



Lic.iur. Stephan Bernard, LL.M., Rechtsanwalt, Mediator SAV/AFM, Zürich

**Lic.iur. Stefan Blum, Rechtsanwalt, delegierter Geschäftsführer des Vereins
Kinderanwaltschaft Schweiz, Winterthur**

Die Jugendstrafverteidigung im «Kinderrechtsmodell» – ausgewählte Aspekte ¹

Inhaltsübersicht

- I. Umstrittene Funktion der Jugendstrafverteidigung
- II. Jugendstrafrechtliche Regelungsmodelle und internationale Rechtsentwicklungen
 1. Vom Wohlfahrtsmodell über das Justizmodell zum Kinderrechtsmodell
 2. Vorgaben des Kinderrechtsmodells für die nationalen Gesetzgebungen
- III. Kinderrechtsmodell und schweizerische Jugendstrafverteidigung
 1. Wann ist Jugendstrafverteidigung indiziert?
 2. Ist die schweizweite Einführung des Anwaltsmonopols ein Rück- oder Fortschritt?
 3. Die Qualifikation der Jugendstrafverteidigerin
 4. Funktion der Verteidigung in verschiedenen Verfahrensstadien
- IV. Unabhängigkeit der Jugendstrafverteidigerin und ausschliessliche Wahrnehmung der Interessen der Jugendlichen

1. Verhältnis Jugendliche – Eltern – Strafverteidigerin
 2. Eltern: Jugendlichenverteidigerinnen und separate Partei in Personalunion?
- V. Zukunft der Jugendstrafverteidigung

I. Umstrittene Funktion der Jugendstrafverteidigung

Die Jugendstrafverteidigung wird heute als aus rechtsstaatlicher Sicht unabdingbares Element des Jugendstrafprozesses kaum mehr grundsätzlich in Frage gestellt. Aber auch nach der Revision des Jugendstrafgesetzes (JStG) und der Einführung der eidgenössischen Jugendstrafprozessordnung (JStPO) per 1.1.2011 gehen die Vorstellungen über die Funktion und Rolle der Verteidigung sowie ihre praktische Ausübung nach wie vor – und zum Teil weit – auseinander. Darin kann durchaus eine grundsätzliche Infragestellung erblickt werden. ² Diese erstaunt nicht, ist doch die schweizerische Jugendstrafrechtspflege dem Institut der Verteidigung seit jeher mit Zurückhaltung begegnet. Die Vorstellung, dass die Interessen der Jugendlichen ³ in dem auf Schutz und Fürsorge ausgerichteten Jugendstrafverfahren ohnehin berücksichtigt würden und dass eine anwaltliche Vertretung in diesem System eher kontraproduktiv wirken könnte, war stets eine treue Begleiterin der Diskussionen um Sinn und Zweck der Jugendstrafverteidigung. ⁴ Die Haltung gegenüber dieser hat einen engen Zusammenhang mit der Ausrichtung und dem Zweck des Jugendstrafrechts generell, aber auch mit dem Bild von Jugendlichen und ihrer Entwicklung. Der vorliegende Artikel analysiert unter Heranziehung der internationalen Rechtsentwicklung die aktuelle Praxis der Jugendstrafverteidigung und gibt aus der Sicht von Praktikern der Kindes- und Jugendlichenvertretung ⁵ Anstösse für eine Weiterentwicklung des Verteidigungsverständnisses im schweizerischen Jugendstrafrecht.

forumpoenale–2012– 89

II. Jugendstrafrechtliche Regelungsmodelle und internationale Rechtsentwicklungen

1. Vom Wohlfahrtsmodell über das Justizmodell zum Kinderrechtsmodell

Die Wurzeln unseres heutigen Jugendstrafrechts sind im sogenannten *Wohlfahrtsmodell* des ausgehenden 19. Jahrhunderts zu finden. Die damals aufkommenden, neuen sozialen und geistigen Strömungen bewirkten, dass der Kindheit und Jugend eine eigenständige Bedeutung als herausgehobene Lebensphasen zugewiesen wurde. Zuvor wurde diese nicht als besonders schützenswerte Lebensphasen betrachtet, was mit unbeschreiblichem Elend und Ausbeutung von Unmündigen einherging. Der Gedanke, dass diese einer anderen Behandlung bedürfen als Erwachsene, führte in verschiedenen Teilen der Welt zur Schaffung separater Regelungen, Gerichte und Institutionen für angeschuldigte und straffällig gewordene Jugendliche. ⁶ Im Wohlfahrtsmodell war die Verteidigung der angeschuldigten Jugendlichen noch kein Thema, weil es sich gänzlich der Gewährung von Schutz und Wohlfahrt durch den Staat verpflichtet fühlte. Es

ging davon aus, dass Delinquenz symptomatisch sei und dass die dahinterliegenden Bedürfnisse der Jugendlichen erkannt und behandelt werden könnten. Das Verfahren war geprägt von Informalität und einem weiten Entscheidungsermessen.

Abgelöst wurde das wegen seiner Willkürtendenz zunehmend kritisierte Wohlfahrtsmodell vom *Justizmodell*: Verbunden mit dem Schlagwort «Back to justice» beruhte es auf dem traditionell liberalen Ansatz, wonach Delinquenz eine Frage der Wahl und der Selbstverantwortung sei (Theorie der verdienten Strafe). ⁷ Die damit verbundene Notwendigkeit einer gerechten – tat- und schuldadäquaten – Strafe setzte einen Tat- und Schuldbeweis voraus. Im Beweisverfahren wurden deshalb als Gegengewicht prozessuale Garantien zur Sicherstellung der Fairness und zum Schutz der Freiheitsrechte der angeschuldigten Jugendlichen eingeführt. Berühmt gewordener Wendepunkt zwischen Wohlfahrts- und Justizmodell ist die Entscheidung vom 15.5.1967 des Supreme Court der Vereinigten Staaten in *Re Gault*; dort wurden dem 15-jährigen angeschuldigten Jugendlichen Gerald Gault erstmals weitreichende Verfahrensrechte, darunter auch das Recht auf (eigene) Verteidigung zugestanden. ⁸

Auch dem Justizmodell, das international bis in die Achtzigerjahre hinein wegleitend war, erwuchs Kritik. Namentlich wurde die völlige Ausblendung des sozialen Kontexts strafbaren Handelns kritisiert, wie auch die dem Modell zugrundeliegende Annahme, Jugendliche würden aufgrund des eigenen freien Willens handeln. ⁹ Im Lauf des 20. Jahrhunderts begann sich in der internationalen Gemeinschaft parallel zu den beschriebenen Entwicklungen ein Regelwerk zu bilden, das sich am Recht bzw. an den Rechten des Kindes orientiert («child rights based approach») ¹⁰ und welches das Kind als (Rechts-)Subjekt in den Mittelpunkt stellt. Aus kinderrechtlicher Sicht am bedeutsamsten ist die UNO-Kinderrechtskonvention (CRC), ¹¹ welche auch die Schweiz – als viertletzter von 193 Vertragsstaaten – am 24.2.1997 ratifiziert hat. ¹² Zwei Artikel der CRC widmen sich dem Jugendstrafrecht: Art. 37 über die sanktions- und vollzugsrechtlichen Bestimmungen sowie Art. 40 über die prozessualen Garantien. Für die Interpretation der Regelwerke bedeutsam sind schliesslich diverse Stellungnahmen, sogenannte General Comments (Allgemeine Bemerkungen) des UNO-Kinderrechtsausschusses (CROC ¹³). Hervorzuheben sind an dieser Stelle der «General Comment No. 12, The right of the child to be heard» ¹⁴ und der «General Comment No. 10, Childrens Rights in Juvenile Justice». ¹⁵ Für die Schweiz massgebend sind auch die Leitlinien des Europarats für eine kinderfreundliche Justiz vom 17.11.2011, ¹⁶ welche sich ebenfalls an der CRC orientieren. Die Bedeutung des rechtbasierten Ansatzes, welcher in der CRC seinen Ausdruck findet, ist auch für das Jugendstrafrecht zentral und bestimmend: Es kann deshalb heute von einem weiteren jugendstrafrechtlichen Regelungsmodell, dem «Kinderrechtsmodell», gesprochen werden. Dieses Modell ist hauptsächlich geprägt von den erwähnten internationalen (universell geltenden) Rechten des Kindes. ¹⁷ Es steht auch für die Überwindung der Welfare-Justice-Dichotomie, welche aber in den jugendstrafrechtlichen Diskussionen nach wie vor präsent ist.

2. Vorgaben des Kinderrechtsmodells für die nationalen Gesetzgebungen

Das jugendstrafrechtliche Kinderrechtsmodell [18](#) zeichnet sich aus durch:

- die Idee der Errichtung eines separaten (vom Erwachsenenstrafrechtssystem getrennten) Jugendstrafrechtssystems
- die allgemeine Aufforderung zur Beachtung des Kindeswohls
- die Aufforderung zur Festlegung eines Strafmündigkeitsalters, das eine gewisse Grenze nicht unterschreiten soll
- den Grundsatz der Eindämmung der Untersuchungshaft
- die Unterstützung der Idee der Diversion (Mediation, Täter-Opfer-Ausgleich etc.)
- die Sicherstellung prozessualer Garantien
- besondere Anforderungen an das Sanktionensystem.

All diese Forderungen haben auch Auswirkungen auf die Jugendstrafverteidigung.

III. Kinderrechtsmodell und schweizerische Jugendstrafverteidigung

1. Wann ist die Jugendstrafverteidigung indiziert?

Die JStPO hat zwar die Empfehlung des CROC umgesetzt, die anwaltliche Vertretung von Jugendlichen in Untersuchungshaft zu kodifizieren ([Art. 24 JStPO](#)). Allerdings trägt die neue Regelung der CRC ungenügend Rechnung, fordert diese doch die Sicherstellung einer rechtskundigen Vertretung *in jedem Fall* von Freiheitsentzug; dagegen sieht die JStPO erst ab drohendem Freiheitsentzug von mindestens einem Monat, bei der Anordnung von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft oder einer vorsorglichen Unterbringung eine notwendige Verteidigung der Jugendlichen vor (Art. 24 lit. a, c und d JStPO). Es ist zu betonen, dass gemäss CRC die Staaten in jedem Jugendstraffall sicherzustellen haben, dass das Kind bei der Vorbereitung und Wahrnehmung seiner Verteidigung durch einen *rechtskundigen* oder *anderen geeigneten Beistand* unterstützt wird, und dass dieser im gerichtlichen Verfahren anwesend ist. Laut dem CROC ist eine Person ein «anderer geeigneter Beistand», wenn sie die relevanten juristischen Aspekte eines Jugendstrafverfahrens kennt sowie im Umgang mit Kindern – die mit dem Gesetz in Konflikt geraten sind – geschult ist, wie etwa eine spezialisierte Sozialarbeiterin. Auch wenn der erwähnte Ansatz des internationalen Rechts in der Literatur teilweise als sehr weitgehend beschrieben wird [19](#) und von vielen Mitgliedstaaten (noch) nicht umgesetzt worden ist, erscheint die heutige schweizerische Lösung als übertrieben zurückhaltend: Sie verlangt die notwendige Verteidigung – abgesehen von dem erwähnten Fall des Freiheitsentzugs – nur noch bei Unvermögen der Jugendlichen und deren gesetzlichen Vertretung bei der Interessenswahrung ([Art. 24 lit. b JStPO](#)) sowie für den Fall des persönlichen Auftritts der Jugendanwältin in der Hauptverhandlung ([Art. 24 lit. e JStPO](#)). [20](#) Es lässt sich den Materialien nicht entnehmen, ob man bei der Ausarbeitung und der parlamentarischen Beratung des

Gesetzes weitere Typisierungen der notwendigen Verteidigung in Erwägung gezogen hat. Bezüglich der Definition notwendiger Verteidigung wurde die Gelegenheit verpasst, das Recht auf Gehör gemäss Art. 12 CRC im Jugendstrafverfahren besser umzusetzen. Speziell unter dem Aspekt des Grundsatzes der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls müssten – bereits heute in einer staatsvertragskonformen Auslegung gerade von [Art. 24 lit. b JStPO](#) – weitere nicht explizit genannte Fälle notwendiger Verteidigung erwogen werden: Beispielsweise sollte an die Schwere der Tat [21](#) oder die unklare Beweislage angeknüpft werden sowie bei Vorliegen von Interessenkonflikten zwischen der angeschuldigten Jugendlichen und deren gesetzlicher Vertretung eine Verteidigung notwendig sein. Sodann ist u.E. insbesondere auch eine Verteidigung geboten, wenn die Jugendstrafbehörde den Verdacht hat, dass das Wohl der angeschuldigten Jugendlichen gefährdet sein könnte (auch ohne dass eine der erwähnten Konstellationen notwendiger Verteidigung vorläge). [22](#)

2. Ist die schweizweite Einführung des Anwaltsmonopols ein Rück- oder Fortschritt?

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang auch, dass die JStPO für Jugendstrafverteidigungen in der ganzen Schweiz das Anwaltsmonopol eingeführt hat ([Art. 127 Abs. 5 StPO](#) i.V.m. [Art. 3 Abs. 1 JStPO](#)). Nachdem die früheren kantonalen Jugendstrafprozessordnungen die Frage, *wem* die Verteidigung zu übertragen sei, mehrheitlich nicht normiert oder explizit auch Nicht-Anwältinnen zugelassen hatten, ist die Einführung des Anwaltsmonopols begründungsbedürftig, zumal die Frage der «richtigen» Profession der Jugendverteidigerin in der Fachdiskussion stets breiten Raum eingenommen hat. [23](#) Man findet jedoch in den Materialien keinerlei Hinweise. Eine naheliegende Erklärung könnte sein, dass der Jugendstrafprozess eben ein Strafprozess sei, an welchem sich ausschliesslich Juristinnen zu beteiligen haben, die der Kontrolle des justizförmigen Verfahrensablaufs und der richtigen Rechtsanwendung verpflichtet seien. Diese Erklärung greift jedoch aus folgenden Gründen zu kurz: Die Jugendstrafgesetzgebung verfolgt – gemäss erklärter Absicht der Gesetzgeberin – im Gegensatz zum Erwachsenenstraf-

forumpoenale–2012–91

recht *hauptsächlich* erzieherische Ziele [24](#) und es wurde im Lauf der Gesetzesentstehung betont, dass sämtliche Praktikerinnen des Jugendstrafrechts über eine erzieherische Befähigung verfügen sollten. [25](#) Eine explizite Aufnahme dieses Erfordernisses ins JStG hatte der Bundesrat noch vorgeschlagen, [26](#) wurde jedoch vom Parlament mit Hinweis auf die Gesamtausrichtung der Jugendstrafgesetzgebung auf erzieherische Ziele als überflüssig abgelehnt. Widersprüchlich erscheint weiter, dass angeschuldigte Jugendliche grundsätzlich auch von ihren gesetzlichen Vertreterinnen, namentlich den Eltern, verteidigt werden (können), [27](#) die in der Regel über keine einschlägigen juristischen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen. In Anbetracht dieser Inkonsistenzen ist es nicht abwegig, die Einführung des Anwaltsmonopols ohne Statuierung von psychosozialen Zusatzqualifikationen als – mehr oder weniger bewusste – Konzession an das

Justizmodell zu deuten. Zudem darf in diesem Zusammenhang die Beziehung zwischen Strafkonzepkt und Verfahrensprogramm nicht übersehen werden. Denn mit dem Ausbau verfahrensrechtlicher Grundsätze und insbesondere der Erweiterung des Verteidigungsanspruchs soll gleichzeitig die Verschärfung der Sanktionen im Bereich der schwereren Jugendkriminalität legitimiert werden.

Es ist jedenfalls darauf hinzuweisen, dass in allen anderen Fällen von Kindesvertretung – etwa im Scheidungsverfahren ([Art. 299 ZPO](#)), bei internationalen Kindesentführungen (Art. 9 Abs. 2 BG-KKE) und – ab 2013 – im neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Art. 314a bis nZGB) die Vertretung des Kindes keine Anwältin, ja nicht einmal eine Juristin sein muss, sondern eine «in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person». [28](#) Solange das geltende Jugendstrafrecht derart stark durch die Logik des Erwachsenenstrafrechts geprägt ist und die Jugendstrafprozessordnung weitgehend auf die Erwachsenenstrafprozessordnung verweist ([Art. 3 JStPO](#)), mithin als *lex specialis* derselben mit dieser sogar regelrecht verzahnt ist, entbehrt die Einführung des Anwaltsmonopols nicht einer gewissen Logik. Sehr bedauerlich ist aber, dass für Verteidigerinnen in der Jugendstrafrechtspflege nicht mindestens eine interdisziplinäre Zusatzqualifizierung als notwendige Anforderung eingeführt worden ist. Es besteht dadurch weiterhin die Tendenz, dass die juristischen die partizipativen Aspekte an den Rand drängen. Würde zukünftig das Kinderrechtsmodell im Jugendstraf(prozess)recht konsequent umgesetzt, müsste u.E. die Aufhebung des Anwaltsmonopols ernsthaft diskutiert werden.

3. Die Qualifikation der Jugendstrafverteidigerin

Die internationalen kinderrechtlichen Regelwerke legen das Hauptgewicht denn auch nicht so sehr auf die Profession, sondern auf das *effektive Tätigwerden* einer Vertretung des Kindes in jedem Jugendstrafverfahren und auf die *personelle Spezialisierung*, wobei letztere selbstverständlich für alle im Jugendstrafrecht tätigen Berufsgattungen gefordert wird. Das CROC führt in seinem General Comment Nr. 10 zu Art. 40 CRC [29](#) unter dem Titel «rechtlicher oder anderweitig geeigneter Beistand» aus: « *The child must be guaranteed legal or other appropriate assistance in the preparation and presentation of his/her defence. [...] The committee recommends the State Parties to provide as much as possible für adequate trained legal assistance, such as expert lawyers or paralegal professionals. Other appropriate assistance is possible (e.g. social worker), but that person must have sufficient knowledge and understanding of the various legal aspects of the process of juvenile justice and must be trained to work with children in conflict with the law .»* Aufgrund der auf tiefem Niveau verharrenden Zahl jährlicher Verteidigereinsetzungen in Jugendstrafrechtsfällen [30](#) und der nach wie vor restriktiven Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung ist eine eigentliche Spezialisierung von Jugendstrafverteidigerinnen in absehbarer Zeit nicht zu erwarten, was gleichzeitig auch bedeutet, dass keine entsprechenden spezialisierten Ausbildungsangebote entstehen werden. [31](#) Dies ist insofern bedauerlich, als der Wunsch nach Spezialisierung und Ausbildungsmöglichkeiten von Jugendstrafverteidigerinnen deutlich auch seitens von Jugendanwältinnen und Jugendgerichten geäußert wird, welche regelmässig mit Anwältinnen konfrontiert sind, die aus Zufall oder aufgrund persönlicher Verbindungen einmalig zu Jugendstrafmanda-

ten kommen und mitunter weder in rechtlicher noch in psycho-sozial-pädagogischer Hinsicht professionell agieren.

4. Funktion der Verteidigung in verschiedenen Verfahrensstadien

Das Bundesgericht hat bereits 1985 in einem Leitentscheid [32](#) betont, dass die durch den Erziehungsgedanken motivierten Besonderheiten des Jugendstrafverfahrens nicht zulasten des prozessualen Rechtsschutzes gehen dürfen; insbesondere sei die Vereinfachung und Konzentration der Verfahrensorganisation nicht im Widerspruch zur Bundesverfassung zu verwirklichen. Entsprechend wies das Bundesgericht der Verteidigerin die Aufgabe zu, im Interesse der Jugendlichen alles vorzukehren, um auf ein freisprechendes oder ein möglichst mildes Urteil hinzuwirken. Die erstmals so klar ausgedrückte und in den letzten Jahrzehnten weiterhin Geltung beanspruchende Bejahung rechtsstaatlicher Anforderungen an das Jugendstrafverfahren warf erstaunlicherweise keine grossen Wellen. [33](#) Es drängt sich daher die Frage auf, ob dieses Urteil in der Alltagspraxis der Jugendstrafverfolgungsorgane die zu erwartenden Veränderungen – hin zu deutlich mehr Verteidigungsbestellungen auf Initiative der Jugendanwältinnen – bewirkt hat. [34](#) Dies scheint nicht der Fall zu sein. [35](#) Daran dürfte sich u.E. auch durch die Einführung der sogenannten Vertrauensperson ([Art. 13 JStPO](#)) nichts ändern. Eine Vertrauensperson kann von der Jugendlichen in jedem Verfahrensstadium beigezogen werden. Mehrfach wurde im Lauf der Gesetzesentstehung darauf hingewiesen, es gehe hier um eine Person, die die Jugendliche auf den rechten Weg zurückbringen könne und es handle sich dabei um ein Instrument des internationalen Rechts. [36](#) Die Vertrauensperson mit Anwesenheitsrecht, jedoch ohne jegliche prozessuale Kenntnisse und Funktion, hat also in einer sehr weitgehenden Form Aufnahme in die JStPO gefunden, während der von der CRC garantierte Anspruch *jeder* Jugendlichen auf «legal or other appropriate assistance» nicht umgesetzt wurde. Dieser Widerspruch kann als weiteres Zeichen dafür gesehen werden, dass die (vollständige) Rezeption des Kinderrechtsmodells im schweizerischen Jugendstrafsystem noch nicht stattgefunden hat.

Im Stadium der Feststellung der Tat- und Schuldfrage erscheint nach dem Gesagten die Verteidigung nach den üblichen strafprozessualen Regeln des Erwachsenenrechts durchaus geboten. Hierfür bedarf es einschlägiger rechtlicher Kenntnisse und prozessualer Erfahrung. Solange das Jugendstraf(prozess)recht sich wie heute weitgehend im erwachsenenstraf(prozess)rechtlichen Koordinatensystem bewegt, ist daher das Handwerk einer versierten Strafverteidigerin unabdingbar. Im Bereich des Findens der geeigneten Sanktion hat die Verteidigung aber ebenfalls eine wichtige Rolle zu spielen. Hinsichtlich der Strafart und des Strafmasses, vor allem aber hinsichtlich einer Unterbringung in sozialpädagogischen oder psychiatrischen Institutionen muss sie aus Sicht der Jugendlichen parteilich deren Interessen einbringen und die Jugendliche informieren und beraten. [37](#) Die aktuelle Praxis zeigt, dass die zugelassenen Rechtsanwältinnen in diesem Bereich der Sanktionen regelmässig überfordert sind, weil sie sich im differenzierten, weitverzweigten und ständig wechselnden Angebot der

stationären und ambulanten Angebote für Kinder und Jugendliche mangels Praxiserfahrung nicht auskennen. Die Folge dieses Mankos ist, dass Verteidigerinnen häufig nicht an Besprechungen (insb. sogenannten Standortbestimmungen) in diesen Institutionen teilnehmen oder zwar teilnehmen, sich aber wegen Unsicherheit nicht äussern. Eine aktive Vertretung ist hier ebenfalls – auch als Orientierung für die vertretene Jugendliche – unabdingbar.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Frage der geeigneten Institution und die zeitliche Lokalisierung von Ein- und Übertritten bzw. die Überbrückung von Zwischenzeiten durch sog. Timeouts immer wieder erhebliche Probleme bereitet und in vielen Verfahren die zentrale Frage ist. An deren Lösung kann und muss die Jugendverteidigung immer wieder aus der Perspektive der Jugendlichen aktiv mitarbeiten und dies öfters nicht nur im Untersuchungs- bzw. Gerichtsverfahren, sondern auch danach im Vollzugsverfahren ([Art. 42 f. JStPO](#)). Es ist daher wünschenswert, wenn Jugendstrafverteidigerinnen auch Kindsvertretungen in zivil- und vormundschaftsrechtlichen Verfahren übernehmen. Nur auf diese Weise gelangt die Verteidigerin zu einem Grundwissen über die aktuelle Angebotslandschaft und wird zur ernstzunehmenden Gesprächspartnerin für ihre Klientin bzw. die Jugendanwaltschaft. Ausserdem sind eine Vernetzung und ein diesbezüglicher Wissensaustausch mit Angehörigen psychosozialer Berufe unabdingbar. [38](#) Zusammenfassend ist daher die ideale Jugendstrafverteidigerin eine kompetente Strafverteidigerin *und* eine versierte Kindsvertreterin – auch in zivilrechtlichen Verfahren.

forumpoenale–2012– 93

IV. Unabhängigkeit der Jugendstrafverteidigerin und ausschliessliche Wahrnehmung der Interessen der Jugendlichen

Aus dem Gesagten folgt zwingend, dass Verteidigerinnen die Interessen ihrer jugendlichen Klientinnen – und nur diese – vertreten. Das kann nicht genügend betont werden. Die neue JStPO (wie auch viele der alten kantonalen Verfahrensordnungen) wirft in diesem Zusammenhang einige Fragen auf.

1. Verhältnis Jugendliche – Eltern – Strafverteidigerin

Gemäss [Art. 23 JStPO](#) können auch die Eltern (bzw. die gesetzliche Vertretung) eine Anwältin mit der Verteidigung ihres Kindes betrauen. Wir haben schon in unserem ersten Beitrag zur Jugendstrafverteidigung [39](#) auf die damit zusammenhängende Problematik hingewiesen. Eltern von angeschuldigten Jugendlichen können aus verschiedenen Gründen in Interessenkonflikten stecken: Sie wollen etwa Schadenersatzzahlungen vermeiden, haben Schuldgefühle oder übertriebene eigene Bestrafungsreflexe gegenüber dem Kind oder vermischen die Situation ihres Kindes mit eigenen kindlichen Erfahrungen. Eltern haben, wenn sie überhaupt im Verfahren präsent sind, oft die Tendenz, der Verteidigerin ihres Kindes mit einem ausgeprägten «Instruktionsanspruch» gegenüberzutreten, insbesondere wenn sie diese selber bezahlen. [40](#) Verteidigerinnen sollten jedoch allein dem Interesse und dem Willen ihrer jugendlichen

Mandantinnen verpflichtet sein, dabei aber selbstverständlich mit allen wichtigen Personen aus dem Umfeld der Jugendlichen sprechen. Wir halten es deshalb für problematisch, wenn Eltern die «Verteidigerinnen» ihres Kindes alleine mandatieren können. [41](#) In vielen Fällen dürfte bzw. müsste [Art. 306 Abs. 2 ZGB](#) verhindern, dass Eltern gültig Wahlverteidigerinnen einsetzen. Die Wahlverteidigung sollte deshalb (*de lege ferenda*) allein den beschuldigten Jugendlichen vorbehalten sein (wobei mangels eigenem Einkommen und Vermögen der Jugendlichen praktisch immer die amtliche Verteidigung zum Zuge kommen muss). Damit ein solches auf die angeschuldigten Jugendlichen beschränktes Wahlrecht in der Praxis «funktioniert», müssen allerdings zwei wichtige Voraussetzungen gegeben sein: Die Jugendlichen müssen entsprechend informiert und aufgeklärt sein und es braucht eine ausreichende Anzahl spezialisierter und ausgebildeter Jugendstrafverteidigerinnen, welche sich zur Einhaltung ethischer Standards verpflichten und sich auch bereit erklären, dass deren Einhaltung überprüft wird. Diese Voraussetzungen sind heute in der Schweiz nicht gegeben.

2. Eltern: Jugendlichenverteidigerinnen und separate Partei in Personalunion?

Gemäss [Art. 19 Abs. 1 JStPO](#) handelt die beschuldigte Jugendliche «durch die gesetzliche Vertretung» (welche gemäss [Art. 23 JStPO](#) insbesondere eine Anwältin als Verteidigung betrauen kann). Als Ausnahme hiervon statuiert [Art. 19 Abs. 2 JStPO](#), dass urteilsfähige beschuldigte Jugendliche ihre Parteirechte selbständig wahrnehmen. Des Weiteren wird die gesetzliche Vertretung in [Art. 18 JStPO](#) neben der beschuldigten Jugendlichen aber auch ausdrücklich als Partei aufgeführt. [42](#) Problematisch an den gewählten Funktionszuweisungen ist, dass die gesetzliche Vertretung stets gleichzeitig als verantwortliche Erziehungsperson und (grundsätzlich) als Verteidigerin der beschuldigten Jugendlichen oder mindestens als die Verteidigerin beauftragende Person angesprochen wird. Besonders augenfällig wird dieser funktionelle Konflikt im durchaus praxisrelevanten Fall, dass eine Jugendliche amtlich verteidigt wird und deren rechtliche Vertretung gleichzeitig eine Anwältin als Verteidigerin beauftragt. In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, es seien dann zwei «Verteidigerinnen» am Werk, die möglicherweise nicht miteinander kommunizieren und verschiedene Anträge stellen. [43](#) Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden: Bei den Beschuldigten handelt es sich in der Regel um Teenager, die nicht nur strafmündig, sondern in höchstpersönlicher Angelegenheit als urteilsfähig zu betrachten sind; [44](#) es ist in einem konsequent umgesetzten Kinderrechtsmodell sinnvoller, als Verteidigerinnen nur Rechtsanwältinnen zu bezeichnen, die von der *beschuldigten Jugendlichen* oder von der *Jugendstrafbehörde* ausschliesslich für die Vertretung der Jugendlichen eingesetzt werden. Die gesetzliche Vertretung kann sich wohl auch anwaltlich vertreten lassen, wobei diese Anwältin nicht als Jugendverteidigerin, sondern als weitere Parteivertreterin am Verfahren teilnimmt. [45](#) Diese Aufteilung hat nicht nur den Vorteil der Aufgabe der Interessendiffusion zwischen der beschuldigten Jugendlichen und

deren Eltern, sondern wird auch [Art. 306 Abs. 2 ZGB](#) gerecht und verhindert, dass zwei so eingesetzte Vertreterinnen sich gegenseitig neutralisieren. Die klare Trennung der Interessenvertretungen ist auch ein wichtiges Signal an die sich vom Elternhaus loslösende Jugendliche, indem ihr aufgezeigt wird, dass sie selber einen (höchstpersönlichen) Anspruch auf Verteidigung hat, welcher nicht stellvertretend von ihrem Vater oder ihrer Mutter ausgeübt werden kann. [46](#)

De lege lata sind diese Spannungsverhältnisse so gut es geht auszutarieren. *De lege ferenda* sollte die Möglichkeit der Mandatierung einer Verteidigung durch gesetzliche Vertreter explizit auf den Fall beschränkt werden, dass die Jugendliche nicht urteilsfähig ist. Ausserdem ist aus oben erwähnten Gründen in [Art. 19 JStPO](#) als Regelfall vorzusehen, dass beschuldigte Jugendliche ihre Parteirechte *selbständig* wahrnehmen und nur für den Ausnahmefall der Urteilsunfähigkeit festzuschreiben, dass die gesetzliche Vertretung im Verfahren für die Jugendliche handelt.

V. Zukunft der Jugendstrafverteidigung

Anknüpfend an die vorstehend behandelten ausgewählten Aspekte fassen wir für die Zukunft der Jugendstrafverteidigung im «Kinderrechtsmodell» einige Postulate zusammen:

- Die Jugendstrafverteidigung ist nicht wie bisher mehrheitlich als Instrument des Rechtsstaates zur Garantie der Rechte der einer Straftat Beschuldigten zu betrachten. Sie soll gleichwertig auch Mittel der Jugendlichen zur Wahrnehmung ihres Rechts auf Partizipation in rechtlichen Verfahren (Art. 12 CRC) und ihres Anspruchs auf höherrangige Berücksichtigung des Aspekts des Kindeswohls (Art. 3 CRC) sein.
- Dies bedingt, dass auch im Bereich der Verteidigung das System von demjenigen des Erwachsenenstrafprozessrechts getrennt wird: Beispielsweise durch die Ausscheidung eines Pools spezialisierter Jugendstrafverteidigerinnen, auf welche Jugendliche oder die Jugendstrafbehörden bei der Vergabe von Verteidigungsmandaten zurückgreifen können. Jugendstrafverteidigerinnen sollten sich nebst den üblichen Strafverteidigerobliegenheiten weitergehenden kinderrechtlich-ethischen Standards unterziehen müssen.
- Jugendstrafverteidigung ist weiterhin als eine spezialisierte Domäne zu betrachten, welche ebenso stark von den Kompetenzen genereller Kindes- und Jugendlichenvertretung wie von der «klassischen» Strafverteidigung geprägt sein muss; entsprechende interdisziplinäre Aus- und Weiterbildungsangebote sind zu entwickeln.
- Das Anwaltsmonopol wäre bei der konsequenten Weiterentwicklung des Jugendstrafprozesses hin zu einem vollständig umgesetzten Kinderrechtsmodell in Frage zu stellen. Die Zulassung von geeigneten und ausgebildeten Personen zur Verteidigung, namentlich aus der Sozialarbeiterschaft, wäre ernsthaft zu prüfen.
- Die Jugendstrafverteidigung ist ein höchstpersönliches Recht der beschuldigten Jugendlichen und dies ist gesetzlich auch so auszugestalten. Das ist unvereinbar mit der derzeit nach dem Gesetzestext möglichen Mandatierung, Instruierung und (direkten) Honorierung von Verteidigerinnen durch gesetzliche Vertreterinnen oder mit der Wahrnehmung von eigentlichen Verteidigungsfunktionen durch gesetzliche Vertreterinnen.
- Die aktuellen Bestimmungen über die notwendige und amtliche Verteidigung sind *de lege lata* extensiv auszulegen. *De lege ferenda* ist der Katalog der notwendigen

Verteidigungsgründe auszuweiten und insbesondere nicht nur an der vorgeworfenen Tat und am Verfahren (Haft, Unterbringung, Teilnahme der Jugendanwältin an der Hauptverhandlung etc.), sondern auch an der aktuellen Situation der betroffenen Jugendlichen und deren Umfeld auszurichten.

Stichwörter: Verteidigung, Jugendstrafrecht, Jugendstrafverteidigung, Jugendstrafprozessrecht, amtliche Verteidigung, Kinderrechtsmodell

Mots-clés: défense, droit pénal des mineurs, défense en droit pénal des mineurs, droit de procédure pénale applicable aux mineurs, défense d'office, modèle des droits de l'enfant

Zusammenfassung: Der Beitrag diskutiert in kritischer Beleuchtung der geltenden Bestimmungen der JStPO und unter Heranziehung der internationalen Rechtsentwicklung die aktuelle Praxis der Jugendstrafverteidigung. Aus der Sicht von Praktikern der Kindes- und Jugendlichenvertretung werden Anstösse für eine Weiterentwicklung des Verteidigungsverständnisses im schweizerischen Jugendstrafrecht de lege lata und de lege ferenda gegeben.

Résumé: Jetant un éclairage critique sur les dispositions de la PPMin actuellement en vigueur et se référant à l'évolution du droit au plan international, les auteurs de la présente contribution se penchent sur la défense en droit pénal des mineurs telle qu'elle est aujourd'hui exercée. De leur point de vue de praticiens de la représentation judiciaire des enfants et des adolescents, ils promeuvent un développement, de lege lata et de lege ferenda, de la compréhension de la défense en droit pénal suisse des mineurs.

- 1 Der Artikel ergänzt den Beitrag BERNARD/BLUM, «Die Verteidigung nach der neuen Jugendstrafprozessordnung (JStPO)», FP 2011, 113 ff. Die Verfasser danken herzlich: Kathrin Bretschger Bitterli, Hansueli Gürber und Vreni Hürlimann für wertvolle Hinweise.
- 2 Diese Aussage bezieht sich ausdrücklich auf die Schweiz. Anderswo – z.B. in Deutschland – scheint die Jugendstrafverteidigung mehrheitlich akzeptiert. Vgl. etwa ZIEGER, Verteidigung in Jugendstrafsachen, 5. Aufl., Heidelberg 2008, 133.
- 3 Die weibliche Form schliesst hier und nachfolgend Männer ein.
- 4 WEIDKUHN, Jugendstrafrecht und Kinderrechte, Zürich 2009, 122 mit weiteren Hinweisen; HERRMANN, Die Rolle der Verteidigung in der Jugendstrafrechtspflege, Basel 1996, 53; AEBERSOLD, Schweizerisches Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Bern 2011, 258.
- 5 Die Jugendstrafverteidigung spielt hierzulande in quantitativer Hinsicht eine marginale Rolle, sodass es kaum genügend erfahrene und spezialisierte Anwältinnen gibt. Auch die Autoren zählen sich nur mit Vorbehalten dazu. Sie sind jedoch regelmässig auch als Kindesvertreter in anderen, insb. zivil- und vormundschaftsrechtlichen Verfahren, tätig und haben beide überdies eine beträchtliche Erfahrung als Erwachsenenstrafverteidiger.
- 6 WEIDKUHN (Fn. 4), 9.
- 7 WEIDKUHN (Fn. 4), 11 mit weiteren Hinweisen.
- 8 In Re Gault, 387, 28 U.S. 1; SALGO, Anwalt des Kindes, Frankfurt a.M. 1996, 58.
- 9 WEIDKUHN (Fn. 4), 12; auf weitere Modelltendenzen (insb. das Diversionskonzept und die «Restorative Justice») des ausgehenden 20. Jahrhunderts kann im Rahmen dieses Artikels aus Platzgründen nicht eingegangen werden.

- [10](#) Beginnend 1924 mit dem Erlass der «Declaration on the rights of the child» durch den Völkerbund, vgl. die Übersicht bei WEIDKUH (Fn. 4), 21 ff.
- [11](#) Convention on the Rights of the child (CRC), in Kraft seit 2.9.1990.
- [12](#) Weitere für den Bereich des Jugendstrafrechts wichtige internationale Regelwerke: UN Beijing Rules (1985), UN Riyadh Guidelines (1990), UN Rules for the protection of Juveniles Deprived of their liberty, Guidelines for action on Children in the Criminal Justice System.
- [13](#) Committee on the Rights of the Child.
- [14](#) Deutsche Übersetzung: Allgemeine Bemerkung Nr. 12 (2009), «Das Recht des Kindes, gehört zu werden» www.ekkj.admin.ch/c_data/GeneralCommentlang.pdf (letztmals eingesehen: 28.11.2011).
- [15](#) www.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10.pdf (letztmals eingesehen: 28.11.2011).
- [16](#) www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/default_en.a (letztmals eingesehen: 28.11.2011).
- [17](#) WEIDKUH (Fn. 4), 16.
- [18](#) WEIDKUH (Fn. 4), 17, unter Berufung auf JULIA SLOTH- NIELSEN.
- [19](#) Vgl. etwa WEIDKUH (Fn. 4), 225.
- [20](#) Vgl. zum Ganzen BERNARD/ BLUM (Fn. 1), 116.
- [21](#) Das JStG vom 20.6.2003 sah vor Inkrafttreten der JStPO die Schwere der Tat noch explizit als Kriterium für notwendige Verteidigung vor. Dieser Verlust an Klarheit ist zu bedauern. Nichtsdestotrotz besteht dieser Anknüpfungspunkt weiterhin, so auch BERNARD/ BLUM (Fn. 1), 116 ff.
- [22](#) Zum Ganzen BERNARD/ BLUM (Fn. 1), 116 ff.
- [23](#) Vgl. etwa HERRMANN (Fn. 4), 49 ff. und 119 ff.
- [24](#) Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBI 2006, 1085, 1355.
- [25](#) HERRMANN (Fn. 4), 100 ff., beschreibt anschaulich das vorherrschende Rollenmodell im erziehenden Jugendstrafprozess und zieht das prägnante Fazit: Es sei darin nicht ein juristisch geschulter Rechtsanwalt, sondern ein Mitarbeiter des Gerichts mit einer pädagogischen Ader gefragt.
- [26](#) BBI 1999, 2222, zum vorgeschlagenen Art. 2 Abs. 3: «Die mit der Anwendung dieses Gesetzes betrauten Personen sollen über erzieherische Befähigung verfügen.».
- [27](#) Kritisch BERNARD/ BLUM (Fn. 1), 116 f.
- [28](#) Die Konsequenzen in solchen Verfahren sind oftmals genauso gravierend wie bei Jugendstrafverfahren, insbesondere wirken sich zivilrechtlich verfügte Unterbringungen letztlich ähnlich aus wie solche im Rahmen von jugendstrafrechtlichen Schutzmassnahmen.
- [29](#) General Comment No. 10 (2007): Childrens rights in juvenile justice, <http://www.crin.org/resources/infodetail.asp?id=12462> (letztmals eingesehen: 28.11.2011).
- [30](#) Für die Schweiz existieren keine Zahlen über die Häufigkeit der anwaltlichen Vertretung Jugendlicher im Verfahren, für Deutschland wird geschätzt, dass ungefähr jeder fünfte Jugendliche in der mündlichen Verhandlung vor dem Jugendgericht vertreten wird, HERRMANN (Fn. 4), 178.
- [31](#) Praktikerinnen der Jugendanwaltschaften, der Polizei und des Sanktionenvollzugs haben demgegenüber seit 2011 die Möglichkeit, an der Hochschule Luzern ein Certificate of Advanced

Studies (CAS) im Bereich Jugendstrafverfolgung zu absolvieren. Gleichenorts wird seit 2008 im 2-Jahres-Rhythmus das CAS Kindesvertretung angeboten, welches allerdings die Vertretung und Partizipation von Kindern in den verschiedensten rechtlichen Verfahren thematisiert. Schliesslich hat der Verein Kinderanwaltschaft Schweiz eine Fachgruppe Jugendstrafverteidigung gegründet, welche auch Weiterbildungsveranstaltungen organisiert (www.kinderanwaltschaft.ch).

- [32](#) [BGE 111 Ia 81.](#)
- [33](#) Illustrativ die ausführlichen Bemerkungen von HERRMANN (Fn. 4), 176, welcher zu Recht erstaunt ist über den völlig ausgebliebenen Widerspruch zu diesem Entscheid; denn in der Alltagspraxis wird die Rolle der Jugendverteidigerin bis heute mehrheitlich als die einer Miterzieherin begriffen.
- [34](#) WEIDKUH (Fn. 4), 123, konstatiert zwar einen «gewissen Wandel» in der Zurückhaltung gegenüber der Verteidigung, beruft sich dabei aber lediglich auf den zitierten Bundesgerichtsentscheid.
- [35](#) Immerhin hat sich jedoch – zumindest in der deutschen Schweiz – mittlerweile das sog. Jugendanwalt-Modell durchgesetzt, wohingegen in der Romandie nach wie vor das inquisitorische Jugendrichter-Modell praktiziert wird.
- [36](#) Vgl. etwa den Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, Bundesamt für Justiz, Bern Juni 2001, 78, der die Präsenz der Eltern bzw. des Vormunds in den Strafverfahren (Art. 40 Ziff. 2 lit.b Abs. 3 CRC) allgemein im Sinn von Vertrauenspersonen ausgelegt haben will, wobei diese Interpretation weit über den klaren Wortlaut hinausgeht.
- [37](#) GI.M. MURER MIKOLÁSEK, Analyse der schweizerischen Jugendstrafprozessordnung, Zürich 2011, 262.
- [38](#) Kinderanwaltschaft Schweiz versucht dies mit seinen transdisziplinären Interventionsveranstaltungen («Learning Communities») zu ermöglichen.
- [39](#) BERNARD/ BLUM (Fn. 1).
- [40](#) Dies hat selbstverständlich auch Auswirkungen auf das Verhalten der Verteidigerin, welche bei für die auftraggebenden Eltern unliebsamen Vertretungshandlungen den Entzug des Mandats riskiert. Die Standards des Vereins Kinderanwaltschaft Schweiz schliessen daher grundsätzlich aus, dass Kindesvertreter von Eltern und anderen Nahestehenden mandatiert bzw. honoriert werden.
- [41](#) So bereits BERNARD/ BLUM (Fn. 1), 115 ff. Regelmässig werden in einem späteren Verfahrensstadium von Eltern – teilweise ohne Absprache mit der Jugendlichen – Wahlverteidigerinnen bevollmächtigt, welche bereits tätige amtliche Jugendverteidigerinnen – die den Ansprüchen der Eltern nicht genügen – ablösen sollen. Ob in diesen Konstellationen wirklich noch die Interessen der betroffenen Jugendlichen verteidigt werden, muss öfters bezweifelt werden.
- [42](#) Interessanterweise wird jedoch in [Art. 19 ff. JStPO](#) die Rolle der gesetzlichen Vertretung als Partei nicht genauer definiert. Vgl. aber hierzu MURER MIKOLÁSEK (Fn. 37), 249: Die Autorin betont, dass sowohl die gesetzliche Vertretung als auch die Jugendliche selbständige Parteistellung haben und nicht gemeinsam eine Partei sind.
- [43](#) So etwa MURER MIKOLÁSEK, in: JOSITSCH/ RIESEN- KUPPER/ BRUNNER/ MURER MIKOLÁSEK, JStPO-Kommentar, Zürich/St.Gallen 2010, Art. 23 N 2.
- [44](#) [Art. 19 Abs. 2 ZGB.](#)
- [45](#) So bereits BERNARD/ BLUM (Fn. 1), 114 ff.
- [46](#) Dies schliesst selbstverständlich nicht aus bzw. erfordert geradezu, dass die gesetzliche Vertretung der Jugendlichen bei der Wahrnehmung ihrer eigenen Rechte beratend zur Seite steht.