

*Prof. Dr. em. Werner Beulke*

## Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld – Notanker oder Achillesferse?

Vortrag anlässlich des 80. Geburtstags  
von Prof. Dr. Ulrich Eisenberg

### *Abstract*

Die Bedeutung des Erziehungsprinzips für die Verhängung und Bemessung einer wegen Schwere der Schuld zu verhängenden Jugendstrafe ist umstritten. Im vorliegenden Beitrag wird für den Regelfall ein Nebeneinander der Erziehungserfordernisse und des Schuldausgleichs bejaht, für den Bereich besonders schwerer Schuld jedoch dafür plädiert, ausnahmsweise von der erzieherischen Notwendigkeit der Verhängung der Jugendstrafe absehen zu können. Diese Fallgruppe sollte aber – entgegen neuerer Verflachungstendenzen in der BGH-Rechtsprechung – auf schwerste Kriminalität (i.d.R. bei zu verhängender Jugendstrafe ab 5 Jahren) beschränkt werden.

*Schlagwörter:* Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld, Erziehungsprinzip bei Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld

### *Abstract*

In juvenile criminal cases that involve particular severity of guilt it is disputed whether the educational principle requires the application of a juvenile sentence and determines its scope. As a rule, this paper argues for a consideration of both, educational requirements and compensation of guilt. In individual cases involving particular severity of guilt however, it should be legally possible not to impose a lower juvenile sentence as an exception to this rule. While recent decisions by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) exhibited a broad application of this exception, this article recommends that it should be limited to serious crimes (expected prison sentence of 5 years or more).

*Keywords:* Youth penalty for severity of guilt, parenting principle of youth penalty for severity of guilt

DOI: 10.5771/0934-9200-2019-3-269

## A. Einleitung

Seit der **Jugendgerichtsbewegung** Anfang des 20. Jahrhunderts und der Entstehung eines eigenständigen Jugendstrafrechts gehört das Spannungsverhältnis zwischen einem Erziehungsrecht einerseits und einem Strafrecht im klassischen Sinne für junge Menschen andererseits zu den ganz großen Streitfragen.

Bekanntlich ist das Ergebnis ein **Kompromiss**, der auch unser heutiges JGG kennzeichnet. Überwiegend erziehen wir<sup>1</sup>, aber in Extremfällen reicht uns das dafür zur Verfügung stehende Instrumentarium in Form von Erziehungsmaßnahmen und – mit Einschränkungen – auch von Zuchtmitteln nicht aus und wir greifen doch zur Jugendstrafe, deren zumindest auch strafender Charakter heute außer Diskussion steht.

Jugendstrafe kann wegen schädlicher Neigungen oder wegen Schwere der Schuld verhängt werden. Erstere knüpft trotz des strafenden Charakters offensichtlich an erzieherische Defizite an, Letztere scheint hingegen – jedenfalls dem Wortlaut nach – von dem unser gesamtes Jugendstrafrecht beherrschenden und inzwischen in § 2 I 2 JGG gesetzlich fixierten Erziehungsgedanken abgekoppelt zu sein. Welche Konsequenzen wir daraus zu ziehen haben, darüber tobt seit Jahrzehnten ein heftiger Streit, den ich zum Gegenstand meines heutigen Festvortrags machen möchte. Hierzu werde ich deshalb besonders motiviert, weil unser Jubilar gerade auf diesem Sektor ein fleißiger Mitdiskutant ist und in seinen jüngsten Publikationen eben auch zu diesem Thema leidenschaftlich Stellung bezogen hat. Wir nehmen am besten die derzeit jüngste einschlägige BGH-Entscheidung vom 18.7.2018<sup>2</sup> als „Aufhänger“ für unseren heutigen Diskurs.

## B. Sachverhalt

Nach den Feststellungen des Landgerichts Aachen beging der 19 Jahre und acht Monate alte Angeklagte A gemeinsam mit seinem Onkel M und einem weiteren volljährigen Mittäter L einen schweren Raub. Vermummt und mit Handschuhen versehen drangen sie in das Wohngebäude des 87-jährigen Geschädigten ein, dessen Ehefrau in der Woche zuvor verstorben war.

Das Opfer wachte durch Geräusche an der Wohnungstür auf. Während einer der Täter versuchte, die Tür aufzuhebeln, wollte der Geschädigte aufschließen, um nachzusehen, woher das Geräusch stammt. Dabei wurde die Tür von außen mit Gewalt aufgestoßen. Der Geschädigte stand dem Angeklagten und dessen Onkel gegenüber. Der dritte Mittäter L, der sich im engen Flur hinter diesen befand, stach von seiner Position aus mit einem Schraubendreher mehrmals in Richtung des Kopfes des Geschädigten. Dieser wurde auch von den Mittätern gestoßen, geschlagen und getreten, um ihn zu überwältigen. Der Geschädigte erlitt Streifverletzungen am Kopf, eine Stichver-

1 Zum Erziehungsgedanken statt aller: Eisenberg, JGG, 20. Aufl. 2018, § 2 Rn. 2 ff; Pieplow, ZJJ 2018, 48; Schlüchter, Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, S. 409.

2 BGH NStZ 2018, 728 m. Anm. Eisenberg = JR 2019, 38 m. Anm. Kölbl.

letzung an der linken Hand, zahlreiche Prellungen und eine Schürfwunde am Bein. Der Onkel dirigierte das Geschehen. Einer bewachte den Geschädigten unter Vorhalt einer mitgeführten Plastikpistole, die der Geschädigte als echte Schusswaffe ansah. Die anderen Mittäter durchsuchten die Wohnung.

Sie erbeuteten 1.000,- € Bargeld und Schmuck im Wert von 50.000,- €. Anschließend zogen die Täter den Geschädigten in die Küche, wo er gefesselt wurde. Dann rissen sie das Kabel des Telefons aus der Buchse und zerstörten eine Gegensprechanlage, bevor sie vom Tatort flohen.

Das Landgericht hat auf den heranwachsenden A Jugendstrafrecht angewandt (§ 105 I JGG). Im Rahmen der Sanktionsfindung hat es ausgeführt, die Schwere der Schuld, welche die Verhängung einer Jugendstrafe gebieten könnte, sei nicht festzustellen. Auch davon, dass die schädlichen Neigungen bereits so ausgeprägt seien, dass Jugendstrafe verhängt werden müsse, konnte sich das Landgericht nicht überzeugen. Es hat deshalb gem. § 27 JGG die Verhängung der Jugendstrafe zur Bewährung ausgesetzt.

Der BGH hat dieses Urteil aufgehoben.

Rechtsfehlerfrei sei das Landgericht zwar davon ausgegangen, dass bei dem Angeklagten keine schädlichen Neigungen festzustellen seien. Zu beanstanden sei jedoch die Ablehnung der Schwere der Schuld (§ 17 II Var. 2 JGG).

Die Kritik an der Entscheidung des BGH erfolgte prompt, *Eisenberg*<sup>3</sup> und *Kölbel*<sup>4</sup> haben sich ablehnend geäußert. Haben sie Recht?

### C. Darstellung der verschiedenen Lösungsansätze

Zur Bewertung der Entscheidung und der gegen sie erhobenen Kritik muss zunächst nochmals kurz aufgelistet werden, wie Rechtsprechung und herrschende Literatur bisher das Kriterium der „Schwere der Schuld“ als Voraussetzung für die Verhängung von Jugendstrafe i.S.v. § 17 II Var. 2 JGG handhaben.

Stark vereinfacht lassen sich folgende drei Argumentationsstränge unterscheiden:

#### I. Rein erziehungsorientierte Auslegung

Eigentlich sind wir uns alle einig: Das Maß der vorwerfbaren Schuld richtet sich nach der „inneren Tatseite“, nach der charakterlichen Haltung, der Persönlichkeit und der Tatmotivation des jungen Täters<sup>5</sup>. Dennoch gewinnen auch die objektiven schweren Folgen der Tat für die Schuld mittelbar dadurch Bedeutung, dass sich Vorsatz und Fahrlässigkeit auf sie beziehen müssen<sup>6</sup>. Um dem Erziehungsprinzip Genüge zu tun,

3 *Eisenberg*, NStZ 2018, 729.

4 *Kölbel*, JR 2019, 40.

5 BGH StV 2005, 66; BGH NStZ 2014, 407; BGH ZJJ 2016, 299 m. Anm. *Eisenberg*; BGH NStZ 2018, 659; s. a. *Eisenberg*, JGG, (Fn. 1), § 18 Rn. 40; *ders.*, StV 2016, 709; *ders.* NK 2016, 390.

6 BGH NStZ 2014, 409.

lässt die Rechtsprechung jedoch Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld nur dann zu, wenn diese aus erzieherischen Gründen erforderlich ist<sup>7</sup>.

Diese Position findet auch im Schrifttum Zustimmung<sup>8</sup> und wird auch von *Ulrich Eisenberg*<sup>9</sup> geteilt. Der stets zumindest vorrangig zu berücksichtigende Erziehungsgedanke dürfe gegenüber dem „Sühnegedanken“ nicht so weit außer Acht gelassen werden, dass die Jugendstrafe zu einer reinen Schuldstrafe mutiere.

Zur Begründung wird u.a. auf die Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Gerichtsbarkeit vom 29.11.1985, 17.1 Buchst. d<sup>10</sup> verwiesen, ferner auf die Normen zur Reifeentwicklung, §§ 3 und 105 JGG, ganz zentral aber auf das in § 2 I 2 JGG inzwischen ausdrücklich gesetzlich fixierte Gebot, die Rechtsfolgen „vorrangig am Erziehungsgedanken auszurichten“. Ihm komme als *lex posterior* eine „Ausstrahlungswirkung“ auf die Verhängung der Jugendstrafe gem. § 17 II JGG zu, ebenso wie auf deren Bemessung gem. § 18 II JGG. Eine Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld sei nur dann gerechtfertigt, wenn die Belange in der Persönlichkeit des Beschuldigten und dessen Förderbedarf begründet liegen. Der § 2 I 2 JGG weise ohne Einschränkung der Erziehung als Ziel des Jugendstrafrechts gegenüber wertenden Belangen des Schuldgleichs den *Vorrang* zu<sup>11</sup>. Allein auf diese Zukunftsorientierung komme es an<sup>12</sup>. Dem Tatunrecht – das heben auch viele BGH-Entscheidungen ausdrücklich hervor – komme in diesem Zusammenhang keine „selbstständige“ Bedeutung zu<sup>13</sup>.

## II. Selbstständigkeit der Schwere der Schuld

Eine im Schrifttum weit verbreitete – genau genommen sogar herrschende – Lehre, die u.a. auch seit jeher in dem von mir mitverantworteten Jugendstrafrechtslehrbuch vertreten wird<sup>14</sup>, meint, die zunächst geschilderte Ansicht widerspreche dem Gesetzeswortlaut und – wie sich nicht zuletzt auch aus den Gesetzesmaterialien ergebe – dem Willen des Gesetzgebers<sup>15</sup>, indem sie den unstreitig vorrangig auf die erzieherische Notwendigkeit abstellenden „schädlichen Neigungen“ eine „Schwere der Schuld“ mit

7 U.a. BGHSt 15, 224; BGHSt 16, 261, 263; BGH bei *Böhm* NStZ 1984, 445; LG Ansbach ZJJ 2010, 424; dazu *Eisenberg*, JA 2016, 623.

8 *Meyer-Odewald*, Die Verhängung und Zumessung der Jugendstrafe gemäß § 17 II, 2. Alt. JGG, 1993, S. 7, 48 ff, 139 ff, 177 ff; *Sonnen*, ZJJ 2016, 76.

9 *Eisenberg*, JGG, (Fn. 1), § 17 Rn. 34, § 18 Rn. 36.

10 Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Jugendgerichtsbarkeit, ZStW 99 (1987), 273.

11 *Eisenberg*, NStZ 2013, 636, 638.

12 *Eisenberg*, JA 2016, 623, 627; *ders.*, ZJJ 2018, 144, 145; s. a. Fn. 27.

13 BGH NStZ 2012, 164; BGH NStZ-RR 2014, 119; OLG Braunschweig StV 1999, 658; KG StV 2009, 91.

14 *Schaffstein/Beulke/Swoboda*, Jugendstrafrecht, 15. Aufl. 2014, Rn. 458 m. w. N. in Fn. 668.

15 BT- Drs. 1/3264, S. 40; dazu *Brunner/Dölling*, Jugendgerichtsgesetz, 13. Aufl. 2013, § 17 Rn. 27.

weitgehend gleichem Inhalt zur Seite stelle und Letzterer damit jede selbstständige Bedeutung raube<sup>16</sup>.

### III. Eingeschränkt erziehungsorientierte Auslegung

Zwischen diesen beiden Polen existiert noch eine dritte Ansicht. Sie geht vom Erziehungsgedanken aus, lässt aber bei schwererer Kriminalität Ausnahmen zu. Die von mir einleitend dargestellte Entscheidung des BGH bzgl. des von einem 19-Jährigen begangenen schweren Raubes ist der vorläufige Schlusstrich unter diese Entwicklung.

Bei schweren Gewaltdelikten dürfe der Strafzweck des gerechten Schuldausgleichs nicht völlig hinter den Erziehungsgedanken zurücktreten<sup>17</sup>. Im Interesse des Rechtsgüterschutzes könne auf die Möglichkeit der Bestrafung schwerer Straftaten durch Verhängung einer Jugendstrafe auch in den Fällen nicht verzichtet werden, in denen ein Jugendlicher oder Heranwachsender nicht erziehungsbedürftig oder erziehungsfähig sei. Jedenfalls sei aber die Schwere der Schuld mit zunehmendem Alter des Heranwachsenden modifiziert zu beurteilen. Dies gelte erst recht, wenn der Angeklagte, der zur Tatzeit noch Heranwachsender war, im Urteilszeitpunkt bereits Erwachsener sei<sup>18</sup>. In solchen Fällen sei die Zielsetzung der Jugendstrafe anders zu bewerten, als etwa bei einem Jugendlichen, der das die Strafmündigkeit begründende Alter gerade erreicht habe<sup>19</sup>. Welches Gewicht den einzelnen Zumessungserwägungen zukommt, sei abhängig vom Einzelfall. Der Tatrichter habe dazu eine umfassende Abwägung vorzunehmen<sup>20</sup>.

Bedeutsam an dieser Rechtsprechung ist also vorrangig, dass Erziehungsgedanke und Schuldausgleich nicht stets in Einklang gepresst werden, sondern dass ein Nebeneinander des Erziehungserfordernisses einerseits und des Schuldausgleichs andererseits offen anerkannt wird<sup>21</sup>.

Der Sache nach ist das zwar kein Neuland – es gibt viele ältere ähnliche Entscheidungen in der Rechtsprechung<sup>22</sup> –, früher wurde aber die partielle Preisgabe des Vor-

- 16 Brunner/Dölling, Jugendgerichtsgesetz, (Fn. 15), § 17 Rn. 25 ff; Kaiser/Schöch/Kinzig, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, 8. Aufl. 2015, Fall 14, Rn. 22 ff; Ostendorf/Drenkhahn, Jugendstrafrecht (Lehrbuch), 9. Aufl. 2017, Rn. 226; Ostendorf-Ostendorf, JGG (Kommentar), 10. Aufl. 2016, § 17 Rn. 4; MüKo-StGB-Radtke, 3. Aufl. 2017, § 17 Rn. 60 f; Laubenthal/Baier/Nestler, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 743; NK Meier/Rössner/Trüg/Wulf-Laue, JGG, 2. Aufl. 2014, § 17 Rn. 28; Streng, Jugendstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 436; ders., StV 1998, 336, 337 m. w. N. in Fn. 7.
- 17 Ausführlich: Meier/Bannenber/Höffler, Jugendstrafrecht, 4. Aufl. 2019, § 11 Rn. 14 ff, 16; Böhm/Feuerhelm, Einführung in das Jugendstrafrecht, 4. Aufl. 2004, S. 222 ff.
- 18 BGH ZJJ 2016, 76 m. Anm. Sonnen.
- 19 LG Ravensburg NStZ-RR 2016, 227 = ZJJ 2016, 303 m. Anm. Höynck; Eisenberg, (Fn. 1), § 17 Rn. 34b.
- 20 Übersicht über diese Rspr. bei Rose, NStZ 2019, 57.
- 21 BGH NStZ-RR 2018, 358; s. a. BGH ZJJ 2018, 155, 158 m. Anm. Kölbl.
- 22 Z.B. BGH JR 1982, 432 m. Anm. Brunner; BGH StV 2005, 66; Überblick u.a. bei Eisenberg, JGG, (Fn. 1), § 17 Rn. 34a; Zieger/Nöding, Verteidigung in Jugendstrafsachen, 7. Aufl. 2018, Rn. 68 ff.

rangs des Erziehungsgedankens möglichst auf Sparflamme gehalten und weitgehend auf die Gruppe der Kapitaldelinquenten und wirklich nur allerschwerste sonstige Delikte<sup>23</sup> begrenzt, sowie auf Angeklagte, die im Aburteilungszeitpunkt bereits (fortgeschritten) erwachsen waren<sup>24</sup>. Im Laufe des letzten Jahrzehnts haben wir es aber nun mit einem Bedeutungswandel zu tun i.S. einer Aufwertung der Alternative der Schwere der Schuld. Unsere Leitentscheidung ist ein Meilenstein in diese Richtung.

#### D. Eigene Stellungnahme

Als leidenschaftlicher Befürworter des Erziehungsgedankens, in dem ich schon immer mehr gesehen habe als eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>25</sup>, nämlich ein tragendes und inzwischen bewährtes Fundament für die Besserstellung junger Straftäter, habe ich große Sympathien für die zunächst geschilderte erste Meinung, die den neuen § 2 I 2 JGG am konsequentesten umsetzt. Die Forderung, die Rechtsfolgen – also alle Rechtsfolgen – vorrangig am Erziehungsgedanken auszurichten, steht sozusagen vor der Klammer der Detailregelungen des Jugendstrafrechts und könnte deshalb auch eine Auslegung des § 17 II JGG legitimieren, die – jedenfalls auf den ersten Blick – mit dessen Wortlaut nur schwer vereinbar erscheint. Nimmt man noch das Gebot des § 18 II JGG hinzu, das verlangt, die Jugendstrafe stets – also auch bei Bejahung der Schwere der Schuld – so zu bemessen, dass die erforderliche erzieherische Einwirkung möglich ist, und verweist schließlich noch auf das lex-posterior-Argument, so scheint sich auch die Entscheidung über die Verhängung der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld dieser „Zangenbewegung“ kaum entziehen zu können. Das Ausmaß des begangenen Unrechts, also der äußere Unrechtsgehalt der Tat<sup>26</sup>, ist zwar ein wesentlicher Faktor, der Hinweise auf das Ausmaß der Vorwerfbarkeit gibt, die Bemessung der Jugendstrafe bestimmt sich jedoch „grundsätzlich nur nach zukunftsorientierten und damit spezialpräventiven Belangen“<sup>27</sup> – das Ausmaß des in der Straftat hervorgetretenen Unrechts darf also „nur mittelbar und in den Grenzen vorgegebener Grundsätze des JGG“ berücksichtigt werden –, so die Worte unseres Jubilars<sup>28</sup>.

Die Schuldzuweisung erfolgt also nicht nach Erwachsenenmaßstäben, sondern im Hinblick auf die individuelle Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des jungen Menschen<sup>29</sup>. Dass das Ausmaß der Schuld zugleich eine Obergrenze für jede jugendstrafrechtliche Sanktion darstellt, ist verfassungsrechtlich durch das Rechtsstaatsgebot

23 S. BGH StV 2005, 66.

24 Zu diesem Problem Eisenberg, JGG (Fn. 1), § 17 Rn. 34b, § 18 Rn. 41, ders., JA 2016, 623; Beulke, Streng-FS, 2017, S. 403.

25 Vert. Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014.

26 BGH NStZ-RR 2016, 325.

27 Eisenberg, JA 2016, 623, 627; ders., ZJJ 2018, 144, 145; ders., NStZ 2018, 729, 730.

28 Eisenberg, ZJJ 2018, 33; s. a. Eisenberg, JGG, (Fn. 1), Rn. 38.

29 Streng, Jugendstrafrecht, (Fn. 16), Rn. 433.

(Art. 20 III GG) abgesichert<sup>30</sup>. Unter Beachtung dieser Obergrenze wird auch, soweit es um die Verhängung der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld geht, geprüft, ob nach jugendspezifischen Kriterien<sup>31</sup>, insbesondere im Hinblick auf Alter, Reifegrad sowie die Motive, die den Angeklagten zur Tatbegehung bewogen haben, Jugendstrafe erforderlich ist.

Sind damit aber die Weichen wirklich endgültig gestellt? Im Regelfall wird zwar derjenige, der schwere Delikte begeht, auch erzieherische Defizite aufweisen. Dann können beide Alternativen des § 17 II JGG nebeneinander bejaht werden. Ein echtes Dilemma entsteht hingegen, wenn der Täter sozial ausreichend integriert ist oder erzieherische Maßnahmen von vornherein nicht sinnvoll erscheinen. Kann jetzt wirklich auf Jugendstrafe ganz verzichtet werden? Darüber schlagen wir uns nun seit über 100 Jahren die Köpfe ein. Herausgekommen ist nach h. A. ein Kompromiss mit einer zumindest partiellen Selbstständigkeit der Alternative der Schwere der Schuld – oder ist dieser Kompromiss inzwischen aufgelöst, wie es die Befürworter der rein erziehungsorientierten Auslegung behaupten? Bevor wir uns insoweit endgültig festlegen sollten, erscheint mir ein nochmaliger Blick in die Entstehungsgeschichte unserer heutigen gesetzlichen Regelung ratsam<sup>32</sup>.

Im RJGG vom 16.2.1923 lag der Kompromiss noch ganz offen zu Tage. Es gab die Erziehungsmaßregeln gem. § 7 RJGG einerseits sowie die für Jugendliche gemilderte Festungshaft bzw. Gefängnisstrafe gem. § 9 RJGG andererseits<sup>33</sup>.

Durch VO zur Ergänzung des Jugendstrafrechts vom 4.10.1940<sup>34</sup> wurde neben Gefängnis und Haft der Jugendarrest eingefügt und nach langer Diskussion<sup>35</sup> wurde in der Neufassung des RJGG vom 6.11.1943 zum ersten Mal zwischen Erziehungsmaßregeln, Zuchtmitteln und Jugendgefängnis (von bestimmter und unbestimmter Dauer) unterschieden<sup>36</sup>.

#### § 4 RJGG: Jugendgefängnis<sup>37</sup>:

*Abs. 2: „Der Richter verhängt Jugendgefängnis, wenn das Bedürfnis der Volksgemeinschaft nach Schutz und Sühne wegen der Größe der Schuld oder wegen der schädlichen Neigungen des Jugendlichen, die in der Tat hervorgetreten sind, eine Strafe erfordert.“*

30 BGH NStZ-RR 2018, 358; MüKo-StGB-Radtke, (Fn. 16), § 17 JGG Rn. 14f; s. a. BGH NStZ 2016, 105.

31 BGH NStZ-RR 2018, 358.

32 Vert. statt aller: Swoboda, ZStW 125 (2013), 86, 95 ff.

33 S. Textausgabe Jugendgerichtsgesetz, 7. Aufl. 1928, S. 4; Akademie für Deutsches Recht 1933-1945, Protokolle der Ausschüsse, hrsg. von Werner Schubert, Band XI 2001 Ausschuss für Jugendrecht, Arbeitsgemeinschaften für Jugendarbeitsrecht und Jugendstrafrecht (1934-1941), S. 639 ff.

34 RGBl I 1940, S. 1336.

35 Dazu ausführlich Akademie für Deutsches Recht 1933-1945 (Fn. 33), S. 139 ff, 613.

36 RGBl I 1943, S. 639; vert. Inga Stolp, Die geschichtliche Entwicklung des Jugendstrafrechts von 1923 bis heute, 2015, S. 74 f.

37 Jugendgefängnis von bestimmter Dauer.

## § 5 RJGG: Dauer des Jugendgefängnisses:

Abs. 2: „Bei der Strafbemessung muss der Richter berücksichtigen, dass die Strafe eine nachhaltige erzieherische Wirkung gewährleisten soll.“

1943 rangierte also im Rahmen der Verhängungsentscheidung die „Größe der Schuld“ noch vor den „schädlichen Neigungen“ und im Rahmen der Strafbemessung hieß es nur, dass „dabei“ „zu berücksichtigen“ sei, dass die Strafe eine nachhaltige erzieherische Wirkung gewährleisten solle.

Im heutigen § 17 II Var. 2 JGG, der seit der Reform im Jahre 1953 gleich geblieben ist<sup>38</sup>, wird den schädlichen Neigungen hingegen die erste Rangstelle eingeräumt und die „Größe der Schuld“ ist zur „Schwere der Schuld“ mutiert. Inzwischen ist nicht nur „bei“ der Strafbemessung der Erziehungsgedanke „zu berücksichtigen“, vielmehr „ist die Jugendstrafe so zu bemessen, dass die erforderliche erzieherische Einwirkung möglich ist“ (§ 18 II 2 JGG), und der uns heute peinlich berührende Verweis auf das „Bedürfnis der Volksgemeinschaft“ (= das gesunde Volksempfinden?) verschwand natürlich ersatzlos.

Damit ist der Kompromiss zwischen Erziehung und Strafe aber nicht verschwunden, sondern nur weiter in den Hintergrund gedrängt worden!

Zwar ist das Erziehungsprinzip der oberste Leitgedanke, jedoch bleibt weiterhin die Erkenntnis, dass im Interesse des Rechtsgüterschutzes der Erziehungsgedanke ausnahmsweise zurückstehen muss, wenn es einerseits um besonders schwere Delikte geht und andererseits eine Erziehungsnotwendigkeit nicht erkennbar ist. Dafür ist eben in letzter Konsequenz die Alternative der Schwere der Schuld trotz der dargestellten Verschiebungen beibehalten worden<sup>39</sup>.

Ich halte diesen Gedanken bis heute für tragend und richtig. Allerdings muss dem alles überragenden Erziehungsgedanken entnommen werden, dass die damit befürwortete Selbstständigkeit der Schuldalternative ihrerseits möglichst wenig am Denken des Erwachsenenstrafrechts verhaftet sein soll. Auch im Rahmen der Schwere der Schuld stellen wir auf jugendtypische Besonderheiten ab, insbesondere auf die Motivation des jungen Rechtsbrechers, wie Imponiergehabe oder Gruppenzwang<sup>40</sup>, und legen bei der Erforderlichkeitsprüfung besonderen Wert auf die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>41</sup>.

Dabei darf ein ganz wesentlicher Aspekt nicht aus dem Blickfeld geraten, der eigentlich selbstverständlich ist und auch immer wieder angemaht wurde<sup>42</sup>, der aber leider stets aufs Neue und in den letzten Jahren zunehmend in Vergessenheit zu geraten

38 Vgl. Potrykus, Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 3. Aufl. 1954, S. 38 f.

39 BT-Drs. 1953 I 3264, S. 40 f; dazu ausführlich Streng, StV 1998, 336; Swoboda, ZStW 125 (2013), 86, 99; interessant auch Safferling, Streng-FS, 2017, S. 603, 612 ff.

40 Laubenthal/Baier/Nestler, Jugendstrafrecht, (Fn. 16), Rn. 723; HK Diemer/Schatz/Sonnen-Sonnen, JGG, 7. Aufl. 2015, § 17 Rn. 20; Putzke/Feltes, Jugendstrafrecht, 2012, S. 98.

41 Laubenthal/Baier/Nestler, Jugendstrafrecht, (Fn. 16), Rn. 742.

42 Richtig: OLG Hamm NStZ-RR 2005, 58; s. a. Schüler-Springorum, NStZ 1985, 477; HK Diemer/Schatz/Sonnen-Sonnen, JGG, (Fn. 40), § 17 Rn. 25.

scheint: § 17 II JGG lässt Ausnahmen nicht bei „einfacher“ oder „mittlerer“, sondern erst bei „schwerer“ Schuld zu und der das gesamte Jugendstrafrecht überwölbende Erziehungsgedanke bedingt, dass wir dies i.S. einer „besonderen“ Schulschwere interpretieren sollten. *Potrykus*<sup>43</sup> sprach schon im Jahre 1954 zutreffend von „schwerster“ Kriminalität, „meist Tötungsdelikte“<sup>44</sup>. Zudem ermitteln wir – wie dargelegt – den Schweregrad noch nach jugendstrafrechtlichen Maßstäben. Nur wenn wir die zweite Alternative des § 17 II JGG auf diese Notankerfunktion beschränken, passt alles in das Gesamtkonzept des geltenden JGG.

In der hier befürworteten restriktiven Auslegung besteht die vermittelnde Ansicht ihrem Ansatz nach sogar den Lackmустest des neuen § 2 I 2 JGG, da dort nur die „vorrangige“ Berücksichtigung des Erziehungsgedankens gefordert wird. Für mich gehört dieser Kompromiss eben auch zu den „vorgegebenen Grundsätzen des JGG“.

Leider werden diese Grundsätze von der neueren Rechtsprechung gerade nicht beachtet. Sie handhabt vielmehr die Alternative der Schwere der Schuld als eine Wahlmöglichkeit nicht nur bei „schwersten“, sondern bei allen „schwereren“ Straftaten – und das ist ein fundamentaler Unterschied! Zu kritisieren ist also m.E. nicht der Ansatz der Mittelmeinung, sondern die totale Verflachung dieser Ausnahmekonstellation in der praktischen Handhabung. Je nach seinem Belieben zieht der BGH die eine oder die andere Karte. Hält er die Strafe für zu hoch, so verlangt er auch bei der Schwere der Schuld eine erzieherische Notwendigkeit. Hält er sie für zu niedrig, so mahnt er die Berücksichtigung der Selbstständigkeit der Schwere der Schuld an.

Das Signal des BGH an die Tatgerichte ist unmissverständlich: Wenn euch die Feststellung von Erziehungsmängeln schwerfällt, weicht einfach auf die Schwere der Schuld aus. Das ist Zeitgeist pur und hat mit spezialpräventiven Notwendigkeiten nichts zu tun<sup>45</sup>. Ein derartiges Recht zu „switchen“ – da kann ich *Eisenberg* nur uneingeschränkt zustimmen –, widerspricht in der Tat den „vorgegebenen Grundsätzen des JGG“.

Die Alternative der Schwere der Schuld wird also in der Rechtsprechung schweregradmäßig viel zu weit nach unten geöffnet. So stoßen wir z.B. im Bereich der Sexualkriminalität auf Urteile, in denen wegen Schwere der Schuld unabhängig von Erziehungsdefiziten Jugendstrafe verhängt wird, obwohl es sich eindeutig nicht um Schwere der Schuld handelt, so wenn gegen einen 15-Jährigen, der mit einer 12-jährigen Mitschülerin eine Beziehung hatte, bei der es einmal ohne Einvernehmen, danach aber noch zweimal einverständlich zum Geschlechtsverkehr kam, eine einjährige Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld akzeptiert wird<sup>46</sup>. Wohl gemerkt: Hier geht es um keinen älteren Angeklagten, sondern um einen 15-Jährigen!

43 *Potrykus*, Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, (Fn. 38), § 17 Bem. 4a, S. 189.

44 In diesem Sinne z.B. auch *Meier/Bannenberg/Höfler*, Jugendstrafrecht, (Fn. 17), § 11 Rn. 16; *Ostendorf/Drenkhahn*, Jugendstrafrecht, (Fn. 16), Rn. 226; *Dallinger/Lackner*, JGG, 2. Aufl. 1965, § 17 Rn. 19 sprechen hingegen schon von „schwerer oder schwerster“ Kriminalität auch jenseits der Kapitaldelikte.

45 *Höyneck*, ZJJ 2016, 305, 306.

46 BGH NStZ 2016, 102 m. abl. Anm. *Laue*; dazu *Eisenberg*, (Fn. 1), § 17 Rn. 32.

In einer Entscheidung aus dem Jahre 2013 spricht der BGH in einem obiter dictum sogar von einem „gewissen Schuldausmaß“, das irgendwo jenseits der Kapitaldelikte liege<sup>47</sup>. Dass er damit eindeutig in die falsche Schublade gegriffen hat, wurde von *Eisenberg*<sup>48</sup> und *Höynck*<sup>49</sup> zu Recht kritisiert. Der ultima-ratio-Funktion der Jugendstrafe werden solch vage Kriterien nicht gerecht.

Aber seien wir selbstkritisch: Mitverantwortlich für die Misere sind aus meiner Sicht nicht zuletzt die jahrzehntelangen Angriffe im wissenschaftlichen Diskurs gegen die als unzeitgemäß gezeißelten „schädlichen Neigungen“ bis hin zur Forderung ihres ersatzlosen Wegfalls, da angeblich niemand in einer Jugendstrafanstalt erzogen werden könne<sup>50</sup>. Viel zu pauschal ist über alle pädagogischen Bemühungen der im Jugendstrafvollzug Tätigen<sup>51</sup> der Stab gebrochen worden – wobei es mir natürlich nicht um die Rettung des aus den dreißiger Jahren stammenden, stigmatisierenden, austrofascistischen Begriffs der „kriminellen“ bzw. „schädlichen Neigungen“ geht, den man unschwer gegen ein neutraler definiertes Erziehungserfordernis austauschen könnte. Schon bei dieser Diskussion wurde verkannt: Beide Alternativen des § 17 II JGG gleichen einem System kommunizierender Röhren. Kappt man die schädlichen Neigungen, drängt alles zur Schwere der Schuld – ebenso bei umgekehrtem Vorgehen.

Dieser Zusammenhang wird auch von *Rose*<sup>52</sup> nicht gesehen, der sich – unter Anlehnung an *Ostendorf*<sup>53</sup> – zwar dafür ausgesprochen hat die Schwere der Schuld auf Fälle zu begrenzen, in denen der Verzicht auf eine Jugendstrafe für das Rechtsempfinden schlechthin unverständlich wäre, zugleich plädiert er aber für den Wegfall der Alternative der schädlichen Neigungen bei allen Angeklagten, die im Verurteilungszeitpunkt das 21. Lebensjahr erreicht haben, weil diese nicht mehr erziehungsfähig seien. Damit würde jedenfalls für die große Gruppe der bei Urteilsfällung bereits volljährigen Angeklagten alles in die Alternative der Schwere der Schuld gedrängt, die sich – entgegen der eigentlichen Intension von *Rose* – in der Unverbindlichkeit der hier kritisierten neueren Rechtsprechung verlore.

Eine solche Abkehr vom Erziehungsgedanken wäre ein fatales Signal in Richtung auf einen Ausbau generalpräventiven Denkens im Jugendstrafrecht<sup>54</sup>, das ich gerade möglichst zurückdrängen möchte<sup>55</sup>. Deshalb habe ich mich für die Gruppe der inzwi-

47 BGH NStZ 2013, 658.

48 *Eisenberg*, NStZ 2013, 636, 637.

49 *Höynck*, ZJJ 2016, 305.

50 U.a. *Albrecht*, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2000, § 30 Ziff. 5; s. dazu auch *Swoboda*, ZJJ 2016, 278, 289.

51 Zu diesen Konzepten nach wie vor aktuell: *Wiesnet/Gareis*, Schuld und Gewissen bei jugendlichen Rechtsbrechern, 1976; einschlägig insoweit auch OLG Schleswig NStZ 1985, 475 m. weitgehend zust. Anm. *Schüler-Springorum*.

52 *Rose*, NStZ 2019, 57.

53 *Ostendorf-Ostendorf*, JGG, (Fn. 16), § 17 Rn. 5 ff; s. a. *Ostendorf/Drenkhahn*, (Fn. 16), Rn. 229.

54 In diese Richtung tendierend jedoch *Swoboda*, ZStW 125 (2013), 86.

55 Vert. zu diesem Problem: *Eisenberg*, NStZ 2013, 636, 638; *ders.* ZJJ 2018, 144; s. a. MüKo-StPO-*Höffler/Kaspar*, Einl. JGG Rn. 27; zur generellen Kritik an der Generalprävention

schen erwachsen gewordenen Straftäter für eine Beibehaltung des Erziehungsgedankens ausgesprochen – natürlich abnehmend mit zunehmendem Lebensalter<sup>56</sup>.

Im hier diskutierten Bereich der Verhängung der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld möchte ich die reine Schuldstrafe auf handverlesene Ausnahmefälle beschränken. Dem eigentlichen Anwendungsfeld der Schwere der Schuld nähern wir uns m.E. erst, wenn eine Jugendstrafe von 5 Jahren oder sogar darüber in Betracht kommt. Zumindest Letztere ist nach ganz herrschender Ansicht, die auch vom Gesetzgeber geteilt wird<sup>57</sup>, stets erzieherisch kontraproduktiv<sup>58</sup>. Erst recht gilt das natürlich für noch höhere Jugendstrafen, die jeweils nur in besonderen Ausnahmefällen (§§ 18 I 2, 105 III JGG)<sup>59</sup> verhängt werden dürfen. Das ist das Feld, in dem wir das Erziehungsprinzip zurückstellen dürfen und müssen<sup>60</sup>. Zur klassischen Fallgruppe gehören die Tötungsdelikte<sup>61</sup>.

Über eine Absenkung der Hürden nach unten wird man für Sonderkonstellationen diskutieren können. Als absolute Mindestgrenze sollte aber für die Verhängung der Jugendstrafe wegen besonders schwerer Schuld – jedenfalls bei Vorsatzdelikten – gelten, dass eine Jugendstrafe von über zwei Jahren im Raume steht. Bewährungsentscheidungen nach §§ 21, 27 JGG sollten sich generell dem Segment der Schwere der Schuld entziehen. Bei Fahrlässigkeitsdelikten mag wegen des insoweit besonderen Normengefüges inklusive besonderer Strafraumen eine geringere Strafhöhe diskussionswürdig sein. Das bedarf aber noch näherer Klärung.

Ein wichtiges kriminalpolitisches Gegenargument kommt noch von *Köbel*. Seiner Ansicht nach gibt das justizielle Fallaufkommen keine Hinweise auf eine praktisch relevante Häufigkeit dieser von mir umschriebenen kleinen Restgruppe<sup>62</sup>. Das ist ein weiterer wichtiger Einwand, der aber m. E. letztlich doch nicht durchschlägt. Die wenigen Fälle bewegen nämlich die Öffentlichkeit so stark, dass wir auch insoweit ein schlüssiges Konzept vorlegen müssen, auch wenn auf alle Verurteilungen bezogen der nach hiesiger Ansicht unter die Alternative der Schwere der Schuld fallende Anteil die 1%-Hürde (bzw. 0,1% oder sogar 0,01% Hürde) bei Weitem nicht erreichen dürfte.

Natürlich sollten wir nicht jeder modischen Zeitströmung hinterherlaufen. Andererseits reden die Bürger in einer lebendigen Demokratie nun einmal mit. Große politi-

statt aller: *Köhler*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumesung, 1983.

56 *Beulke*, Streng-FS, 2017, S. 403.

57 BT-Drs. 1/3264, S. 40.

58 BGH NStZ 1996, 232; *Eisenberg*, JGG (Fn. 1), § 18 Rn. 9; *Laubenthal/Baier/Nestler*, Jugendstrafrecht, (Fn. 16), Rn. 743; *Diemer/Schatz/Sonnen*, JGG, 7. Aufl. 2015, § 18 Rn. 6; *Laue*, NStZ 2016, 687; NK Meier/Rössner/Trüg/Wulf-Laue, JGG, (Fn. 16), § 17 Rn. 28; a.A. BGH StV 1998, 336 m. zutr. krit. Anm. *Streng*.

59 Zu § 105 Abs. 3 JGG statt aller: BGH ZJJ 2018, 155 m. Anm. *Köbel*; *Eisenberg*, JGG (Fn. 1), § 18 Rn. 1, § 105 Rn. 39c; *Höyneck*, StraFo 2017, 268; *Laue*, ZJJ 2017, 108, 113; *Mitsch*, *Beulke*-FS, 2015, S. 1181; *Swoboda*, ZStW 125 (2013), 86, 89.

60 Dazu BGH NStZ 2016, 685 m. krit. Anm. *Laue*.

61 *Ostendorf/Drenkhahn*, Jugendstrafrecht, (Fn. 16), Rn. 226; s. a. NK Meier/Rössner/Trüg/Wulf-Laue, JGG, (Fn. 16), § 17 Rn. 28.

62 *Köbel*, JR 2019, 40, 41.

sche Stimmungen sind nicht nur beachtlich, wenn sie in das jeweilige Spektrum des Betrachters passen. Das hinter diesem Spannungsfeld gerade auch für uns als Strafrechtler verborgene Dilemma verfolgt mich – und wahrscheinlich nicht nur mich – nun schon ein Leben lang. Wir alle wissen um diese schwierige Gratwanderung. Den Grundkonsens der Bevölkerung über eine letztlich gerechte Justiz brauchen wir – ohne dass damit nur im Geringsten einer Renaissance des „Bedürfnisses der Volksgemeinschaft nach Schutz und Sühne“ i.S.d. oben zitierten § 4 II RJGG 1943 oder einem Eingehen auf jede – nach Aufsehen erregenden Fällen übliche – Medienhetze das Wort geredet werden soll. Ich bin jedoch der festen Überzeugung, dass der erfreuliche Freiraum unserer heutigen Jugendgerichte i.S. einer exzessiven Handhabung des Erziehungsprinzips ohne Akzeptanz der Mehrheit (insbesondere der Mitte) unserer Gesellschaft undenkbar wäre. Wir sollten nicht den Ast absägen, auf dem wir sitzen, wobei mir bewusst ist, dass jeder von uns die zu beachtenden Grenzen unterschiedlich orten dürfte.

### *E. Lösung des Falles*

Zurück zu unserem Leitfall: Die Lösung des BGH verdient vehemente Kritik. Der Angeklagte war bei Tatbegehung um die 20 Jahre alt, im Verurteilungszeitpunkt wohl auch noch Heranwachsender, zumindest jedoch Jungerwachsener. Bei dieser Altersgruppe messe ich in Übereinstimmung mit Rechtsprechung, herrschender Lehre und natürlich unserem Jubilar dem Erziehungsgedanken weiterhin große Bedeutung bei.

Die Anwendung von Jugendstrafrecht dürfte hier nach den herrschenden Kriterien zur Auslegung des § 105 I Nr. 1 nicht infrage stehen<sup>63</sup>. Vom Vorliegen der schädlichen Neigungen im Ausmaß des § 17 II Var. 1 JGG konnte sich das Tatgericht nicht überzeugen, was der BGH angesichts der konkreten Fallgestaltung zu Recht akzeptiert. Jetzt kommt alles auf die Alternative der Schwere der Schuld an. Bei deren Bejahung ist auch der vom LG Aachen beschrittene Weg des § 27 JGG versperrt.

Der BGH hätte nunmehr die besonderen Bedingungen des jungen Täters im Hinblick auf seine Entwicklung, seine Motive und seine derzeitige Lebenssituation berücksichtigen müssen. Über eine solche jugendspezifische Vorwerfbarkeit ist in der Entscheidung des BGH jedoch nichts zu lesen.

Ganz anders insoweit das vorbildlich argumentierende Tatgericht (LG Aachen). Dort lesen wir: Dem Unrechtsgehalt der Tat komme nur mittelbar Bedeutung zu. Maßgeblich seien jugendspezifische Kriterien. Der Angeklagte habe zwar „einen schweren Raub begangen“, jedoch habe er unter dem bestimmenden Einfluss seines Onkels gestanden und sei nicht in der Lage gewesen, sich diesem Einfluss zu entziehen. Er habe keine kriminelle Erfahrung. Die Untersuchungshaft habe ihn positiv verändert. Er habe in der Hauptverhandlung Reue gezeigt und sich bei dem Geschädigten entschuldigt. Das ist eine Begründung *de lege artis!*

Bei Fällen im – nach jugendstrafrechtlichen Kriterien bestimmten – „mittelschweren“ Bereich, wie dem der hier diskutierten Leitentscheidung, kommt es also allein auf

63 Vgl. BGH NStZ 2019, 217.

erzieherische Gesichtspunkte an, so wie es auch das Tatgericht korrekt erkannt hat. Ich sehe trotz der natürlich nicht zu leugnenden Erheblichkeit der Straftat keine Notwendigkeit, warum der BGH dazwischen grätschen musste. Die Verhängung einer empfindlichen Freiheitsstrafe gegen den Haupttäter, den Onkel, den eigentlichen Strippenzieher, aus dessen Perspektive es sich auch meiner Ansicht nach um ein schwerwiegendes Raubdelikt handelt, hätte den Interessen des 87-jährigen Opfers in ausreichendem Maße Rechnung getragen.

### F. Ausblick

Bei zurückhaltender Interpretation des § 17 II Alt. 2 JGG und seiner Beschränkung auf Fälle besonders schwerer Schuld brauchen wir von keiner – ihrer Natur nach immer „lebensgefährlichen“ – „Achillesferse“ des Jugendstrafrechts zu sprechen. Es handelt sich vielmehr wirklich nur um einen „Notanker“, und einen solchen dabei zu haben, gehört für jedes Schiff auf stürmischer See zu den klugen Vorsichtsmaßnahmen, auch wenn der Anker im konkreten Fall nicht benötigt wird.

Ich halte den § 17 II Alt. 2 JGG für einen tragbaren Kompromiss. Dafür spricht auch, dass die Rechtsprechung seit Jahrzehnten mit ihm – jenseits der gerügten, neuerdings leider zunehmenden „Ausrutscher“ – letztlich doch ganz ordentlich „zurechtgekommen“ ist, – trotz aller Kontroversen über die Einzelheiten. Den bereits angesprochenen, höchst erfreulichen Konsens über die Vorzugswürdigkeit unseres JGG-Modells, das weitgehend auf erzieherische Maßnahmen setzt und nur in einem relativ bescheidenen Umfang auf die Jugendstrafe als echte Kriminalstrafe zurückgreift und auch dort noch für den Regelfall eine erzieherische Notwendigkeit verlangt, verdanken wir sowohl klugen Jugendrichtern, die das Jugendstrafrecht als „normativen Schonraum zur Vermeidung von Entwicklungsschädigungen“ begreifen<sup>64</sup>, als auch standhaften Rechtswissenschaftlern, die eben nicht jeder aktuellen Zeitströmung hinterherhelfen. Umso wichtiger ist es, dass partielle Fehlentwicklungen wie im hier diskutierten Bereich, schon im Keim offengelegt werden, so wie *Eisenberg* das seit Jahrzehnten mit höchstem Sachverstand tut. Zumeist hat er Recht, so wie auch hinsichtlich des besprochenen Leitfalls – jedenfalls im Ergebnis!

Ich wünsche *Ulrich Eisenberg* ein langes, glückliches und erfülltes Leben in weiterhin ungebrochener Schaffenskraft!

### Kontakt

Prof. Dr. em. Werner Beulke  
Universität Passau  
Rechtsanwalt in Passau

64 So wegweisend AG Rudolstadt ZJJ 2018, 66, 67; *Eisenberg*, JGG (Fn. 1) § 18 Rn. 42.