

## § 4: Jugendstrafrecht und Allgemeines Strafrecht

Den Zusammenhängen zwischen dem Strafrecht des StGB und dem Jugendstrafrecht des JGG soll zunächst historisch nachgegangen werden. Die heutige Ausdifferenzierung eines eigenständigen „formellen“, d.h. vor allem das Jugendstrafverfahren regelnden Jugendstrafrechts ist noch keine 100 Jahre alt, auch wenn eine strafrechtliche Sonderbehandlung junger Menschen vermutlich bereits unter den Germaninnen und Germanen praktiziert wurde. In neuerer Zeit wird vertreten, auch das materielle Strafrecht, also die einzelnen Straftatbestände, jugendspezifisch auszulegen (dazu die KK 80 ff.).

### I. Geschichte des Jugendstrafrechts

Die Geschichte des Jugendstrafrechts ist zunächst durch die Suche nach Altersgrenzen gekennzeichnet, ab denen auch junge Menschen strafrechtlich für Ihre Taten verantwortlich zu machen sind. Erst ab dem späten 19. Jahrhundert setzte die Ausdifferenzierung von jugendspezifischen Verfahrensvorschriften und Rechtsfolgen ein, die auch qualitativ von den Regelungen des allgemeinen Straf- und Strafprozessrechts abweichen. Insofern lässt sich die Geschichte des Jugendstrafrechts als eine der Emanzipation vom allgemeinen Strafrecht erzählen.

## 1. Vergeltung gegenüber straffälligen jungen Menschen

Das **germanische Strafrecht** war in der Hauptsache kein obrigkeitliches Strafrecht. Es war geprägt von Buß- und Ausgleichszahlungen zwischen der „Täter- und der Opfersippe“. Dementsprechend wurde auch auf Verfehlungen junger Menschen sippenintern reagiert. Die zu zahlenden Ausgleichsansprüche wurden aber zum Teil verringert oder entfielen ganz, wenn die Tat durch sehr junge Personen begangen wurde (*Streng* § 2 Rn. 25).

Im **Mittelalter** fehlte es noch an einem Bewusstsein für die „Jugend“ als besondere Lebensphase. Die Masse der jungen Menschen galt als „kleine Erwachsene“ mit gleichen Rechten und Pflichten wie ältere. Einen teilweise besonderen Status hatte nur ein kleiner Teil vor allem besser gestellter männlicher Personen, die als „Jünglinge“ oder „junge Herrn“ bezeichnet und für ihre Unbemakeltheit und ihre Schaffenskraft geschätzt wurden. Die Altersgrenze zur vollen strafrechtlichen Verantwortlichkeit lag bei regionalen Unterschieden etwa bei zwölf Jahren. Jüngere Delinquente blieben daher entweder straflos oder die Sanktion war gegenüber den Strafen für Erwachsene gemildert. Teilweise wurden auch die kognitiven Fähigkeiten im Einzelfall als Grundlage für die Beurteilung der Strafmündigkeit herangezogen. So gab es den sog. Apfel-Münze-Test, bei dem sich der Delinquent zwischen einem Apfel und einer Geldmünze entscheiden sollte. Wählte er die Geldmünze, wurde er als voll straffähig angesehen, da seine Fähigkeit zu abstraktem Denken bereits als in ausreichendem Maße ausgeprägt erachtet wurde. Auf zunehmende Delinquenz junger Menschen wurde in der Regel jedoch mit zunehmender Strafhärte reagiert (*Streng* § 2 Rn. 26)

In der ersten gesamtdeutschen strafrechtlichen Regelung, der peinlichen Halsgerichtsordnung Karls V. (**Constitutio Criminalis Carolina [CCC]**) von **1532**, wurden Besonderheiten im Umgang mit jungen Straftätern kodifiziert. Die gesetzliche Festlegung – die ihren Ursprung auf dem Reichstag zu Freiburg im Breisgau

im Jahre 1498 hatte – sah vor, dass Delinquenten erst ab dem siebten Lebensjahr bestraft werden können und dass bis zum 14. Lebensjahr Strafmilderungen abhängig von dem individuellen Entwicklungsstand gelten. Allerdings bestanden Ausnahmen von dieser Regelung, so dass in der Praxis auch Kinder häufig hart bestraft wurden.

Im Laufe des **16. und 17. Jahrhunderts** wurden in Europa zunehmend Zuchthäuser errichtet. Hierdurch wurden die zuvor verhängten Strafen (Lochgefängnis, Karzer und Todesstrafe) allmählich abgelöst und ersetzt durch eine freiheitsentziehende Maßnahme, die der korrigierenden Einwirkung auch auf junge Menschen diente (ausführlich hierzu *Streng* § 2 Rn. 29 ff.)

## 2. **Besserung straffälliger jungen Menschen**

Im Zuge des Zeitalters der Industrialisierung setzte sich im **18. Jahrhundert** erstmals eine normative Unterscheidung zwischen Kindheit, Jugend und Erwachsenenalter durch. Mit der aufkommenden Massenverelendung rückten Kinder und Jugendliche aus Arbeiterfamilien verstärkt in den gesellschaftlichen Fokus. Soziale Bewegungen versuchten, einen besonderen Schutz durchzusetzen bzw. strebten eine Korrekturbedürftigkeit gegen „Verwahrlosung und kriminelle Karrieren“ an. Dies wirkte sich auch auf den Strafvollzug aus, wo man sich vermehrt um eine getrennte Unterbringung von jungen Menschen und Erwachsenen bemühte, um negative Einflüsse der älteren auf die jüngeren Delinquenten zu vermeiden. Die deutschen Gesetzbücher des 19. Jahrhunderts sahen Strafmündigkeitsgrenzen zwischen dem 12. und 14. Lebensjahr vor und ermöglichten Milderungen für ältere, noch nicht erwachsene Straftäter. Zudem traten pädagogische Ansätze im Rahmen der weiterhin zumeist freiheitsentziehenden Sanktion hervor. So wurde durch Arbeit und Bildung versucht, junge Menschen zu bessern.

Die aufkommende sog. „**moderne Strafrechtsschule**“, also die Ausrichtung der Strafe an general- und spezialpräventiven Zwecken und nicht an Vergeltung (absolute Straftheorie), fiel zunächst besonders im Bereich der Reaktion auf Verfehlungen junger Menschen auf fruchtbaren Boden (*Streng* § 2 Rn. 35). So sollten zunehmend die vor allem von *Franz von Liszt* geprägten Prinzipien der Besserung der Besserungsfähigen und -willigen Eingang in die Gerichtspraxis finden und auf Jugendliche angewendet werden. Erziehung als strafrechtliche Reaktionsform kam in der Hauptsache jedoch nur den Einmaltätern zugute, die sich wegen leichter Verfehlungen strafbar machten. Schwere Taten und eine wiederholte Tatbegehung wurden weiterhin mit zum Teil drastischen Freiheitsstrafen geahndet.

Das **Jugendgerichtsgesetz (JGG)** stand im Zusammenhang mit dem Jugendwohlfahrtsgesetz (dazu bereits die KK 49) und trat 1923 in Kraft. Die Schwelle für die Strafmündigkeit wurde darin auf das vollendete 14. Lebensjahr festgelegt und bis zum 18. Lebensjahr zudem von der individuell festzustellenden Einsichtsfähigkeit abhängig gemacht. Mit dem vollendeten 18. Lebensjahr begann die absolute Strafmündigkeit. Zudem enthielt das JGG 1923 eine Vielzahl der auch heute noch bestehenden Regelungen, sowohl bzgl. der Rechtsfolgen auch als bzgl. des Jugendstrafverfahrens. So waren z.B. Erziehungsmaßregeln ebenso wie die Beteiligung der Jugendgerichtshilfe am Verfahren vorgesehen.

Während der **Zeit des Nationalsozialismus** wurden zusätzliche Rechtsfolgen wie der auch heute noch bestehende Jugendarrest eingeführt, die Bewährung abgeschafft und die Altersgrenzenregelung aufgeweicht. Zudem wurde Sonder(un)recht für nicht-deutsche Bevölkerungsgruppen geschaffen. Beispielsweise war die Todesstrafe für polnische und jüdische Jugendliche unabhängig vom allgemein angedrohten Strafmaß vorgesehen, wenn die Tat von besonders niedriger Gesinnung zeugte oder aus anderen Gründen besonders schwer war.

In der **Zeit nach 1945** wurden Teile der von den Nationalsozialisten eingebrachten Änderungen wieder rückgängig gemacht. Zudem wurden 18- bis unter 21-Jährige in den möglichen Anwendungsbereich des JGG einbezogen. Relevant ist weiterhin, dass Regelungen zur Diversion, also zur Umgehung der Hauptverhandlung, erweitert wurden.

Die jüngere Vergangenheit ist geprägt von der gesetzgeberischen Tendenz zur Verschärfung des Jugendstrafrechts. **2008** wurde die Möglichkeit zur Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung auch für Jugendliche eingeführt, die in der Folge eines Grundsatzurteils des Bundesverfassungsgerichts in weiten Teilen zurückgenommen werden musste (zu Entwicklung und Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht im Detail die KK 262 ff. der Vorlesung Jugendstrafrecht im Sommersemester 2021). Das im Jahr **2012** in Kraft getretene „Gesetz zur Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten“ hob das Höchstmaß der Jugendstrafe für Heranwachsende bei der Begehung eines Mordes und Vorliegen einer besonders schweren Schuld von vormals zehn auf fünfzehn Jahre an. Daneben wurde der politisch und wissenschaftlich heftig umstrittenen sog. Warnschussarrests eingeführt (zu Voraussetzungen und Kritik des Warnschussarrests im Detail § 8 der Vorlesung).

Auch **europarechtliche Einflüsse** machen sich inzwischen im Jugendstrafrecht bemerkbar. Die EU hat in der RL 2016/800 bestimmte Verfahrensgarantien für Kinder in Strafverfahren festgelegt (wobei der Begriff des Kindes im deutschen Recht dem des Jugendlichen entspricht). Das hat im deutschen Recht zu einzelnen Modifikationen geführt, beispielsweise zur Einführung bestimmter Unterrichtspflichten (§§ 67a, 70a JGG) und zu Ergänzungen der Vorschriften über die Verteidigung (§§ 51a, 68a f. JGG).

### 3. Ausdruck der Emanzipation: Jugendstrafrecht als Täterstrafrecht

Das allgemeine Strafrecht wird in der Regel mit dem Begriff Tatstrafrecht umschrieben. Gemeint ist damit, dass der strafrechtliche Vorwurf nicht an die Persönlichkeit des Handelnden anknüpft, sondern an die begangene Tat. Die Feststellung des Tatvorwurfs erfolgt dabei grundsätzlich unabhängig von Eigenschaften des Individuums. Diese werden neben der Schwere der Straftat erst im Rahmen der Prüfung des Schuldvorwurfs und bei der Festsetzung des Strafmaßes relevant. Die Extremform eines Gegenmodells des Täterstrafrechts würde demgegenüber spezialpräventive Gesichtspunkte in das Zentrum der Betrachtungen rücken und Personen wegen der ihr zugeschriebenen Gefährlichkeit strafrechtlich belangen. Die Tat als Anlass der Bestrafung würde dabei in den Hintergrund rücken oder sogar keine Relevanz entfalten.

Das Jugendstrafrecht trägt sowohl Elemente des Tatstrafrechts als auch des Täterstrafrechts in sich. Es handelt sich insoweit um Tatstrafrecht, als seine Anwendbarkeit die Begehung einer Straftat voraussetzt. Anders als bei einem Jugendwohlfahrtsmodell, dessen zum Teil eingriffsintensive Maßnahmen auch ohne konkreten Tatvorwurf aufgrund von Gefahren für das Wohl des jungen Menschen und der Förderung seiner Entwicklung angewendet werden können, ist im Jugendstrafrecht die zur Last gelegte Tat in einem rechtstaatlichen Verfahren nachzuweisen (vgl. zur Forderung nach Berücksichtigung jugendspezifischer Besonderheiten bereits auf der Ebene der Strafbarkeit die KK 80 ff.).

Ist der Nachweis der Strafbarkeit gelungen, weicht die Bestimmung der Rechtsfolgen im JGG erheblich von der des allgemeinen Strafrechts ab. Bereits die im StGB und in anderen Strafgesetzen vorgegebenen Strafrahmen finden im JGG gem. § 18 Abs. 1 S. 3 keine Anwendung. Zudem steht sowohl im Verfahren wie auch bei der Wahl der Rechtsfolgenbemessung die Täterpersönlichkeit im Mittelpunkt. Hintergrund dieses per-

sonalen Bezugspunktes ist es, zwecks künftigen Legalverhaltens die bestmögliche Einwirkung auf Jugendliche und Heranwachsende zu erreichen. Außerdem sollen dadurch diejenigen Maßnahmen ergriffen werden, die dem jeweiligen Entwicklungsstand und den konkreten sozialen Gegebenheiten angemessen sind. Als Folge dessen ist das Jugendstrafrecht auch als Täterstrafrecht zu charakterisieren (dazu *Janssen JA 2020, 854 [855]*).

## II. Der gegenwärtige Anwendungsbereich des JGG

Gemäß § 2 II JGG greifen im Anwendungsbereich des Jugendstrafrechts allgemeine Regelungen nur Platz, wenn das JGG nicht anderes bestimmt. Daher muss zunächst der Anwendungsbereich in sachlicher und personeller Hinsicht bestimmt werden.

### 1. Sachlicher Anwendungsbereich

§ 1 I JGG beschränkt den Anwendungsbereich des JGG und damit des materiellen Jugendstrafrechts auf Verfehlungen, die „nach den allgemeinen Vorschriften mit Strafe bedroht“ sind. Die Anwendung materiell-jugendstrafrechtlicher Normen erfordert demnach das Vorliegen einer rechtswidrigen Tat i.S.d. §§ 11 I Nr. 5, 12 I, II StGB, also eines Verbrechens oder Vergehens nach dem StGB oder strafrechtlicher Nebengesetze.

Nicht ausreichend ist eine Ordnungswidrigkeit; vgl. den Wortlaut des § 1 I JGG: „mit Strafe bedroht“. Für Ordnungswidrigkeiten enthält aber das OWiG etliche Sonderregelungen, die auf Jugendliche und Heranwachsende bezogen sind (z.B. §§ 12 I [Verantwortlichkeit], 46 I [Anwendung der Vorschriften über das Strafverfahren: auch JGG], 68 II [zuständiges Gericht: Jugendrichter], 98 I, II OWiG [Vollstreckung gegen Jugendliche und Heranwachsende]).



## 2. Persönlicher Anwendungsbereich des JGG

### a) Altersgrenzen

Gemäß § 1 I JGG finden das JGG und damit die Normen des materiellen Jugendstrafrechts Anwendung auf Verfehlungen Jugendlicher und Heranwachsender.

Die Begriffe des Jugendlichen und des Heranwachsenden sind in § 1 II JGG legaldefiniert, wobei das Gesetz auf den Zeitpunkt der Tat („zur Zeit der Tat“) abstellt.

**Jugendlicher** ist danach, wer „vierzehn, aber noch nicht achtzehn ... Jahre alt ist“,

**Heranwachsender**, wer „achtzehn, aber noch nicht einundzwanzig Jahre alt ist“.

Für die Berechnung des Alters gelten die §§ 186 ff. BGB.

Die Maßgeblichkeit des Tatzeitpunkts hat etwa zur Folge, dass 2020 ein inzwischen 93-jähriger ehemaliger KZ-SS-Wachmann wegen Beihilfe zum Mord in 5.230 Fällen zwischen Sommer 1944 und Frühjahr 1945 im KZ Stutthof vor der Jugendstrafkammer am Landgericht Hamburg verurteilt wurde (Mord verjährt nicht, § 78 II StGB). Der Grund: Der Angeklagte war zum Tatzeitpunkt erst 17 Jahre alt und damit Jugendlicher im Sinne des § 1 JGG. Dass dies in einem am Erziehungsgedanken orientierten Jugendstrafrecht absurd ist, liegt auf der Hand.

Die gesetzlich vorgesehene **Unterscheidung zwischen Jugendlichen und Heranwachsenden** ist von Bedeutung, weil für Heranwachsende das materielle (ebenso wie das formelle) Jugendstrafrecht nur eingeschränkt gilt. Diesbezüglich stellt § 105 I JGG die Weichen ins materielle Jugendstrafrecht, wenn die in Rede stehende Tat Ausdruck einer Reifeverzögerung ist (§ 105 I Nr. 1 JGG) oder es sich bei ihr um eine Jugendverfehlung handelt (§ 105 I Nr. 2 JGG).

→ Einzelheiten zur Rechtsfigur des Heranwachsenden und den bestehenden Kontroversen um seine strafrechtliche Behandlung in § 11 der Vorlesung.

**Kinder**, also unter 14-jährige, sind absolut strafunmündig und schuldunfähig (§ 19 StGB), weshalb für sie das JGG nicht gilt. Dies gilt im Sinne einer unwiderleglichen Vermutung. Prozessual handelt es sich bei der Strafunmündigkeit wegen der strikten Tatzeitbindung nach StGB und JGG um ein absolutes (unbehebbares) Verfahrenshindernis.

Obgleich Kinder somit strafrechtlich nicht für ihre Taten verantwortlich gemacht werden können, kann ihre Begehung von Straftaten familien- oder vormundschaftsrichterliche Maßnahmen auf den Plan rufen. Demgemäß verpflichtet Richtlinie 2 der Landesjustizverwaltungen zum JGG den Staatsanwalt, der wegen Schuldunfähigkeit nach § 19 StGB keine Anklage erheben kann (absolutes Verfahrenshindernis; Einstellung nach § 170 II StPO), im geeigneten Fall den Familien- oder Vormundschaftsrichter zu informieren.

Darüber hinaus scheint § 171 StGB (Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht) die Möglichkeit zu eröffnen, die Eltern straffälliger Kinder strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen (so *Neuheuser* NStZ 2000, 174). Demnach macht sich unter anderem strafbar, wer „seine Fürsorge- oder Erziehungspflicht gegenüber einer Person unter sechzehn Jahren gröblich verletzt und dadurch den Schutzbefohlenen in die Gefahr bringt, [...] einen kriminellen Lebenswandel zu führen“.

Die Praxis scheint eher einen Bogen um die Vorschrift zu machen. Die PKS weist für das Jahr 2021 gerade einmal 1.009 Tatverdachtsfälle auf, unter denen die Mehrzahl der Fälle sich auf die gesundheitlich-körperliche Gefährdung des Kindes beziehen dürften. Nicht zuletzt wegen des Erfordernisses, ein (zumutbares) normgemäßes Alternativverhalten zu beschreiben, über das dann das vorgeworfene Fehlverhalten erst fassbar wird, stellt die Norm die Praxis vor erhebliche Herausforderungen (MüKoStGB/*Ritscher*, 4. Aufl. 2021, StGB § 171 Rn. 19).

## b) Praktische Feststellung und rechtspolitische Kontroversen

Nicht immer kann das Jugendgericht zur zwingenden Altersbestimmung (Aufklärungspflicht und Feststellungsbedürftigkeit) auf einen Personalausweis oder eine Geburtsurkunde der beschuldigten Person zurückgreifen. Insbesondere bei Beschuldigten mit Fluchterfahrung treten hier Probleme auf, etwa dann, wenn bei der Einreise nach Deutschland das Geburtsdatum pauschal mit 1.1.19XX eingetragen wurde.

Ist es nicht möglich, im Wege der Befragung des Beschuldigten selbst bzw. Angehöriger oder durch das Beziehen von Dokumenten verlässliche Informationen zu erhalten, ist mitunter eine Altersfeststellung durch ein **medizinisches Sachverständigengutachten** erforderlich. Dafür können etwa die Entwicklung des Gebisses oder der Knochen untersucht werden. Entsprechend wurde etwa im Fall von Hussein K. verfahren (dazu und den prozessrechtlichen Folgen der [NL vom 8.9.2017 <Dem Alter auf den Zahn gefühlt>](#)). Alle Unsicherheiten lassen sich aber auch dadurch nicht beseitigen, grds. kann nur eine Altersspanne festgestellt werden (zum Ganzen *Eisenberg/Kölbel* § 1 Rn. 24 m.w.N.).

Die zur Abgrenzung von Kindern, Jugendlichen und Heranwachsenden maßgeblichen Altersgrenzen sind immer wieder **Gegenstand politischer Diskussionen**. Die Partei Alternative für Deutschland (AfD) fordert etwa in ihrem am 30. April 2016 beschlossenen Grundsatzprogramm, das Strafmündigkeitsalter auf 12 Jahre abzusenken (S. 25). Der zur Begründung einer solchen Herabsetzung angeführte Verweis auf eine mittlerweile schnellere Reife infolge früher einsetzender Pubertät und intensiverer Schulausbildung ist indes wissenschaftlich unhaltbar. Im Gegenteil sehen Entwicklungspsychologen gegenwärtig in sich auflösenden Familienstrukturen, Werteumbrüchen und einer Flut diffuser medialer Einflüsse Bedingungen einer Verzögerung der moralischen und sozialen Reife, die sich verstärkt durch Sprachprobleme und geringere Chancen

sozialer Teilhabe insbesondere in Zuwandererfamilien auswirkt. Seitens Praktikerinnen und Praktikern, Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler sowie Fachverbänden wird derartigen Forderungen einer Absenkung des Strafmündigkeitsalters daher seit jeher entschieden entgegengetreten (vgl. *Kreuzer NJW 2002, 2345, 2348; Hefendehl JZ 2000, 600*).

### 3. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Jugendlicher (§ 3 JGG)

Bei der in § 3 JGG normierten bedingten Strafmündigkeit handelt es sich um einen nur für Jugendliche geltenden Schuldausschließungsgrund, der sich von den sonstigen Schuldausschließungsgründen dadurch unterscheidet, dass die Schuldfähigkeit i.S.d. § 3 S. 1 JGG stets positiv festgestellt und im Urteil begründet werden muss (OLG Hamm ZJJ 2005, 447). Nach dieser Norm ist der Jugendliche für eine Verfehlung nur dann strafrechtlich verantwortlich,

„wenn er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“.

#### a) Die Einsichtsfähigkeit

Die damit für die Schuldfähigkeit vorauszusetzende Einsichtsfähigkeit setzt Verstandesreife und sittliche Reife voraus. Weil der Jugendliche nicht die Strafbarkeit, sondern nur den Unrechtscharakter seines Handelns erkennen können muss, ist die Einsichtsfähigkeit „teilbar“, d.h. bei der Verletzung mehrerer Gesetze für jede Gesetzesverletzung gesondert festzustellen. Beispielhaft: Wechselt ein 14-Jähriger das Kettenritzel bei seinem Mofa aus, um dessen Geschwindigkeit zu erhöhen, wird er die Einsichtsfähigkeit allenfalls bezüglich des Verstoßes gegen die Führerscheinplicht nach § 21 StVG besitzen, kaum hingegen hinsichtlich der durch die Handlung mitverwirklichten Verletzung gesellschaftlicher Rechtsgüter, wie sie etwa der Strafvorschrift des § 6 Pflichtversicherungsgesetz zugrunde liegen.

Häufige Konstellationen fehlender Einsichtsfähigkeit bei Jugendlichen sind sog. „Sozialisationsdefizite“, die auf überforderte Erziehungspersonen zurückzuführen sein können.

## **b) Das Verhältnis des § 3 JGG zur Verbotsirrtumsregelung des § 17 StGB**

Ein Sonderproblem besteht in der Frage, welche Bedeutung der Regelung des § 3 JGG gegenüber der allgemeinen Verbotsirrtumsregelung des § 17 StGB zukommt. Manche messen § 3 JGG gegenüber § 17 StGB keine eigenständige Bedeutung bei, weil begrifflich Einsichtsfähigkeit i.S.d. § 3 JGG trotz gegebener Unrechtseinsicht i.S.d. § 17 StGB nicht fehlen könne (*Bohnert* NStZ 1988, 249, 252 ff.).

Hiergegen spricht nach ganz überwiegender Meinung Folgendes: § 3 S. 1 JGG rekurriert allgemein auf die Einsichtsfähigkeit, § 17 StGB hingegen auf die konkret fehlende Einsicht. Daher kann trotz reifebedingt gegebener Fähigkeit zur Unrechtseinsicht i.S.d. § 3 S. 1 JGG im konkreten Einzelfall die Unrechtseinsicht i.S.d. § 17 StGB fehlen, etwa aufgrund einer unrichtig erteilten Rechtsauskunft (*Laubenthal/Baier/Nestler* Jugendstrafrecht Rn. 77). Schon deshalb kann man § 3 S. 1 JGG nicht als abschließende Sonderregelung gegenüber § 17 StGB verstehen. Wegen des Verbots der Schlechterstellung Jugendlicher ist nicht allein die sich nach der jeweiligen Reife richtende grundsätzliche Einsichtsfähigkeit entscheidend. Dementsprechend finden § 3 JGG und § 17 StGB nebeneinander Anwendung und können unabhängig voneinander jeweils für sich schuldausschließende Wirkung haben. Bei grundsätzlich gegebener Einsichtsfähigkeit i.S.d. § 3 S. 1 JGG, aber fehlender Unrechtseinsicht i.S.d. § 17 StGB ist innerhalb der Vermeidbarkeitsprüfung zu berücksichtigen, dass man es mit einem Jugendlichen zu tun hat, dessen Sozialisation noch nicht abgeschlossen ist (*Laubenthal/Baier/Nestler* Rn. 77).

Für die Prüfungsreihenfolge folgt daraus, dass § 3 JGG als die gegenüber dem allgemeinen § 17 StGB speziellere Norm zuerst zu prüfen ist.

### c) Die Steuerungsfähigkeit

Von der Einsichtsfähigkeit zu unterscheiden und dieser logisch nachgelagert ist die Steuerungsfähigkeit. Sie wird in § 3 S. 1 JGG mit „und nach dieser Einsicht zu handeln“ umschrieben. Dabei geht es um die Frage nach der Fähigkeit, infolge der Einsicht eines Unrechts dieses Unrecht zu vermeiden. Weil dies nicht empirisch feststellbar sein soll, wird bei jungen Menschen auf der Grundlage einer Persönlichkeitsdiagnose darauf abgestellt, ob in der jeweiligen Tatsituation fairerweise ein normtreues Verhalten abverlangt werden durfte.

Im Vergleich zur Feststellung der Steuerungsfähigkeit im allgemeinen Strafrecht soll im Jugendstrafrecht die Möglichkeit der Determiniertheit von Verhalten eher Berücksichtigung finden. So soll die Steuerungsfähigkeit ausgeschlossen sein, wenn der jugendliche Täter zwar im Einzelfall die Reife zur Einsichtsfähigkeit hatte, er aber nicht imstande war, seine Handlung an bestehenden Hemmungen oder Elementen des Widerstandes gegenüber der Tatbegehung auszurichten. Das trägt Erkenntnissen Rechnungen, nach denen Fähigkeiten zur Selbstregulation vor dem Ende langandauernder hirnpfysiologischer Reifungsprozesse nur in gewissem Ausmaße bestehen (*Eisenberg/Kölbel* § 3 Rn. 21).

Typische Fälle fehlender Steuerungsfähigkeit sind etwa das durch den pubertären Sexualtrieb bedingte geringere Hemmungsvermögen bei der Begehung von Sexualstraftaten oder eine besondere Abhängigkeit von Bezugspersonen oder Gleichaltrigengruppierungen. Manche Jugendliche sind dadurch an der Befolgung der an und für sich gegebenen Unrechtseinsicht gehindert, weil sie sich dem Gruppendruck oder den in die Kriminalität führenden Anweisungen der sonstigen autoritätsersetzenden Bezugspersonen unterwerfen.



Obwohl die Steuerungsfähigkeit nach dem Wortlaut des § 3 S. 1 JGG positiv zu begründen ist, verweigert sich die Praxis ihrer Pflicht zu deren positiver Feststellung und Darstellung, weil sie noch schwieriger prozessual festzustellen ist als die Einsichtsfähigkeit. Die Rechtsprechung verneint – ebenso wie bei § 20 StGB im Erwachsenenstrafrecht – die Schuldfähigkeit gemäß § 3 JGG nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Befunde (etwa bei psychiatrischen bzw. biologischen Auffälligkeiten). Kritisiert wird in diesem Bereich vor allem, dass seitens der Gerichte „der Sachverständigenmeinung mehr oder weniger blind vertraut wird“ (*Streng* § 4 Rn. 52). Rechtsstaatlich und erziehungsgedanklich sehr zweifelhaft ist ferner die aus der Justizpraxis bekannte Erscheinung, dass Behörden und Gerichte bei einer vor dem 14. Geburtstag liegenden längeren kriminellen Karriere zuweilen geradezu auf die Erreichung der Altersgrenze von 14 warten, um dem nunmehr jugendlichen Intensivtäter mit den Instrumentarien des JGG zu Leibe rücken zu können (*Streng* § 4 Rn. 54).

#### d) Folgen fehlender Strafmündigkeit: Die Norm des § 3 S. 2 JGG

Ist der Delinquent „mangels Reife strafrechtlich nicht verantwortlich“, so hängt die Folge davon ab, in welchem Stadium sich die Strafverfolgung befindet. Ein **Ermittlungsverfahren** ist nach § 170 II StPO einzustellen. Im **Zwischenverfahren** ist gemäß § 203 f. StPO die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen. Stellt sich erst im **Hauptverfahren** aufgrund einer erfolgten Hauptverhandlung die Strafunmündigkeit heraus, soll ein exkulpierender Freispruch erzieherisch kontraproduktiv wirken, weil dadurch die Entstehung von Verantwortungsgefühl beim Jugendlichen gehemmt werde (Freispruch könnte als „Freibrief“ aufgefasst werden). Statt freizusprechen darf der Jugendrichter daher nach § 47 I 1 Nr. 4 JGG das Verfahren einstellen („Verfahrensbeendigung zweiter Klasse“). Der dem Strafrichter daneben gemäß § 3 S. 2 JGG an sich zur Verfügung stehende Katalog familien- oder vormundschaftsrichterlicher Maßnahmen soll in derartigen Fällen allerdings dem Familien- oder Vormundschaftsrichter vorbehalten bleiben, um vom Strafverfahren ausgehende Stigmatisierungen zu vermeiden. Dagegen lässt sich andererseits der erzieherisch kontraproduktive „dann eintretende weitere Zeitverlust“ einwenden (*Streng* § 4 Rn. 55).

Familienrichterliche bzw. vormundschaftsrichterliche Maßnahmen i.S.d. § 3 S. 2 JGG sind beispielsweise gemäß den §§ 1666, 1666a BGB die Entziehung des Personensorgerechts bzw. des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch das Familiengericht oder nach § 1909 BGB die Bestellung eines für eine Familien- oder Heimunterbringung verantwortlichen Pflegers (mit der Folge der Aufsicht des Pflegers, §§ 1915, 1837 ff. BGB). Überaus streitig ist, ob der Strafrichter auch Maßnahmen des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (SGB VIII) wie Erziehungsbeistandschaft, Heimerziehung und Familienhilfe (§ 27 i.V.m. §§ 30, 34, 31 ff. SGB VIII) anordnen darf. Überwiegend wird diese Streitfrage mit Verweis auf die parallele Kompetenz des Familienrichters bejaht, der nach § 1666 BGB auf Maßnahmen zugreifen darf, die den §§ 27 ff. SGB VIII entsprechen.

Soweit die Anwendung von Erziehungsmaßregeln reicht, die gemäß § 5 I JGG „aus Anlass“ einer rechtswidrigen Tat (und damit nicht *wegen* einer rechtswidrigen Tat, also nicht im klassischen Sinne einer Sanktion) verhängt werden können, wird gelegentlich zu einem zurückhaltenden Umgang mit der Exkulpation nach § 3 S. 1 JGG und zu einer Beschränkung auf Evidenzfälle geraten, weil „der Schuldkonnex bei Erziehungsmaßregeln abgeschwächt“ sei. Abgesehen davon aber, dass dies in eindeutigen Widerspruch zur gesetzlichen Vorgabe des nicht nach Sanktionsformen differenzierenden § 3 S. 1 JGG steht, ermöglichen es gerade die durch § 3 S. 2 JGG eröffneten Reaktionsmöglichkeiten, der erzieherischen Gefahr eines Reaktionsverzichts vorzubeugen.

#### e) Das Verhältnis des § 3 JGG zu §§ 20, 21 StGB

Ähnlich problematisch und umstritten wie das Verhältnis von § 3 JGG zu § 17 StGB ist dasjenige von § 3 JGG zu §§ 20, 21 StGB. Diese Vorschriften implizieren ein zweistufiges Prüfungsvorgehen: Zunächst die Prüfung der sog. Eingangsmerkmale sowie anschließend, wenn relevante Auffälligkeiten vorliegen, der Kriterien Einsichts- und Steuerungsfähigkeit. Der Unterschied zwischen den Normen besteht darin, dass die Eingangsmerkmale bei § 20 StGB (und damit auch bei § 21 StGB) als auf „biologisch-psychologischer“ Ebene liegende pathologische Zustände definiert sind, wohingegen § 3 S. 1 JGG auf der ersten Prüfungsstufe auf die sittlich-intellektuelle Entwicklung rekurriert. Bei Reifemängeln nach § 3 S. 1 JGG kann dabei davon ausgegangen werden, dass sie während des Reifeprozesses auch ohne Heilbehandlung behoben werden. Angesichts der Unbestimmtheit des Reifekriteriums beziehen sich jedoch forensische Gutachter oftmals auf biologisch bzw. pathologisch bedingte Entwicklungsstörungen, nähern sich also den Eingangsmerkmalen des § 20 StGB an (*Streng* § 4 Rn. 59).

Die Geltung der §§ 20, 21 StGB auch im materiellen Jugendstrafrecht – also gleichsam die Anwendbarkeit beider Normen „neben“ § 3 JGG – folgt aus § 2 II JGG. Sie ergibt sich zudem aus einem Rückschluss aus § 7 I JGG: Weil § 3 S. 2 JGG allein wegen fehlender Reife keine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) zulässt, kann die in § 7 I JGG vorausgesetzte Anwendbarkeit des § 63 StGB nur auf §§ 20, 21 StGB gestützt werden. Wären §§ 20, 21 StGB nicht anwendbar, so hätte § 7 I JGG keinen Anwendungsbereich und wäre überflüssig.

Von der Frage der Anwendbarkeit beider Normen zu unterscheiden ist die des Vorrangs in denjenigen Fällen, in denen beide Normen einschlägig und damit an sich nebeneinander anwendbar sein müssten. Diese Frage ist für die anwendbaren Rechtsfolgen entscheidend. Beispielhaft kann das anhand von BGHSt 26, 67 gezeigt werden: In dem zugrunde liegenden Fall hatte ein 15-jähriger gemeinsam mit einem Freund eine ältere Frau getötet und beraubt. Die Jugendkammer stellte bei ihm ein so erhebliches Zurückbleiben in der sittlichen-geistigen Entwicklung fest, dass sie seine Verantwortlichkeit nach § 3 S. 1 JGG verneinte. Aufgrund einer Debität sah sie zugleich auch die Voraussetzungen des § 21 StGB als erfüllt.

- Manche halten in solchen Konstellationen § 3 S. 1 JGG für begriffslogisch vorrangig, weil ein altersunreifer Jugendlicher nicht schuldunfähig oder vermindert schulfähig sein könne. Demnach wäre § 3 S. 1 JGG stets vor §§ 20, 21 StGB zu prüfen. Bei Altersunreife nach § 3 S. 1 JGG blieben als Rechtsfolge lediglich die familien- und vormundschaftsrechtlichen Maßnahmen nach § 3 S. 2 JGG denkbar. Eine Unterbringung in der psychiatrischen Anstalt nach §§ 63, 20, 21 StGB ließe sich durch das Gericht hingegen nicht anordnen (arg. e contrario § 3 S. 2 JGG).

- Die Gegenmeinung plädiert für eine vorgezogene Prüfung der §§ 20, 21 StGB. Erst wenn die Schuldunfähigkeit i.S.d. § 20 StGB (oder verminderte Schuldfähigkeit nach § 21 StGB) feststehe, sei auf die Prüfung der Altersreife i.S.d. § 3 S. 1 JGG überzugehen. Diese Methode hat den Vorzug, dem Jugendrichter ein Höchstmaß an Flexibilität in seinen Reaktionen einzuräumen: So kommt dann neben den familien- und vormundschaftsrichterlichen Maßnahmen nach § 3 S. 2 JGG auch eine Unterbringung nach §§ 7 I JGG, 63, 64, 20, 21 StGB in Betracht (vgl. OLG Jena NStZ-RR 2007, 217).

Im Sinne der letztgenannten Ansicht entschied der BGH obigen Fall, da nur auf ihrer Grundlage die sachlich gebotene Unterbringung gemäß §§ 7 I JGG, 63 StGB möglich bleibt. Beim Zusammentreffen entwicklungsbedingter und krankhafter Störungen müssten Maßnahmen in beide Richtungen möglich sein.

#### 4. Das materielle Jugendstrafrecht der Zukunft?

Das materielle Jugendstrafrecht knüpft in sachlicher Hinsicht an die Vorschriften des StGB an und setzt straftatbestandsmäßig-strafrechtswidriges Verhalten voraus (KK 66). Die Besonderheiten einer Tatbegehung durch Jugendliche können teilweise im Rahmen von § 3 S. 1 JGG berücksichtigt werden (KK 72) oder aber erst auf der Rechtsfolgende Seite. Das hier zur Verfügung stehende Instrumentarium des Jugendgerichts und der Jugendstaatsanwaltschaft ist Gegenstand der Stunden 6, 7 und 8).

Teilweise wird vertreten, dass das nicht ausreicht, um den Besonderheiten einer Straftatbegehung durch minderjährige und heranwachsende Personen gerecht zu werden (*Kölbel ZJJ 2021, 40*). Selbst der StGB-Gesetzgeber scheint das in wenigen Fällen so zu sehen und hat im StGB Bestimmungen geschaffen, die den Anwendungsbereich einer Strafnorm in Hinblick auf jugendliche Täterinnen und Täter etwas zurücknehmen. Eine dieser Vorschriften findet sich im neuen § 176 StGB [Sexueller Missbrauch von Kindern]. Wer sexuelle Handlungen an oder mit einem Kind, d.h. einer Person unter 14 Jahren, vornimmt, kann nach § 176 II StGB dann straffrei bleiben, wenn „zwischen Täter und Kind die sexuelle Handlung einvernehmlich erfolgt und der Unterschied sowohl im Alter als auch im Entwicklungsstand oder Reifegrad gering ist“. Der Gesetzgeber will mit dieser Regelung „annähernd Gleichaltrigen“ einen „Freiraum sexueller Selbsterprobung“ belassen (BT-Drs. 19/23707, S. 38).

Außerhalb des Sexualstrafrechts existiert aber kein materielles Jugendstrafrecht in dem Sinne, dass einzelne Straftatbestände für Jugendliche oder Heranwachsende angepasst sind. Die Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal „Bande“ i.S.d. §§ 244, 244a StGB bleibt demnach auch dann möglich, wenn aufgrund jugendspezifischer Launenhaftigkeit und akutem Geldmangel Diebstähle in ständig wechselnder Besetzung mit ständig wechselnden Profiteurinnen und Profiteuren begangen werden. Denn die Annahme einer

Bande erfordert generell nicht die stetige Beteiligung aller Bandenmitglieder an der Tatausführung und der Tatbeute. Nichts Anderes gilt, wenn es sich bei den Bandenmitgliedern um Jugendliche handelt (BGH NSTZ 2006, 574; krit. hingegen *Eisenberg* NSTZ 2003, 124).

Gerade bei Straftatbeständen, die besonders häufig auf Jugendliche angewandt werden, plädieren *Eisenberg* und *Kölbel* daher für eine „jugendgemäße Tatbestandsauslegung“ im Wege der teleologischen Reduktion (*Eisenberg/Kölbel* JGG § 2 Rn. 28 (m.w.N.)). Raum für eine teleologische Reduktion besteht insbesondere dort, wo sich der Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens überhaupt nicht mit den Besonderheiten der Tatbestandsanwendung auf Jugendliche befasst hat, was die Regel sein dürfte. 176 Abs. 2 StGB ist, wie *Kölbel* durch eine Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien der Reformgesetze zum StGB seit 1990 zeigen konnte, eine Ausnahme (*Kölbel* ZJJ 2021, 40, [41]).

Neben einem Bandenbegriff, der jugendtypische Besonderheiten berücksichtigt, finden sich Ansätze einer jugendspezifischen Auslegung etwa auch bei AG Saalfeld NSTZ-RR 2004, 264 zu § 241 StGB [Bedrohung]:

„Prahlerische, großmäulige Redensarten **aus jugendtümlicher Groß- und Wichtigtuerei**, die unter Berücksichtigung des Gesamtgeschehens von vornherein nicht als objektiv ernst zu nehmende Verbrechenandrohung angesehen werden können, unterfallen nicht dem Tatbestand des § 241 I StGB.“

Eine vertiefende kriminologisch-empirisch Aufbereitung, die Voraussetzung einer verstärkten Rezeption der jugendspezifischen Auslegung in der Rechtsprechung wäre, steht allerdings noch aus (*Kölbel* ZJJ 2021, 40 [44]).

## **Literaturhinweise**

### **Zur Geschichte des Jugendstrafrechts**

*Streng* Jugendstrafrecht, 5. Auflage 2020, § 2 Rn. 24–40

### **Allgemein zur Anwendung des materiellen Jugendstrafrechts**

*Streng* § 3 und § 4

*Kölbel* Kollaterale (Jugend-)Strafgesetzgebung, ZJJ 2021, 40–44.



## Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. Welche beiden Merkmale sind erforderlich, damit ein Jugendlicher strafrechtlich verantwortlich ist?
- II. Was geschieht bei fehlender strafrechtlicher Verantwortlichkeit i.S.d. § 3 S. 1 JGG?
- III. Wie verhält sich § 3 JGG zu § 17 StGB und zu §§ 20, 21 StGB?