

Mohr Siebeck
72010 Tübingen
Postfach 20 40
ISSN 0022-6882

Redaktion:
72074 Tübingen
Wilhelmstraße 18
jz@mohrsiebeck.com

Telefon
(07071) 923-52
Telefax
(07071) 923-67
www.juristenzeitung.de

Juristen JZ Zeitung

14

79. Jahrgang
26. Juli 2024
Seiten 625-676

Aus dem Inhalt:

Anika Klafki

Die Besetzung parlamentarischer Ämter und Gremien

Bernd Hüpers und Birgit Reese

Solidarische Koalitionsfreiheit als neuer Verfassungswert im Arbeitsrecht

Beate Gsell

Mieterschutz als Bestandsmieterschutz und Segmentierung der Mietmärkte in Alt- und Neumieten – Korrekturbedarf de lege lata und de lege ferenda

Frank Neubacher und Job Lohmann

Zur Verhängung einer Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ als „letztes Mittel“ – Was der BGH vom BVerfG noch lernen kann

Anmerkung zu BGH v. 21.2.2024

Gerhard Werle und Nella Sayatz

Funktionelle Immunität und Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch

Anmerkung zu BGH v. 12.3.2024

Peter O. Mülbart und Gustav Kopke

Vorfälligkeitsentschädigung im Negativzinsumfeld



Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Florian Möslein, LL.M. (London), Marburg
Professor Dr. Dr. h.c. Astrid Stadler, Konstanz

Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg (bis 2021)
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)
Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

14^{79. Jahrgang}
26. Juli 2024

JZ Juristen Zeitung

Mohr Siebeck

Inhalt

Aufsätze

Dr. **Anika Klafki**
Die Besetzung parlamentarischer Ämter und Gremien **625**

Dr. **Bernd Hüpers** und Dr. **Birgit Reese**
Solidarische Koalitionsfreiheit als neuer Verfassungswert
im Arbeitsrecht **634**

Professorin Dr. **Beate Gsell**
Mieterschutz als Bestandsmieterschutz und Segmentierung
der Mietmärkte in Alt- und Neumieten – Korrekturbedarf
de lege lata und de lege ferenda **642**

Professor Dr. **Frank Neubacher** und **Job Lohmann**
Zur Verhängung einer Jugendstrafe wegen „Schwere der
Schuld“ als „letztes Mittel“ – Was der BGH vom BVerfG
noch lernen kann **652**

Umschau

Kurzbeitrag
Die unterschiedliche Berechnung von Vorwärts- und
Rückwärtsfristen – Zugleich ein Beitrag zum Anwendungsbereich
von § 193 BGB
Dr. **Johannes Claudio Felsch** **662**

Literatur

Clivia von Dewitz: Gerechtigkeit durch Wiedergutmachung?
Zur südafrikanischen Wahrheitskommission und deren
Übertragbarkeit auf den Ukraine-Konflikt
Dr. **Rainer Keil** **667**

Anmerkungen

BGH, 21.2.2024 – AK 4/24
Anmerkung von
Professor Dr. **Gerhard Werle** und Dr. **Nella Sayatz**
Funktionelle Immunität und Straftaten nach dem
Völkerstrafgesetzbuch **669**

BGH, 12.3.2024 – XI ZR 159/23
Anmerkung von
Professor Dr. **Peter O. Mülberr** und **Gustav Kopke**
Vorfälligkeitsentschädigung im Negativzinsumfeld **674**

JZ Information

Aktuelles aus der Rechtsprechung/
Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **387***
Aus den Hochschulen **388***
Gesetzgebung **388***
Entscheidungen in Leitsätzen **390***
Neuerscheinungen **404***
Zeitschriftenübersicht **415***
Sammelwerke **418***
Impressum **419***

Auch liegt auf der Hand, dass das Mietrecht nicht alle Probleme lösen kann. Es sollten deshalb auch der in der jüngeren Vergangenheit stark vernachlässigte⁹⁹ soziale Wohnungsbau, ferner die Stärkung des Wohneigentums¹⁰⁰ und alternative Modelle¹⁰¹ wie genossenschaftliches Wohnen in Reformüberlegungen einbezogen werden.

⁹⁹ Siehe dazu Fn. 3.

¹⁰⁰ Nach Schätzungen der Crédit Suisse betrug der Medianwert des Pro Kopf-Vermögens in Deutschland im Jahre 2021 lediglich 60.633 €, in Frankreich hingegen 139.169 €, siehe <https://www.credit-suisse.com/about-us/en/reports-research/global-wealth-report.html>. Dies erklärt sich auch durch die unterschiedliche Wohneigentumsquote. Im Jahre 2022 wohnten nach Angaben von Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/370712/umfrage/bevoelkerung-in-frankreich-nach-mieter-und-eigentuemer/>, in Frankreich 63,4% der Bevölkerung in Wohneigentum, nur 36,6% zur Miete, in Deutschland waren hingegen 42% Eigentümer- und 58% Mieterhaushalte, siehe <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1409274/umfrage/eigentuemer-und-mieterhaushalte-in-deutschland-nach-gemeindegroessen-lassen/>.

¹⁰¹ Zum Beschluss der Bundesregierung zur Wiedereinführung der Wohngemeinnützigkeit siehe die Pressemitteilung des BMWSB v. 5.6.2024, <https://www.bmwsb.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/Webs/BMWSB/DE/2024/06/NWG.html>.

VI. Fazit

Die geltende gesetzliche Ausgestaltung des sozialen Mieterschutzes als Bestandsmieterschutz ist ungerecht, weil sie solvente Altmieten viel stärker schützt als finanziell beengte Neumieten. Sie bewirkt überdies Fehlanreize für Altmieten und Altvermieter. In ihrem Verständnis durch die höchstrichterliche Rechtsprechung versagt sie dem Altmieten zudem gerade dann den gebotenen Schutz, wenn er ihn besonders nötig hat, nämlich bei Zahlungsschwierigkeiten.

Eine gesetzliche Zulassung der Anhebung von Altmieten müsste sozial abgefedert werden und jedenfalls bei starker Preisdynamik durch Maßnahmen zur Begrenzung des weiteren Anstiegs von Alt- und Neumieten ergänzt werden.

Angesichts der schwierigen Situation für Wohnungssuchende auf angespannten Wohnungsmärkten ist es höchste Zeit, über Alternativen zum geltenden Vergleichsmietensystem mit seiner ungerechten Preisdämpfung primär der Altmieten nachzudenken. Und auch über die Gestaltung des Mieterschutzes hinaus bedarf es der Intensivierung eines übergreifenden, interdisziplinären und gesellschaftlichen Diskurses darüber, wie die adäquate Versorgung der gesamten Bevölkerung mit Wohnraum zu angemessenen Preisen in den kommenden Jahren und Jahrzehnten erfolgreich und gerecht gelingen kann.

Professor Dr. Frank Neubacher und Job Lohmann, Köln*

Zur Verhängung einer Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ als „letztes Mittel“ – Was der BGH vom BVerfG noch lernen kann

Mit einem Beschluss, dem die anderen Senate nicht entgegengetreten sind, hat der 5. Strafsenat des BGH eine weitreichende Änderung der Rechtsprechung zur Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld eingeleitet. Danach soll der Erziehungsgedanke bei der Verhängung der Jugendstrafe keine Rolle mehr spielen, eine „reine“ Schuldstrafe auch bei Vergehen möglich sein. Diese Absenkung der Anordnungsvoraussetzungen wird dem das Jugendstrafrecht beherrschenden Erziehungsgedanken nicht gerecht und ignoriert Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention und anderer internationaler Standards zum Jugendkriminalrecht. Auf deren Relevanz hat das BVerfG bereits im Jahr 2006 in seinem richtungsweisenden Urteil zu den gesetzlichen Grundlagen des Jugendstrafvollzugs hingewiesen.

I. Einleitung

Die Voraussetzungen für die Verhängung einer Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld sind in § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG nicht näher aufgeführt und in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten.¹ Dabei geht es vor allem um die Frage, ob es

eine „reine“ Schuldstrafe geben kann, oder ob auch bei schweren Straftaten der Erziehungsgedanke berücksichtigt werden muss. Der BGH vertrat bisher die zuletzt genannte Auffassung, hat sich in den vergangenen Jahren aber zusehends davon distanziert. Am 13.9.2023 hat der 5. Strafsenat in einem seit Jahren währenden, denkwürdigen Verfahren die Hauptverhandlung ausgesetzt und bei den anderen Strafsenaten angefragt, ob sie an ihrer gegebenenfalls entgegenstehenden Rechtsprechung festhalten wollen: Er selbst beabsichtige zu entscheiden, dass die Verhängung einer Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld nicht (mehr) voraussetze, dass bei dem Angeklagten eine Erziehungsbedürftigkeit oder -fähigkeit festzustellen ist.² Hier kündigt sich ein grundsätzlicher Wandel an, von dem erwartet werden kann, dass er die Gesetzesanwendung nachhaltig verändern wird.

Es steht zu befürchten, dass sich dadurch auch die Zahl der Jugendstrafgefangenen erhöhen wird. Diese ist in den letzten Jahren, ungefähr zeitgleich mit dem Aufsehen erregenden Urteil des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des Jugendstrafvollzugs vom 31.5.2006³, deutlich zurückgegangen. Waren damals noch rund 7.000 junge Menschen im Jugendstrafvollzug inhaftiert, sank ihre Zahl bis 2023 auf 2.698 ab. Obwohl die Behandlungskapazitäten des Jugendstrafvollzugs

* Der Erstautor ist Inhaber des Lehrstuhls für Kriminologie und Strafrecht an der Universität zu Köln sowie Direktor des Instituts für Kriminologie, der Zweitautor ist dort wiss. Mitarbeiter. Für die kritische Durchsicht eines ersten Entwurfs und für wertvolle Hinweise bedanken sich beide Autoren bei Privatdozent Dr. Mario Bachmann sowie RA Lukas Pieplow, beide Köln.

¹ Vgl. etwa Radtke/Scholze, in: MünchKommStGB, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, JGG § 17 Rn. 54–57; Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Hrsg.), JGG, 25. Aufl. 2024 § 17 Rn. 56–59; zuletzt Eisenberg/Kölbl NStZ 2024, 79, 82 ff.

² BGH, Beschluss v. 13.9.2023 – 5 StR 205/23 = NStZ 2024, 106.

³ BVerfG, Urteil v. 31.5.2006 – 2 BvR 1673/04 = BVerfGE 116, 69 = NJW 2006, 2093.

nach wie vor als defizitär zu bezeichnen sind⁴, hat sich die Situation in den zurückliegenden 20 Jahren infolge abnehmenden Belegungsdrucks und der vom *BVerfG* auferlegten Gesetzesänderungen, Beobachtungs- und Evaluierungspflichten merklich verbessert. Die Justizpraxis scheint heute der gesetzlichen Vorgabe des § 5 Abs. 2 JGG, wonach die Straftat eines Jugendlichen nur dann mit Zuchtmitteln oder mit Jugendstrafe geahndet wird, wenn Erziehungsmaßregeln nicht ausreichen (Subsidiarität der Jugendstrafe), eher zu entsprechen als früher. Der Beschluss des *BGH* vom 13.9.2023 stellt das bisher Erreichte in Frage. Überhaupt scheint § 17 JGG dringend reformbedürftig, denn auch die Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen“ steht zur Disposition. Einem Beschluss der 85. Justizministerkonferenz aus dem Jahre 2014⁵ folgend, hat Justizminister *Buschmann* beim 32. Jugendgerichtstag 2023 in Berlin angekündigt, den historisch belasteten Begriff endlich ersetzen zu wollen.

Der Beitrag widmet sich im Folgenden der Frage nach den Voraussetzungen der Verhängung einer Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“. Unter Einbeziehung des aktuellen *BGH*-Beschlusses zeichnet er die Rechtsprechung des *BGH* nach und stellt die widerstreitenden Auffassungen dar (2.). Diesen stellt er einen neuen Lösungsansatz gegenüber, der die UN-Kinderrechtskonvention sowie die Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Jugendgerichtsbarkeit von 1985 berücksichtigt. Es wirdargetan (3.), was es für das deutsche Jugendstrafrecht bedeutet, wenn eine Inhaftierung demnach nur als letzter Ausweg („last resort“) in Betracht kommt. Der Beitrag verfolgt das Ziel, die auf strafrechtsdogmatische Auslegungsfragen venegte Diskussion um eine menschenrechtliche und eine kriminologische Perspektive zu erweitern. Er folgt insofern dem Beispiel der Entscheidung des *BVerfG* von 2006 und fragt auch nach den faktischen Lebensbedingungen und Behandlungsmöglichkeiten im deutschen Jugendstrafvollzug (4.). Diese Erweiterungen der Argumentation erscheinen dringend geboten, um zu einer angemessenen Lösung der aktuellen Rechtsfrage zu gelangen. Diese darf nicht in einer Ausweitung der Anordnungsvoraussetzungen der Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ bestehen, sondern sollte zu einer begründeten Eingrenzung auf wirklich unverzichtbare Fälle führen.

II. Die Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“

1. Begriffsgeschichte und Funktion der Jugendstrafe

Der Begriff der „Schwere der Schuld“ wurde im Zuge des Jugendgerichtsgesetzes vom 4.8.1953 in § 17 Abs. 2 Var. 2 JGG eingeführt.⁶ Er ist seither unverändert und geht zurück auf § 4 Abs. 2 RJGG von 1943. Nach dessen Wortlaut sollte Jugendgefängnis dann verhängt werden, „wenn das Bedürfnis der Volksgemeinschaft nach Schutz und Sühne wegen der

Größe der Schuld [...] eine Strafe erfordert“. Zentral für das Verständnis dieser Norm waren also insbesondere der Strafzweck der negativen Spezial-⁷ und Generalprävention, formuliert als „Schutz der Volksgemeinschaft“ mit intendierter Abschreckung jugendlicher Straftäter durch Strafe⁸, und der absolute Strafzweck des Schuldausgleichs⁹, nicht dagegen der Erziehungsgedanke.¹⁰ Dieser war nach dem neu eingeführten § 5 Abs. 2 RJGG bei der Strafbemessung zu berücksichtigen¹¹, doch war nach nationalsozialistischem Verständnis „Erziehung“ mit individueller Abschreckung und negativer Generalprävention unauflösbar verbunden („Erziehung durch Strafe“).¹² „Erziehung“ fungierte also als „Chiffre“¹³ bzw. als Gefäß, das mit sehr unterschiedlichen Inhalten gefüllt wurde. Das JGG von 1953 verbannte den Gedanken der negativen Spezial- und Generalprävention und setzte in § 17 Abs. 2 JGG für die Jugendstrafe ausschließlich auf die Strafzwecke der positiven Spezialprävention (Erziehung) und des Schuldausgleichs, sekundär auch auf positive Generalprävention.¹⁴

Der Anordnungsgrund „Schwere der Schuld“ setzt dabei voraus, dass dem zu Verurteilenden bezüglich des Delikts ein Vorwurf von einer solchen Schwere gemacht wird, dass eine Jugendstrafe erforderlich ist.¹⁵ Die Einschätzung ist normativer Natur und mit Bewertungsspielräumen verbunden. Etwas formelhaft wird die „Schwere der Schuld“ etwa mit einer so erheblichen Vorwerfbarkeit begründet, dass alternative Sanktionsmöglichkeiten „in einem unerträglichen Widerspruch zum allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl stehen“¹⁶ oder für „das Rechtsempfinden schlechthin unverständlich“¹⁷ seien. In diesen Umschreibungen kann man ein sprachlich bereinigtes Fortleben der alten Formulierung aus § 4 Abs. 2 RJGG („Bedürfnis der Volksgemeinschaft nach [...] Sühne“) und damit eines Bestrafungsbedürfnisses erkennen. Es erscheint zweifelhaft, ob diese Formulierungen Klarheit schaffen können. In jedem Fall muss eine erhebliche Schuld im Sinne schwerster Vorwerfbarkeit festzustellen sein, wie sie am ehesten bei Tötungs- und schweren Sexualdelikten vorliegen wird.¹⁸

Nach ganz herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur hat die Gewichtung des Vorwurfs bei § 17 Abs. 2 Var. 2 JGG nach einem vom allgemeinen Schuld-

⁴ Vgl. *Neubacher/Schmidt*, in: *Dollinger/Schmidt-Semisch* (Hrsg.), *Handbuch Jugendkriminalität, Interdisziplinäre Perspektiven*, 3. Aufl. 2018, S. 767–786; siehe Evaluation des Jugendstrafvollzugs durch die Kriminologischen Dienste: https://www.justiz.nrw.de/Gerichte_Behoerden/landesjustizvollzugsdirektion/statistik_und_forschung/projekte_des_krimid/_2_61-20200131-EvalJS-Bund-Bericht-2020-PRINTVERSION-online.pdf (Abruf: 12.6.2024).

⁵ https://www.justiz.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2014/fruehjahrskonferenz_14/TOP_II_11.pdf (Abruf: 12.6.2024).

⁶ BGBl. I 1953, S. 751 ff.

⁷ *Wolff*, in: DVJJ (Hrsg.), *Jugend im sozialen Rechtsstaat, Für ein neues Jugendgerichtsgesetz*, 1996, S. 649 f.; *Stolp*, *Die geschichtliche Entwicklung des Jugendstrafrechts von 1923 bis heute*, 2015, S. 75 f.; *Kurzberg*, *Jugendstrafe aufgrund schwerer Kriminalität*, 2009, S. 92.

⁸ *Kümmerlein*, *Reichsjugendgerichtsgesetz*, 1944, S. 11; *Kurzberg* (Fn. 7), S. 91; zur Urteilspraxis *Wolff*, in: DVJJ (Fn. 7), S. 654 f.

⁹ *Reichsjugendgerichtsgesetz* vom 8.11.1943, https://www.dvjj.de/wp-content/uploads/2019/10/reichsjugendgerichtsgesetz_1943.pdf (Abruf: 12.6.2024).

¹⁰ Ausführlich dazu auch *Dahm/Schaffstein*, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933, S. 40 ff.

¹¹ *Kümmerlein* (Fn. 8), S. 11 f., 14.

¹² *Schaffstein* DR 1936, 65.

¹³ *Pieplow*, in: *Walter* (Hrsg.), *Beiträge zur Erziehung im Jugendkriminalrecht*, 1989, S. 56 f.

¹⁴ Vgl. BT-Drucks. I/3264, S. 40; zur positiven Generalprävention in § 17 Abs. 2 JGG auch *Ostendorf/Drenkhahn*, *Jugendstrafrecht*, 11. Aufl. 2022, Rn. 230 ff.; *Meier/Bannenber/Höffler*, *Jugendstrafrecht*, 4. Aufl. 2019, § 11 Rn. 14 ff.

¹⁵ *Radtke/Scholze*, in: *MünchKommStGB* (Fn. 1), JGG § 17 Rn. 62; *Ostendorf*, *Jugendgerichtsgesetz*, 11. Aufl. 2021, § 17 Rn. 4 f.; *Kölbel* in: *Eisenberg/Kölbel* (Fn. 1) § 17 Rn. 45.

¹⁶ *Lawe* NStZ 2016, 103; *Laue*, in: *Meier/Rössner*, *Jugendgerichtsgesetz*, 2. Aufl. 2014, § 17 Rn. 22.

¹⁷ *Rose* NStZ 2023, 431, 432; *Ostendorf* (Fn. 15) § 17 Rn. 7.

¹⁸ *Kölbel*, in: *Eisenberg/Kölbel* (Fn. 1), § 17 Rn. 45; *Beulke* NK 2019, 269, 275 f.; *Radtke/Scholze*, in: *MünchKommStGB* (Fn. 1), JGG § 17 Rn. 67.

grundsatz (§ 46 Abs. 1 Satz 1 StGB) abweichenden Maßstab zu erfolgen.¹⁹ Diese Einschränkung trägt entwicklungspsychologischen Erkenntnissen Rechnung²⁰ und wird so verstanden, dass der maßgebliche Anknüpfungspunkt für die nach jugendspezifischen Kriterien zu bestimmende „Schwere der Schuld“ die innere Tatseite ist.²¹ Dem äußeren Unrechtsgehalt der Tat komme nur insofern Bedeutung zu, als hieraus Schlüsse auf die Persönlichkeit des Täters und das Maß der persönlichen Schuld gezogen werden könnten. Entscheidend sei, inwieweit sich die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit und die Tatmotivation des jugendlichen oder heranwachsenden Täters in der Tat in vorwerfbarer Schuld niedergeschlagen hätten.²² Dies wird grundsätzlich bei vorsätzlichen Tötungsdelikten, ferner regelmäßig bei Todeserfolgsqualifikationen, bei erheblichen Sexualdelikten und gravierenden Raubtaten bejaht, wobei mit abnehmenden Strafraumen die Umstände des Einzelfalls umso stärker Beachtung finden müssten.²³ Besteht bis zu diesem Punkt Einigkeit, ist dagegen umstritten, wie sich die Schuldstrafe zu dem das Jugendstrafrecht *beherrschenden* Erziehungsgedanken (§ 2 Abs. 1 Satz 2 JGG) verhält, ob im Einzelnen also eine Jugendstrafe mit dem Erziehungsgedanken in Einklang gebracht werden muss oder ob alleine die Schwere der Schuld, im Sinne gesteigerter Vorwerfbarkeit, die Verhängung einer Jugendstrafe rechtfertigt. Die Komplexität des Problems wird dadurch erhöht, dass der Erziehungsgedanke in der Vergangenheit unterschiedlich verstanden wurde.²⁴ Heutzutage werden mit ihm positive Individualprävention²⁵, Mäßigung bzw. behutsames Verantwortlichmachen²⁶, Kompensation²⁷ und soziale Integration²⁸ verbunden.

2. Schuldstrafe und Erziehungsgedanke

In Rechtsprechung und Literatur haben sich hierzu unterschiedliche Auffassungen entwickelt, welche sich unterteilen lassen in eine primär erziehungsorientierte Auslegung, eine beschränkt erziehungsorientierte Auslegung und eine die Eigenständigkeit der Schuld betonende Auslegung des Gesetzes.

a) Die vorrangig erziehungsorientierte Auslegung

Nach dieser Auslegung, welche bisher insbesondere vom *BGH*²⁹, aber auch von Teilen der Literatur³⁰ vertreten wird, muss der Erziehungsaspekt gegenüber dem Schuldausgleich stets vorrangig berücksichtigt werden (Indikationserfordernis). Dies ergebe sich aus dem in § 2 Abs. 1 Satz 2 JGG normierten Gebot, die Rechtsfolgen „vorrangig am Erzie-

hungsgedanken auszurichten“.³¹ Diese Norm strahle auf die Verhängung der Jugendstrafe nach § 17 Abs. 2 JGG und auf ihre Bemessung nach § 18 Abs. 2 JGG aus.³² Dies wird damit begründet, dass in dieser Norm die gesetzgeberische Entscheidung³³ bekräftigt wurde, die Erziehung als das primäre, nämlich spezialpräventive Anliegen des Jugendstrafrechts, also vorrangig vor Aspekten der Generalprävention und des Schuldausgleichs, zu berücksichtigen.³⁴ Das bedeutet nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, „dass bei der Auslegung und Anwendung des JStR normative Erwägungen nicht genügen können“, sondern „die Berücksichtigung von Wirkungszusammenhängen und empirische Einschätzungen im Vordergrund stehen“ müssen. Dies wiederum „verlangt die besondere Beachtung kriminologischer, pädagogischer, jugendpsychologischer und anderer fachlicher Erkenntnisse“.³⁵ Auch § 18 Abs. 2 JGG selbst fordere diese Auslegung, denn er setze voraus, dass die festgelegte Strafdauer eine „erzieherische Einwirkung“ ermöglichen müsse, dieser also nicht entgegenwirken dürfe, denn wäre dies der Fall, würde die Inhaftierung gerade nicht ihr Ziel erreichen, positiv auf die Erziehung des Jugendlichen oder Heranwachsenden einzuwirken.³⁶ Die Strafdauer dürfe nicht wesentlich oder ausschließlich nach den Zumessungskriterien des Erwachsenenstrafrechts festgesetzt werden.³⁷ Dem Tatunrecht bzw. der Schuld komme somit keine eigenständige Bedeutung zu³⁸; relevanter Leitgedanke solle die Erziehung sein, was eingehende Erörterungen erfordere.³⁹ Die Literatur weist zu Recht auf die Gefahr der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Jugendstrafe bei Wegfall des Indikationserfordernisses hin, da die Schuldschwere „infolge ihrer unscharfen Konturen“ auch bei mittelschwerer Delinquenz angenommen werden könne.⁴⁰

b) Die beschränkt erziehungsorientierte Auslegung

Nach diesem Verständnis, welches sowohl in der Literatur⁴¹ als auch in der Rechtsprechung⁴² vertreten wird, soll die Ratio des Schuldausgleichs jedenfalls bei schweren Gewaltdelikten nicht vollständig hinter das Erziehungsprimat zurücktreten, denn auf die Bestrafung schwerer Straftaten durch Verhängung einer Jugendstrafe könne auch dann nicht verzichtet werden, wenn ein Jugendlicher oder Heranwachsender nicht erziehungsbedürftig oder erziehungsfähig sei, mithin die Anordnung der Jugendstrafe nicht (auch) erzieherisch zu begründen sei.⁴³ Bei einem heranwachsenden Täter sei die Schwere der Schuld jedenfalls mit zunehmendem Alter modifiziert zu beurteilen.⁴⁴

¹⁹ Brögeler, in: BeckOK JGG, 32. Ed. 1.2.2023, JGG § 17 Rn. 15; Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 1), § 17 Rn. 46.

²⁰ Brögeler, in: BeckOK JGG (Fn. 19), § 17 Rn. 15.

²¹ BGH NStZ 2017, 648; Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 1), § 17 Rn. 46.

²² BGH NStZ 2017, 648; Brögeler, in: BeckOK JGG (Fn. 19), § 17 Rn. 17.

²³ Radtke/Scholze, in: MünchKommStGB (Fn. 1) JGG § 17 Rn. 71; auch Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 1), § 17 Rn. 51.

²⁴ Eingehend hierzu Pieplow, in: Walter (Fn. 13), S. 5–57.

²⁵ Ostendorf (Fn. 15), § 2 Rn. 5.

²⁶ Schneider/Kleimann/Pieplow ZJJ 2023, 354, 355; Pieplow, in: DVJJ (Hrsg.), Recht auf Jugend, Tagungsband zum 32. Deutschen Jugendgerichtstag, (im Erscheinen, vorauss. 2024).

²⁷ Pieplow, in: DVJJ (Fn. 26).

²⁸ BVerfG (Fn. 3) NJW 2006, 2093, 2095.

²⁹ BGH NStZ 2014, 409; BGH StV 2017, 715.

³⁰ Eisenberg NStZ 2013, 636 ff.; Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 1), § 17 Rn. 57b, 59; Sonnen, in: Diemer/Schatz/Sonnen JGG, 8. Aufl. 2020, § 17 Rn. 24.; Sonnen ZJJ 2016, 76.

³¹ Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 1), § 17 Rn. 59; Müller JR 2017, 118, 121.

³² BT-Drucks. 16/6293, S. 9.

³³ BT-Drucks. I/3264, S. 40 f.; 11/5829, S. 11, 20; 16/6293, S. 9 f.

³⁴ Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 1), § 17 Rn. 59; vgl. Beulke NK 2019, 269, 272.

³⁵ BT-Drucks. 16/6293, S. 10.

³⁶ Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 1), § 17 Rn. 59; Lichtenthaler Fachdienst Strafrecht 2023, 456464.

³⁷ BGH BeckRS 2023, 3608, Rn. 6.

³⁸ BGH NStZ 2012, 164; BGH NStZ-RR 2014, 119.

³⁹ BGH BeckRS 2023, 3608, Rn. 6.

⁴⁰ Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 1), § 17 Rn. 57b.

⁴¹ Ostendorf (Fn. 15), § 17 Rn. 4–8; Ostendorf/Drenkhahn (Fn. 14), Rn. 230 ff.; Meier/Bannenberg/Höffler (Fn. 14), § 11 Rn. 14 ff.

⁴² BGH NStZ 2018, 728; BGH BeckRS 2022, 5043; Brögeler, in: BeckOK JGG (Fn. 19), § 17 Rn. 16.1.

⁴³ Vgl. auch Beulke NK 2019, 269, 273 f.

⁴⁴ BGH NStZ 2016, 101, 102; BGH NStZ 2023, 430; Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 1), § 17 Rn. 49; Gertler/Kunkel/Putzke, in: BeckOK JGG (Fn. 19), § 17 Rn. 15; vgl. Beulke NK 2019, 269, 273.

c) Die Eigenständigkeit der Schuld betonende Auslegung

Die vorherrschende Lehrmeinung verwirft die beiden vorgenannten Auslegungen aus Gründen des Wortlauts und der Systematik.⁴⁵ Zum einen entspreche die Zurückdrängung der Schuldstrafe nicht dem Willen des Gesetzgebers, der sich klar aus dem Gesetzgebungsprozess ergebe.⁴⁶ Zum anderen komme dieser Wille im Wortlaut des Gesetzes deutlich zum Ausdruck, wenn in § 17 Abs. 2 JGG davon die Rede sei, dass „wegen der schädlichen Neigungen des Jugendlichen, die in der Tat hervorgetreten sind, Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel zur Erziehung nicht ausreichen oder wenn wegen der Schwere der Schuld Strafe erforderlich“ sei.⁴⁷

3. Entwicklung der Rechtsprechung des BGH

a) Bisherige Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des *BGH* zur Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld lässt sich insgesamt als uneinheitlich bezeichnen, unterstreicht aber weitgehend die Relevanz des Erziehungsgedankens, auch bei Jugendstrafen wegen der Schwere der Schuld.

Anfangs urteilte der 1. Strafsenat, dass Jugendstrafe nur verhängt werden dürfe, wenn diese aus erzieherischen Gründen auch erforderlich sei.⁴⁸ Später stellte er einschränkend fest, dass erzieherische Gesichtspunkte zwar in erster Linie maßgebend seien, der Schwere der Schuld aber auch eigenständige Bedeutung beigemessen werden könne.⁴⁹ Hieran hielt der 1. Strafsenat lange fest. So urteilte er am 31.8.2004, der Erziehungsgedanke sei auch dann zu berücksichtigen, wenn eine Jugendstrafe ausschließlich wegen der Schwere der Schuld verhängt werde, daneben seien aber auch andere Strafzwecke, bei „Kapitaldelikten“⁵⁰ etwa der Schuldausgleich, zu beachten.⁵¹ In einem obiter dictum vom 6.5.2013 führte er unter Hinweis auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm aus, die Verhängung der Jugendstrafe sei nicht auf den Bereich der „Kapitaldelikte“ beschränkt. Zudem tendiere er dazu, von der bislang gefestigten Rechtsauffassung abzuweichen, wonach Jugendstrafe wegen der Schuldschwere nur dann angeordnet werden dürfe, wenn hierfür zusätzlich eine erzieherische Notwendigkeit bestehe.⁵² Hiervon rückte der 1. Strafsenat dann jedoch mit Urteil vom 9.1.2018 wieder ab und hielt fest, dass auch bei einer festgestellten Schwere der Schuld die Verhängung von Jugendstrafe nicht in Betracht kommen könne, wenn sie aus erzieherischen Gründen nicht erforderlich sei.⁵³

Der 2. Strafsenat entschied in einem Beschluss vom 11.3.1981 ebenfalls, dass auf Jugendstrafe bei Schwere der Schuld nur dann erkannt werden dürfe, wenn dies aus erzieherischen Gründen erforderlich sei.⁵⁴ Dagegen urteilte er am 18.7.2018, dass schwere Gewaltdelikte regelmäßig auch ohne eine festgestellte Erziehungsbedürftigkeit die Schwere der Schuld begründen, da der Strafzweck des gerechten Schuldausgleichs nicht völlig hinter den Erziehungsgedanken zurücktreten dürfe und insbesondere in Fällen, in denen ein Jugendlicher nicht erziehungsbedürftig oder erziehungsfähig sei, nicht auf die Möglichkeit der Strafe verzichtet werden dürfe. Zudem sei die Schwere der Schuld mit zunehmendem Alter von Heranwachsenden modifiziert zu beurteilen.⁵⁵ An dieser Rechtsprechung hielt er mit einem Urteil vom 13.11.2019 fest.⁵⁶

Der 3. Strafsenat vertrat mit Urteil vom 9.8.2000 gleichfalls die Auffassung, dass auch bei Schwere der Schuld eine Jugendstrafe nur dann verhängt werden könne, wenn dies aus erzieherischen Gründen erforderlich sei.⁵⁷ Auch in einem Beschluss vom 11.7.2017 stellte sich der 3. Strafsenat auf den Standpunkt, dass die Verhängung der Jugendstrafe aufgrund der Schwere der Schuld nur in Betracht komme, wenn dies auch aus erzieherischen Gründen erforderlich sei. Belangen des Schuldausgleichs käme nur in Ausnahmefällen, so bei „Kapitaldelikten“ oder anderen besonders schweren Taten, eine eigenständige Bedeutung zu.⁵⁸ Mit Urteil vom 10.2.2022 urteilte er dann jedoch ähnlich wie der 2. Strafsenat, dass der Strafzweck des gerechten Schuldausgleichs jedenfalls bei schweren Gewaltdelikten nicht völlig hinter den Erziehungsgedanken zurücktreten dürfe, insbesondere wenn keine Erziehungsfähigkeit oder Erziehungsbedürftigkeit bestehe.⁵⁹ Im Urteil vom 1.12.2022 erweiterte er zudem den Kreis der infrage kommenden Delikte insofern, als dass die Schwere der Schuld zwar vor allem bei Kapitaldelikten und anderen besonders schweren Straftaten zu bejahen sei, die Begrifflichkeit der schweren Straftat jedoch nicht dahingehend verstanden werden könne, dass „die Qualität der Tat derjenigen von Kapitaldelikten vergleichbar sein“ müsse, ebenso müssten keine „besonders schweren“ Qualifikationen oder „besonders schwere“ Fälle erfüllt sein. Vielmehr seien Vergehen grundsätzlich ebenfalls geeignet, die Schwere der Schuld zu begründen.⁶⁰

Auch der 4. Strafsenat hatte sich mit Beschluss vom 2.1.2008 auf den Standpunkt gestellt, dass die Jugendstrafe wegen der Schwere der Schuld nur erforderlich sei, wenn kumulativ auch eine erzieherische Notwendigkeit bestehe.⁶¹ Ergänzend urteilte er 2016, dass der Erziehungsgedanke auch dann vorrangig zu berücksichtigen sei, wenn eine Jugendstrafe ausschließlich wegen Schwere der Schuld verhängt werde. Dies bedeute jedoch nicht, dass dieser als einziger Aspekt der Strafzumessung diene; Erziehungsgedanke und Schuldausgleich stünden insoweit in Einklang miteinander.⁶² Bezüglich des Kreises der Delikte, bei welchen eine Schwere der Schuld in Betracht kommt, urteilte der 4. Strafsenat am 18.12.2014, dass die Verhängung von Jugendstrafe aufgrund der Schwere

⁴⁵ Radtke/Scholze, in: MünchKommStGB (Fn. 1), JGG § 17 Rn. 60 f.; Brögeler, in: BeckOK JGG, (Fn. 19) § 17 Rn. 20 f.; Laue, in: Meier/Rössner (Fn. 16), § 17 Rn. 28; Rose NStZ 2023, 433 f.; Brunner/Dölling JGG, 14. Aufl. 2023 § 17 Rn. 25 ff.; Petersen, Sanktionsmaßstäbe im Jugendstrafrecht, 2008, S. 182 f.; Streng, Jugendstrafrecht, 6. Aufl. 2024, Rn. 436; Laubenthal/Baier/Nestler, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 743; Bachmann JZ 2019, 759 f.

⁴⁶ BT-Drucks. I/3264, S. 39 ff.; vgl. Laue, in: Meier/Rössner (Fn. 16), § 17 Rn. 28; Radtke/Scholze, in: MünchKommStGB (Fn. 1), JGG § 17 Rn. 60 f.

⁴⁷ Radtke/Scholze, in: MünchKommStGB (Fn. 1), JGG § 17 Rn. 61; Laue, in: Meier/Rössner (Fn. 16), § 17 Rn. 28; Petersen (Fn. 45), S. 182 f.; vgl. Beulke NK 2019, 269, 272.

⁴⁸ BGH BeckRS 1971, 57; so auch die Beschlüsse BGH StV 1981, 130; BGH StV 1981, 240; BGH WKRS 1981, 14113.

⁴⁹ BGH NStZ 1982, 163.

⁵⁰ Gemeint sind besonders schwere Delikte, die früher mit der Todesstrafe bedroht waren und zur Enthauptung (Dekapitation) führten, insbesondere vorsätzliche Tötungsdelikte.

⁵¹ BGH BeckRS 2004, 9104, Rn. 12.

⁵² BGH NStZ 2013, 658.

⁵³ BGH NStZ 2018, 658, 660; so auch BGH NStZ 1982, 332, wonach der Erziehungsgedanke auch bei der Frage des „Ob“ der Verhängung einer Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld vorrangig zu beachten ist.

⁵⁴ Böhm NStZ 1981, 250 f.

⁵⁵ BGH NStZ 2018, 728.

⁵⁶ BGH NStZ 2020, 301.

⁵⁷ BGH NStZ-RR 2001, 215.

⁵⁸ BGH StV 2017, 715.

⁵⁹ BGH BeckRS 2022, 5043.

⁶⁰ BGH NStZ 2023, 428.

⁶¹ BGH NStZ 2009, 450; so auch BGHSt 15, 224, 225 ff. und BGH NStZ-RR 1998, 317, 318.

⁶² BGH NStZ 2017, 648.

der Schuld nicht nur bei „Kapitaldelikten“ jugendlicher oder heranwachsender Täter, sondern auch bei anderen besonders schweren Straftaten in Betracht komme, wobei auch der äußere Unrechtsgehalt der Tat nicht unberücksichtigt bleiben dürfe.⁶³ Auch hier fand, ähnlich wie beim Urteil des 3. Strafsenats, eine Erweiterung auf eine potenziell schwer eingrenz- bare Zahl von Delikten statt. Im konkreten Fall ging es um den Geschlechtsverkehr zwischen Minderjährigen (15 und 12 Jahre). Der 4. Strafsenat stufte das als sexuellen Missbrauch von Kindern nach § 176 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein und bejahte die Schwere der Schuld, obwohl im konkreten Falle Aspekte sowohl für als auch gegen den Täter sprachen⁶⁴.

Der 5. Strafsenat selbst führte in einem Beschluss vom 22.1.2014 aus, dass auch bei einer Jugendstrafe aufgrund der Schwere der Schuld hinreichend belegt werden müsse, dass die Verhängung aus erzieherischen Gründen noch erforderlich sei.⁶⁵ Zudem würden Vergehen und Verbrechen nach ihrem äußeren Unrechtsgehalt auf unterschiedlichen Stufen stehen.⁶⁶ In einem Urteil vom 29.8.2018 entschied er zudem, dass der Erziehungsgedanke auch dann vorrangig zu berücksichtigen sei, wenn eine Jugendstrafe ausschließlich wegen Schwere der Schuld verhängt werde.⁶⁷

Die Rechtsprechung des *BGH* zeigt demnach keine klare Linie. Die Senate setzen vielmehr unterschiedliche Akzente und ändern zum Teil ihre eigenen Rechtsprechungslinien ab. Im Grundsatz vertrat der *BGH* bisher eine eher erziehungsorientierte Auslegung, welche in zunehmendem Maße gewissen Einschränkungen unterworfen wurde, wobei insbesondere in den letzten Jahren die angenommene Eigenständigkeit der Schuld immer stärker betont wurde. Dass auch entgegenstehende Tendenzen möglich sind, hat der 1. Strafsenat 2018 bewiesen, als er von einer früher geäußerten Tendenz wieder abwich. Die Entwicklung ist also keineswegs einheitlich. Dennoch lassen sich zwei Stoßrichtungen erkennen, welche im Ergebnis eine Verschlechterung der Situation jugendlicher Delinquenten darstellen: Zum einen die verstärkte Betonung der Eigenständigkeit der Schuld im Verhältnis zum Erziehungsgedanken, zum anderen die Entgrenzung der Delikte, bei welchen eine Schwere der Schuld naheliegt. Waren diese wie gezeigt früher eng auf „Kapital-“ und sonstige schwerste Gewaltdelikte begrenzt, so haben insbesondere der 3. und 4. Strafsenat die Grenzen des Möglichen deutlich zulasten der Delinquenten verschoben, mit Urteil des 3. Strafsenats sogar bis hinunter zu den Vergehenstatbeständen (§ 12 Abs. 2 StGB), welche schon von Gesetzes wegen mit einem geringeren Unwerturteil verbunden sind als Verbrechen.⁶⁸ Diese Entwicklung wird durch den Beschluss des *BGH* vom 13.9.2023 nun in beiderlei Hinsicht (Eigenständigkeit der Schuld, Entgrenzung der Deliktsbereiche) auf die Spitze getrieben.

b) Der Beschluss vom 13.9.2023

Dem Beschluss des 5. Strafsenats vom 13.9.2023 liegt die Auffassung zugrunde, dass sofern eine Schwere der Schuld

vorliegt, die Jugendstrafe zu verhängen sei. Dies soll nun unabhängig davon erfolgen, ob der Verurteilte tatsächlich erziehungsbedürftig oder erziehungsfähig ist. Nur bei Bestimmung der Strafhöhe sei dann dem Erziehungsgedanken Rechnung zu tragen.⁶⁹ Dies begründet der Senat, nun strikt der die Eigenständigkeit der Schuld betonenden Auffassung folgend, insbesondere mit Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm, welche die Erziehungs- und die Schuldstrafe schon durch die semantische Trennung („oder“) als selbstständige Alternativen ausgestaltet habe.⁷⁰ Sehr stark differenziert der Senat dabei zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ der Verhängung der Jugendstrafe. Für das „Ob“, würden die jugendspezifischen Kriterien der Schuldfeststellung gelten, der Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 2 und § 18 Abs. 2 JGG beziehe sich dann lediglich auf das „Wie“, also auf die Strafzumessung.⁷¹

Zutreffend ist, dass in den Gesetzgebungsmaterialien von einer eigenständigen Bedeutung der Schuldstrafe im JGG ausgegangen wurde, insbesondere um befürchteten Strafbarkeitslücken vorzubeugen.⁷² Auch systematisch ist die in § 17 Abs. 2 JGG vorgenommene Unterscheidung in eine „Erziehungs-“ und eine „Schuldstrafe“ ein Argument für die Selbstständigkeit der Schuldstrafe.⁷³ Wenn der Senat jedoch dem 3. Strafsenat folgt und argumentiert, die besonders schwere Straftat müsse weder in ihrer Qualität einem Kapitaldelikt entsprechen, noch sei sie an sonstige im StGB normierte Schwereindikatoren gebunden, so dass auch bloße Vergehen in Betracht kämen⁷⁴, so nimmt er damit eine völlige Entgrenzung der Schuldstrafe in Kauf. Diese kann danach bei nahezu jeder Straftat zum Einsatz kommen, und tatsächlich geht es in dem Fall, der dem Beschluss zugrunde liegt, um einen Landfriedensbruch in Tateinheit mit Beihilfe zur Brandstiftung im Rahmen der G-20 Krawalle 2017 in Hamburg.⁷⁵ Hier wurde die Schwere der Schuld damit begründet, dass sich die beiden Angeklagten der gewaltbereiten Menge von Demonstranten angeschlossen und Angriffe auf Polizeibeamte und Fahrzeuge somit gebilligt und ermöglicht hätten.⁷⁶ Eine eigenhändige Beteiligung an Straftaten wurde für die Bejahung der Schwere der Schuld ausdrücklich nicht für erforderlich erachtet. Stattdessen wurde die als ernstlich aufgefasste Bedrohungslage der möglich erscheinenden Verwirklichung von Straftaten als ausreichend angesehen.⁷⁷ Im Ergebnis lässt sich, wenn man der Linie des Senats folgt, eine Schwere der Schuld unschwer bejahen, weil eine auch nur annähernd bestimmbare Eingrenzung bewusst unterlassen wird.⁷⁸ Das ebnet diffusen Strafbedürfnissen den Weg und erhöht, wie dieses Verfahren im Kontext eines politischen Großereignisses (G-20-Gipfel) zeigt, die Gefahr des Einsickerns von allgemeinpolitischen Erwägungen, welche dem Jugendstrafrecht fremd sein sollten.⁷⁹

⁶⁹ *BGH* (Fn. 2) NStZ 2024, 106, 109, Rn. 40.

⁷⁰ *BGH* (Fn. 2) NStZ 2024, 106, 107, Rn. 17.

⁷¹ *BGH* (Fn. 2) NStZ 2024, 106, 107, Rn. 20 ff.

⁷² BT-Drucks. I/3264, S. 40 f.

⁷³ Vgl. *BGH* (Fn. 2) NStZ 2024, 106, 109, Rn. 33 ff.

⁷⁴ *BGH* (Fn. 2) NStZ 2024, 106, 109, Rn. 32.

⁷⁵ *BGH* (Fn. 2) NStZ 2024, 106 f.

⁷⁶ *BGH* (Fn. 2) NStZ 2024, 106 f.

⁷⁷ *BGH* NStZ 2022, 749.

⁷⁸ Vgl. *BGH* (Fn. 2) NStZ 2024, 106, 109, Rn. 32.

⁷⁹ § 102 JGG i. V. m. § 120 GVG durchbricht diesen Grundsatz, indem er den Oberlandesgerichten die Zuständigkeit für Verfahren aus den Bereichen Hoch- und Landesverrat, Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und für weitere Verfahren im Zusammenhang mit Extremismus und Terrorismus zuweist.

⁶³ *BGH* NStZ 2016, 120.

⁶⁴ Zu seinen Gunsten ließ sich i. S. einer verminderten Schuld einwenden, dass der Täter selbst noch sehr jung war (§ 3 JGG) und sein Verhalten als Ausdruck einer sexuellen Neugierde erschien. Psychische Folgen für das Tatopfer werden im Urteil nicht erwähnt. Außerdem wurde der sexuelle Missbrauch von Kindern erst 2021 zum Verbrechen hochgestuft.

⁶⁵ *BGH* NStZ-RR 2014, 119, 120.

⁶⁶ *BGH* NStZ-RR 2014, 119, 120.

⁶⁷ *BGH* NStZ-RR 2018, 358.

⁶⁸ *Radtke*, in: MünchKommStGB (Fn. 1), § 12 Rn. 9.

c) Kritik aus dem Schrifttum

Der Beschluss des 5. Strafsenats wurde bisher weitgehend kritisch aufgenommen, zuerst von *Schneider* et al. in der Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe⁸⁰, anschließend von *Höyneck* im „Strafverteidiger“⁸¹ und von *Eisenberg/Kölbel* in der NStZ.⁸² Kritisiert wird insbesondere, dass die verschiedenen Auslegungsmethoden zwar handwerklich solide angewendet würden, doch der Erziehungsgedanke des JGG im Ergebnis völlig konterkariert und das Jugendstrafrecht so an das Erwachsenenstrafrecht herangerückt werde.⁸³ Der historische Gesetzgeber habe aber nicht eine dem allgemeinen Strafrecht gleiche Schuldstrafe einführen wollen, sondern klargemacht, dass die Jugendstrafe von der bei Erwachsenen anzuwendenden Strafe wesensverschieden sei.⁸⁴ *Eisenberg/Kölbel* gehen davon aus, dass es dem Senat nicht so sehr auf seine dogmatischen Ausführungen ankomme, sondern er die Schuldstrafenlösung schlicht „will“, da er (unbelegt) ein gesellschaftliches Sanktionsbedürfnis annehme.⁸⁵ In die gleiche Kerbe schlägt *Höyneck*, wenn sie dem 5. Strafsenat vorhält, er erkläre die Vermeidung von Jugendstrafen zu einem „zu korrigierenden Problem“, obwohl sie „gesetzliches Programm“ sei.⁸⁶ Wir teilen diese kritische Sichtweise und kommen (unter III.) darauf zurück, wenn wir zeigen, dass auch die Kinderrechtskonvention zu diesem gesetzlichen Programm zu zählen ist. Unterstützung erhielt der *BGH* dagegen von *Petersen* und *Kaspar*, die wie der *BGH* auf den Wortlaut von § 17 Abs. 2 JGG und die Materialien verweisen, in welchen der Gesetzgeber weiterhin von einer Selbstständigkeit der Schuldstrafe ausgehe.⁸⁷ Zudem räume der Wortlaut von § 2 Abs. 1 JGG („vorrangig“) Belangen des Schuldausgleichs weiterhin Raum ein. § 18 Abs. 2 JGG sei dahingehend zu verstehen, dass die Jugendstrafe zu Erziehungszwecken ausreichend lang bemessen werde.⁸⁸

4. Zwischenfazit

Die vertretenen Ansichten können sich auf durchaus gewichtige Argumente aus Systematik, Wortlaut, Telos und Entstehungsgeschichte des JGG stützen. Im Normengeflecht der §§ 2 Abs. 1 Satz 2, 17 Abs. 2 Var. 2 und 18 Abs. 2 JGG kommt es, wie uns scheint, aber auf die Gewichtung der Argumente an. Eine rechtsdogmatische Behandlung des Problems darf die überragende Bedeutung des Erziehungsgedankens für das Jugendstrafrecht nicht kleinreden und sie muss die Auslegungsfrage – systematisch – in den richtigen Kontext einordnen. Vorliegend gehört dazu die Distanzierung des Gesetzgebers vom nationalsozialistischen Jugendstrafrecht sowie – ganz auf dieser Linie liegend – die Entscheidung für die Stärkung von Rechten Minderjähriger. Der Beschluss des 5. Strafsenats erscheint auf den ersten Blick rechtsdogmatisch zutreffend, und doch ist es sehr zweifelhaft, ob er der überragenden Bedeutung des explizit auf die Rechtsfolgenentscheidung bezogenen Erziehungsgedankens gerecht werden kann. Von daher müsste schon der Kreis der Taten, die zu einer Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ führen können, begrenzt werden. Noch zweifelhafter erscheint es, dass

die Auslegung des *BGH* der völkerrechtlich verbindlichen Kinderrechtskonvention und weiteren internationalen Standards für das Jugendstrafverfahren genügen kann.

III. UN-Kinderrechtskonvention und internationale Standards im Jugendkriminalrecht

1. Herkunft, Grundsätze, Leitlinien

Auch das Strafrecht wird auf vielfältige Weise von internationalen Entwicklungen beeinflusst. Sowohl die Vereinten Nationen als auch der Europarat befassen sich seit Jahrzehnten mit dem Jugendkriminalrecht und dem Vollzugsrecht. Das geschieht aus einem naheliegenden Grund: In beiden Fällen sind Menschen- bzw. Kinderrechte betroffen, deren Schutz eine *Raison d'être* der 1945 bzw. 1949 gegründeten internationalen Organisationen sind. Unter ihrer Ägide wurden die Europäische Menschenrechtskonvention von 1950⁸⁹ bzw. die beiden internationalen Menschenrechtspakte von 1966, der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte⁹⁰ sowie der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte⁹¹, verabschiedet. Neben diesen völkerrechtlichen Abkommen sind im Laufe der Zeit eine Vielzahl von Empfehlungen, Grundsätzen und Leitlinien entstanden, die als Standards des *soft law* bezeichnet werden, weil sie im strikten Sinne völkerrechtlich nicht bindend sind. Baden-Württemberg hat diese Standards sogar in § 6 Abs. 1 JVollzGB I von 2009 erwähnt. In Bezug auf Justizvollzugsanstalten, ihren Zweck und die Ausgestaltung des Vollzugs heißt es dort, dass völkerrechtlichen Vorgaben und den internationalen Standards mit Menschenrechtsbezug, wie sie in den von den Vereinten Nationen oder Organen des Europarats beschlossenen einschlägigen Richtlinien und Empfehlungen enthalten sind, Rechnung zu tragen ist. Es handelt sich um eine nahezu wörtliche Übernahme aus dem 2006 ergangenen Urteil des *BVerfG* zum Jugendstrafvollzug.⁹²

Der Begriff „Jugendkriminalrecht“ (anstelle des eingebürgerten „Jugendstrafrechts“) legt den Akzent nicht auf Bestrafung, die ein Gerechtigkeitsempfinden der Öffentlichkeit zu befriedigen sucht, sondern lenkt das Augenmerk auf den spezialpräventiven und rehabilitativen Charakter der strafrechtlichen Reaktion. Als zentrale Leitsätze der internationalen Vorgaben bzw. Empfehlungen sind insoweit zu nennen: Inhaftierung nur als äußertes, letztes Mittel (*last resort*), Diversion und Ausbau ambulanter Maßnahmen, Information der Öffentlichkeit über die mit den Reaktionen verfolgten Zwecke sowie Evaluation und Weiterentwicklung von jugendkriminalrechtlichen Maßnahmen im Wege wissenschaftlicher Forschung.⁹³

⁸⁰ *Schneider* et al. ZJJ 2023, 354 f.

⁸¹ *Höyneck* StV 2024, 127 ff.

⁸² *Eisenberg/Kölbel* NStZ 2024, 79–85.

⁸³ *Schneider* et al. ZJJ 2023, 354, 355; *Eisenberg/Kölbel* NStZ 2024, 79, 83.

⁸⁴ *Höyneck* StV 2024, 127, 128.

⁸⁵ *Eisenberg/Kölbel* NStZ 2024, 79, 83 f.

⁸⁶ *Höyneck* StV 2024, 128.

⁸⁷ *Petersen* NStZ 2024, 209, 211; *Kaspar* JR 2024, 201, 202.

⁸⁸ *Petersen* NStZ 2024, 209, 211 f.

⁸⁹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, Inkrafttreten in der Bundesrepublik Deutschland am 3.9.1953 (BGBl. II 1954, S. 14).

⁹⁰ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.12.1966, Inkrafttreten in der Bundesrepublik Deutschland am 3.1.1976 (BGBl. II 1973, S. 1569).

⁹¹ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966, Inkrafttreten in der Bundesrepublik Deutschland am 23.3.1976 (BGBl. II 1973, S. 1533).

⁹² *BVerfG* (Fn. 3) NJW 2006, 2093, 2097; Vgl. auch *Höyneck/Neubacher/Ernst/Zähringer* (Hrsg.), Internationale Menschenrechtsstandards und das Jugendkriminalrecht, 2020 (erweiterte Neuauflage des von *Höyneck/Neubacher/Schüler-Springorum* 2001 unter dem gleichen Titel publizierten Werks, welches das *BVerfG* zitiert hat).

⁹³ Siehe *Höyneck/Neubacher/Ernst/Zähringer* (Fn. 92), S. 5, 8–11.

Die gewichtigste Referenz ist Art. 37 lit. b der Kinderrechtskonvention von 1989 (KRK), wonach Festnahme, Freiheitsentziehung oder Freiheitsstrafe „nur als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit angewendet werden“ dürfen. Dabei stellt Art. 1 der Konvention klar, dass mit „Kindern“ Minderjährige gemeint sind, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht erreicht haben (soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt), also auch Jugendliche im Sinne von § 1 Abs. 2 JGG. Eine Bewährungsstrafe fällt nicht unter den Begriff der Inhaftierung („imprisonment“); sie gilt als nicht freiheitsentziehende Maßnahme (siehe Nr. 18.1 lit. b der Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Jugendgerichtsbarkeit von 1985). Es ist in diesem Zusammenhang bedeutsam, dass das *BVerfG* 2006 mit Blick auf die Besonderheiten des Jugendalters konstatiert hat, dass der Grundsatz, dass Strafe nur als letztes Mittel und nur als ein in seinen negativen Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Betroffenen nach Möglichkeit zu minimierendes Übel verhängt und vollzogen werden darf, für das Jugendstrafrecht und den Jugendstrafvollzug „eine besondere Bedeutung gewinnt“.⁹⁴ Man könnte argumentieren, dass das deutsche JGG ein diesem Grundsatz des letzten Mittels entsprechendes Prinzip der Schonung oder Mäßigung in § 5 Abs. 2 und § 17 Abs. 2 JGG bereits verankert hat, wenn dort davon die Rede ist, dass Jugendstrafe nur verhängt wird, wenn Erziehungsmassregeln oder Zuchtmittel zur Erziehung nicht ausreichen. Allerdings betrifft dies bei § 17 Abs. 2 JGG wie gesehen (siehe oben II. 2. c) nur die Jugendstrafe in der Variante einer „Erziehungsstrafe“ wegen „schädlicher Neigungen“ und nicht die Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“. Insofern spricht viel für die Annahme, dass schon der Gesetzgeber eine Beschränkung unterlassen hat, die die Kinderrechtskonvention erfordert. Wie im Folgenden (III. 2.) gezeigt wird, ist auch die Rechtsprechung an diesen rechtlichen Rahmen gebunden.

Der Kinderrechtskonvention von 1989 gingen Vorarbeiten der Vereinten Nationen voraus, die im Bereich des Jugendkriminalrechts 1985 zu den Mindestgrundsätzen der Vereinten Nationen für die Jugendgerichtsbarkeit (Beijing Rules) führten. Diese nahmen in ihrer Präambel ebenso Bezug auf internationale Menschenrechtsabkommen wie vier Jahre später die Kinderrechtskonvention, die überdies explizit auf die Mindestgrundsätze für die Jugendgerichtsbarkeit von 1985 hinwies. Insofern sind beide Dokumente eng miteinander verschränkt. Das zeigt auch die Tätigkeit des durch die Konvention eingesetzten Ausschusses für die Rechte des Kindes. Dieser nennt in seinen an Deutschland gerichteten Empfehlungen das Übereinkommen über die Rechte des Kindes, vor allem Art. 37, in einem Atemzug mit den besagten Mindestgrundsätzen (Beijing Rules).⁹⁵ Diese Mindestgrundsätze haben sich näher mit dem Ziel der Reduzierung von Haftstrafen bei Jugendliche befasst und in Nr. 17.1 Folgendes festgelegt:

„b) Einschränkungen der persönlichen Freiheit des Jugendlichen werden nur nach sorgfältiger Prüfung angeordnet und sind auf ein Mindestmaß zu beschränken; c) Freiheitsentzug wird nur angeordnet, wenn der Jugendliche einer schweren Gewalttat gegen eine andere Person oder wiederholter anderer schwerer Straftaten für schuldig befunden worden ist und keine anderen angemessenen Lösungen zur Verfügung stehen“.

Während der Passus der „wiederholten anderen schweren Straftaten“ auf Umstände abstellt, die nach deutschem Recht

unter den in vielfacher Hinsicht problematischen Begriff der „schädlichen Neigungen“⁹⁶ fallen, wird die Anordnung von Freiheitsentziehung in anderen Konstellationen auf eine „schwere Gewalttat gegen eine andere Person“ begrenzt. Damit geben die Mindestgrundsätze mehr vor als das geltende deutsche Recht, welches eine Spezifizierung der Anlasstat gerade nicht vorsieht, sondern in der gegenwärtigen Rechtspraxis auf ein unspezifisches Rechtsempfinden der Allgemeinheit abstellt. Das wiederum steht in klarem Widerspruch zu Nr. 17.1 lit. d, wonach „bei der Würdigung des Falles [...] das Wohl des Jugendlichen das ausschlaggebende Kriterium“ ist. Im Kommentar der Mindestgrundsätze heißt es an dieser Stelle:

„Aus Regel 17.1 lit. b geht hervor, daß von einem ausschließlich auf Bestrafung angelegten Vorgehen abzuraten ist. Die Begriffe der verdienten Strafe und der Vergeltung mögen zwar in Fällen, in die Erwachsene verwickelt sind, und vielleicht auch bei schweren Straftaten Jugendlicher einiges für sich haben, in der Regel sollte jedoch bei Fällen, in denen es um Jugendliche geht, die Sorge um das Wohl und die Zukunft des Jugendlichen stets über derartige Erwägungen gestellt werden.“⁹⁷

Es ist also eine inhaltliche Diskrepanz zwischen der Kinderrechtskonvention und den Mindestgrundsätzen auf der einen Seite und § 17 Abs. 2 JGG auf der anderen Seite zu konstatieren, welche im nächsten Abschnitt unter rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen sein wird.

Der Europarat bezog sich 1987 in der Empfehlung (87) 20 „über die gesellschaftlichen Reaktionen auf Jugendkriminalität“ (on Social Reactions to Juvenile Delinquency) ausdrücklich auf die Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Jugendgerichtsbarkeit von 1985. Das Jugendkriminalrecht soll, so heißt es in der Präambel weiter, angesichts des Umstandes, dass sich junge Menschen noch in der Entwicklung befinden, auf die Ziele der Erziehung und gesellschaftlichen Wiedereingliederung ausgerichtet sein und deshalb so weit wie möglich auf die Inhaftierung von Minderjährigen verzichten („should as far as possible abolish imprisonment for minors“). Den Mitgliedstaaten wurde nahegelegt, ihre Gesetzgebung und Justizpraxis daraufhin zu überprüfen, ob sie tatsächlich eine Politik verfolgten, die umfassend die gesellschaftliche Integration von jungen Menschen fördert.⁹⁸

2003 befasste sich der Europarat erneut intensiv mit Fragen des Jugendkriminalrechts. Die Empfehlung (2003) 20 des Ministerkomitees „über neue Wege im Umgang mit Jugendkriminalität und die Rolle der Jugendgerichtsbarkeit“ (concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice) hebt in der Präambel hervor, dass das herkömmliche System der Strafrechtspflege als solches keine angemessenen Lösungen für die Behandlung jugendlicher Straftäter biete. Als Hauptziele der Jugendgerichtsbarkeit werden Prävention, Resozialisierung und Wiedereingliederung von Straftätern sowie die Berücksichtigung von Opferinteressen (Nr. 1) genannt. Außerdem wird der Ausbau alternativer, das heißt ambulanter Sanktionen gefordert, und zwar auch bei schweren, gewaltsamen und wiederholten Taten (Nr. 8).⁹⁹ Schließlich mahnt die Empfehlung an, der Grad der Schuld sollte mehr im Zusammenhang mit dem Alter und der Reife des Straftäters gesehen werden und stärker seinem Entwicklungsstand entsprechen (Nr. 9).

Mit der EU-Richtlinie 2016/800 des Europäischen Parlaments und des Rates über Verfahrensgarantien in Strafver-

⁹⁴ *BVerfG* (Fn. 3) NJW 2006, 2093, 2095 (Verfassungswidrigkeit des Jugendstrafvollzugs).

⁹⁵ Ausschuss für die Rechte des Kindes, Dokument CRC/C/15/Add. 226 vom 30.1.2004, S. 11.

⁹⁶ Hierzu kritisch *Swoboda* ZJJ 2016, 278–291.

⁹⁷ *Höyneck/Neubacher/Ernst/Zähringer* (Fn. 92), S. 75.

⁹⁸ *Höyneck/Neubacher/Ernst/Zähringer* (Fn. 92), S. 9 f.

⁹⁹ *Höyneck/Neubacher/Ernst/Zähringer* (Fn. 92), S. 12 f.

fahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind¹⁰⁰, hat 2016 auch die Europäische Union Kinderrechte im Strafverfahren gestärkt. Unter der Überschrift „Begrenzung des Freiheitsentzugs“ normiert Art. 10 Abs. 2 Satz 1, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Freiheitsentzug, insbesondere Haft, bei Kindern nur als letztes Mittel eingesetzt wird. Des Weiteren fordert Art. 11 (Alternative Maßnahmen), dass nach Möglichkeit auf Maßnahmen zurückgegriffen wird, die eine Alternative zur Haft darstellen.

Im Ergebnis weicht § 17 Abs. 2 Var. 2 JGG mit der Möglichkeit einer reinen Schuldstrafe (wegen „Schwere der Schuld“) von diesen Grundsätzen der Vereinten Nationen, des Europarats und der Europäischen Union insoweit ab, als die Jugendstrafe nicht auf schwere Gewalttaten gegen andere Personen beschränkt wird und sozialpräventive Aspekte (Erziehung, soziale Wiedereingliederung) bei der Frage, ob eine solche Jugendstrafe überhaupt angeordnet werden kann, nicht berücksichtigt werden.¹⁰¹ An diesem Befund ändert auch die bislang vom *BGH* präferierte Lösung nichts, dem Erziehungsgedanken (nur) bei der Bemessung der Dauer der wegen schwerer Schuld verhängten Jugendstrafe heranzuziehen.

2. Bedeutung für die Auslegung des JGG

Daher stellt sich die Frage, wie diese Diskrepanz, die im jugendstrafrechtlichen Schrifttum in Deutschland bisher noch nicht hinreichend klar erkannt worden zu sein scheint, rechtlich zu bewerten ist. Dabei ist zwischen der UN-Kinderrechtskonvention (*hard law*) und den Grundsätzen und Empfehlungen der Vereinten Nationen und des Europarats (*soft law*) zu differenzieren.

a) Kinderrechtskonvention

Die Kinderrechtskonvention vom 20.11.1989 ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der durch die Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften des Bundes in deutsches Recht umgesetzt wurde und seit dem 5.4.1992 in Kraft ist.¹⁰² Die Konvention steht deshalb mindestens im Range einfachen Bundesrechts und hat in der Normenhierarchie keine geringere Bedeutung als das JGG.¹⁰³ Dementsprechend ist die Konvention, insbesondere Art. 37 lit. b, bei der Auslegung von § 17 Abs. 2 JGG heranzuziehen. Eine solche systematische Auslegung der Norm muss zu einer Beschränkung des Anwendungsbereichs der Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ führen, die durch § 17 Abs. 2 JGG nicht geleistet wird. Es ist deshalb geboten, Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ nur bei schweren Gewalttaten gegen Personen zu verhängen. Darunter ließen sich vorsätzliche (vollendete bzw. versuchte) Tötungsdelikte und zum Tode führende vorsätzliche Körperverletzungen und Raubtaten sowie Vergewaltigungen verstehen. Das stünde im Einklang mit der Position von UNICEF,

wonach eine Inhaftierung nur bei straffälligen Kindern infrage kommen sollte, die eine wirkliche Gefahr für andere darstellen („posing a real danger to others“).¹⁰⁴ Der Vorwurf des Landfriedensbruchs, der Gegenstand des Verfahrens war, welches der *BGH* zum Anlass für seinen Aussetzungsbeschluss vom 13.9.2023 genommen hat, kann dagegen nicht ausreichen. Einen zur Tatzeit Minderjährigen zu einer Jugendstrafe zu verurteilen, weil ihm mit Blick auf die Öffentlichkeit und ihr Rechtsempfinden eine „schwere“ Schuld zugeschrieben wird, verstößt auch gegen Art. 3 KRK, wonach „bei allen Maßnahmen [...] das Wohl des Kindes [...] vorrangig zu berücksichtigen ist“. Eine solche Begründung verdrängt erzieherische Aspekte und die soziale Eingliederung des minderjährigen Delinquenten, also sein Kindeswohl, vollständig. Es versteht sich von selbst, dass ein Staat seiner Verpflichtung, die Inhaftierung nur als „letztes Mittel“ anzuwenden, nicht dadurch genügt, dass er generell den rechtlichen Rahmen dafür schafft, dass Alternativen zur Jugendstrafe bereitstehen. Art. 3 Abs. 1 KRK stellt für jede staatliche Entscheidung auf das Wohl des einzelnen betroffenen Kindes ab und gibt diesem das Recht, dass bei allen staatlichen, insbesondere auch gerichtlichen Entscheidungen, sein individuelles Wohl vorrangig berücksichtigt wird.¹⁰⁵

b) Internationale Standards

Aus dem Umstand, dass internationale Standards dem sogenannten *soft law* zuzurechnen sind und keine unmittelbare Rechtswirkung entfalten, sollte man nicht schließen, dass sie rechtlich bedeutungslos seien. Zunächst können sie eine Rolle spielen, wenn es um das Verständnis und die Auslegung von Normen geht, die Teil des zwingenden Rechts sind. Ein Beispiel hierfür ist Art. 3 EMRK, für dessen Interpretation im Vollzugskontext der *EGMR* auf die internationalen Standards zum Strafvollzugsrecht und auf die Berichte des Europäischen Ausschusses zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe zurückgegriffen.¹⁰⁶ Es ist kein Grund ersichtlich, warum das bei Art. 3 und Art. 37 KRK anders sein sollte. Auch hier gibt es, wie gesehen, Grundsätze und Empfehlungen, die das konkretisieren, was international erwünscht und möglich ist. Und auch hier gibt es die Tätigkeit eines Kontrollorgans, welches über die Einhaltung der Pflichten aus der Konvention wacht.

In seinem Urteil zur Verfassungswidrigkeit des Jugendstrafvollzugs hat das *BVerfG* es als Indiz für eine ungenügende Berücksichtigung von vorhandenen Erkenntnissen bzw. für eine „den grundrechtlichen Anforderungen nicht entsprechende Gewichtung der Belange der Inhaftierten“ gewertet, wenn „völkerrechtliche Vorgaben oder internationale Standards mit Menschenrechtsbezug [...] nicht beachtet bzw. unterschritten werden“.¹⁰⁷ Mit anderen Worten muss der Gesetzgeber also zumindest erkennen lassen, dass er sich mit den Motiven, Einschätzungen und Bewertungen, die internationalen Standards zugrunde liegen, auseinandergesetzt hat und gegebenenfalls begründen, wenn er zu abweichenden

¹⁰⁰ RiL (EU) 2016/800, ABl. L 132/2016, S. 1.

¹⁰¹ In den Sachstandsberichten (Staatenberichte der Bundesrepublik Deutschland zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes) und in den als Antwort erfolgenden „Abschließenden Bemerkungen zum Staatenbericht des Ausschusses für die Rechte des Kindes“ wird dies nicht thematisiert. Es wird zwar wiederholt der Grundsatz der Freiheitsentziehung als „letztes Mittel“ bekräftigt, jedoch nicht präzisiert, welche Maßnahmen hierfür ergriffen werden müssen.

¹⁰² BGBl. II 1992, S. 121.

¹⁰³ Neubacher, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Das Jugendkriminalrecht vor neuen Herausforderungen? Jenaer Symposium, 2009, S. 284 m.w.N.

¹⁰⁴ UNICEF, Implementation Handbook for the convention on the rights of the child, 3. Aufl. 2007, S. 560; *Pinheiro*, World Report on Violence against children, 2006, S. 205.

¹⁰⁵ Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 14 (2013) Rn. 6; zustimmend *Schmahl*, Kinderrechtskonvention, 2. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 1 f.

¹⁰⁶ Vgl. Neubacher, in: *Laubenthal/Nestler/Neubacher/Verrel/Baier*, Strafvollzugsgesetze, 13. Aufl. 2024, Kap. A (Einleitung) Rn. 41–44.

¹⁰⁷ *BVerfG* (Fn. 3) NJW 2006, 2093, 2097.

Bewertungen gelangt ist. Ein schlichtes Ignorieren wird der Bedeutung internationaler Standards sicher nicht gerecht. Diese Argumentation des *BVerfG* kann ohne Abstriche auf das Jugendkriminalrecht übertragen werden. Denn warum sollte dort etwas anderes gelten als im Vollzugsrecht? Das JGG reicht mit der Neufassung 1953 zwar in eine Zeit zurück, als es weder die Kinderrechtskonvention noch die vorgestellten Standards gab, doch hätte der Gesetzgeber schon bei den zahlreichen Gesetzesänderungen, vor allem durch die Änderungsgesetze 2007 und 2019, Gelegenheit gehabt, sich mit der Problematik zu befassen. Nichts anderes gilt für die Rechtsprechung, die § 17 JGG im Lichte der Konvention und der internationalen Standards lesen und sie bei der Auslegung hätte berücksichtigen müssen.¹⁰⁸

c) Heranwachsende

Bei Heranwachsenden, die zur Tatzeit 18, aber noch nicht 21 Jahre alt sind (§ 1 Abs. 2 JGG), handelt es sich um junge Erwachsene, die nicht unter die Kinderrechtskonvention fallen. Für sie kann die Empfehlung (2003) 20 des Europarats ins Feld geführt werden, wonach es möglich sein sollte, dass junge Erwachsene unter 21 Jahren wie Jugendliche behandelt werden und die gleichen Maßnahmen auf sie angewandt werden, wenn Reife und Grad der Verantwortlichkeit nicht denen von Erwachsenen entsprechen (Nr. 11). Nach Wortlaut und Rechtsnatur reicht das nicht an die Verbindlichkeit der KRK heran. Allerdings lässt auch das *BVerfG* erkennen, dass Jugendliche und Heranwachsende nicht zu scharf voneinander geschieden werden sollten. Es hat deshalb – für den Strafvollzug – klargestellt, dass den Besonderheiten des Lebensalters, die „jedenfalls bei einem noch jugendhaften Entwicklungsstand größtenteils auch auf Heranwachsende zutreffen“, Rechnung zu tragen ist.¹⁰⁹

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass § 17 Abs. 2 JGG Kinderrechte unzureichend schützt und jedenfalls in der vom 5. Strafsenat des *BGH* präferierten Auslegung rechtswidrig ist. Dies gilt ohne Wenn und Aber für zur Tatzeit Jugendliche.

IV. Wer von der Jugendstrafe spricht, darf vom Jugendstrafvollzug nicht schweigen

Das *BVerfG* hat 2006 große Umsicht bewiesen, als es bei der Überprüfung des Jugendstrafvollzugs nicht nur die Rechtsgrundlagen kritisch untersuchte, sondern auch die tatsächlichen Verhältnisse im Hinblick auf Ausstattung, Lebensbedingungen, Umsetzung des Erziehungsgedankens, Behandlungskapazitäten und anderes in den Blick nahm. In seinem Urteil hat es die Frage der Anforderungen an die Ausgestaltung des Jugendstrafvollzugs in überzeugender Weise mit dem Erziehungsgedanken des JGG und den Besonderheiten des Jugendalters, unter anderem „der spezifischen Empfindlichkeit für mögliche schädliche Auswirkungen des Strafvollzugs“¹¹⁰ verknüpft:

„Dieses – oft auch als Resozialisierungsziel bezeichnete – Vollzugsziel der sozialen Integration [...], für den Erwachsenenstrafvollzug einfachgesetzlich in § 2 S. 1 StVollzG festgeschrieben, ist im geltenden Jugendstrafrecht als Erziehungsziel verankert (§ 91 I JGG). Der Verfassungsrang dieses Vollzugsziels beruht einerseits darauf, dass nur ein auf

soziale Integration ausgerichteter Strafvollzug der Pflicht zur Achtung der Menschenwürde jedes Einzelnen [...] und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit staatlichen Strafens [...] entspricht. Mit dem aus Art. 1 I GG folgenden Gebot, den Menschen nie als bloßes Mittel zu gesellschaftlichen Zwecken, sondern stets auch selbst als Zweck – als Subjekt mit eigenen Rechten und zu berücksichtigenden eigenen Belangen – zu behandeln [...] und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, ist die Freiheitsstrafe als besonders tief greifender Grundrechtseingriff nur vereinbar, wenn sie unter Berücksichtigung ihrer gesellschaftlichen Schutzfunktion konsequent auf eine straffreie Zukunft des Betroffenen gerichtet ist.“¹¹¹

Das Gericht hat aber nicht nur den Verfassungsrang des Erziehungsziels im Jugendstrafrecht bestätigt, sondern es hat in klaren Worten die Praxis des Gesetzgebers kritisiert, im JGG hehre Ziele zu formulieren, ihnen jedoch in Vollzugsrecht und -praxis nichts folgen zu lassen, was der Umsetzung der Ziele förderlich wäre. Der Gesetzgeber selbst sei „verpflichtet, ein wirksames Resozialisierungskonzept zu entwickeln und den Strafvollzug darauf aufzubauen“. Hieraus folgten „besondere positive Verpflichtungen“, nämlich die erforderliche Ausstattung des Vollzugs mit personellen und finanziellen Mitteln kontinuierlich sicherzustellen und das in Wissenschaft und Vollzugspraxis vorhandene Erfahrungswissen auszuschöpfen, sowie die Verhältnisse im Vollzug zu beobachten und gegebenenfalls nachzubessern.¹¹²

Auch für die Rechtsprechung der Jugendgerichte und des *BGH* muss gelten, dass die Entscheidung über die Verhängung einer Jugendstrafe nicht getroffen werden darf, ohne die voraussichtlichen Wirkungen der Sanktionierung zu berücksichtigen.¹¹³ Im Fall einer Jugendstrafe, deren Vollstreckung nicht zur Bewährung ausgesetzt wird, bedeutet das, die tatsächlichen Verhältnisse im Vollzug gewissenhaft in den Blick zu nehmen und die Frage zu beantworten, was der Vollzug erzieherisch erreichen kann und welche konkreten Defizite behoben werden sollen. Zu den notorischen Schwachstellen des Freiheitsentzuges bei jungen Menschen zählen das Gewalt- und Suchtmittelproblem¹¹⁴. Für den vollzuglichen Umgang mit Gewalt in allen ihren Facetten fehlt es an überzeugenden Konzepten.¹¹⁵ Zwar gibt es Anti-Gewalt-Trainings, doch sind solche Kurse regelmäßig auf maximal 12 bis 16 Teilnehmer begrenzt, so dass die verfügbaren Plätze bei weitem nicht ausreichen, wenn man bedenkt, dass deutlich über die Hälfte der zuletzt 2.698 Jugendstrafgefangenen (Stichtag: 31.3.2023) wegen Gewaltdelikten inhaftiert ist. Echte Drogentherapien, unter die Entgiftung oder Substitution im Wege der ärztlichen Versorgung nicht fallen, sind der Ausnahmefall. An ihre Stelle treten Vorbereitungskurse, die die Gefangenen motivieren sollen, sich nach der Entlassung in Behandlung zu begeben.

Im Nachgang zur Entscheidung des *BVerfG* von 2006 haben die Länder ihre Kriminologischen Dienste aufgestockt, die seither insbesondere für Aufgaben der Evaluation des Jugendstrafvollzugs zuständig sind. Was diese Evaluationen ans Tageslicht bringen, ist ernüchternd, denn im Jugendstrafvollzug fehlen durchweg Behandlungskapazitäten, weil entsprechende Angebote weder flächendeckend

¹⁰⁸ So für die Auslegung des Strafvollzugsrechts schon *Neubacher Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe* 2001, 212 ff.

¹⁰⁹ *BVerfG* (Fn. 3) NJW 2006, 2093, 2096.

¹¹⁰ *BVerfG* (Fn. 3) NJW 2006, 2093, 2096.

¹¹¹ *BVerfG* (Fn. 3) NJW 2006, 2093, 2095.

¹¹² *BVerfG* (Fn. 3) NJW 2006, 2093, 2096 f.

¹¹³ Schon deshalb sind die kritischen Ausführungen von *Eisenberg/Kölbl* NSTz 2024, 79–85 berechtigt.

¹¹⁴ Siehe *Neubacher Kriminologie – Das Online-Journal* 2020, 372 ff.

¹¹⁵ *Neubacher/Boxberg*, in: *Maelicke/Subling* (Hrsg.), *Das Gefängnis auf dem Prüfstand – Zustand und Zukunft des Strafvollzugs*, 2018, S. 195, 208 ff.

noch kontinuierlich bereitgestellt werden. In einem 2020 veröffentlichten Bericht einer länderübergreifenden Arbeitsgruppe, an dem sich 14 Bundesländer beteiligten und der sich schwerpunktmäßig psychosozialen und sozialpädagogischen Beratungs-, Förder- und Behandlungsmaßnahmen widmete, heißt es, dass im dreijährigen Betrachtungszeitraum (2016 bis 2018, jeweils Stichtag: 31.3.) drei von acht betrachteten Maßnahmen in allen zwölf Ländern, für die diese Strukturdaten vorlagen, mindestens einmal angeboten wurden, nämlich delikt-/problembezogene Behandlungsmaßnahmen, soziale Trainingsmaßnahmen und die sozialtherapeutische Behandlung. Ebenfalls mindestens einmal wurden auch das Anti-Gewalt-/Anti-Aggressivitätstraining und die Suchtberatung/Suchttherapievorbereitung (jeweils in elf Ländern), die Schuldnerberatung/Schuldenregulierung (in zehn Ländern) und psychotherapeutische Behandlungsmaßnahmen (in acht Ländern) durchgeführt. Suchttherapeutische Behandlung gab es, mindestens in einem Jahr, überhaupt nur in vier Ländern.¹¹⁶

Der „springende Punkt“ ist nun nicht, in wie vielen Ländern ein Angebot mindestens einmal in diesen drei Jahren bestand, sondern wie häufig die Angebote unterbreitet wurden und wie viele Inhaftierte damit erreicht werden konnten. Selbst wenn man als Maßstab nur jene Gefangene berücksichtigt, bei denen der Vollzug selbst einen einschlägigen Behandlungsbedarf feststellt hat, bleiben die Behandlungsbemühungen deutlich hinter dem Gebotenen zurück. So hat bei Anti-Gewalt- bzw. Anti-Aggressivitätstrainings nur gut ein Drittel der Gefangenen, bei denen ein entsprechender Bedarf diagnostiziert wurde (38 % der Inhaftierten), die Maßnahme tatsächlich begonnen.¹¹⁷ Bei der Suchttherapeutischen Behandlung, die überhaupt nur in vier Ländern verfügbar ist, wurde der Bedarf mit 33 % angegeben; tatsächlich hat davon nur jeder Achte die Maßnahme begonnen. Als Grund dafür, warum nicht mehr Inhaftierte mit festgestelltem Bedarf eine Maßnahme antreten, teilt der Bericht mit, dass in fast 80 % der Fälle die Maßnahme nicht angeboten wurde.¹¹⁸ Bei den Anti-Gewalt- bzw. Anti-Aggressivitätstrainings überzog allerdings der Anteil der Fälle, in denen die Maßnahme nicht durchgeführt werden konnte, weil der Gefangene ungeeignet war oder die Maßnahmen ablehnte (zusammen 27 %), jene Fälle, in denen die Maßnahme nicht angeboten wurde oder kein Teilnehmerplatz mehr frei war (zusammen 10 %).¹¹⁹

Diese schwierige, defizitäre Ausgangssituation des Jugendstrafvollzugs darf nicht ignoriert werden, wenn es um die Frage geht, ob die Verhängung einer Jugendstrafe im konkreten Fall mit dem Erziehungsgedanken zu vereinbaren ist und ihr Vollzug erneuten Straftaten des Verurteilten entgegenwirken wird. Die Rückfallraten, die für Entlassene aus dem Jugendstrafvollzug ermittelt wurden und für einen drei-

jährigen Beobachtungszeitraum nach Entlassung 64 % betragen, sprechen gegen diese Annahmen.¹²⁰

V. Schluss

Gesetzgeber und Rechtsprechung haben es bislang versäumt, der Kinderrechtskonvention und den internationalen Standards zum Jugendkriminalrecht genügende Beachtung zu schenken. Diese sind bei der Auslegung des JGG in der Weise heranzuziehen, dass das Gesetz im Lichte der Konvention und der internationalen Standards anzuwenden ist. Eine solche Vorgehensweise führt dazu, dass eine vollstreckbare Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ mit Blick auf Art. 37 lit. b KRK nur bei schweren Gewalttaten gegen eine andere Person verhängt werden kann. Außerdem bedeutet die Rücksichtnahme auf ein (unterstelltes oder echtes) Bestrafungsbedürfnis der Öffentlichkeit eine Verletzung von Art. 3 KRK, der bei allen Maßnahmen das Kindeswohl in den Vordergrund stellt. Auch bei der Bemessung einer Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ muss deshalb der Erziehungsgedanke und die Rehabilitation des Straftäters vorrangig berücksichtigt werden. Wenn § 2 Abs. 1 Satz 2 JGG so verstanden wird, dass der Erziehungsgedanke bei der Bestimmung der Rechtsfolgen in einigen Fällen (etwa bei der Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ oder beim Jugendarrest) in Gänze zurücktreten müsse, ist dieses Verständnis nicht mit Art. 3 KRK vereinbar.

Für das vom BGH ausgesetzte Verfahren bedeutet dies, dass die vom 5. Strafsenat aufgeworfene Frage zu verneinen ist. Dem Erziehungsgedanken muss demnach schon bei der Entscheidung über das „Ob“ einer Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ Rechnung getragen werden. Eine solche Bestrafung scheidet mangels einer schweren Gewalttat gegen eine andere Person aus.

Der Gesetzgeber wäre gut beraten, § 17 Abs. 2 JGG neu zu fassen. Das gilt sowohl für die lange geplante Ersetzung des Begriffs der „schädlichen Neigungen“ als auch für die Begrenzung der Möglichkeit, eine Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ zu verhängen. In beiden Varianten wirken in verhängnisvoller Weise Begrifflichkeiten und Denkweisen nach, die recht besehen bis in die NS-Zeit zurückreichen und von denen sich das deutsche Jugendstrafrecht endlich lösen muss. Gesetzestechisch könnte sich der Gesetzgeber an den Voraussetzungen der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 JGG orientieren und die Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ nur bei einem Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder die sexuelle Selbstbestimmung oder nach § 251 StGB, auch in Verbindung mit § 252 oder § 255 StGB, vorsehen, durch welches das Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt worden ist.

¹¹⁶ Bericht Evaluation des Jugendstrafvollzugs, Zusammenfassung S. 4, https://www.justiz.nrw/Gerichte_Behoerden/landesjustizvollzugsdirektion/statistik_und_forschung/projekte_des_krimid/_2_61-20200131-EvalJS-Bund-Bericht-2020-PRINTVERSION-online.pdf (Abruf: 12.6.2024).

¹¹⁷ Evaluationsbericht (Fn. 116), S. 48.

¹¹⁸ Evaluationsbericht (Fn. 116), S. 71 und 74.

¹¹⁹ Evaluationsbericht (Fn. 116), S. 50.

¹²⁰ Vgl. *Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke/Tetal*, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen: Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2010 bis 2013 und 2004 bis 2013, 2016, S. 15; *dies.*, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen: Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2013 bis 2016 und 2004 bis 2016, 2020, S. 17; ferner *Eisenberg/Kölbel* NSz 2024, S. 79 f.; *Neubacher*, Kriminologie, 5. Aufl. 2023, S. 161.