungen in verschiedenen Erlassen, in verschiedenen Rechtsgebieten (z.B. Straf-, Zivil-, Gesundheitsrecht) und auf unterschiedlicher Hierarchiestufe zusammengesucht werden. Die fehlende einheitliche Terminologie erschwert die Orientierung zusätzlich.

4.3. Referenzdokumente für die Regelung freiheitsbeschränkender Massnahmen

Wie erwähnt, regeln das Konkordatsreglement und das FMJG das Disziplinarwesen in einem formellen Gesetz. Beide Erlasse können für die noch zu leistende Vereinheitlichung im Bereich der freiheitsbeschränkenden Massnahmen als Referenzdokumente dienen. Sie werden im Folgenden kurz dargestellt:

a) Die Konferenz der Justiz- und Polizeidirektoren der lateinischen Schweiz LKJPD hat mit einem **Konkordatsreglement**¹⁵⁰ das Disziplinarrecht für Jugendliche in strafrechtlicher Einschliessung oder in geschlossenen Anstalten untergebrachte Jugendliche in den lateinischen Kantonen (FR, VD, VS, NE, GE, JU, TI) geregelt und vereinheitlicht. Demgegenüber halten die beiden Konkordatsverträge der deutschen Schweiz (Strafvollzugskonkordat der Nordwest- und Innerschweiz und Strafvollzugskonkordat der Ostschweiz) in ihrer Konkordatsvereinbarung (je in Art. 1) lediglich fest, dass ihre Konkordate Anwendung finden auf den Vollzug von Sanktionen gegenüber Jugendlichen, soweit der Vollzug in Konkordatsanstalten durchgeführt wird.

Das Konkordatsreglement stützt sich auf Bestimmungen des **JStG**¹⁵¹, auf Art. 19-32 des **Westschweizer Konkordats**¹⁵² und auf die **Empfehlung Rec (2008)11**¹⁵³. Die Art. 19-32 des Westschweizer Konkordats definieren Minimalstandards für das Regime der strafrechtlichen Einschliessung Jugendlicher, beziehungsweise der geschlossenen Unterbringung, die

¹⁵⁰ Konkordatsreglement vom 31. Oktober 2013 über das Disziplinarrecht für Personen in strafrechtlicher Einschliessung oder Unterbringung in geschlossenen Anstalten für Jugendliche (zitiert als Konkordatsreglement).

¹⁵¹ Art. 1 Abs. 2 Bst. f-h (singemässe Anwendung der StGB-Bestimmungen über Arbeitsentgelt, Beziehungen zur Aussenwelt, Kontrollen und Untersuchungen), Art. 16 und 17 (Vollzug und gemeinsame Bestimmungen zum Vollzug der Massnahmen).

¹⁵² Konkordat vom 24. März 2005 über den Vollzug der strafrechtlichen Einschliessung Jugendlicher aus den Westschweizer Kantonen (und teilweise aus dem Kanton Tessin) (zitiert als Westschweizer Konkordat).

¹⁵³ Empfehlung Rec(2008) 11 des Ministerkomitees des Europarats an die Mitgliedstaaten über die Europäischen Regeln für Sanktionen oder Massnahmen gegen jugendliche Straftäter (zitiert als Empfehlung Rec(2008)11).

von jeder Konkordats Einrichtung einzuhalten sind; sie dienen als Grundlage für das Konkordatsreglement und für das interne Reglement, über welches jede Einrichtung verfügen muss.¹⁵⁴ Die Art. 19-32 des Westschweizer Konkordats stellen Grundsätze für eingeschlossene oder geschlossen untergebrachte Jugendliche auf und äussern sich zu folgenden Bereichen: Trennung der Jugendlichen von den Erwachsenen, Unterkunft, Kontrolle und Inspektionen, Beziehungen zur Aussenwelt, Beschäftigung, externe Tätigkeit, medizinische Betreuung, Freizeit, Religion, disziplinarische Massnahmen, Unterredung und Beschwerde, Personal und Ausführungsreglement.

Das **Konkordatsreglement** regelt das Disziplinarrecht für Personen, die sich in strafrechtlicher Einschliessung befinden oder die gemäss der Gesetzgebung über die strafrechtliche Einschliessung von Minderjährigen in geschlossenen Einrichtungen für Minderjährige untergebracht sind (Art. 1). Jede Konkordats Einrichtung hat das Disziplinarwesen in einem internen Reglement zu bestimmen, welches sich nach den Konkordatsbestimmungen und der Empfehlung Rec(2008)11 richtet (Art. 2).¹⁵⁵

Art. 4 zählt die **Disziplinarvergehen**, Art. 5 die **Disziplinarstrafen** auf. Disziplinarstrafen oder Erziehungsmassnahmen werden unter **Vorbehalt eventueller strafrechtlicher Schritte** ausgesprochen. Der Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** und die **erzieherische Wirkung** sind zu berücksichtigen. Disziplinarstrafen können **kumuliert** werden (vgl. auch Art. 3), **bedingt** ausgesprochen werden, und es kann auch auf eine Strafe **verzichtet** werden (vgl. auch Art. 7, wonach aus Gesundheitsgründen oder im Zusammenhang mit dem Erziehungsprogramm die Strafe aufgeschoben, ausgesetzt oder aufgeteilt werden kann). Die im Reglement der Einrichtung vorgesehenen **Erziehungsmassnahmen bleiben vorbehalten**. Dabei müssen die in Art. 19-32 Westschweizer Konkordat festgehaltenen Minimalstandards berücksichtigt werden.¹⁵⁶ **Zuständig** für die Anordnung von Disziplinarstrafen ist die im kantonalen Recht vorgesehene Verwaltungsbehörde oder die Direktion der Einrichtung.

Weiter bestimmt das Konkordatsreglement das **erstinstanzliche Verfahren** (Art. 8) und das **Beschwerdeverfahren** (Art. 9-13). Es gewährt den Konkordatskantonen eine Frist von sechs Monaten, um die **bestehenden Institutionsreglemente anzupassen** bzw. interne Reglemente zu verabschieden (Art. 14).

¹⁵⁴ CLDJP, Kommentar, S. 11.

¹⁵⁵ Ein Beispiel ist das Reglement von La Clairière, dazu 1. Teil, Abschnitt 4.5.

¹⁵⁶ CLDJP, Kommentar, S. 11.

b) Das **FMJG** regelt die Anordnung und den Vollzug von freiheitsbeschränkenden Massnahmen (disziplinarischen Sanktionen, Sicherungsmassnahmen, Zwangsmitteln) während des Vollzugs von jugendstrafrechtlichen oder kinderschutzbrechtlichen Einweisungen in Institutionen der stationären Jugendhilfe sowie in Gefängnissen (Art. 1-5). Es zählt Disziplinarartbestände und -sanktionen auf, nennt die Zuständigkeit sowie die Verfahrens- und Zumesungsgrundsätze (Art. 8-12). Weiter werden die Sicherungsmassnahmen und Zwangsmittel sowie das Verfahren für deren Einsatz normiert (Art. 13-17) sowie Vollzug und Rechtsschutz festgehalten (Art. 18-24).

Im Gegensatz zum FMJG, dessen Adressaten die straf- und zivilrechtlich eingewiesenen Jugendlichen sind, wendet sich das Konkordatsreglement jedoch nur an strafrechtlich eingewiesene Jugendliche. Weiter unterscheidet sich das Konkordatsreglement vom FMJG dadurch, dass letzteres generell freiheitsbeschränkende Massnahmen regelt, d.h. Disziplinar- und Sicherungsmassnahmen sowie Zwangsmittel, während das Konkordatsreglement die gesetzliche Grundlage lediglich für Disziplinar-massnahmen bildet. Sicherungsmassnahmen als Kontrollen und Inspektionen (Untersuchung der persönlichen Effekten und der Unterkunft, Leibesvisitation) sind im Westschweizer Konkordat (also nicht im Konkordatsreglement) in Art. 22 geregelt. Das Konkordatsreglement erwähnt zwar bei den allgemeinen Voraussetzungen für eine Disziplinarstrafe den Tatbestand der Bedrohung der Ordnung und Sicherheit der Einrichtung, äussert sich aber nicht zum Umgang mit renitenten oder gewaltbereiten oder -ausübenden Jugendlichen. Bei der Bewältigung solch heikler Situationen sind jedoch Sicherungs- und Zwangsmassnahmen nicht auszuschliessen. Für diese Massnahmen sollte eine klare gesetzliche Grundlage bestehen.

4.4. Vergleich des Konkordatsreglements und des FMJG mit den Regelungen der Kantone Basel-Stadt, Aargau und Zürich

Zur Illustration der oben angesprochenen legislativen Unterschiede im Bereich der freiheitsbeschränkenden Massnahmen werden im Folgenden das Konkordatsreglement und das FMJG mit den Regelungen der Kantone Basel-Stadt¹⁵⁷, Zürich¹⁵⁸ und Aargau¹⁵⁹ – insbeson-

¹⁵⁷ Gesetz über den Vollzug von jugendstrafrechtlichen Sanktionen (JStVG; 258.400); Justizvollzugsverordnung (JV; 258.210); Kindes- und Erwachsenenschutzgesetz (KESG; 212.400). Basel-Stadt ist laut telefonischer Auskunft von Frau Cornelia Rumo Wettstein (BJ, Fachbereich Straf- und Massnahmenvollzug) vom 8.1.2015 aufgrund des Schreibens des EJPD vom 15.1.2008 gesetzgeberisch tätig geworden.

¹⁵⁸ Straf- und Justizvollzugsgesetz (StJV; 331); Verordnung über die Jugendstrafrechtspflege (JStV; 322); Justizvollzugsverordnung (JV; 331.1); Gesetz über die Jugendheime und die Pflegekinderfürsorge (852.2). Zürich ist laut telefonischer Auskunft von Frau Cornelia Rumo Wettstein (BJ, Fachbereich Straf- und Massnahmenvollzug) vom 8.1.2015 aufgrund des Schreibens des EJPD vom 15.1.2008 gesetzgeberisch tätig geworden.

dere in Bezug auf die Disziplinar massnahmen – verglichen. Im Gegensatz zum FMJG enthalten die untersuchten Regelungen kaum konkrete Bestimmungen über **Sicherungsmassnahmen und Zwangsmittel** für zivil- und strafrechtlich eingewiesene Jugendliche.¹⁶⁰

Bei den Konkordatskantonen der lateinischen Schweiz könnte erwartet werden, dass sie in ihren internen Institutionsreglementen, die sie gemäss Art. 2 Konkordatsreglement erlassen müssen, auch Sicherungs- und Zwangsmassnahmen erwähnen. Die Durchsicht des Règlement du centre éducatif de détention et d'observation de la Clairière (RClairière; F 1 50.24) hat allerdings ergeben, dass dieses das Disziplinarwesen eingehend in einem separaten Titel regelt, die Sicherungs- und Zwangsmassnahmen jedoch nur ansatzweise und unsystematisch.¹⁶¹

Die zu vergleichenden Punkte orientieren sich an Art. 29 des Westschweizer Konkordats.¹⁶² Im Blick sind demnach die Disziplinar massnahmen unter folgenden Aspekten: Zivil- und strafrechtliche Grundlagen, Disziplinarartbestände, Disziplinarstrafen und Vollzugsgrundsätze, zuständige Stelle für die Anordnung von Disziplinar massnahmen, Verfahren und Rechtsmittel.

a) Zivil- und strafrechtliche Grundlagen: Hierarchiestufe und Regelungsdichte

Das im **Konkordatsreglement** geregelte Disziplinarrecht findet auf jeden strafrechtlichen Freiheitsentzug (Untersuchungs- oder Sicherheitshaft oder Unterbringung im Vollzug) Anwendung. Die Konkordatskantone haben (gemäss Art. 14) die Reglemente der Institutionen

¹⁵⁹ Einführungsgesetz zur Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung (EG JStPO; 251.300); Verordnung über die Organisation des Jugendheims Aarburg (253.371). Die NKVF hat das Jugendheim Aarburg besucht.

¹⁶⁰ Das FMJG regelt in Art. 16 den Einsatz von Zwangsmitteln, zählt diese konkret auf und hält fest, dass die im Gesundheitsgesetz aufgeführten medizinischen Zwangsmassnahmen in medizinisch geführten Institutionen vorbehalten bleiben. Zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit vgl. etwa Art. 40 VO über den Kindes- und Erwachsenenschutz des Kantons Wallis (211.250): Nach Abs. 1 muss jede sozialmedizinische Anstalt oder Heim i.S. Art. 382 ff. ZGB sowie jede für die FU geeignete Anstalt (Art. 426 ff. ZGB) bezeichnen: die Personen, welche die Bewegungsfreiheit einschränkende Massnahme anordnen, die verschiedenen Massnahmen, die Zeitpunkte der Überprüfung der Massnahme. Abs. 2 weist auf die subsidiäre Anwendung der Bestimmungen des Gesundheitsgesetzes über die Zwangsmassnahmen hin.

¹⁶¹ RClairière (F 1 50.24): Art. 15 (Lors de son admission: Fouille du mineur ainsi qu'à l'inventaire des espèces, valeurs, papiers et autres objets qui ne peuvent lui être laissés); Art. 25 (Des contrôles par prise d'urine peuvent être opérés par la direction; Art. 49 (Fouilles et inspection en tout temps, s'il existe de sérieuses raisons).

¹⁶² Art. 29 Abs. 1 des Westschweizer Konkordats lautet: Die eingeschlossenen oder geschlossen untergebrachten Jugendlichen haben das Recht, die als Verfehlungen gegen das Einrichtungsreglement eingestuftes Verhalten (d.h. die Disziplinarartbestände), die Art und Dauer der anwendbaren disziplinarischen Sanktionen (d.h. die Disziplinarstrafen und Vollzugsgrundsätze), die Sanktionsbehörde und den Beschwerdeweg zu kennen.

dem Konkordatsreglement angepasst bzw. neue verabschiedet, beispielsweise der Kanton Waadt mit dem **RDDMin-VD** (340.07.2) für „Aux Léchaies“ und der Kanton Genf mit dem **RClairière** (F 1 50.24) für „La Clairière“.

Dem sachlichen Geltungsbereich des Konkordatsreglements (d.h. für alle Arten von Freiheitsentzug) entsprechen auch das **Aargauer EG JStPO** (251.300) und das **bernische FMJG** (341.13). Die Regelungsdichte des Aargauer EG JStPO ist jedoch gering. Festgehalten sind für strafrechtlich Eingewiesene lediglich sieben Tage Arrest, während die anderen Disziplinarstrafen oder Disziplinarmaßnahmen durch Verordnung zu regeln sind. Diese finden sich zusammen mit den Disziplinarmaßnahmen für zivilrechtlich Eingewiesene in der **VO über die Organisation des Jugendheims Aarburg** (253.371). Demgegenüber ist das bernische FMJG ein Gesetz im formellen Sinne mit materiell ausführlichen Regelungen und bildet die Rechtsgrundlage für zivil- und strafrechtlich Eingewiesene.

Dem bernischen FMJG entspricht (fast wörtlich) die **VO betreffend verschiedene Einrichtungen für die Jugend (850.400) des Kantons Wallis**. Diese regelt – allerdings nur auf Verordnungsstufe (gestützt auf § 47^{bis} Abs. 3 Jugendgesetz; 850.4) – die Anordnung und Ausführung von freiheitsbeschränkenden Massnahmen während der jugendstrafrechtlichen oder kindeschutzrechtlichen Einweisung in sozialpädagogischen Einrichtungen.

Der Kanton **Zürich** normiert auf Gesetzesstufe (**StJVG** § 35b ff.; 331) das Disziplinarrecht für jugendstrafrechtlich Eingewiesene; Einzelheiten (namentlich das Verfahren) regelt die Verordnung (**JStV**; 322). Diese verweist wiederum (JStV § 34b) auf die sinngemässe Geltung der Justizvollzugsverordnung (**JVV**; 331.1), soweit nicht die Bestimmungen der JStV gelten. Die Rechtsgrundlage für zivilrechtlich Eingewiesene besteht darin, dass das **Gesetz über die Jugendheime und die Pflegekinderfürsorge** (§ 3a; 852.2) pauschal auf die strafrechtlichen Grundlagen verweist.

Das **JStVG** des Kantons **Basel-Stadt** hält in genereller Weise Disziplinarmaßnahmen im Zusammenhang mit der jugendstrafrechtlichen Unterbringung auf Gesetzesstufe fest (§ 15; 258.400). Auch diese Norm ist – wie beispielsweise diejenige des Aargauer EG JStPO – von geringer Regelungsdichte. Einzelheiten zum Disziplinarrecht für jugendstrafrechtlich Eingewiesene sind der Verordnung (**JVV**; 258.210) zu entnehmen. Diese enthält beim Arrest (§ 40) sowie bei strengen Disziplinarmaßnahmen (§ 83) Spezialvorschriften für Jugendliche. Für zivilrechtlich Eingewiesene finden sich im **KESG** (§ 11; 212.400) eine minimale Regelung der Disziplinar- und Sicherheitsmassnahmen sowie Einschränkungen der Bewegungsfreiheit.

Zusammenfassend ist bezüglich **Rechtsgrundlage für Disziplinar massnahmen bei der gemeinsamen Unterbringung straf- und zivilrechtlich Eingewiesener** Folgendes zu konstatieren:

In den lateinischen Kantonen bildet das Konkordatsreglement die Grundlage für strafrechtlich Eingewiesene; die Reglemente in den Konkordats einrichtungen gelten sowohl für straf- als auch für zivilrechtlich Eingewiesene.

In den untersuchten Kantonen der deutschen Schweiz ist festzustellen, dass die zivilrechtlichen Grundlagen entweder pauschal auf die strafrechtlichen (ZH) verweisen oder im Gesetz über den Kindes- und Erwachsenenschutz eine rudimentäre separate Regelung enthalten (BS). Eine weitere Regelungsmodalität besteht darin, dass die strafrechtlichen Grundlagen – materiell allerdings nicht detailliert – durch ein Gesetz im formellen Sinne festgehalten werden, die zivilrechtlichen Grundlagen jedoch nur auf Verordnungsstufe (AG).

Die Kantone BS, AG und ZH regeln das Disziplinarrecht für strafrechtliche Eingewiesene sowohl auf Gesetzes- als auch auf Verordnungsstufe. Ferner finden sich in jugendstrafrechtlichen Erlassen Verweise auf sinngemässe Anwendung von Bestimmungen des Erwachsenenstrafrechts¹⁶³ oder Erlasse des Erwachsenenstrafrechts statuieren, dass sie – vorbehaltlich abweichender Vorschriften – auch für Jugendliche gelten.¹⁶⁴ Das erschwert eine zuverlässige und rechtssichere Orientierung.

Die Lösung der einheitlichen Regelung in einem Gesetz im formellen Sinne, welche für beide Kategorien (d.h. zivil- und strafrechtlich Eingewiesene) die gleichen Regeln anwendbar erklären und darüber hinaus auch Sicherungs- und Zwangsmassnahmen normieren, hat bisher ausschliesslich der Kanton Bern mit dem FMJG gewählt.¹⁶⁵

b) Disziplinar tatbestände

Generell werden Verstösse gegen die Hausordnung oder gegen Anweisungen des Personals sowie Bedrohung bzw. Störung der Ordnung und Sicherheit der Einrichtung disziplinarisch sanktioniert. In den Regelungen der Kantone Basel-Stadt, Bern und Aargau muss solches Verhalten „schuldhaft“ sein. Als konkrete Disziplinar tatbestände nennen die Erlasse der untersuchten Kantone insbesondere

¹⁶³ Zum Beispiel BS: JStVG (258.400) § 13 Abs. 2; ZH: JStV (322) § 34b Abs. 1.

¹⁶⁴ Zum Beispiel ZH: StJVG (331) § 35b Abs. 2; AG: SMV (253.111) § 1 Abs. 2.

¹⁶⁵ Dazu 1. Teil, Abschnitt 4.3.

- Flucht oder Entweichung, teilweise Fluchtversuch bzw. Vorbereitungshandlungen oder Beihilfe dazu;
- Besitz bzw. Herstellung, Vermittlung von unerlaubten Gegenständen und Handel damit (insbesondere Waffen);
- Besitz bzw. Herstellung, Einfuhr, Konsum von Drogen und Alkohol und Handel damit sowie Medikamentenmissbrauch (Aarburg nennt explizit „massiver“ Suchtmittelkonsum; Tabakkonsum ist nirgends aufgeführt);
- Nichteinhalten von Urlaubsbedingungen;
- Arbeitsverweigerung;
- Verbale, körperliche, sexuelle Gewalt;
- Sachbeschädigung bzw. rechtswidrige Eingriffe in fremde Vermögenswerte;
- Unerlaubte Kommunikation mit Personen innerhalb und ausserhalb der Einrichtung bzw. Verwendung von unerlaubten Kommunikationsmitteln;
- Geld- oder Warenspiele (nur in BS).

Versuch, Anstiftung und Gehilfenschaft werden ebenfalls sanktioniert; ferner bleibt die strafrechtliche Verfolgung vorbehalten. Das Verbot der doppelten Strafverfolgung (*ne bis in idem*) greift nicht aufgrund der unterschiedlichen Ziele des Straf- und Disziplinarrechts.¹⁶⁶ Das FMJG sieht weitere in der Hausordnung zu nennende Disziplinarartatbestände vor (Art. 8; 341.13). In diesem Fall muss die Hausordnung von der Aufsichtsbehörde genehmigt werden. BS ist weniger streng, indem es „weiteres deliktisches oder ungebührliches Verhalten“ (§ 39; 258.210) kurzerhand unter die disziplinarisch zu sanktionierenden Pflichtverletzungen subsumiert.

¹⁶⁶ BRÄGGER, S. 132. Vgl. aber VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 123 BV, Rz. 2: „Disziplinarsanktionen mit überwiegendem Strafcharakter sind bei etwaiger Verhängung weiterer (Straf-)Massnahmen im Sinne des Grundsatzes „ne bis in idem“ zu berücksichtigen.“ Vgl. auch KÜNZLI/EUGSTER/VEERAKATTY, S. 10 f. m.w.H.: „Nicht abschliessend geklärt ist die Frage des Strafcharakters von Disziplinarsanktionen und damit die Anwendbarkeit der in Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 32 BV vorgesehenen spezifischen Verfahrensgarantien (insb. Verteidigungsrechte und Rechtsmittelgarantie). Das Bundesgericht hat bezugnehmend auf die vom EGMR entwickelten Kriterien nicht ausgeschlossen, dass aufgrund der Art und Schwere im Einzelfall eine Einstufung als Strafverfahren i.S.v. Art. 32 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK angezeigt ist. Unabhängig von dieser Qualifizierung werden Disziplinarsanktionen im Straf- und Massnahmenvollzug vor Bundesgericht im Verfahren der Beschwerde in Strafsachen behandelt.“ Im Ergebnis gleicher Meinung RIEDO, N 773, und BSK Strafrecht I – GÜRBER/HUG/SCHLÄFLI, Art. 16 N 3. KÜNZLI/EUGSTER/VEERAKATTY (S. 11) halten weiter fest, dass Einzelhaft als Disziplinarsanktion bzw. als Sicherheitsmassnahme die Haftbedingungen zwar erschwere, aber keinen Freiheitsentzug im eigentlichen Sinne darstelle. – Vgl. auch FN 192.

c) Disziplinarstrafen und Vollzugsgrundsätze

Die Verwarnung bzw. der mündliche oder schriftliche Verweis ist in den untersuchten Kantonen die mildeste Disziplinarstrafe. Der Kanton Zürich kennt die Verpflichtung zu gemeinnütziger Arbeit. Die meisten Strafen bestehen in der sozialen und räumlichen Isolierung der zu disziplinierenden Person, d.h. die Teilnahme an Gruppenaktivitäten wird beschränkt oder untersagt, Aussenkontakte werden sistiert, oder es wird ein Einschluss verfügt. Als konkrete Disziplinarstrafen nennen die Erlasse der untersuchten Kantone insbesondere

- Verweis
- Entzug oder Einschränkung der Freizeitaktivitäten, welche in der Institution angeboten werden (Dauer: bis zu einem Monat);
- Entzug oder Einschränkung von Vergünstigungen;
- Entzug oder Einschränkung der Nutzung von Geräten zur Kommunikation (Dauer: bis zu zwei Monaten);
- Entzug der Einschränkung der Aussenkontakte (Besuch, Urlaub, Telefonate, Korrespondenz; Dauer: bis zu zwei Monaten);
- Zellen- oder Zimmereinschluss (Dauer: eine Stunde bis zu sieben Tagen; BE kennt den „leichten Einschluss“ bis zu 21 Tagen, bei dem die Jugendlichen nur die Ruhe- und Freizeit in der Disziplinarabteilung verbringen);
- Strenger Einschluss (Arrest) bis zu sieben Tagen (gemäss Art. 16 Abs. 2 JStG).

AG hält auf Verordnungsebene (253.371) und im Pädagogischen Konzept des Jugendheims Aarburg lediglich in genereller Weise den „Entzug oder Einschränkung von Vergünstigungen“ fest (aus der nachfolgenden tabellarischen Übersicht [Pädagogisches Konzept, S. 42] geht hervor, dass es sich wohl um Entzug von bewilligten Ausgängen, bewilligten Urlauben, bewilligten Ferien handelt).

Das FMJG und das Pädagogische Konzept des Jugendheims Aarburg weisen explizit darauf hin, dass Körperstrafen nicht zulässig bzw. zu unterlassen seien. Das Konkordat untersagt menschenunwürdige, erniedrigende Handlungen, wie z.B. Körperstrafen, Nahrungsentzug oder Kontaktabbruch zur Familie, ebenso Kollektivstrafen. Letztere sind auch gemäss FMJG unzulässig. Weiter darf nach FMJG der Besuch von Familienangehörigen nur eingeschränkt werden, wenn die disziplinarische Widerhandlung in engem Zusammenhang mit dem Be-

such steht. Damit wird indirekt auf Art. 16 Abs. 1 JStG Bezug genommen, wonach sich die Regelung des persönlichen Verkehrs nach Art. 273 ff. ZGB richtet.¹⁶⁷

Das Konkordatsreglement, das FMJG, das baselstädtische KESG, das Pädagogische Konzept des Jugendheims Aarburg (S. 41) halten die **Verhältnismässigkeit und Subsidiarität** fest.

Disziplinarische Sanktionen dürfen (wie im Erwachsenenstrafrecht) nur dann ausgesprochen werden, „wenn die ordentlichen (pädagogischen) Mittel des Aufsichtspersonals, wie namentlich der Betreuung und Führung sowie der Einflussnahme auf den Gefangenen nicht mehr ausreichen, um die Anstaltsordnung aufrecht zu erhalten.“¹⁶⁸ Disziplinar massnahmen erfüllen – neben der Aufrechterhaltung eines geordneten Betriebs – auch eine pädagogische Aufgabe, indem durch die Androhung bzw. Durchführung von Sanktionen die Jugendlichen zu einem regelkonformen Verhalten angehalten werden sollen.¹⁶⁹

Nach FMJG darf die Anwendung von freiheitsbeschränkenden Massnahmen den Jugendlichen **nicht gefährden** (Art. 18 Abs. 1); die Mitarbeitenden werden für die Durchführung solcher Massnahmen **ausgebildet** (Art. 7).

Alle untersuchten Erlasse sehen vor, dass mehrere **Disziplinar massnahmen miteinander verbunden** werden können, beispielsweise – im Jugendheim Aarburg – der leichte und strenge Einschluss mit Vergünstigungsentzug. Eine Kumulation von Sanktionen erachtet BRÄGGER (im Erwachsenenstrafrecht) als „grundsätzlich zulässig“, allerdings könne eine länger dauernde Beschränkung des Aussenkontakts verbunden mit einem Medienentzug von Medienentzug wohl kaum grundrechtskonform ausgelegt werden.¹⁷⁰

Disziplinar massnahmen müssen in einem Gesetz im formellen Sinn mit einem gewissen Konkretisierungs- und Detaillierungsgrad genannt werden. Eine generelle Ermächtigung – etwa im baselstädtischen JStVG – für die Leitung der Vollzugseinrichtung, Disziplinar massnahmen zu verfügen, welche in die persönliche Freiheit eingreifen (§ 15 Abs. 1; 258.400), genügt unseres Erachtens nicht. Der Zusatz (§ 2), wonach bei Disziplinar massnahmen, welche „erheblich in die persönliche Freiheit der Person eingreift“, die Leitung umgehend nach Anordnung die Einwilligung der Vollzugsbehörde einholt (zwingend bei Einschliessung von mehr als 24 Stunden oder einer mehr als siebentägigen time-out-Platzierung), schränkt zwar

¹⁶⁷ Dazu 1. Teil, Abschnitt 3.2.

¹⁶⁸ BRÄGGER, S. 132.

¹⁶⁹ Zum Verhältnis Disziplin und Pädagogik siehe 2. Teil, Abschnitt 2.

¹⁷⁰ BRÄGGER, S. 131.

diese Ermächtigung etwas ein, lässt aber die konkreten Massnahmen weiterhin offen. Die generalklauselartige Formulierung der Disziplinar-massnahmen verletzt Art. 36 Abs. 1 BV, wonach schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten im Gesetz selbst vorgesehen sein müssen.

Sicherungsmassnahmen und Zwangsmittel sowie deren Einsatz und Durchführung werden zusammen mit den Disziplinar-massnahmen nur im FMJG klar normiert. Sicherungsmassnahmen und Zwangsmittel, die in Institutionen angewendet werden dürfen, sollten zusammen mit dem Disziplinarwesen im gleichen Gesetz behandelt werden. ZH macht das in genereller Weise, indem es die Anwendung von „physischem oder anderem unmittelbar wirksamem Zwang“ als „Sicherheits- und Schutzmassnahme“ (§ 23; 331) gestattet, ohne jedoch die Zwangsmittel explizit zu nennen.

d) Zuständige Stelle für die Anordnung von Disziplinar-massnahmen

In den untersuchten Erlassen ist überall die Leitung der Einrichtung für die Anordnung von Disziplinar-massnahmen zuständig. HOLDEREGGER begrüsst diese Befugnis: Aufgrund der Tatsache, dass die Vollzugsorgane (d.h. die Institutionen) „den Alltag mit all seinen Unwägbarkeiten bewältigen müssen“, müssten sie unvorhergesehene Situationen angemessen und mit „adäquaten Handlungsstrategien“ beantworten können. Das umfasse auch die Verhängung einer Disziplinar-massnahme als „selbständige Befugnis des Vollzugsorgans“.¹⁷¹

Richtet sich der Verstoss direkt gegen die Leitung, obliegt nach FMJG (Art. 10 Abs. 2) der zuständigen Stelle der Direktion, deren Aufsicht die Institution untersteht, die Disziplinargewalt. Das Konkordatsreglement nennt neben der Direktion der Einrichtung auch die im kantonalen Recht vorgesehene Verwaltungsbehörde. In AG können – ausser die Arreststrafe – die Anordnung von Disziplinar-massnahmen in einem Reglement an die Mitarbeitenden der Institution (Gruppenleiterin, Ausbildungsleiter, Erziehungsleiterin) delegiert werden (§ 13 Abs. 2^{bis}; 253.371).

e) Verfahren und Rechtsmittel

Das Konkordatsreglement und das FMJG normieren das Verfahren detailliert, ebenso BS und ZH. Die beiden Kantone regeln das Verfahren sowohl auf Gesetzes- als auch auf Ver-

¹⁷¹ HOLDEREGGER, N 696, 723.

ordnungsstufe: Im baselstädtischen JStVG (§15; 258.400) findet sich nur die Zuständigkeit der Leitung zur Verfügung von Disziplinarmaßnahmen. Das Verfahren (Abklärung des Sachverhalts, Gewährung des rechtlichen Gehörs, Schriftlichkeit und explizite Bezeichnung der Verfügung als solcher, Begründung, Rechtsmittelbelehrung, mündliche Eröffnung, unterschriebene Bestätigung des Empfangs) ist in der JVV (§ 39⁹); festgehalten. ZH regelt die Disziplinargrundsätze und die konkreten Sanktionen im Gesetz (§ 35a ff.; 331). Die Verordnung (§ 34a ff.; 322) enthält das Verfahren mit ungefähr gleicher Regelungsdichte wie der Kanton BS sowie eine Verjährungsbestimmung. Im Kanton AG ist als verfahrensrechtliche Vorschrift nur die Gewährung des rechtlichen Gehörs garantiert (§ 76¹; 253.111).

Die angeordnete Disziplinarmaßnahme wird als **Verfügung** eröffnet¹⁷² und dem betroffenen Jugendlichen das **rechtliche Gehör** gewährt.

Für freiheitsbeschränkende Massnahmen besteht eine **Dokumentations- und Berichtspflicht**.¹⁷³ Diese wird jedoch nur im FMJG klar geregelt.¹⁷⁴ Das Pädagogische Konzept des Jugendheims Aarburg (S. 44) hält lediglich fest, dass „während der Einschliessung (...) ein Journal geführt“ wird. Im Konkordatsreglement und in den Erlassen von ZH und BS findet sich keine explizite Verpflichtung, freiheitsbeschränkende Massnahmen zu dokumentieren. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die Institutionen die Disziplinarmaßnahmen – zumindest die strengen – dokumentieren. Die NKVF hat bei ihren Besuchen jeweils die diesbezüglichen Dokumente zur Einsicht gefordert.

BRÄGGER betont die Wichtigkeit des **Rechtsschutzes**: „Disziplinarsanktionen beschränken die im Freiheitsentzug bereits ohnehin stark eingeschränkten Grundrechte, insbesondere der persönlichen Freiheit, noch zusätzlich. Deshalb kommt dem Rechtsschutz der dem besonderen Rechtsverhältnis unterstellten Eingewiesenen eine äusserst wichtige Bedeutung zu.“¹⁷⁵

¹⁷² Nach Art. 8 Abs. 5 Konkordatsreglement muss die Verfügung mindestens folgende Elemente enthalten: eine Sachverhaltsdarstellung, die ihr zugrundeliegenden gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen, eine kurze Begründung, die Angabe der Art der ausgesprochenen Strafe, notwendig falls die Angabe des Strafmasses, gegebenenfalls die Angabe der bedingten Strafe, der Bewährungsfrist und der Bedingungen zu deren Widerruf, die Angabe der Fristen und Rechtsmittel. Nach Art. 8 Abs. 4 stellt die Direktion in jedem Fall sicher, dass die minderjährige Person den Inhalt der Verfügung verstanden hat.

¹⁷³ Vgl. etwa für die disziplinarischen Massnahmen: Regeln der Vereinten Nationen für den Schutz von Jugendlichen, denen die Freiheit entzogen wurde (Havanna Rules), Ziffer 70 (zu den Havanna Rules FN 13).

¹⁷⁴ Nach Art. 19 FMJG muss die Dokumentation mindestens folgende Punkte festhalten: den Zeitpunkt des Ereignisses, die Umschreibung des Sachverhalts und die Stellungnahme der oder des Jugendlichen, die ausgesprochene Massnahme und den Zeitpunkt des Vollzugs sowie besondere Vorkommnisse und Anordnungen. Ferner ist die periodische Berichterstattung über die angeordneten freiheitsbeschränkenden Massnahmen an die zuständige Stelle der Direktion, deren Aufsicht die Institution untersteht, vorgesehen.

¹⁷⁵ BRÄGGER, S. 136.

Die untersuchten Erlasse sehen ein zweistufiges kantonales **Rechtsmittelverfahren** vor. Die Verfügung der Institutionsleitung wird in erster Instanz verwaltungsintern überprüft; anschliessend ist ein Weiterzug ein kantonales Gericht möglich. Das garantiert eine unabhängige richterliche Überprüfung und vermeidet mögliche Konflikte mit Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹⁷⁶ Dieser Rechtsschutz wird dadurch eingeschränkt, dass nicht alle verfügbaren Disziplinar massnahmen angefochten werden können: Das Pädagogische Konzept des Jugendheims Aarburg (AG) sieht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur bei einer Arreststrafe von mehr als 10 Tagen (!) vor, in den übrigen Fällen entscheidet das Departement Volkswirtschaft und Inneres abschliessend.¹⁷⁷ In BS ist die Beschwerde beim Jugendgericht nur möglich bei „Disziplinar massnahmen, welche erheblich in die persönliche Freiheit (...) eingreifen“ (§ 15 Abs. 2; 258.400), und ZH hält fest, dass „vorwiegend pädagogische Massnahmen von geringer Schwere oder Bedeutung nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden können“ (§ 35b Abs. 3; 331).

Das FMJG sieht den Versuch einer **gütlichen Einigung** vor, indem Aufsichtsinstanz die Stellungnahme der Vorinstanz (d.h. der Institution) einholt und den Jugendlichen oder die Jugendliche persönlich anhören kann (die Anhörung ist als „kann-Bestimmung“ formuliert und liegt damit im Ermessen der Aufsichtsinstanz).

Die **Beschwerdefrist** variiert zwischen drei Tagen (AG), fünf Tagen (Konkordatsreglement) und zehn Tagen (BE, ZH). Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung, ausser beim Vorliegen von „wichtigen Gründen“ (BE) bzw. „nur auf ausdrückliche Anordnung des Chefs der Abteilung Strafrecht“ (AG). Das Konkordatsreglement sieht ein kostenloses Verfahren vor – vorbehältlich missbräuchlicher Beschwerden – und die unentgeltliche Rechtspflege nach den Bestimmungen des Standortkantons.

4.5. Institutionsregelungen über freiheitsentziehende Massnahmen im Licht der internationalen Richtlinien, insb. der Empfehlung Rec(2008)11

Nachfolgend wird anhand von Beispielen der Frage nachgegangen, inwieweit in der Schweiz vom (insbesondere kantonalen) Gesetzgeber und von den Institutionen internationale Verträge und einschlägige Richtlinien thematisiert werden und eine Auseinandersetzung über ihre Umsetzung im eigenen Bereich bzw. in der einzelnen Institution stattfindet.

¹⁷⁶ BRÄGGER, S. 137.

¹⁷⁷ Pädagogisches Konzept, S. 43. Die Arreststrafe „von mehr als 10 Tagen“ widerspricht Art. 16 Abs. 2 JStG, wonach im Vollzug einer disziplinarischen Massnahme der Jugendliche ausnahmsweise und nicht länger als sieben Tage ununterbrochen von den andern Jugendlichen getrennt werden darf. Sie widerspricht auch der VO über die Organisation des Jugendheims Aarburg (253.371), die in § 3 Abs. 2 lit. e „leichter und strenger Arrest bis 7 Tage“ vorsieht.

Auf der Ebene des Gesetzgebers

In den meisten Fällen nehmen die anwendbaren Gesetze in ihren Präambeln Bezug auf die schweizerische Bundesverfassung und die zugrundeliegenden Bundes- und kantonalen Gesetze. Soweit ersichtlich nehmen nur wenige Verordnungen ausdrücklich Bezug auf internationale Richtlinien. So stützen sich etwa das Reglement des Kantons Genf über das Jugendheim „La Clairière“ (F 1 50.24). u.a. ausdrücklich auf die Havanna-Regeln, das Westschweizer Konkordat auf die UN-KRK sowie die Havanna-Regeln, das Konkordatsreglement auf die Empfehlung Rec(2008)11. Bezüglich dieser Empfehlung ist zwar festzustellen, dass sie noch relativ jung ist und die für eine allfällige Integration in kantonale Gesetze zur Verfügung stehende Zeit nicht allzu lang war (die ersten offensichtlich von der Empfehlung inspirierten Gesetze und Verordnungen wurden 2012 und 2013 in Kraft gesetzt).

Inwieweit beim Gesetzgeber eine inhaltliche Auseinandersetzung mit internationalen Konventionen und Richtlinien stattgefunden hat und stattfindet, kann im Rahmen dieser Arbeit nur punktuell festgestellt werden. Wo – wie zum Beispiel im Kanton Bern (FMJG) – ganz neue Gesetze im Bereich der freiheitsbeschränkenden Massnahmen geschaffen wurden, ist jedoch davon auszugehen, dass diese Richtlinien mindestens teilweise eingeflossen sind, v.a. bezüglich Schaffung eines Gesetzes im formellen Sinn, Schaffung eines eigenen Gesetzes für Jugendliche, Unterscheidung zwischen Disziplinar- und Sicherungsmassnahmen und Zwangsmittel.

Im Bereich der freiheitsentziehenden Sanktionen und Massnahmen im Vollzug von straf- und kindesschutzrechtlichen Strafen und Massnahmen ist zu beobachten, dass diese in verschiedenen Kantonen noch unvollständig – zum Teil rudimentär – gesetzlich geregelt sind, insbesondere im Bereich von Durchsuchungen, der Anwendung körperlichen Zwangs sowie von Sicherungsmassnahmen (wie z.B. die isolierende Einschliessung oder die Verlegung in eine andere Institution). Im Bereich der Disziplinar-massnahmen haben in den letzten Jahren einige Kantone gesetzliche Regelungen geschaffen, wohl auch ausgelöst durch das Schreiben von Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf vom 15. Januar 2008¹⁷⁸, welches die Kantone aufforderte, im Bereich der Anordnung von Disziplinar- und Sicherheitsmassnahmen gesetzliche Grundlagen zu schaffen, die den verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben genügen.

Es erscheint uns wichtig und unumgänglich, dass sich die Kantone im Zusammenhang mit ihrer legislativen und Aufsichtstätigkeit aktiv und systematisch mit den anwendbaren internationalen Konventionen und Richtlinien auseinandersetzen und sie adäquat berücksichtigen.

¹⁷⁸ FN 148.

Als mögliche Gründe für die diesbezüglich festzustellende Zurückhaltung des schweizerischen Gesetzgebers nennt WEIDKUHN a) dass bereits das frühere Jugendstrafrecht als weitgehend mit internationalen Standards kompatibel betrachtet wurde, b) dass die Schweiz sich allgemein als im Einklang mit internationalen Menschenrechtsregeln wähnte, c) dass dem Festhalten am bereits Erprobten bewusst Vorrang vor allen anderen Erwägungen eingeräumt werden wollte.¹⁷⁹

Auf der Ebene der Institutionen

Die Vorgaben der Empfehlung Rec(2008)11 bezüglich der Regelungen und Konzepten von Einrichtungen hinsichtlich der Themen „Sicherheit und Ordnung“ sind im Wesentlichen die folgenden:

- a) Aufrechterhaltung der Ordnung im Wesentlichen durch Schaffung eines sicheren und geschützten Umfelds (88.1.)
- b) Die Bediensteten müssen in Bezug auf Sicherheit und Ordnung dynamische Ansätze entwickeln, was positive Beziehungen zu den Jugendlichen in der Einrichtung voraussetzt (88.3.)
- c) In Bezug auf die Durchsuchung (von Personen und Räumen) sind ausführliche Handlungsanweisungen auszuarbeiten (89.1)
- d) Zur Anwendung von Gewalt gegen Jugendliche müssen ausführliche Handlungsanweisungen vorliegen (90.4.)
- e) Die Trennung (abgesonderte Unterbringung in der gleichen Institution) aus Gründen der Sicherheit und Ordnung (besondere Sicherheitsmassnahme) ist nur in absoluten Ausnahmefällen und aufgrund von eindeutigen Verfahrensvorschriften des innerstaatlichen Rechts von der zuständigen Behörde zu entscheiden (93.1.)
- f) Disziplinarmaßnahmen sind als letztes Mittel einzusetzen (94.1.)
- g) Das innerstaatliche Recht bestimmt die Handlungen und Unterlassungen, welche disziplinarische Pflichtverstösse darstellen, die in Disziplinarsachen einzuhaltenden Verfahren, die Art und Dauer von Disziplinarmaßnahmen, die verhängt werden können, die hierfür zuständigen Stellen und das Beschwerdeverfahren (94.3)
- h) Einzelhaft in einer Strafzelle darf gegen Jugendliche nicht verhängt werden (95.3.). Die getrennte Unterbringung von anderen Gefangenen als Disziplinarmaßnahme darf nur in Ausnahmefällen und für einen möglichst kurzen Zeitraum verhängt werden, wenn andere Sanktionen wirkungslos sind. Angemessene zwischenmenschliche

¹⁷⁹ WEIDKUHN, S. 258.

Kontakte sind sicherzustellen, Zugang zu Lektüre zu garantieren und täglich mindestens eine Stunde Bewegung im Freien anzubieten, wenn es die Witterung zulässt (95.4)

Im Folgenden diskutieren wir anhand dreier Einrichtungen, in deren Hausordnungen wir Einsicht nehmen durften, die Übereinstimmung mit diesen Punkten. Als Vorbemerkung ist festzuhalten, dass nicht nur die Behörden und der Gesetzgeber gehalten sind, sich mit den Richtlinien des Europarats zu beschäftigen und sich in der Umsetzung der Gesetzgebung und der Praxis daran zu orientieren, sondern auch die Einrichtungen selbst, in denen die Jugendlichen untergebracht sind. Da es sich bei solchen Richtlinien stets um „soft law“ handelt, ist deren Thematisierung und Umsetzung aus Sicht der Einrichtungen gewissermassen freiwillig, bietet jedoch aufgrund ihres universellen Charakters und des eingeflossenen Fachwissens vieler Staaten grosse Chancen für die Weiterentwicklung von Institutionen und die Arbeit mit eingewiesenen Jugendlichen.

Jugendheim Aarburg: Das Disziplinarwesen im Jugendheim Aarburg wird grundsätzlich durch eine kantonale Verordnung (253.371) geregelt, welche allerdings nur die Disziplinarbefugnis und die Sanktionen (einschliesslich strengem Arrest bis zu sieben Tagen) sowie das Verfahren und die Rechtsmittel regelt. Insbesondere die Disziplinarstraftatbestände werden nicht geregelt. Das Reglement beschreibt in etwa gleich ausführlich pädagogische wie disziplinarische Mittel, wobei die letzteren ausdrücklich mit dem hohen Anteil an strafrechtlich Eingewiesenen begründet werden (80%). Hier zeigt sich, dass sich im gemischten Vollzug das Disziplinarwesen an den jugendstrafrechtlich Unterbrachten orientiert, was unter Umständen problematisch sein kann. Bezüglich der Sanktionen hält sich das Konzept eng an die gesetzliche Vorgabe. Zusätzlich zur kantonalen Organisationsverordnung regelt das Pädagogische Konzept sodann die konkreten Verstösse, welche zu Disziplinar massnahmen führen können. Ausführlich wird der Einschluss in den Isolierzimmern der Gruppe und im Einschlusszimmer der Disziplinarabteilung geregelt. Die Einschliessung als Schutzmassnahme (bei Toben, Selbst- und Fremdgefährdung) wird ebenfalls geregelt, jedoch auch unter dem Titel „Disziplinarreglement“.

Das Jugendheim hat das Disziplinarreglement in das Pädagogische Konzept integriert.

Aufgrund der uns vorliegenden Unterlagen sind die eingangs erwähnten Erfordernisse der Grundsätze wie folgt erfüllt:

a, b: nicht beurteilbar (Pädagogisches Konzept macht keine konkrete Aussage)

c, d, e: nicht (vollständig) umgesetzt

f, g: reglementarisch umgesetzt (f: aufgrund des letzten Besuchsberichts der NKVF stellt sich die Frage, ob dies in der Praxis wirklich so gehandhabt wird)

h: nicht umgesetzt (strenger Einschluss bis sieben Tage möglich)

Das Pädagogische Konzept des Jugendheims Aarburg führt im Kapitel 13 „Disziplinarreglement“ zunächst pädagogische und danach disziplinarische Mittel auf. Damit werden – in sprachlicher und systematischer Hinsicht – disziplinarische und pädagogische Massnahmen vermischt und unter dem Titel „Disziplinarreglement“ abgehandelt. Diese Vermischung ist insofern kritisch zu bewerten, als nach klar überwiegendem heutigem Verständnis Disziplinar(straf)massnahmen das ultimative Mittel sind. Diesem Mittel sind ausgleichende Konfliktlösung und pädagogische Massnahmen vorzuziehen.¹⁸⁰ Die pädagogische Grundhaltung der Institution wird im Kapitel 9 „Grundhaltungen“ zwar vorgestellt, jedoch fehlen Ausführungen zum Verhältnis zwischen pädagogischen und disziplinarischen Massnahmen.

Jugendheim Lory (Grundlagen: Hausordnung, Pädagogisches Kurzkonzept):

Für das Jugendheim Lory ist das Gesetz über die freiheitsentziehenden Massnahmen des Kantons Bern (FMJG) anwendbar, welcher als einziger Kanton freiheitsentziehende Massnahmen in einem differenzierten eigenen Gesetz (im formellen Sinn) regelt. Demgegenüber ist das Disziplinarwesen in der derzeit anwendbaren Hausordnung der Institution lediglich rudimentär geregelt. Stattdessen wird auf das anwendbare Gesetz verwiesen. Die Hausordnung listet weder Disziplinarfehler noch Art und Dauer der Sanktionen/Massnahmen auf. Das Verfahren ist unvollständig erklärt (keine Beschwerdefrist). Das pädagogische Kurzkonzept äussert sich nicht zur Einbettung des Disziplinarwesens in den pädagogischen Kontext. Es finden sich keine Ausführungen zur Durchsuchung von Personen / Räumen und zur Anwendung von Zwangsmitteln.

Aufgrund der uns vorliegenden Unterlagen sind die (ausgewählten) Erfordernisse des Empfehlung Rec(2008)11 wie folgt erfüllt bzw. thematisiert.

a: nicht beurteilbar

b: ansatzweise erfüllt

c, d: nicht umgesetzt

e: nicht umgesetzt

¹⁸⁰ Vgl. etwa Empfehlung Rec(2008)11, Ziff. 94.1 ff.

f, h: nicht umgesetzt (strenger Einschluss bis 7 Tage möglich; keine Regelung von Einschluss als Sicherheitsmassnahme)

g: reglementarisch nicht umgesetzt (Hausordnung)

In den pädagogischen Grundsätzen (Ziffer 7 der Kurzfassung des pädagogischen Konzepts) fehlen Ausführungen über das Verhältnis zwischen pädagogischen und disziplinarischen Massnahmen gänzlich. In der Hausordnung werden unter dem Titel „Disziplinarwesen“ zunächst „interne Sanktionen“¹⁸¹ ausschliesslich an Verstösse „gegen ein gültiges schweizerisches oder kantonales Recht oder gegen eine interne Bestimmung“ geknüpft. Als Sanktionen werden erstens „pädagogische Sanktionen“¹⁸² erwähnt und zweitens der „Einschluss“.¹⁸³ Auch hier zeigt sich eine Vermischung von pädagogischen und disziplinarstrafrechtlichen Überlegungen, welche aufgrund der gewählten Systematik und der Verwendung unscharfer Begriffe zumindest den Eindruck aufkommen lässt, dass der Unterscheidung hinsichtlich Einsatz und Funktionalität wenig Aufmerksamkeit geschenkt wurde. Obwohl im übrigen bezüglich dem Disziplinarwesen ausdrücklich auf das bereits erwähnte Berner FMJG verwiesen wird, findet dieses Gesetz in der Detailregelung der Hausordnung danach praktisch keinen Niederschlag.¹⁸⁴

La Clairière (Grundlagen: Verordnung, Konzept): Aufgrund der uns vorliegenden Unterlagen sind die (ausgewählten) Erfordernisse des Empfehlung Rec(2008)11 wie folgt erfüllt

a: nicht beurteilbar

b: ansatzweise erfüllt

c, d: nicht umgesetzt

e: nicht umgesetzt

f, h: nicht umgesetzt (strenger Einschluss bis 7 Tage möglich; keine Regelung von Einschluss als Sicherheitsmassnahme)

g: reglementarisch nicht umgesetzt (Hausordnung)

Der Staatsrat des Kantons Genf hat mit dem Règlement du centre éducatif de détention et d'observation de La Clairière (F 1 50.24) eine Verordnung erlassen, welche auch ein ausführliches und detailliertes Kapitel über Disziplinar-massnahmen enthält. Es fragt sich, ob die Festlegung des Disziplinarstrafwesens durch den kantonalen Gesetzgeber in diesem hohen

¹⁸¹ Ein neuer Begriff mit unklarer Bedeutung.

¹⁸² Worunter folgende Unter-Sanktionen fallen: Sanktionen im Jugendlichenbeurteilungssystem (JUBS), Entzug von Vergünstigungen, Arbeitsleistung zugunsten des Heimes.

¹⁸³ Leichter Einschluss von 1 Tag bis 3 Wochen, strenger Einschluss von 1 bis 7 Tagen.

¹⁸⁴ Es wurden nach Inkrafttreten des FMJG offensichtlich lediglich zwei kleine Änderungen angebracht und die Regelung des Disziplinarwesens im übrigen unverändert belassen.

Detailierungsgrad sinnvoll ist.¹⁸⁵ Der eigene Regelungsspielraum für die Institution ist jedenfalls nicht mehr gross. Die Sicherungs- und Zwangsmassnahmen werden im übrigen im Gegensatz zu den Disziplinar-massnahmen nur ansatzweise und unsystematisch geregelt.

Hervorstechend ist der überdurchschnittlich lange Katalog von Verhaltensweisen, welche zu disziplinarischen Massnahmen führen können. Eine spezielle Regelung besteht darin, dass Einschlüsse in die eigene oder eine Isolationszelle von mehr als zwei Tagen (bis sieben Tagen) nicht von der Institutionsleitung, sondern ausschliesslich vom Direktor des kantonalen Strafvollzugsamts verfügt werden können. Allenfalls trägt diese Regelung dazu bei, dass längere Einschlüsse (über zwei Tage) die Ausnahme bleiben. Dem Bericht der NKVF ist zu entnehmen, dass im Jahr 2014 kein Einschluss länger als vier Tage dauerte und dass dies nicht oft vorkam. Trotzdem ist darauf hinzuweisen, dass gemäss der Empfehlung Rec(2008)11 der isolierende Einschluss aus disziplinarischen Gründen grundsätzlich nicht gestattet sein sollte.

Das Verfahren ist hingegen klar und vollständig geregelt.

Abschliessend ist zu resümieren, dass die Institution selber einen äusserst kleinen Spielraum in der Gestaltung der Regelung des Disziplinarwesens hat, weil die Verordnung dieses mit hohem Detaillierungsanspruch ziemlich abschliessend regelt.

Fazit: Der – selbstverständlich nicht repräsentative – Überblick lässt die Vermutung zu, dass in den Einrichtungen eine Auseinandersetzung mit internationalen Richtlinien über den Umgang mit Jugendlichen im Freiheitsentzug nicht in nennenswertem Ausmass stattfindet. Bestätigt wird dieser Eindruck durch zwei ausführliche telefonische Interviews, welche der Co-Autor dieses Gutachtens mit Vertretern der Erziehungsleitung des Jugendheime Prêles und Aarburg¹⁸⁶ geführt hat. Die Empfehlung Rec(2008)11 wurde von den Vertretern zwar als bekannt bezeichnet, jedoch habe bei den Leitungen und Mitarbeitenden ihrer Einrichtungen bisher keine vertiefte Auseinandersetzung damit stattgefunden.

¹⁸⁵ Das Konkordatsreglement verpflichtet die Einrichtungen zum Erlass entsprechender Regelungen, welche dann auch flexibler entlang geänderter Rahmenbedingungen angepasst werden können.

¹⁸⁶ Telefonat vom 17.4.2015 mit dem Erziehungsleiter des Jugendheims Aarburg; Telefonat vom 31.3.2015 mit dem stellvertretenden Erziehungsleiter des Jugendheims Prêles.

2. Teil: Disziplinar- und Sanktionsrecht im Licht der grund- und kinderrechtlichen Vorgaben

1. Kritikpunkte im Bereich der freiheitsbeschränkenden Massnahmen

Oberste Leitmaxime allen Handelns für das Kind und mit ihm zusammen bildet das Kindeswohl. Diese Leitmaxime ergibt sich – neben Art. 3 UN-KRK – aus Art. 11 BV, wonach Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung haben.¹⁸⁷ Nicht nur im zivilrechtlichen Kinderschutz (Art. 307 Abs. 1 ZGB), sondern auch im Jugendstrafrecht sind Schutz und Erziehung – unter Berücksichtigung der Lebens- und Familienverhältnissen sowie der Entwicklung seiner Persönlichkeit – wegleitend (Art. 2 JStG; vgl. 1. Teil, Abschnitt 3.1.). Diese Grundsätze sollten nicht nur das Jugendstrafrecht, sondern auch das Disziplinarrecht prägen. Im Folgenden gehen wir auf einige ausgewählte Aspekte der freiheitsbeschränkenden Massnahmen ein, die uns besonders problematisch erscheinen. Dabei geht es nicht darum, das freiheitsbeschränkende Disziplinarwesen im Grundsatz zu kritisieren oder gar abschaffen zu wollen, sondern die Art und Weise, wie im Einzelfall und in rechtlicher und pädagogischer Hinsicht damit umgegangen wird.

1.1. Zur Isolierung und Separierung

Wie vorne¹⁸⁸ aufgezeigt, bestehen insbesondere in Bezug auf die einschneidendsten Massnahmen und Sanktionen eine grosse Bandbreite von Regelungen und Praxen. Die Abgrenzung zwischen disziplinarischen und schützenden bzw. sichernden Massnahmen erfolgt – mit ganz wenigen Ausnahmen – nicht oder ist diffus. Bezüglich des Arrests (auch als Isolation oder strenger Einschluss bezeichnet) hält die Empfehlung Rec(2008)11 fest, dass „Einzelhaft in einer Strafzelle¹⁸⁹ nicht verhängt werden dürfe (Ziffer 91.3). Gleichzeitig wird die Unterbringung in einer Einzelzelle zur Beruhigung bis maximal 24 Stunden als Zwangsmittel in Ausnahmefälle vorgesehen (Ziffer 91.4). Und – wiederum aus disziplinarischen Gründen – wird die getrennte Unterbringung von anderen Gefangenen (im englischen Originaltext: segregation) in Ausnahmefällen als zulässig erklärt, wenn andere Sanktionen wirkungslos seien, wobei die Trennung nicht absolut sei und insbesondere menschliche Kontakte, Zugang zu Lesematerial und ein mindestens einstündiger Ausgang an der frischen Luft gewährleistet sein müssten. Verwiesen wird dabei auch auf mögliche Traumatisierungen, die von Isolati-

¹⁸⁷ Dazu 1. Teil, Abschnitt 1.2.

¹⁸⁸ 1. Teil, Abschnitt 4.

¹⁸⁹ In einer Fussnote bezeichnet die Empfehlung die Strafzelle als Zelle, die nur mit Betonblöcken als Schlaf- und Sitzgelegenheit ausgestattet ist.

onsmassnahmen ausgehen können. Diese relativ differenzierten Rahmenbedingungen kontrastieren mit einer rudimentären Regelung in der Schweiz, welche den ununterbrochenen Arrest in der Regel auf sieben Tage begrenzt, jedoch (mit Ausnahme des Berner FMJG) keine weiteren Unterscheidungen, insbesondere hinsichtlich Disziplinar- und Sicherungscharakter, vornimmt. Auch über die Ausgestaltung der Räume für den Arrest finden sich kaum Überlegungen und Vorgaben. Ebenso fehlt eine Regelung, wie oft hintereinander und in welcher Frequenz (Drehtüreffekt) Arreststrafen verhängt werden dürfen.

Eine ungelöste Frage ist auch diejenige des **(Grund-)Schulbesuchs während des Arrests**. Nach Art. 62 Abs. 2 BV haben die Kantone für einen ausreichenden Grundschulunterricht zu sorgen, der allen Kindern offen steht. Vor allem wiederholt angeordnete Einschlüsse verhindern eine regelmässige Beschulung der Jugendlichen. Damit wird unseres Erachtens der Bildungsauftrag nicht ordnungsgemäss wahrgenommen und das Diskriminierungsverbot verletzt (Art. 2 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 lit. a UN-KRK). Die Grundsätze, die beim disziplinarischen Schulausschluss eines Kindes, das nicht in einer geschlossenen Einrichtung untergebracht ist – Beachtung von Art. 36 BV und Schulausschluss nur als ultima ratio – müssen auch für von strengen Disziplinarmaßnahmen betroffene Jugendliche in Institutionen gelten.¹⁹⁰

1.2. Rechtsschutz

Die Beschwerdemöglichkeiten im Rahmen freiheitsentziehender Massnahmen sind im Grundsatz und in der konkreten Ausgestaltung – wie vorne aufgezeigt – unterschiedlich geregelt, namentlich hinsichtlich der Definition anfechtungsfähiger Massnahmen / Sanktionen und Beschwerdefristen.¹⁹¹ Es erscheint uns – namentlich unter dem Aspekt der Rechtssicherheit – unabdingbar, dass durch eine Vereinheitlichung der Rechtsgrundlagen in den Kantonen diese Unterschiede möglichst beseitigt werden. Die Beschwerdefristen sind dabei auf mindestens zehn Tage anzusetzen. Fünf- oder gar dreitägige Fristen erscheinen vor allem deshalb als viel zu kurz, weil sich die betroffenen Jugendlichen diesbezüglich auch beraten lassen dürfen, was in der Regel frühestens nach Beendigung der Massnahme möglich ist und sich oft um weitere Tage verzögert.

Was die nach geltendem schweizerischem Recht zulässige Disziplinar-massnahme der Isolation anbetrifft, betrachten GÜRBER/HUG/SCHLÄFLI diese – auch im Rahmen einer geschlossenen Unterbringung – als Freiheitsentzug, welcher die Anwendbarkeit von Art. 5 und 6 EMRK

¹⁹⁰ Vgl. zum allgemeinen Zugang zum Grundschulunterricht und zum disziplinarischen Schulausschluss EHRENZELLER, St. Galler Kommentar zu Art. 62 BV, Rz. 18 und 20.

¹⁹¹ Vgl. 1. Teil, Abschnitt 4.4., e) Verfahren und Rechtsmittel.

zu Folge habe.¹⁹² Dieser Ansicht ist zu folgen, zumal die Zulässigkeit isolierender Massnahmen – wie gezeigt – grundsätzlich kontrovers beurteilt wird. In diesem Zusammenhang ist auch die Frage der Rechtsvertretung zu stellen. Wird eine isolierende Massnahme während eines laufenden Jugendstrafverfahrens (im Rahmen einer vorsorglichen geschlossenen Unterbringung) verfügt, erscheint es selbstverständlich, dass die in solchen Fällen regelmässig installierte Verteidigung sich auch auf die Disziplinarstrafen erstreckt und somit entsprechende Disziplinarstrafverfügungen stets auch der Verteidigung des oder der Jugendlichen formell zu eröffnen sind. Auch im Vollzug (nach rechtskräftiger Verurteilung) ist dem Jugendlichen die Möglichkeit der (spezialisierten) Rechtsberatung und -vertretung offen zu halten.¹⁹³

1.3. Kontakt mit Familienangehörigen¹⁹⁴

Nach FMJG (Art. 9 Abs. 2) darf der Besuch von Familienangehörigen nur eingeschränkt werden, wenn die disziplinarische Widerhandlung in engem Zusammenhang mit dem Besuch steht. Damit wird indirekt auf Art. 16 Abs. 1 JStG Bezug genommen, wonach sich die Regelung des persönlichen Verkehrs nach Art. 273 ff. ZGB richtet. Unseres Erachtens sind jugendstrafrechtliche Massnahmen und insbesondere Disziplinarstrafmassnahmen, die eine Einschränkung des Kontakts zur Familie vorsehen, stets auch unter dem Aspekt der Vereinbarkeit mit Art. 8 Abs. 2 EMRK zu prüfen.¹⁹⁵ Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang die Bestimmungen der UN-KRK: Bei zivilrechtlich untergebrachten Minderjährigen ist Art. 9 Abs. 3 UN-KRK zu beachten, wonach die Vertragsstaaten das Recht des Kindes achten, regelmässige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen, soweit dies nicht dem Wohl des Kindes widerspricht. Bei strafrechtlich untergebrachten Minderjährigen ist Art. 37 lit. c. massgebend, wonach jedes Kind das Recht hat, mit seiner Familie durch Briefwechsel und Besuche in Verbindung zu bleiben, sofern nicht aussergewöhnliche Umstände vorliegen. Ziffer 95.6 der Empfehlung Rec(2008)11 sieht vor, dass Disziplinarstrafmassnahmen keine Einschränkungen von Besuchen oder familiären Kontak-

¹⁹² GÜRBER/HUG/SCHLÄFLI, Art. 16 N 3; gleicher Meinung RIEDO, N 773, und HOLDEREGGER, N 735. Das Bundesgericht hat sich bisher ausschliesslich im Bereich des Vollzuges für Erwachsene zur Frage geäussert und sie stets verneint: BGE 117 Ia 187, 188 ff. E. 4; BGE 118 Ia 64, 88 ff. E. r-s; BGE 125 I 104, 108 ff. E. 2 f. – Vgl. auch FN 166.

¹⁹³ Die Empfehlung Rec(2008)11 sieht in diesem Bereich Folgendes vor: 120.1. Die Jugendlichen und ihre Eltern (...) haben Anspruch auf Rechtsberatung und Rechtsbeistand bei Fragen in Bezug auf die Verhängung und Vollstreckung von Sanktionen und Massnahmen. 120.2. Die zuständigen Behörden müssen Jugendlichen angemessene Hilfe leisten, um ihnen einen effektiven und vertraulichen Zugang zu dieser Rechtsberatung und diesem Beistand zu ermöglichen (...).

¹⁹⁴ Dazu auch 1. Teil, Abschnitt 1.1.

¹⁹⁵ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass Art. 16 Abs. 1 vom „Recht der Eltern oder Dritter auf persönlichen Verkehr mit dem Jugendlichen“ spricht und nicht vom „Recht des Jugendlichen auf persönlichen Verkehr mit den Eltern oder Dritten“.

ten umfassen dürfen, ausser in den Fällen, in denen der Pflichtverstoss in Zusammenhang mit diesen Besuchen oder Kontakten steht.

Die Schweizerische Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege (SVJ/SSDPM) hat ihre Tagung 2014 dem Thema „Familienbande – Chance und Hindernis im Jugendstrafverfahren“ gewidmet; der gedruckte Tagungsband liegt noch nicht vor.

2. Disziplinar massnahmen und pädagogische Massnahmen

2.1. Unterscheidung

Aus den untersuchten Erlassen geht mehr oder weniger klar hervor, wann ein Verhalten des oder der Jugendlichen disziplinarisch zu sanktionieren ist.¹⁹⁶ Wann ein Verhalten jedoch pädagogisch zu massregeln ist, muss den Erlassen indirekt entnommen werden, etwa indem auf das Subsidiaritätsprinzip bei der Anordnung von Disziplinar massnahmen zurückgegriffen wird.¹⁹⁷ Dies legt ein Verständnis nahe, welches pädagogische Massnahmen generell als „Vorstufe“ von Disziplinar massnahmen versteht. Ein solches Verständnis wäre aus unserer Sicht zu überdenken bzw. hinterfragen. Auch das Verhältnismässigkeitsprinzip bei der Anordnung von Disziplinar massnahmen deutet auf eine „Schnittmenge“¹⁹⁸ zwischen Pädagogik und Disziplin hin.¹⁹⁹ Die Grösse dieser „Schnittmenge“ in der pädagogischen Alltagsarbeit lässt unseres Erachtens Aussagen darüber zu, ob die Haltung einer Institution massgeblich von einer bestimmten pädagogischen Haltung oder eher von einem Sicherheits- und Ordnungsdanken geprägt ist.

Die Institution, die Betreuungspersonen und die betroffenen Jugendlichen sollten sich jederzeit bewusst machen, ob die angeordnete Massnahme jetzt (hauptsächlich) pädagogischer oder (schwergewichtig) disziplinarischer Art ist. Das bedingt, dass die Hausordnungen und

¹⁹⁶ Vgl. die in Teil 1, Abschnitt 4.4.b aufgezählten Disziplinarartbestände.

¹⁹⁷ Vgl. z.B. Art. 6 FMJG (Freiheitsbeschränkende Massnahmen dürfen nur eingesetzt werden, wenn das Ziel mit anderen Mitteln nicht erreicht werden kann) oder Pädagogisches Konzept des Jugendheims Aarburg, S. 41 (Strafen sind grundsätzlich erst anzuwenden, wenn mit den ordentlichen Erziehungsmitteln kein Erfolg verzeichnet werden kann).

¹⁹⁸ Vgl. auch BOTSCHAFT zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, S. 2237: „Um das erzieherische Ziel der Unterbringung zu erreichen und die Funktionsfähigkeit der betreffenden Erziehungs- oder Behandlungseinrichtungen zu gewährleisten, ist es unumgänglich, dass Verstösse gegen die Hausordnung mit Disziplinarstrafen geahndet werden.“

¹⁹⁹ Vgl. z.B. Art. 5 Konkordatsreglement: Disziplinarstrafen können (...) unter Berücksichtigung ihrer erzieherischen Wirkung verhängt werden; vgl. auch BS § 11 KESG (212.400), wonach die Einrichtung Disziplinar- und Sicherheitsmassnahmen ergreifen und die Bewegungsfreiheit der betroffenen Person einschränken darf, wenn (...) der pädagogische Zweck der Platzierung nur mit der Massnahme erreicht werden kann.

Reglemente differenzieren zwischen Pädagogik und Disziplin.²⁰⁰ Diese Differenzierung fehlt beispielsweise im Pädagogischen Konzept des Jugendheims Aarburg: Unter dem Titel „Pädagogisches Konzept“ wird im Kapitel 13 das Disziplinarreglement aufgeführt, welches sich „sowohl auf die Einsetzung von pädagogischen Mitteln als auch dem Verfügen von Strafen“ stützt (S. 42). Disziplinarische Massnahmen sollten jedoch nicht unter die Etikette „Pädagogisches Konzept“ subsumiert werden, sondern es sollte zumindest klar sein, dass Disziplinarmassnahmen ein Notmittel sind zur Wiederherstellung eines Rahmens, innerhalb dessen Pädagogik wieder wirken kann. In diesem Sinn sollte den Jugendlichen bei der Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht nur erklärt werden, welche Disziplinarmassnahme jetzt aufgrund welchen Verhaltens angeordnet wird, sondern auch, was bzw. welches Ziel mit der Disziplinarmassnahme erreicht werden soll.

Ansätze zu einer pädagogischen Grundhaltung finden sich etwa im Pädagogischen Konzept des Jugendheims Aarburg (S. 33): „Wir akzeptieren die Person des Jugendlichen (nicht die Verhaltensauffälligkeiten) und begegnen ihm einfühlsam (Empathie). Dadurch entsteht eine pädagogische Beziehung.“ Diese Aussage illustriert den pädagogischen und damit auch beziehungsorientierten Aspekt der Arbeit mit Jugendlichen in geschlossenen Institutionen.²⁰¹ Dieser beziehungsorientierte Ansatz wäre nun durch den vorn dargestellten rechtebasierten Ansatz²⁰² zu ergänzen, indem beispielsweise der Jugendliche über seine Rechte aufgeklärt wird.

2.2. Bewertung der gemeinsamen Unterbringung

Von Betroffenen wird immer wieder die gemeinsame Unterbringung von jugendstraf- und kindesschutzrechtlich untergebrachten Jugendlichen kritisiert. Auch die NKVF fragt nach der

²⁰⁰ Das erfordert auch eine exakte sprachliche Ausdrucksweise. Vgl. etwa die Ungereimtheiten in sprachlicher Hinsicht im Konkordatsreglement: Art. 3 unterscheidet z.B. nicht zwischen Disziplinarstrafe und Erziehungsmassnahme, sondern verwendet die Begriffe synonym. Vgl. auch die Formulierung in Art. 4 Abs. 2, wonach Disziplinarstrafen „oder“ Erziehungsmassnahmen unter Vorbehalt eventueller strafrechtlicher Schritte verhängt werden.

²⁰¹ Vgl. auch HOLDEREGGER, N 102: „**Erziehung**, auf den kleinsten gemeinsamen Nenner reduziert, bedeutet nach der hier vertretenen Auffassung Förderung im Sinne einer positiven Auseinandersetzung mit dem jungen Menschen. Dabei kommt der Beziehung zwischen dem Erzieher und dem zu Erziehenden im Erziehungsprozess eine erhebliche Bedeutung zu. Der Erfolg der Erziehung bzw. die beabsichtigte Persönlichkeitsentfaltung des zu Erziehenden hängt in einem nicht unerheblichen Mass von der Art und Weise der Gestaltung der persönlichen Beziehung zwischen dem Erzieher und dem zu Erziehenden ab, aber auch von der Bereitschaft des Letzteren, sich auf die Erziehung einzulassen, sich erziehen lassen zu wollen. Letzteres bedingt nachgerade, dass die getroffenen Massnahmen in der Lebensrealität des Jugendlichen einen Sinn machen, er diesen erkennen und für sich fassen kann. Erziehung als Prozess setzt Kontinuität voraus, nicht nur in der Beziehung zwischen dem Erzieher und dem zu Erziehenden, sondern auch in der mit der Erziehung konkret verfolgten Ziele.“

²⁰² 1. Teil, Abschnitt 3.1., „Exkurs zum Kinderrechtsmodell“.

Zulässigkeit und den Folgen der gemeinsamen Unterbringung. Bei der Erarbeitung des Gutachtens sind wir auf keine internationalen grund- und insbesondere kinderrechtlichen Grundlagen gestossen, welche die gemeinsame Unterbringung in der selben Institution generell problematisieren (wie dies zum Beispiel bezüglich gemeinsamer Unterbringung von Jugendlichen und Erwachsenen richtigerweise der Fall ist). In diesem Zusammenhang mögen folgende Überlegungen zu bedenken sein: Das Diskriminierungsverbot gilt für alle Kinder und Jugendlichen, also auch für solche, die sich – aus welchen Gründen auch immer – aufgrund eines Delikts in einer jugendstrafrechtlichen Schutzmassnahme befinden. Deliktisches Verhalten von Jugendlichen hat notorischerweise sehr komplexe und multifaktorielle Ursachen, was es bei der Untersuchung solchen Verhaltens zu beachten gilt. Zudem besteht auch im Jugendstrafrecht der Grundsatz und Leitgedanke, dass das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen ist. In diesem Licht kann es durchaus als Verletzung des Diskriminierungsverbots betrachtet werden, die strikte Trennung von Jugendstraftätern bzw. deren Unterbringung ausschliesslich in jugendstrafjustiziellen Massnahmeeinrichtungen zu fordern.

Die Frage der gemeinsamen Unterbringung scheint derzeit deshalb besonders dringlich gestellt zu werden, weil die geschlossenen Einrichtungen einen Rückgang der strafrechtlichen Einweisungen bzw. eine nachhaltige Verlagerung ihrer Klientel hin zu mehr kindesschutzrechtlich untergebrachten Jugendlichen verzeichnen. Dies dürfte zum einen zu mehr Widerständen bei Letzteren und ihren Eltern führen, weil diese „zivilrechtlichen Klienten“ die Unterbringung zusammen mit strafrechtlich eingewiesenen Jugendlichen möglicherweise als „Zumutung“ oder „Gefahr“ empfinden. Zum anderen sind die Institutionen im Alltag zunehmend mit einer neuen Arbeitshaltung und Kultur von einweisenden Kindesschutzbehörden im Umgang mit geschlossenen Unterbringungen konfrontiert. Diese Arbeitsweise unterscheidet sich aus verschiedenen Gründen grundsätzlich von derjenigen der Jugendstrafbehörden, was nicht nur für die Mitarbeitenden der Institutionen, sondern auch für die untergebrachten Jugendlichen eine Herausforderung darstellen kann.²⁰³

Wichtiger als eine getrennte Unterbringung scheint zu sein, die individuellen Bedürfnisse jedes einzelnen Jugendlichen als hauptsächlichen Ausgangspunkt für dessen Unterbringung in einer bestimmten Einrichtung bzw. innerhalb einer bestimmten Einrichtung (Wohngruppe, Abteilung usw.) zu nehmen und dabei insbesondere auch sein Alter und seinen Entwicklungsstand zu berücksichtigen.

²⁰³ Die erst seit 1.1.2013 bestehenden Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden haben noch sehr wenig Erfahrung, Knowhow und Vernetzungskompetenz im Zusammenhang mit geschlossenen Unterbringungen und entstanden aus einer Kultur, welche zum überwiegenden Teil mit der Freiwilligkeit der Klienten arbeitet und nicht mit der Unfreiwilligkeit und Konfrontation. Weitere Hinweise auf dieses Spannungsfeld müssen hier aus Platzgründen unterbleiben.

Auch die beiden Erziehungsleiter, mit denen der Co- Autor Interviews führte²⁰⁴, betrachten die gemeinsame Unterbringung nicht grundsätzlich als problematisch, sondern betonen beide, dass sich die Bedürfnisse und Verhaltensweisen der beiden Gruppen zumindest nicht erheblich voneinander unterscheiden bzw. dass das Verhalten der kindesschutzrechtlich untergebrachten Jugendlichen nicht selten auffälliger sei. Zudem sei es häufig vom Zufall abhängig, auf welchem Weg jemand in eine geschlossene Unterbringung gelange, und sie erführen immer wieder, dass zivilrechtlich eingewiesene Jugendliche zum Teil gravierende Delikte begangen hätten, die ihnen aber nie nachgewiesen werden konnten.

2.3. Differenzierte Betrachtungsweise von Grenzüberschreitungen und -verletzungen

Es sollte nicht ausser Acht gelassen werden, dass das disziplinarische Instrumentarium hauptsächlich reaktive Handlungsmöglichkeiten einer Institution beinhaltet, die zudem ausschliesslich auf das Verhalten der untergebrachten Jugendlichen anwendbar sind. In den letzten Jahren haben sich aus dem Erfahrungen und dem Alltag von Einrichtungen jedoch auch Konzepte entwickelt, welche auch für die Klientel von geschlossenen Einrichtungen neue Betrachtungs- und Handlungsweisen im Umgang mit diesen Jugendlichen erforschen und erproben. Diese neueren Konzepte können auch einen Einfluss auf den Gebrauch von disziplinarischen Mitteln (als letztes Mittel) haben. Erwähnen möchten wir an dieser Stelle beispielhaft die traumapädagogischen Konzepte, welche vor allem in Deutschland intensiv bearbeitet werden.²⁰⁵

Näher eingegangen wird an dieser Stelle auf den sog. „**Bündner Standard**“: Dabei handelt es sich um einen von der Konferenz der Kinder- und Jugendinstitutionen im Kanton Graubünden herausgegebenen „Standard für den Umgang mit grenzverletzendem Verhalten bei Kindern und Jugendlichen im institutionellen Kontext“.²⁰⁶ Die erwähnte Konferenz wollte das pädagogische Handeln bei Grenzverletzungen weiter professionalisieren und die vorhandenen Standards im Umgang mit Grenzverletzungen vereinheitlichen. Dazu wurde ein Standardverfahren entwickelt, welches heute in den Bündner Institutionen zum Alltag gehört und in Einrichtungen der ganzen Schweiz auf Interesse stösst. Der Standard will im Sinn von Qualitätssicherung den Umgang mit grenzverletzendem Verhalten in der ganzen Institution regeln und dokumentieren und den Beteiligten damit Transparenz und Sicherheit vermitteln. Er soll zu einem reflektierten Verhalten aller – der Klienten und der Mitarbeitenden – im Umgang mit Grenzverletzungen führen und eine umfassende Analyse der Entstehung der

²⁰⁴ Siehe FN 186.

²⁰⁵ www.bag-traumapaedagogik.de.

²⁰⁶ www.buendner-standard.ch.

Grenzverletzung und die Wiederherstellung eines sicheren Orts ermöglichen.²⁰⁷ Das Grundelement ist die Einteilung von Grenzverletzungen in vier Schweregrade, wobei die Kategorien unterschiedliche Vorgehensweisen nach grenzverletzendem Verhalten zur Folge haben.²⁰⁸ Der „Bündner Standard“ thematisiert auch Grenzverletzungen durch Mitarbeitende.

Die Frage ist zu klären, ob sich pädagogische und therapeutische Konzepte und Haltungen (z.B. Bündner Standard, Gewaltfreie Kommunikation, Traumapädagogik), welche Disziplinarmaßnahmen (insbesondere dem Arrest nach Art. 16 Abs. 2 JStG) eher kritisch gegenüberstehen, mit den zulässigen und praktizierten Disziplinarmaßnahmen überhaupt vereinbaren lassen. Dazu ist unter anderem ein kontinuierlicher, institutionalisierter interdisziplinärer Austausch zwischen Fachpersonen aus der Praxis (d.h. Mitarbeitenden in geschlossenen Einrichtungen) und Fachpersonen aus Wissenschaft und Forschung nötig. Ferner müsste ein Monitoring als ständige Unterstützungs- und Begleitmassnahme für die Institutionen installiert werden.

Generell müssen Quantität und Qualität im Disziplinarwesen aufmerksam beobachtet werden: Freiheitsbeschränkenden Massnahmen sind nicht nur durch die Institutionen zu dokumentieren, sondern auch durch (pädagogische, psychologische, sozialarbeiterische, juristische) Forschungsstellen auszuwerten.²⁰⁹ Eine gesetzlich verankerte (Art. 19 FMJG) und konsequent durchgeführte Dokumentations- und Berichtspflicht trägt dazu bei, die für die Auswertungen nötigen Grundlagen bereitzustellen. Zu einer aussagekräftigen Evaluation und einem nachhaltigen Monitoring gehört selbstverständlich auch der Einbezug der betroffenen Jugendlichen: Wie erleben sie eine Disziplinarmaßnahme, wenn sie gleichzeitig in einem Therapie oder Lernprogramm sind, der oder dem eine andere pädagogische Haltung als „Disziplin und Sanktion“ zugrunde liegt? Oder anders gefragt: Gibt es Widersprüche zwischen der Art und Weise, wie Sicherheit und Ordnung im Institutionsalltag gewährleistet werden, und der Art und Weise, wie die Jugendlichen pädagogisch und therapeutisch auf ein delikt- und gewaltfreies Leben nach der Entlassung aus der Institution vorbereitet werden? Wird die Sanktion anders umgesetzt und vom Jugendlichen nicht primär als Disziplinierung empfunden, wenn sie nicht als disziplinarische Sanktion, sondern als sichernde bzw. schützende Massnahme erfolgt und begründet wird?

²⁰⁷ Dazu LEENERS/BÄSSLER/SCHMID.

²⁰⁸ Das Jugendheim Prêles ist im Begriff, den Bündner Standard auf seine Verhältnisse zu adaptieren und dann einzuführen.

²⁰⁹ Dazu GERBER JENNI, S. 31, im Zusammenhang mit dem FMJG. – Vgl. zur Forschungslage MESSMER/SCHNURR, S. 241 f.

2.4. Handlungsbedarf auf Institutionsebene

Zusammenfassend sehen wir folgenden Handlungsbedarf bei den geschlossenen Einrichtungen:

- Die Hausordnungen und pädagogischen Konzepte sind konsequent und systematisch an die geltenden internationalen und schweizerischen Rechtsgrundlagen anzupassen.
- In Einrichtungen, welche neuerdings vermehrt zu den strafrechtlich untergebrachten auch zivilrechtlich eingewiesene Jugendliche aufnehmen, sind das Selbstverständnis und die pädagogische Grundhaltung aufgrund dieser Änderung zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen.
- In den Einrichtungen, namentlich im Bereich der Weiterbildung und der Personalführung, sind – unabhängig von entsprechenden Aktivitäten der Kantone – eine grundsätzliche Diskussion und Auseinandersetzung über den Stellenwert der freiheitsentziehenden Massnahmen und namentlich der Disziplinarmassnahmen im Kontext des pädagogischen Gesamtkonzepts zu führen.
- Im Rahmen dieser Auseinandersetzung ist namentlich die Empfehlung Rec(2008)11 mit allen Mitarbeitenden zu thematisieren und durch die Leitung zu prüfen, ob und in welchen Punkten diese Empfehlung zur Anpassung von Regelungen der Einrichtung führt.
- Wir regen sodann an, dass die geschlossenen Einrichtungen gemeinsame *Qualitätsstandards* für die geschlossene Unterbringung von Jugendlichen entwickeln, welcher dieser besonderen Unterbringungsart in rechtlicher und pädagogischer Hinsicht Rechnung tragen.

3. Normative Lücken

3.1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Zivil- und Strafrecht

Materiell-rechtliche Gemeinsamkeiten zwischen Zivil- und Strafrecht sind namentlich bei den **Schutzmassnahmen** festzustellen:

- Aufsicht (Art. 12 JStG) – Erziehungsaufsicht (Art. 307 Abs. 3 ZGB)
- Persönliche Betreuung (Art. 13 JStG) – Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB)
- Ambulante Behandlung (Art. 14 JStG) – allenfalls entsprechende Weisungen (Art. 307 und 308 ZGB)
- Unterbringung (Art. 15 JStG) – Aufhebung der elterlichen Obhut / FU (Art. 310, 314b i.V.m. 426 ff. ZGB).²¹⁰

Die Voraussetzungen für die Anwendung von zivilrechtlichen bzw. jugendstrafrechtlichen Schutzmassnahmen sind jedoch verschieden: Kindesschutzmassnahmen setzen eine spezifisch kindesrechtliche Gefährdungslage voraus; die Kindesschutzbehörden dürfen eingreifen, wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist und die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen oder dazu ausserstande sind (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Im Gegensatz zu dieser generalklauselartigen zivilrechtlichen Eingriffsgrundlage ist die Anwendbarkeit des Jugendstrafrechts an eine Straftat des Jugendlichen gebunden. COTTIER hat herausgearbeitet, dass dieser Unterschied die Stellung des Kindes namentlich im Verfahren beeinflusst: „Das Jugendstrafrecht hat die delinquenten Kinder und Jugendlichen als Adressaten, während sich das Kindeschutzrecht an die mit der Erziehungsaufgabe überforderten Eltern richtet. Das Bild des Kindes im Jugendstrafrecht ist das für seine eigenen Taten verantwortliche Individuum, auf das bessernd eingewirkt werden soll. Das Bild des Kindes im Kindeschutzrecht dagegen ist das des Objekts von staatlichen Schutzbemühungen.“²¹¹

COTTIER hat die Praxis von Jugendstraf- und Kindeschutzbehörden im Kanton Basel-Stadt miteinander verglichen und festgestellt, dass das Jugendstrafverfahren kindzentriert, das Kindeschutzverfahren familien- bzw. elternzentriert ist. Zur Kindzentriertheit tragen folgende

²¹⁰ RIEDO, N 2715 m.w.N. Die Jugendstrafbehörde kann übrigens gestützt auf Art. 20 Abs. 1 lit. a JStG eine FU bei der Behörde des Zivilrechts beantragen (dazu RIEDO, N 854 ff.). MEYER LÖHRER, S. 12, konstatiert eine grosse Schnittmenge zwischen straf- und kindeschutzrechtlichen Massnahmen mit oft gleicher Stossrichtung: „Zuweilen ist die Verknüpfung von zivilgesetzlichen und jugendstrafgesetzlichen Massnahmen derart eng, dass nicht die Massnahme an sich strittig ist, sondern deren Rechtsgrundlage, wobei hier auch finanzielle Überlegungen mitbestimmend sein dürften“ (S. 12, m.w.H.).

²¹¹ COTTIER, S. 241.

Elemente bei: Im Jugendstrafverfahren wird sehr viel häufiger mit dem Kind ohne Eltern gesprochen als mit Kind und Eltern zusammen oder mit Eltern ohne Kind; die Gründe für die Notwendigkeit einer Platzierung werden eher beim Kind als bei den Eltern gesehen; das Kind hat im Jugendstrafverfahren in fast der Hälfte (der von COTTIER untersuchten Fälle) eine eigene anwaltliche Vertretung. Zur Elternzentriertheit im Kindeschutzverfahren tragen folgende Elemente bei: Kind und Eltern werden etwa gleich in das Verfahren einbezogen und dort wo mehrere Geschwister betroffen sind, wird mit dem einzelnen Kind weniger häufig gesprochen; die Platzierungsgründe werden ganz im Sinne des materiellen Rechts eher bei den Eltern gesucht als bei den Kindern. In keinem der (von COTTIER untersuchten) Fälle hat das Kind eine eigene anwaltliche Vertretung.²¹²

Die Dissertation von COTTIER ist 2006 erschienen, also vor Inkrafttreten des JStG am 1. Januar 2007, der JStPO am 1. Januar 2011 und des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts am 1. Januar 2013. COTTIERS Fragestellung „Subjekt oder Objekt? Die Partizipation von Kindern in Jugendstraf- und zivilrechtlichen Kindeschutzverfahren“ sollten nun auf der Grundlage der neuen Gesetze erneut erforscht werden.

Wie vorn erwähnt, sind die Einweisungsgründe bei einer FU bei Minderjährigen offener als bei Erwachsenen.²¹³ Dieser Umstand wirft die grundsätzliche Frage auf, ob eine **sinngemässe Anwendung der Bestimmungen des Erwachsenenschutzrechts über die FU** (Art. 314b Abs. 1 ZGB) der konkreten Situation eines Minderjährigen gerecht wird. HÄFELI stellt bei der sinngemässen Anwendung und Auslegung der Bestimmungen für die FU von Minderjährigen eine grosse Rechtsunsicherheit einen „beträchtlichen Klärungsbedarf“ fest.²¹⁴ Auch für COTTIER vermag „dieser Globalverweis (...) im grundrechtlich sensiblen Bereich der Freiheitsentziehung im Hinblick auf die Rechtssicherheit nicht zu befriedigen.“²¹⁵ Dieser Auffassung ist beizupflichten: Die sinngemässe Anwendung der Bestimmungen des Erwachsenenschutzrechts über die FU bilden namentlich dann keine rechtsgenügende Grundlage, wenn der Einweisungsgrund nicht oder nicht nur in einer psychischen Störung liegt, sondern hauptsächlich im Lebensumfeld und in der aktuellen Situation des Kindes. Solche Einweisungsgründe führen in der Regel nicht zu einer Einweisung in eine psychiatrische Klinik, sondern in eine geschlossene Einrichtung. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Bestimmungen zur FU keine Grundlage bilden für freiheitsbeschränkende Massnahmen pädagogischer oder disziplinarischer Art.²¹⁶

²¹² COTTIER, S. 198 f.

²¹³ Siehe 1. Teil, Abschnitt 2.3.

²¹⁴ HÄFELI, Rz 38.32.

²¹⁵ FamKomm Erwachsenenschutz – COTTIER, Art. 314b ZGB N 3.

²¹⁶ Dazu 1. Teil, Abschnitt 2.3.

3.2. Fehlendes Gesamtkonzept

Im zivilrechtlichen Kinderschutz sind nicht nur bei der FU Lücken auszumachen, sondern es wird generell das Fehlen eines Gesamtkonzepts für einen einheitlichen schweizerischen Kinderschutz²¹⁷ bzw. eine schweizerische Jugendhilfe²¹⁸ bemängelt. MESSMER und SCHNURR führen die „Fragmentierung und Komplexität der Kinder- und Jugendhilfe“ unter anderem auf ein fehlendes nationales Jugendhilfegesetz zurück. Weiter nennen sie folgende Ursachen:²¹⁹

- grosse kantonale Ermessensspielräume bei der Bestimmung der Jugendstrafrechtsbehörden und Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, was wiederum eine uneinheitliche Ausgestaltung bezüglich Regelungsdichte und -tiefe sowie behördlicher Organisation mit sich bringt;²²⁰
- fehlende Transparenz der Verfahrens- und Entscheidungsstrukturen;
- fehlende Statistiken im Bereich der zivil- und strafrechtlichen Platzierungen;
- ausgesprochene Heterogenität der stationären Einrichtungen bezüglich Angebote, Leitbilder, Spezialisierungs- und Öffnungsgrade;²²¹
- fehlender Überblick über die Heimerziehung und „für diejenigen Formen, bei denen Freiheitsentzug ein absichtsvoll eingesetztes Mittel ist“.²²²

²¹⁷ Votum PATRICK FASSBIND, Dr. iur., Präsident KESB Bern, an der Weiterbildung der Universität Freiburg vom 10. April 2015 („Grundsatzfragen sind immer noch offen“).

²¹⁸ BLÜLLE, S. 390, der auch feststellt, dass alle Westschweizer Kantone in den letzten Jahren Jugendhilfegesetze im Sinne von Leistungsgesetzen geschaffen hätten, während in der deutschsprachigen Schweiz solche Gesetze noch eine Ausnahme bilden würden.

Die Konferenz der kantonalen Verantwortlichen für Kinderschutz und Jugendhilfe (KKJS) ist seit dem 1. Juli 2011 eine fachtechnische Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK). Sie fördert den fachlichen Austausch und die Zusammenarbeit zwischen den KantonsvertreterInnen und pflegt den Kontakt mit dem Bund im Bereich Kinderschutz und Jugendhilfe (<http://www.sodk.ch/ueber-die-sodk/kkjs/>); vgl. auch PILLER/SCHNURR, die ausgewählte Forschungsprojekte vorstellen.

²¹⁹ MESSMER/SCHNURR, S. 224 ff.

²²⁰ Das Fazit von MESSMER/SCHNURR, S. 225, wonach sich ein Überblick nur mühsam gewinnen lässt, können wir vollumfänglich bestätigen.

²²¹ MESSMER/SCHNURR, S. 226: „Entsprechend mangelt es derzeit noch an den notwendigen Grundlagen, um einen verlässlichen Gesamteindruck über die vorherrschenden Strukturen und Praxen an der Schnittstelle zwischen Jugendhilfe, Jugendstrafrechtspflege und Kinder- und Jugendpsychiatrie in der Schweiz zu gewinnen.“

²²² MESSMER/SCHNURR, S. 226.

3.3. Keine einheitliche Regelung für freiheitsbeschränkende Massnahmen

Das fehlende Gesamtkonzept einer schweizerischen Jugendhilfe korrespondiert mit der Tatsache, dass auch eine einheitliche gesetzliche Grundlage für freiheitsbeschränkende Massnahmen fehlt (d.h. ein Bundesgesetz oder – analog zu eine Art. 91 StGB – eine schweizweit geltende rahmengesetzgebende Grundlage, welche freiheitsbeschränkende Massnahmen für zivil- und strafrechtlich Untergebrachte in geschlossenen Einrichtungen regeln).²²³ Auf Bundesebene regeln das ZGB, das JStG und die JStPO freiheitsbeschränkende Massnahmen für Minderjährige lediglich als „Flickwerk“. Ein schweizweit geltendes Gesetz für freiheitsbeschränkende Massnahmen für zivil- und strafrechtlich eingewiesene Minderjährige nach dem Muster des Konkordatsreglements oder des FMJG steht noch aus.²²⁴ Die Vereinheitlichung muss aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit bzw. der Gesetzmässigkeit des Staatshandelns und der Rechtssicherheit gemacht werden. Sie ist auch geboten, um eine vollumfängliche Umsetzung der UN-KRK und der Empfehlung Rec(2008)11 sicherzustellen.

Die Uneinheitlichkeit der Disziplinarregeln zeigt sich beispielsweise beim Arrest (bzw. der „strenge Einschluss“ nach Art. 9 Abs. 1 lit. g FMJG oder „die Platzierung in einem geschlossenen Zimmer“ nach Art. 98c Abs. 1 lit. h Verordnung des Kantons Wallis betreffend verschiedene Einrichtungen für die Jugend; 850.400). Im FMJG finden sich keine näheren Ausführungsbestimmungen für diese strengste Disziplinar-massnahme, wohingegen die Walliser Verordnung diese einlässlich regelt und insbesondere festhält, dass diese Massnahme nur bei Kindern angewandt werden dürfe, die ihr 15. Lebensjahr abgeschlossen haben.²²⁵

²²³ Dazu auch MESSMER/SCHNURR, S. 241: „Der Grad der Formalisierung von Entscheidungen über freiheitsentziehende Massnahmen und der Grad der Institutionalisierung des Schutzes von Grundrechten muss in diesem Bereich des Massnahmevollzugs generell als vergleichsweise niedrig eingeschätzt werden.“

²²⁴ Zu beachten ist, dass das Konkordatsreglement nur für strafrechtlich Eingewiesene gilt.

²²⁵ Art. 98e – Bestimmungen bezüglich die Schaffung eines geschlossenen Zimmers

¹Das geschlossene Zimmer muss mit einer ausreichenden Frischluftzufuhr versehen werden und Tageslicht einlassen. Es stehen angemessene sanitäre Einrichtungen zur Verfügung.

²In seiner Anordnung unterscheidet es sich nicht von einem normalen Zimmer. Das geschlossene Zimmer muss mit einer Gegensprechanlage ausgerüstet sein, die während 24 Stunden in Betrieb ist.

³Zudem sind bei der Schaffung eines solchen Zimmers die vom Bundesamt für Justiz erlassenen Normen einzuhalten.

Art. 98f – Bedingungen für die Benutzung eines geschlossenen Zimmers

¹Institutionen, die ein geschlossenes Zimmer nutzen, haben dies vorab ausdrücklich in ihrem Konzept vorzusehen. Diese Massnahme darf nur bei Kindern angewandt werden, die ihr 15. Lebensjahr abgeschlossen haben.

²Bevor ein Minderjähriger in einem geschlossenen Zimmer platziert werden kann, ist eine ärztliche und/oder psychologische Meinung einzuholen.

³Der Minderjährige, der im geschlossenen Zimmer platziert ist, nimmt nicht am gemeinschaftlichen Leben teil. Er hat Anspruch auf einen täglichen, einstündigen Aufenthalt an der frischen Luft unter Aufsicht.

⁴Der Minderjährige wird weiterhin von seinem Erzieher betreut und arbeitet mit ihm zusammen an einer persönlichen Reflexion. Diese Reflexion dient insbesondere als Vorbereitung für das Verlassen des geschlossenen Zimmers bzw. als Vorbereitung auf die Rückkehr des Minderjährigen in seine Gruppe.

Freiheitsbeschränkende Massnahmen (d.h. disziplinarische Sanktionen, Sicherungsmassnahmen und Zwangsmittel) müssen **gesamtschweizerisch und als Gesetz im formellen Sinne geregelt** werden.²²⁶ Unseres Erachtens ist es zwingend, dass ein solches Gesetz sich auch zu Sicherungsmassnahmen und Zwangsmitteln äussert. Es muss klar bestimmt werden, welche Sicherungsmassnahmen und Zwangsmittel beim Vollzug von Disziplinar-massnahmen und zur Gefahrenabwehr eingesetzt werden dürfen. Freiheitsbeschränkende Massnahmen müssen mithin einen gewissen Konkretisierungsgrad aufweisen. Weiter haben sich insbesondere die Disziplinar-massnahmen am „disziplinarstrafrechtlichen Legalitätsprinzip“ (nulla disciplina sine lege) zu orientieren.

In diesem Zusammenhang wird auch das **Ermessen** der einzelnen Institution bei der Anordnung von Disziplinar-massnahmen zu diskutieren sein. Beispiele für Ermessensspielraum finden sich etwa im Zürcher StJVG (§ 23b Abs. 4; 331), wonach in „leichten Fällen“ von Disziplinar-massnahmen abgesehen werden und das Verfahren auf andere Weise erledigt werden kann, oder wonach eine Disziplinarsanktion bedingt (mit einer Probezeit von sechs Monaten) angeordnet werden kann, „wenn es das bisherige Verhalten der eingewiesenen Person rechtfertigt“ (§ 23c Abs. 3).²²⁷ BRÄGGER spricht sich (im Erwachsenenstrafrecht) für einen „Disziplinarsanktionsrahmen“ aus, den sich die sanktionierende Stelle vorbehalten sollte, „um nicht gänzlich auf das ihr zustehende Ermessen zu verzichten. Die Publikation der wichtigsten Strafrahmen im anstaltsinternen Reglement trägt erfahrungsgemäss zu einer erhöhten Rechtssicherheit für die Rechtsunterworfenen bei, was sich positiv auf die Akzeptanz von allfälligen Sanktionen auswirkt. Dadurch schränkt die Entscheidbehörde jedoch bewusst ihren Ermessensspielraum bei der Sanktionszumessung ein.“²²⁸

Rechtsweg bei Beschwerden: Der Rechtsweg ist von Kanton zu Kanton unterschiedlich geregelt. Zum Teil besteht eine einheitliche Anfechtungsinstanz für alle untergebrachten Jugendlichen (vgl. 1. Teil, Abschnitt 4.4. lit. e). Es fragt sich, ob nicht bei den strafrechtlich eingewiesenen Jugendlichen der Beschwerdeweg über die Jugendgerichte, bei den zivilrechtlich eingewiesenen derjenige über die Kinderschutzbehörde vorzusehen wäre. Die jeweiligen Behörden kennen die Jugendlichen und deren Dossiers bereits aus dem Verfahren.

²²⁶ Vgl. für das Disziplinarwesen auch HOLDEREGGER, N. 753, die bei Art. 16 Abs. 2 JStG den Charakter einer Rahmenbestimmung betont, „was mit Blick auf die zuweilen rudimentären Regelung des Disziplinarrechts in allfälligem kantonalem Recht oder den Hausordnungen der Institution nicht befriedigt. Vielerorts fehlen Bestimmungen hinsichtlich der Tatbestände und Zumessung dieser Disziplinar-massnahme, was unter Legalitätsgesichtspunkten nicht haltbar ist. Aus diesem Grund ist in Ergänzung des Art. 16 Abs. 2 JStG eine grundsätzliche Regelung nach dem Vorbild von Art. 91 StGB zu schaffen.“ Vgl. zu dieser Frage auch N 935. Vgl. auch MESSMER/SCHNURR, S. 255, die namentlich bei zivilrechtlich eingewiesenen Jugendlichen für Disziplinar- und Sicherheitsmassnahmen eine „äusserst lückenhafte und intransparente“ gesetzliche Grundlage monieren.

²²⁷ Vgl. auch 1. Teil, Abschnitt 4.5., La Clairière.

²²⁸ BRÄGGER, S. 134 f.

Als **legislative Vorarbeit** wäre – auch seitens der geschlossenen Einrichtungen – eine einheitliche pädagogische Haltung zu erarbeiten, und vertreten. Als Auftakt zu dieser Diskussion könnte beispielsweise eine Tagung zum Thema „Pädagogik oder Disziplin – oder beides und wie?“ durchgeführt werden. Diese pädagogische Haltung wäre als Präambel (nebst den völkerrechtlichen Referenzdokumenten und den verfassungsrechtlichen Vorgaben) in das Gesetz einzufügen. Eine weitere Vorarbeit bestünde darin, die Disziplinarverfügungen der geschlossenen Einrichtungen auszuwerten und damit eine Grundlage für den zu erarbeitenden Sanktionsrahmen zu schaffen.

Empfehlungen

Eine vernetzte und differenzierte Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Ansprüchen und Anforderungen im Bereich der freiheitsentziehenden Massnahmen ist aufgrund der festgestellten lückenhaften und uneinheitlichen Regelungen unabdingbar und geboten. Die Diskussion ist auf allen Ebenen (Behörden, Verwaltung, Fachkonferenzen, Ausbildungsstätten, Institutionen) und mit allen Professionen und nicht zuletzt auch mit den betroffenen Jugendlichen selbst zu führen. Nur so können die Vorgaben eines Massnahmen- und Strafvollzugs, der kinder- und grundrechtlichen Anforderungen genügt, umgesetzt und gewährleistet werden.

Gesetzgebung

Bund: Mit Blick auf Legalität und Rechtssicherheit müssen die Vorschriften bei der zivil- und strafrechtlichen Einweisung von Minderjährigen vereinheitlicht werden. Eine planmässige und verbindliche Umsetzung des „Kinderrechtsmodells“ (FN 113) erfordert, dass die Unterbringung in (geschlossenen) Institutionen sich an Vorgaben orientiert, welche in einem – noch zu erarbeitenden – Konzept einer schweizweit geltenden Jugendhilfe eingebettet sind.

Kantone: Bei den freiheitsbeschränkenden Massnahmen, insbesondere bei den Disziplinarmassnahmen, haben in den letzten Jahren einige Kantone ihre Regelungen (Gesetze, Verordnungen, Reglemente, Hausordnungen) weiter entwickelt, wobei jedoch die verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben nur zum Teil umgesetzt wurden. Im Zusammenhang mit ihrer legislativen und Aufsichtstätigkeit müssen sich die Kantone aktiv und systematisch mit den internationalen Konventionen und Richtlinien auseinandersetzen und sie in verbindlicher Weise berücksichtigen.

Bei den freiheitsbeschränkenden Massnahmen (Disziplinar massnahmen, Sicherungs- und Schutzmassnahmen) sind die Vorschriften in verschiedenen Kantonen unvollständig – zum Teil nur rudimentär – gesetzlich geregelt. Freiheitsentziehende Massnahmen müssen zwingend in einem Gesetz im formellen Sinn mit einem gewissen Konkretisierungs- und Detaillierungsgrad geregelt werden. Eine generelle Ermächtigung genügt nicht und eine generalklauselartige Formulierung der Disziplinar massnahmen verletzt Art. 36 Abs. 1 BV, wonach schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten im Gesetz selbst vorgesehen sein müssen.

Bei der Gesetzgebungsarbeit ist zu berücksichtigen, dass die gemeinsame Unterbringung von straf- und zivilrechtlich eingewiesenen Jugendlichen wohl weiterhin – und zunehmend – Praxis sein wird. Wie dargelegt, ist die gemeinsame Unterbringung im Grundsatz nicht zu kritisieren. Die gemeinsame Unterbringung widerspricht auch der Empfehlung Rec(2008)11 nicht, denn diese sehen die Anwendbarkeit der Richtlinien auch auf nicht strafrechtlich untergebrachte Jugendliche (Ziff. 22) bzw. die Gleichbehandlung von minderjährigen Straftäter und Straftäterinnen mit den anderen untergebrachten Jugendlichen (Ziff. 116) vor. Die Institution muss sich jedoch der gesetzlichen Einweisungsgrundlage bei jedem und jeder Jugendlichen immer bewusst sein: die gemeinsame Unterbringung ist kein „Freipass“ für eine unreflektierte Gleichbehandlung von straf- und zivilrechtlich eingewiesenen Minderjährigen.

Vor diesem Hintergrund bietet sich die Lösung des FMJG an, welches als eigenständiges Gesetz für beide Gruppen von Minderjährigen gilt.²²⁹

Diese gesetzliche Grundlage sollte demnach

- für straf- und zivilrechtlich untergebrachte Jugendliche anwendbar sein;
- zwischen Disziplinar massnahmen und anderen freiheitsentziehenden Massnahmen (Sicherungsmassnahmen und Zwangsmittel) unterscheiden;
- die Disziplinarstrafatbestände und -sanktionen, das Verfahren sowie den Beschwerdeweg in den Grundzügen regeln.

²²⁹ Das FMJG des Kantons Bern sowie – für die Disziplinar massnahmen – das Konkordatsreglement entsprechen den diskutierten Anforderungen grundsätzlich. Zu einzelnen Kritikpunkten des FMJG vgl. GERBER JENNI, S. 29 ff.

Trägerschaften von (geschlossenen) Einrichtungen

In der Berufspraxis und in der Aus- und Weiterbildung ist ein Informations- und Sensibilisierungsbedarf für das „Kinderrechtsmodell“ – generell für die Rechte des Kindes und die Umsetzung der Empfehlung Rec(2008)11 und der UN-KRK – festzustellen. Administrativbehörden, Gerichte, Fachpersonen in den Institutionen sowie Mandatsträgerinnen und -träger müssen Minderjährige als Träger eigener Rechte wahrnehmen und sich bewusst sein, dass sie (d.h. die Erwachsenen) in zivil- und strafrechtlichen Verfahren und im Vollzug dafür verantwortlich sind, dass die diesbezüglichen Rechte der Minderjährigen auch umgesetzt werden. Hiefür haben die UN-KRK samt den Publikationen des Kinderrechtsausschusses und die Empfehlung Rec(2008)11 in jeder Behörde und in jeder Einrichtung als verbindliche Arbeitsgrundlage zu gelten und werden in die hausinternen Dokumente (Hausordnung, Reglement) eingearbeitet. Die Einhaltung dieser Vorgaben muss regelmässig überprüft werden.

Eine – zusätzlich zu den Bestrebungen und Tätigkeiten des Bundes und der Kantone – eigene und aktive Auseinandersetzung der Institutionen namentlich mit der UN-KRK und der Empfehlung Rec(2008)11 wird schliesslich die Haltung der Leitungspersonen und Mitarbeitenden prägen und ihnen Impulse für ihre Arbeit mit den Jugendlichen und zusammen mit ihnen vermitteln.

Literatur

AEBERSOLD PETER, Schweizerisches Jugendstrafrecht, Basel 2011, S. 83 ff.

BAECHTOLD ANDREA / DÜNKEL FRIEDER / VAN ZYL SMIT DIRK, Die Europäischen Grundsätze über Sanktionen an jugendlichen Straftätern, Zeitschrift für Kriminologie SZK 2/2009, S. 49 ff.

BIRCHLER URSULA, Die fürsorgliche Unterbringung Minderjähriger am Beispiel des Kantons Zürich, ZKE 2013, S. 141 ff.

BLÜLLE STEFAN, Konzeption der Indikationsstellung und Kooperation mit den Einrichtungen. Die Praxis im Kanton Basel-Stadt, ZKE 2010, S. 389 ff.

BOTSCHAFT zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (...) sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998 (98.038), BBl 1999 II 1979 ff.

BRÄGGER BENJAMIN F. (Hrsg.), Das schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014.

BREITSCHMID PETER, Kommentar von 307 ff. ZGB, in: Honsell Heinrich / Volgt Nedim Peter / Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Basel 2014.

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Bericht über die gemeinsame Unterbringung von zivil- und jugendstrafrechtlich platzierten Minderjährigen, 19. Dezember 2012.

CONFÉRENCE LATINE DES CHEFS DES DÉPARTEMENTS DE JUSTICE ET POLICE (CLDJP), Kommentar zu den einzelnen Artikeln des Konkordats vom 24. März 2005 über den Vollzug der strafrechtlichen Einschliessung Jugendlicher aus den Westschweizer Kantonen (und teilweise aus dem Kanton Tessin).

COTTIER MICHELLE, Subjekt oder Objekt? Die Partizipation von Kindern in Jugendstraf- und zivilrechtlichen Kinderschutzverfahren, Bern 2006.

COTTIER MICHELLE, Kommentar von Art. 314-314b ZGB, in: Böhler Andrea / Häfeli Christoph / Leuba Audrey / Stettler Martin, Erwachsenenschutz (FamKomm Erwachsenenschutz), Bern 2013.

COTTIER MICHELLE / STECK DANIEL, Organisation und Verfahren des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzes, in: Böhler Andrea / Schwenzer Ingeborg, Sechste Schweizer Familienrecht§Tage, S. 153 ff., Bern 2012.

DETTENBORN HARRY / WALTER EGINHARD, Familienrechtspsychologie, München 2015.

EHRENZELLER BERNHARD, St. Galler Kommentar zu Art. 62 BV.

EIDG. KINDER- UND JUGENDKOMMISSION (EKKJ), Kindern zuhören – Das Recht auf Meinungs-
äusserung und Anhörung (Tagungsband 2011):

http://www.ekkj.admin.ch/c_data/d_11_ekkj_rap_kinder.pdf (besucht 16.3.2015).

GERBER JENNI REGULA, Das Gesetz über freiheitsbeschränkende Massnahmen im Vollzug
von Jugendstrafen und -massnahmen und in der stationären Jugendhilfe, ZKE 2012, S. 21 ff.

GRABENWARTER CHRISTOPH, European Convention on Human Rights Commentary, München
2014.

GÜRBER HANSUELI / HUG CHRISTOPH / SCHLÄFLI PATRIZIA, in: Niggli Marcel Alexander /
Wiprächiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, Basel 2013.

HÄFELI CHRISTOPH, Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht mit einem Exkurs zum Kindes-
schutz, Bern 2013.

HERZIG CHRISTOPHE A., Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Zürich 2012.

HOLDEREGGER NICOLE, Die Schutzmassnahmen des Jugendstrafgesetzes unter besonderer
Berücksichtigung der Praxis in den Kantonen Schaffhausen und Zürich, Zürich 2009.

KÜNZLI JÖRG / EUGSTER ANJA / VEERAKATTY VIJITHA, Rechtsschutz und Freiheitsentzug. Juris-
tische Studie zuhanden des Schweizerischen Ausbildungszentrums für das Strafvollzugsper-
sonal SAZ, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Bern, 31. Juli
2014:

http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/150416_Studie_Rechtsschutz_Freiheitsentzug.pdf (be-
sucht 12.5.2015).

LEENERS JÖRG / BÄSSLER MARTIN / SCHMID MARC, Management von grenzverletzendem Ver-
halten in sozialpädagogischen Institutionen für Kinder und Jugendliche: Der Bündler Stan-
dard, Zeitschrift für Heilpädagogik 06/2014, S. 237 ff.

MESSMER HEINZ / SCHNURR STEFAN, Länderbericht Schweiz, in: Schmit, Charel; Lellinger,
Danielle; Peters, Ulla (Eds.) Minors deprived of liberty. Bases - Institutions - Research.
Country reports. ances-éditions, Luxembourg, 1ière édition 2013 - numéro spécial 2013 du
bulletin de l'ances: arc | archiv fir sozial aarbecht, bildung an erziehung. Editeur - Expéditeur :
ANCES - Association Nationale des Communautés Éducatives et Sociales a.s.b.l.
www.ances.lu - B.P. 78, L-7201 Walferdange, S. 223 ff.

MEYER LÖHRER BEDA, Massnahmen nach Jugendstrafgesetz und Massnahmen der KESB –
Wechselbeziehungen und Einzelfragen, AJP 2014, S. 11 ff.

PILLER EDITH MAUD / SCHNURR STEFAN (HRSG.), Kinder- und Jugendhilfe in der Schweiz, For-
schung und Diskurse, Berlin 2013.

RIEDO CHRISTOF, Jugendstrafrecht und Jugendstrafprozessrecht, Basel 2013.

SCHWEIZER RAINER J., St. Galler Kommentar zu Art. 8 BV.

STEINMANN GEROLD, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV.

TUOR PETER / SCHNYDER BERNHARD / SCHMID JÖRG / RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2009.

VEST HANS, St. Galler Kommentar zu Art. 123 BV.

WEIDKUHN URSINA, Jugendstrafrecht und Kinderrechte, Zürich / Basel / Genf 2009.
