

## Abschnitt II: Das materielle Jugendstrafrecht

### § 9: Jugendstrafe

#### I. Allgemeines und Rechtstatsächliches zur Anwendung der Jugendstrafe und zur Aussetzung zur Bewährung

Weil die Jugendstrafe die einzige echte Kriminalstrafe des JGG ist, gelten die allgemeinen Strafzwecke; jedoch kommt dem Besserungszweck im Sinne einer erzieherischen Einwirkung (§ 18 II JGG) besondere Bedeutung zu. Während andere Maßnahmen also primär (Zuchtmittel) oder ausschließlich (Erziehungsmaßregeln) täterstrafrechtliche sind, behält bei der Jugendstrafe der dem Gedanken des Tatstrafrechts entstammende Gesichtspunkt des Schuldausgleichs wesentliche Bedeutung. Gemäß § 17 II JGG ist die Jugendstrafe ultima ratio und darf nur verhängt werden, wenn andere Maßnahmen zur Erziehung und/oder zum Ausgleich schwerer Schuld nicht ausreichen; das gilt auch für eine zur Bewährung ausgesetzte Jugendstrafe.

Jugendstrafe kennt das JGG in zwei Formen, nämlich „wegen der schädlichen Neigungen des Jugendlichen“ (§ 17 II Alt. 1 JGG) und „wegen der Schwere der Schuld“ (§ 17 II Alt. 2 JGG). Beide Formen schließen sich nicht aus, weshalb die Praxis oft die Verhängung von Jugendstrafe auf beide Voraussetzungen stützt.

KK 122

#### Statistik zur Jugendstrafe 2008 (Quelle: Strafverfolgungsstatistik 2008)

|                         | Anzahl        | Aussetzungsquote |
|-------------------------|---------------|------------------|
| 6 Monate                | 2.754 (14,3%) | 87,7%            |
| > 6 Monate – 9 Monate   | 3.357 (17,2%) | 82,3%            |
| > 9 Monate – 12 Monate  | 4.106 (21,3%) | 74,1%            |
| > 1 Jahr – 2 Jahre      | 6.642 (34,5%) | 56,7%            |
| > 2 Jahre – 3 Jahre     | 1.626 (8,4%)  | -                |
| > 3 Jahre – 5 Jahre     | 633 (3,3%)    | -                |
| > 5 Jahre – 10 Jahre    | 137 (0,7%)    | -                |
| Jugendstrafen insgesamt | 19.255 (100%) | 62,3%            |

Jugendstrafen wurden im Jahr 2008 in 19.255 Fällen, also gegen 16,6% aller nach JGG Verurteilten verhängt. Die Gesamtaussetzungsquote betrug 62,3%; bezogen auf die Aussetzungen im aussetzungsfähigen Bereich betrug sie 71,1%.

KK 123

## II. Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen (§ 17 II Alt. 1 JGG)

### 1. Allgemeines

Der Begriff der „schädlichen Neigungen“ stammt aus dem Dritten Reich (vgl. § 4 II Alt. 2 RJGG aus dem Jahre 1943); seine Beibehaltung bis zum heutigen Tage ist wenig glücklich. Bei den im Jugendstrafverfahren fest- und im Urteil darzustellenden schädlichen Neigungen handelt es sich um „sei es anlagebedingte, sei es durch unzulängliche Erziehung oder ungünstige Umweltbedingungen begründete Mängel in der Charakterbildung ... , die den Jugendlichen in seiner Entwicklung zu einem brauchbaren Glied der sozialen Gemeinschaft gefährdet erscheinen und namentlich befürchten lassen, dass er durch weitere Straftaten deren Ordnung stören werde“ (BGHSt 16, 261, 262). Die diesbezüglich zu treffende Legalbewährungsprognose muss also „Konflikts-, Gelegenheits- oder Nottaten“ (BGHSt 11, 169, 170) ebenso unberücksichtigt lassen wie ein sonstiges „einmaliges, situationsbezogenes Versagen“ (BGH StV 1993, 531) und spezifische Fehlhaltungen, die Ausfluss normaler Entwicklungserscheinungen sind (OLG Karlsruhe StV 2007, 3, 4). Es müssen also Persönlichkeitsmängel nachgewiesen werden, die auf die Tat Einfluss hatten, im Zeitpunkt der Entscheidung noch bestehen und weitere Straftaten befürchten lassen (*Ostendorf* § 17 Rn. 3).

Diese Persönlichkeitsmängel müssen „in der Tat hervorgetreten“ sein (§ 17 II Alt. 1 JGG). Charaktermängel, für die die Tat nicht symptomatisch ist, fallen in den Zuständigkeitsbereich z.B. des Jugendamts, nicht aber des Jugendrichters. Weil die Verurteilung zu einer Jugendstrafe zur Verhinderung weiterer neigungsbedingter Taten geeignet sein muss, müssen die schädlichen Neigungen auch zum Verurteilungszeitpunkt noch fortbestehen; allerdings vermutet die Praxis die Erziehungseignung, wenn nicht aus medizinischen Gründen beim Täter Unerziehbarkeit vorliegt. Angesichts der bekannten Erziehungsfeindlichkeit der Vollzugsrealität lässt sich mit Fug und Recht die Frage

KK 124

aufwerfen, warum vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes der Gesetzgeber eine (auch) vergeltende Kriminalstrafe als Mittel für Erziehung und Besserung gewählt hat. Das „Wohl des Jugendlichen“ taugt als Argument dafür wenig, verstärkt doch der Jugendstrafvollzug nicht selten vorhandene „schädliche Neigungen“.

Die im Schrifttum wohl schon herrschende Meinung verlangt angesichts dieser defizitären Rechtfertigung der „Erziehungsstrafe“ – mit unterschiedlicher Begründung en detail – die Streichung der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen (Nachweise bei *Streng* § 12 Rn. 430 f mit Fn. 22). Die Gegenmeinung verweist auf die in der Praxis oftmals bestehende Notwendigkeit, kriminelle Karrieren mittels stationärer Unterbringung zu unterbrechen, verlangt aber gleichwohl Veränderungen; als Alternative zum status quo wird auf das in Baden-Württemberg betriebene „Projekt Chance“ verwiesen, in dessen Verlauf besonders geeignete jugendliche Gefangene ihre Strafe außerhalb des prisonierenden Justizvollzugs in einem von einem freien Träger betriebenen Heim verbüßen.

### 2. Die Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe (§§ 27 ff. JGG)

#### a) Allgemeines

Ein dem Erwachsenenstrafrecht unbekanntes Institut ist die Aussetzung *der Verhängung* der Jugendstrafe gemäß §§ 27 ff. JGG. Sie darf nicht verwechselt werden mit der Aussetzung der Strafe zur Bewährung (§§ 21 ff. JGG) und der Vorbewährung (zu beidem unten V.), obwohl sie mit diesen Instituten in vielerlei Hinsicht Ähnlichkeit hat. § 27 JGG normiert, dass die Schuld ausnahmsweise ohne einen Strafausspruch festgestellt werden kann, und zwar für den Fall, dass „nicht mit Sicherheit beurteilt werden (kann), ob in der Straftat schädliche Neigungen von einem Umfang hervorgetreten sind, dass eine Jugendstrafe erforderlich ist“ (§ 27 JGG). Hingegen betrifft die Bewährung

KK 125

(bzw. die Vorbewährung) erst die Vollstreckung der verhängten Jugendstrafe und nicht schon die die Verhängungsaussetzung betreffende vorgelagerte Frage, ob auf Jugendstrafe erkannt werden kann.

Bei der Verhängungsaussetzung i.S.d. § 27 JGG fällt der Richter eine Art Zwischenurteil (Schuld-spruchverfahren) und behält die Verhängung der Jugendstrafe für den Fall vor, dass die Tat, wegen derer der Jugendliche schuldig gesprochen wird, auf schädliche Neigungen zurückzuführen ist und sich dies während der zu bestimmenden Bewährungszeit herausstellt. Nicht in Frage kommt die Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe allerdings, wenn zugleich hinreichende Schuld-schwere gegeben ist; dann ist auf Jugendstrafe zu erkennen, weil die Zweifel an den schädlichen Neigungen in einem solchen Fall nicht die Legitimation der Jugendstrafe berühren.

Der Rechtscharakter der Entscheidung nach § 27 JGG ist unklar, manche sprechen von einer „be-dingten Verurteilung“, andere halten den Schuldspruch ohne Strafausspruch für eine eigenständige Sanktionsform.

### b) Anwendung nur bei Zweifeln in quantitativer Hinsicht?

Streitig ist, ob § 27 JGG nur Anwendung finden kann, wenn das Vorliegen schädlicher Neigungen feststeht und nur deren Umfang zweifelhaft ist, oder ob das Schuld-spruchverfahren bereits dann zu-lässig ist, wenn die schädlichen Neigungen schon „dem Grunde nach“ zweifelhaft sind. Der Wortlaut von §§ 27, 30 JGG spricht lediglich von Zweifeln bezüglich des Umfangs der schädlichen Neigun-gen. Zudem gilt bei Zweifeln über das Vorliegen schädlicher Neigungen der Grundsatz in dubio pro reo, sodass der Jugendstrafe aufgrund des dann anzunehmenden Fehlens schädlicher Neigungen die Basislegitimation entzogen ist. Der Schuldspruch nach § 27 JGG darf daher nur ergehen, wenn

KK 126

das Vorliegen schädlicher Neigungen feststeht und lediglich der Umfang fraglich ist (Streng § 12 Rn. 546).

### c) Koppelung der Verhängungsaussetzung mit „Einstiegsarrest“?

Ein in ähnlicher Weise bei der Strafaussetzung zur Bewährung und bei der Vorbewährung auftretendes, hier aber etwas anders akzentuiertes Problem betrifft die Frage, ob neben der Schuld-feststellung nach § 27 JGG die Verhängung eines „Warnschussarrests“ zulässig ist (bejahend *Rei-chenbach* NSTZ 2005, 136, 138 ff.). Die Frage ist mit der herrschenden Meinung zu verneinen, weil sich schon die Voraussetzungen der Verhängung von Jugendstrafe und die des Zuchtmittels Ju-gendarrest ausschließen: Der Jugendarrest setzt gerade voraus, dass „Jugendstrafe nicht geboten erscheint“ (§ 13 I JGG). Das ist bei § 27 I JGG gerade noch offen und Anwendungsvoraussetzung des § 27 JGG. Daher verstößt die Verhängung von Jugendarrest bei ungeklärter Erforderlichkeit von Jugendstrafe nach § 17 II Alt. 1 JGG zwar nicht gegen Art. 103 II GG (so jedoch *Streng* § 12 Rn. 549), wohl aber gegen den Grundsatz in dubio pro reo. Darüber hinaus wäre bei Bewährungs-versagen des Jugendlichen die Bewährung zu widerrufen und der Jugendliche zu Jugendstrafe zu verurteilen (§§ 30 I, 62 JGG). Hätte der Jugendliche nun schon einen Jugendarrest verbüßt, so würde er entgegen dem „Prinzip der Einspurigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen“ mit zwei sta-tionären Sanktionen gegensätzlichen Zuschnitts belegt (*Streng* § 12 Rn. 549). Einer Koppelung der Verhängungsaussetzung mit einem „Einstiegsarrest“ steht somit § 8 II 1 JGG entgegen. Der Koaliti-onsvertrag der derzeitigen Bundesregierung sieht hingegen die Einführung des „Warnschussar-rests“ vor, der dann sowohl mit der Aussetzung der Verhängung als auch mit der Aussetzung der Vollstreckung kombiniert werden kann.

KK 127

#### d) Bewährungserfolg und -misserfolg: Konsequenzen

Besteht der Jugendliche die Bewährungsprobe, so wird nach § 30 II JGG der Schuldspruch getilgt. Wird er zum Bewährungsversager und erweist sich zugleich – symptomatisch anhand der schlechten Führung des Jugendlichen –, dass die seinerzeitige Tat aufgrund schädlicher Neigungen in einem für Jugendstrafe ausreichenden Maß begangen wurde, so verhängt der Jugendrichter unter Rückverlegung des Strafzumessungszeitpunkts diejenige Strafe, auf die er bei sicherer Beurteilung der schädlichen Neigungen bereits seinerzeit erkannt hätte.

Auch wenn sich der Jugendliche in Bezug auf das Vorliegen schädlicher Neigungen als Bewährungsversager herausstellt, ist der Richter – das ist eine in der Praxis beliebte Vorgehensweise – nicht gehindert, bei der Verurteilung zu Jugendstrafe (§§ 30 I, 62 JGG) abermals eine Bewährungsstrafe zu wählen, indem er die Jugendstrafe zur Bewährung aussetzt oder das richterrechtlich entwickelte Institut der „Vorbewährung“ heranzieht. Das dieser Vorgehensweise früher entgegenstehende Verbot einer Strafaussetzung zur Bewährung nach Verhängungsaussetzung des § 30 I 2 JGG a.F. wurde durch das 1. JGGÄndG 1990 beseitigt.

#### e) Rechtstatsächliches

Das 1953 in Anlehnung an die englische „probation“ etablierte Schuldspruchverfahren führt ein Schattendasein; im Jahre 2006 wurden nur 2.157 Fälle (das sind 2,0% aller jugendstrafrechtlichen Verurteilungen und Schuldsprüche) gezählt. Nach Schuldspruch und Verhängungsaussetzung wurden für das Jahr 2006 ungefähr 35% Misserfolge (also nachfolgende Verhängung von Jugendstrafe) registriert. Der Grund für die geringe praktische Relevanz liegt vermutlich einerseits in dem gesetzlich intendierten Ausnahmecharakter, wonach nur Fälle mit ungeklärter Entscheidungsbasis er-

KK 128

fasst werden sollen, andererseits in dem erheblichen verfahrensmäßigen Aufwand, den die bei Bewährungsmisserfolg nach § 62 I 1 JGG erforderlich werdende neue Hauptverhandlung verursacht.

### III. Jugendstrafe wegen der Schwere der Schuld

#### 1. Allgemeines

Jugendstrafe wegen der „Schwere der Schuld“ i.S.d. § 17 II Alt. 2 JGG setzt neben einer schweren Straftat auch einen schweren Schuldvorwurf voraus. Unabhängig vom der Umstrittenheit des Begriffs der Tatschuld im Allgemeinen Teil misst die herrschende Meinung die „Schwere der Schuld“ i.S.d. § 17 II Alt. 2 JGG vor allem an der charakterlichen Haltung und dem in der Tat zum Ausdruck gelangten Persönlichkeitsbild. Diese Orientierung an der Individualschuld wird von einer Gegenauffassung kritisiert, die darin die Gefahr eines Charakterschuldvorwurfs bzw. des Abgleitens in ein Gesinnungsstrafrecht sieht und deshalb Aspekte des Rechtsgüterschutzes wie die „Intensität des Rechtsgutsangriffs“ in den Vordergrund stellt (*Laubenthal/Baier* Rn. 688 ff.).

Bei aller berechtigten Kritik an einer zu einseitig auf Charakterschwächen etc. abstellenden Sicht, wird man der herrschenden Meinung zugute halten müssen, dass sie der üblicherweise geringeren Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit sowie dem Fehlen der für volle Schuld erforderlichen Handlungsautonomie („Willensfreiheit“) jugendlicher Täter Rechnung trägt. Dies berücksichtigt das Gesetz in § 3 S. 1 JGG, indem es junge Menschen nicht *per se* als Mitbürger betrachtet, an die die gleichen Anforderungen gestellt werden können wie an Erwachsene.

KK 129

## 2. Fahrlässigkeitsdelikte als besonders schuld schwere Taten?

Die Rechtsprechung meint, dass auch beim Vorliegen erheblicher Tatfolgen (Tod eines oder mehrerer Menschen etc.) Fahrlässigkeitsstaten nicht als besonders schuld schwer i.S.d. § 17 II Alt. 2 JGG angesehen werden können (OLG Karlsruhe NStZ 1997, 241 f.; *Ostendorf* JGG § 17 Rn. 6). Das entspricht dem Standpunkt der herrschenden Meinung, wonach es nicht so sehr auf die Rechtsgutsbeeinträchtigung, sondern vielmehr auf die Individualschuld (charakterliche Haltung, Persönlichkeitsbild) für die besondere Schuld schwere ankommen soll. Die Gegenmeinung möchte – speziell in den Fällen der Verursachung eines tödlichen Unfalls durch leichtfertiges, also ungewöhnlich grob (objektiv und subjektiv) sorgfaltswidriges Verhalten – die Zuschreibung besonderer Schuld schwere nicht pauschal ablehnen (*Streng* § 12 Rn. 434).

## 3. Erziehung durch Bestrafung wegen besonderer Schwere der Schuld?

Die Rechtsprechung argumentiert auch im Bereich der besonderen Schuld schwere mit dem „Wohl des Jugendlichen“: „Für die Frage, ob ... die reine Schuldstrafe nach § 17 II JGG verhängt werden soll, ist in erster Linie das Wohl des Jugendlichen maßgebend“ (BGHSt 15, 224, 225). Daher sei auch Jugendstrafe wegen besonderer Schwere der Schuld nur zu verhängen, wenn dies „aus erzieherischen Gründen erforderlich ist“ (BGH StV 1982, 173 f.). Diesen „Versuch einer Harmonisierung der Jugendstrafe-Alternativen unter dem Dach einer erziehungsorientierten Wohltats-Argumentation“ führt ein Teil der Literatur mit dem Argument ad absurdum, dass – nähme man die Rechtsprechung beim Wort – ein nicht erziehungsbedürftiger Jugendlicher lediglich zu Jugendarrest verurteilt werden müsste anstatt zu Jugendstrafe. Auch spricht der Wortlaut des Gesetzes gegen die Ansicht der Rechtsprechung, da in § 17 II JGG die Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld in Kontrast zur (erziehungsorientierten) Jugendstrafe wegen schädlichen Neigungen gestellt wird. Da-

KK 130

her dient die Schuldstrafe mindestens zuvörderst dem Bedürfnis der Allgemeinheit nach Gerechtigkeit. Es geht in § 17 II Alt. 2 JGG also um die Bestätigung der durch die Strafe in Frage gestellten Norm. Das zeigt schon die Existenz des § 18 I 2 JGG, nach welchem für Verbrechen, die nach allgemeinem Strafrecht im Höchstmaß mit mehr als zehn Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind, in Abweichung vom Strafrahmen des § 18 I 1 JGG bis zu zehn Jahre Jugendstrafe verhängt werden kann – obwohl der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass die im Jugendstrafvollzug zu verwirklichende „Anstaltserziehung nur innerhalb eines Zeitraumes von etwa vier Jahren erfolgversprechend“ sein kann (BT-Drs. 1/3264 S. 41; vom Sollen auf das Sein schließend hingegen BGH NStZ 1996, 496, wo davon ausgegangen wird, dass wegen der Existenz des § 18 I 2 JGG Jugendstrafe auch jenseits der Fünfjahresgrenze des § 18 I 1 JGG erzieherisch wirken könne). Dann lässt sich der Strafrahmensprung nur mit einem völligen Zurücktreten des Erziehungsgedankens hinter den Schuldausgleichsaspekt erklären. Zu einer vermittelnden, vergeltungsstrafrechtliche Aspekte ausdrücklich einbeziehenden Position tendiert mittlerweile der BGH: Lasse sich eine lange Jugendstrafe nicht mehr „allein mit dem Erziehungsgedanken“ begründen, so könne „ihre Berechtigung sich aus anderen Strafzwecken, bei Kapitalverbrechen namentlich aus dem Sühnegedanken und dem Erfordernis gerechten Schuldausgleichs ergeben“ (BGH NStZ 1996, 232, 233; vgl. auch BGH NStZ 2007, 522 f.).

KK 131

#### IV. Strafzumessung im Jugendstrafrecht

##### 1. Die Strafrahmen des Jugendstrafrechts

Wegen der ganz überwiegend täterstrafrechtlichen Ausrichtung des JGG (vgl. § 18 II JGG) gelten die tatstrafrechtlichen Strafrahmen des BT des StGB nicht (§ 18 I 3 JGG). Im Jugendstrafrecht gilt deshalb im Grundsatz der einheitliche Strafrahmen des § 18 I 1 JGG (sechs Monate bis fünf Jahre Jugendstrafe); bei Verbrechen mit einer abstrakten Höchststrafe von mehr als zehn Jahren Freiheitsstrafe nach allgemeinem Strafrecht erweitert sich der jugendstrafrechtliche Strafrahmen nach § 18 I 2 JGG auf bis zu zehn Jahre Jugendstrafe. Der Koalitionsvertrag der derzeitigen Bundesregierung sieht eine Erhöhung des Strafrahmens der Jugendstrafe auf 15 Jahre vor.

Die Mindeststrafgrenze von sechs Monaten trägt der Einsicht Rechnung, dass sich kurze Aufenthalte im Jugendstrafvollzug tendenziell kontraproduktiv auswirken; „unter dem Strich“ kompensiert nach verbreiteter Meinung der erzieherische Effekt des Jugendstrafvollzugs die mit ihm verbundenen Prisonisierungseffekte (= Vollzugsnegativwirkungen wie Stigmatisierung, Kontakt mit „schwereren Jungs“ und kriminellen „Lehrmeistern“, Abbruch positiver sozialer Beziehungen und Verlust des Arbeits- oder Ausbildungsplatzes) erst ab einer Vollzugsdauer von einem Jahr. Dass sich gerade die zu einer kurzen Jugendstrafe Verurteilten nach der Strafvollstreckung vergleichsweise schlecht legal bewähren, kann allerdings auch daran liegen, dass zu solchen Jugendstrafen offenbar in erster Linie Täter leichter Delikte verurteilt werden, bei denen im Wege der „Sanktionseskalation“ gegen bereits erfolgte Rückfälligkeit eingeschritten wurde und bei denen weitere Rückfälligkeit ohnehin zu erwarten ist („Selektionseffekt“).

KK 132

Auch wenn die Strafrahmen des BT des StGB im Jugendstrafrecht nicht gelten, so verlangt die Rechtsprechung gleichwohl die Beachtung derjenigen Umstände, die im Erwachsenenstrafrecht die Anwendung der jeweiligen Strafzumessungsregelung begründen, auch für die jugendstrafrechtliche Strafzumessung nach § 18 JGG; klärungsbedürftig sind also etwa verminderte Schuldfähigkeit (BGH StV 1992, 432) und das Vorliegen eines minder schweren Falles (BGH StV 1993, 531, 532).

Wegen des im Jugendstrafrecht bestehenden Verbots, Jugendliche gegenüber Erwachsenen schlechter zu stellen, sind die Strafobergrenzen des BT trotz § 18 I 3 JGG als verbindliche Obergrenzen auch des Jugendstrafrechts anzusehen; daher kann z.B. die Jugendstrafe eines jugendlichen Unterschlagungstäters bei Vorliegen der Jugendstrafvoraussetzung auch nur aus einem Strafrahmen von sechs Monaten (§ 18 I 1 JGG) bis drei Jahren (§ 246 I StGB) zugemessen werden. In der Literatur wird teilweise gar gefordert, „wegen der regelmäßig geringeren Schuld Jugendlicher und Heranwachsender“ solle „den Obergrenzen des Erwachsenenstrafrechts nicht einmal nahe gekommen werden“ (*Streng* § 12 Rn. 443; *ders.* GA 1984, 149, 164).

##### 2. Die Berücksichtigung der Strafzwecke bei der Zumessung der konkreten Strafe

###### a) Schuldgleichheit

Bei der Berücksichtigung der Schuld zum Zweck eines Tatschuldgleichs bei der Bestimmung der Höhe der konkreten Strafe verhielt sich die Rechtsprechung bislang tendenziell zurückhaltend; das gilt aus oben (III. 3.) genannten Gründen auch für die Jugendstrafe wegen besonderer Schuldschwere, die die Rechtsprechung primär am Erziehungsgedanken orientiert zumisst (BGHSt 15, 224, 226 f.). Allerdings wirkt sich allen empirischen Erkenntnissen zufolge bei jugendlichen Straftätern die vom BGH zum „Wohl des Jugendlichen“ geforderte, vermeintlich erzieherisch wirkende

KK 133

Konfrontation des Jugendlichen mit der eigenen Schuld in puncto Resozialisierung kontraproduktiv aus. Die Annahme, Erziehung durch Schuldverarbeitung als Basis der weiteren Persönlichkeitsentwicklung des Täters erreichen zu können, entspricht nicht der Wirklichkeit. Der BGH hat in letzter Zeit bei sehr schweren Straftaten denn auch den Aspekten „des Schuldausgleichs und der gerechten Sühne“ eine eigene Zumessungsrelevanz zugebilligt (BGH NStZ 1996, 496). In der Literatur wird gefordert, die Zumessung der Jugendstrafe (auch bei besonderer Schuldschwere) vorwiegend unter dem Gesichtspunkt des Erziehungsgedankens vorzunehmen (zu Erklärungsversuchen aus der Gegenperspektive und zur Kritik *Streng* § 12 Rn. 445 f. mit Rn. 437).

### b) Limitierungsfunktion der Tatschuld bzw. des Erziehungsgedankens

Nach ganz überwiegender Meinung limitiert die Tatschuld – unabhängig davon, wie man zu ihr als sonstigem Strafzumessungsfaktor steht – jedenfalls die am Erziehungsgedanken orientierte Strafzumessung nach oben hin. Dies hat Bedeutung bei der Limitierung des Jugendstrafrahmens durch den Erwachsenenstrafrahmen (oben 1.), aber auch bei der Bestimmung der Strafe für den konkreten Fall, weshalb nicht etwa aus erzieherischen Gründen eine schuldunangemessene Strafe verhängt werden darf (BGH NStZ 1986, 71). Begründen lässt sich das auch mit dem zusätzlichen Argument, dass eine berechtigterweise als ungerecht empfundene Strafe erzieherisch kaum produktiv sein kann.

Demgegenüber wird überwiegend eine Schuldunterschreitung – d.h. die Verhängung einer unter dem Aspekt des Schuldausgleichs an sich zu milden Strafe – aus Erziehungsgründen für zulässig gehalten. Teile der Literatur wollen hingegen differenzieren und nur bei der auf schädliche Neigungen gestützten Jugendstrafe (§ 17 II Alt. 1 JGG) Erziehungsgesichtspunkt „schuldlimitierend“ wirken

KK 134

lassen, nicht hingegen bei der – so die Prämisse – von vornherein ganz auf Schuldausgleich angelegten Jugendstrafe wegen besonderer Schuldschwere (ausführlich *Streng* § 12 Rn. 449 f.).

### c) Generalprävention

Die Berücksichtigung negativ-generalpräventiver Zwecke („Abschreckung“) wird heutzutage beinahe einhellig abgelehnt. Strafverschärfungen zu Abschreckungszwecken haben sich nach allen bislang vorliegenden Erkenntnissen als ineffektive Präventionsstrategie erwiesen; darüber hinaus wirken hohe Strafen entsozialisierend und sind somit erzieherisch kontraproduktiv. Gesichtspunkte der positiven Generalprävention i.S. der Normbekräftigung hingegen werden ohnehin im Wege des Schuldausgleichs bei der Strafzumessung (wenn auch nach der Rechtsprechung zurückhaltend) berücksichtigt.

### V. Die Aussetzung der Jugendstrafe zur Bewährung (§§ 21 ff. JGG)

§ 21 JGG erlaubt auch im Jugendstrafrecht die Aussetzung der Jugendstrafe zur Bewährung. Die Bewährungsaussetzung ist nur eine Modifikation der Strafvollstreckung, verleiht aber der zur Bewährung ausgesetzten Jugendstrafe nicht den Charakter einer Strafe *sui generis*.

#### 1. Voraussetzungen der Strafaussetzung

Liegen die Voraussetzungen des § 21 I, II JGG vor, so ist die Strafaussetzung obligatorisch.

#### a) Allgemeine Voraussetzungen nach § 21 I JGG

Der praktisch bedeutsamere Fall des § 21 I JGG setzt neben dem formalen Kriterium der Verurteilung zu einer Jugendstrafe von nicht mehr als einem Jahr weiter voraus, dass der Jugendliche „sich

KK 135

schon die Verurteilung zur Warnung dienen lassen“ werde „und auch ohne die Strafvollstreckung unter der erzieherischen Einwirkung in der Bewährungszeit künftig einen rechtschaffenen Lebenswandel führen wird.“ Letztere Wendung wird man richtigerweise dahin auslegen müssen, dass damit lediglich ein straffatfreier Lebenswandel gemeint ist; ob und gegebenenfalls in welcher Weise sich der Täter außerhalb des Anwendungsbereich des Strafrechts voraussichtlich sozial inadäquat verhalten wird, geht das Strafrecht nichts an. Da – anders als in § 56 StGB – in § 21 JGG die Klausel „zur Verteidigung der Rechtsordnung fehlt“, darf im Jugendstrafrecht – anders als im Erwachsenenstrafrecht – die Aussetzung zur Bewährung nicht unter Verweis auf entgegenstehende generalpräventive Gesichtspunkte versagt werden.

Entgegen der missverständlichen Formulierung „zu erwarten ist“ setzt § 21 I JGG keine Überzeugung des Richters voraus, weil menschliches Verhalten keinen uns bekannten Gesetzmäßigkeiten unterliegt und daher nie mit Sicherheit vorhergesagt werden kann; andererseits reicht die vage Möglichkeit künftiger Straffreiheit nicht aus. Erforderlich ist eine durch Tatsachen „begründete Wahrscheinlichkeit“; eine Strafaussetzung muss, gemessen an ihrem Ziel, der Legalbewährung, „aussichtsreich“ erscheinen (BGHSt 7, 6, 10). Für die zu bildende Legalbewährungsprognose kommt es auf eine Gesamtwürdigung der Tat- und der die Täterpersönlichkeit betreffenden Umstände an (§ 21 I 2 JGG).

#### b) Besondere Voraussetzungen nach § 21 II JGG

Die Strafaussetzung zur Bewährung ist auch bei der Verhängung einer Jugendstrafe zwischen einem und zwei Jahren obligatorisch, wenn gemäß § 21 II JGG die Voraussetzungen des § 21 I JGG erfüllt sind und „nicht die Vollstreckung im Hinblick auf die Entwicklung des Jugendlichen geboten ist“. Weil der Gesetzgeber davon ausging, die Vollstreckungsbedürftigkeit nicht ohne Einschaltung

KK 136

eines Gutachters (§ 43 II JGG) klären zu können, wird man auch in dieser Jugendstrafenspanne die Vollstreckung der Strafe als Ausnahme und die Aussetzung zur Bewährung als Regelfall bezeichnen können.

Freilich wird man die Frage stellen müssen, wie die auch für § 21 II JGG („unter den Voraussetzungen des Absatzes 1“) erforderliche Legalbewährungsprognose i.S.d. § 21 I 2 JGG bejaht werden und gleichzeitig die Strafaussetzung unter Verweis auf Entwicklungsbedürfnisse i.S.d. § 21 II JGG verneint werden können soll; mit anderen Worten ist eine Situation schwerlich denkbar, in der eine günstige Prognose i.S.d. § 21 I 2 JGG vorliegt, aber Entwicklungsbedürfnisse gleichwohl die Aussetzung der Jugendstrafe unmöglich machen. Man wird die Voraussetzung des Fehlens von Entwicklungsbedürfnissen in § 21 II JGG als funktionslos ansehen müssen, es sei denn, man möchte bei schwerer Schuld Entwicklungsbedürfnisse bejahen und damit trotz eigentlich – i.S.d. § 21 I 2 JGG gegebener – günstiger Legalbewährungsprognose eine Strafaussetzung ablehnen (*Böttcher/Weber* NSTz 1991, 7, 8). Erwägen ließe sich das allenfalls im Hinblick auf die oben (III. 3. und IV. 2. a)) kritisierte Erziehung durch Schulverarbeitung; die Praxis hat sich solchen „Normrettungsversuchen“ bislang mit Recht verschlossen (BGH StV 1994, 598, 599; näher *Streng* § 12 Rn. 471 f.).

Obwohl der Gesetzgeber mit der Änderung des § 21 II JGG durch das 1. JGGÄndG von 1990 die Aussetzung einer Jugendstrafe zwischen einem und zwei Jahren zum Regelfall machen wollte, hat sich an der Zurückhaltung der Jugendgerichte (53,7% Aussetzungen im Jahre 1990; 56,7% im Jahre 2008) wenig geändert.

KK 137



## 2. Die Vorbewährung

### a) Allgemeines

Gemäß § 82 I JGG ist der Jugendrichter zugleich Vollstreckungsleiter. Dieser Umstand ermöglicht es, die Aussetzung der Jugendstrafe zur Bewährung nicht sogleich im Urteil, sondern erst nachträglich durch Beschluss anzuordnen, § 57 I, II JGG. Die nachträgliche Aussetzung durch einen sich zum Urteilszeitpunkt hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen der Bewährung in § 21 JGG nicht sicheren Richter bezeichnet man als „Vorbewährung“. Die Aussetzung zur Bewährung hängt dann davon ab, dass sich der Jugendliche – ohne dass dies im Urteil ausgesprochen wird – erst einmal über eine gewisse Zeit hinweg bewährt. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte die Entscheidung über die Aussetzung der Bewährung aber nicht allzu lang in der Schwebe bleiben.

### b) Weisungen und Auflagen neben der Vorbewährung – Jugendarrest neben der Vorbewährung?

Nach ganz herrschender Meinung können für den Schwebezustand der Vorbewährung neben der (noch nicht zur Bewährung ausgesetzten Jugendstrafe) gemäß § 8 II 1 JGG Auflagen und Weisungen erteilt werden. Zur Klarstellung: § 23 JGG lässt sich dafür als Grundlage nicht heranziehen, weil es an der von § 23 JGG vorausgesetzten Strafaussetzung gerade (noch) fehlt.

Eine Kopplung von Vorbewährung und Jugendarrest ist aufgrund von § 8 II 1 JGG unzulässig, da danach neben Jugendstrafe nur Weisungen und Auflagen sowie Erziehungsbeistandschaft angeordnet werden dürfen, nicht aber Zuchtmittel wie der Jugendarrest. Dabei ist nach ganz herrschender Meinung für den Begriff der „Jugendstrafe“ im Rahmen des § 8 II 1 JGG irrelevant, ob die Jugendstrafe zur Bewährung ausgesetzt wird (*Streng* § 8 Rn. 264), da die Strafaussetzung zur Be-

KK 138

währung nur eine Modalität der Vollstreckung darstellt, nicht aber der Jugendstrafe den Charakter als Jugendstrafe nimmt.

### c) Kritik am Institut der Vorbewährung

Die Vorbewährung sieht sich als richterrechtlich entwickeltes Institut zunehmender Kritik ausgesetzt (eingehend *M. Walter/Pieplow* NSz 1988, 165 ff.). So sinnvoll es sein kann, bei schwieriger Entscheidungsbasis alle Prognoseoptionen offen zu halten, so sehr entbehrt diese Vorgehensweise einer gesetzlichen Grundlage. Dabei streiten nicht nur Gewaltenteilungsgesichtspunkte (Gesetzesvorbehalt in Form des Parlamentsvorbehalts), sondern auch Verfahrensrechte des verurteilten Täters gegen die Vorbewährung, ist doch ansonsten, d.h. wenn hinsichtlich des entscheidungsrelevanten Tatsachenmaterials vernünftige Zweifel bleiben, auch bei der Frage über die Strafaussetzung zur Bewährung unter Anwendung des Zweifelssatzes zugunsten des Täters zu entscheiden. Vor diesem Hintergrund stellt die Vorbewährung eine Einschränkung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ dar, dessen individualschützende Funktion an sich eine gesetzliche Grundlage erfordert (Gesetzesvorbehalt in Form des Grundrechtsvorbehalts).

Retten lässt sich das Institut der Vorbewährung allenfalls, wenn man es als (partielle) Verfahrenssuspendierung zum Zwecke einer Absicherung der endgültigen Entscheidung ansieht und darauf verweist, dass § 59 I 2 JGG die Vorbewährung implizit anerkennt, weil die Norm eine vorbehaltene, also weder angeordnete noch abgelehnte Aussetzung voraussetzt. Selbst wenn man es – im Ergebnis mit der herrschenden Meinung – so sieht, so ist doch angesichts der defizitären Gesetzeslage die Statuierung einer eindeutigen Regelung angezeigt.

KK 139

### 3. Bewährungszeit/Bewährungshilfe

Wird die Jugendstrafe zur Bewährung ausgesetzt, so wird eine Bewährungszeit von mindestens zwei bis zu höchstens drei Jahren bestimmt (§ 22 I JGG), die mit Rechtskraft der Entscheidung zu laufen beginnt (§ 22 II 1 JGG). Gemäß § 22 II 2 JGG kann die Frist nachträglich auf ein Jahr verkürzt oder, bevor sie abgelaufen ist, auf vier Jahre verlängert werden.

Anders als § 56d StGB bestimmt § 24 I JGG die Unterstellung des jugendlichen Täters unter die Aufsicht und Leitung eines Bewährungshelfers als obligatorisch. Weil die Dauer der Bewährungshilfe (maximal zwei Jahre) nicht mit der Bewährungszeit übereinstimmen muss, kann nach § 24 II JGG die Bewährungshilfe verlängert oder nach Ablauf der Unterstellung sogar neu angeordnet werden. Zwar darf dabei nach § 24 II 2 JGG die Zweijahreshöchstdauer des § 24 I 1 JGG überschritten werden, jedoch endet die Unterstellung automatisch mit dem Ablauf der Bewährungszeit.

Die Aufgaben und Rechtsstellung der Bewährungshilfe sind in §§ 24 II, 25 S. 2-4 JGG ausführlich geregelt. Erwähnt sei das Rechtsproblem, ob der Bewährungshelfer, der dem Jugendrichter nach § 25 S. 4 JGG nur „gröbliche oder beharrliche Verstöße“ gegen Weisungen, Auflagen usw. mitzuteilen verpflichtet ist, auch den Verdacht des Vorliegens einer neuen Straftat melden muss. Wohl überwiegend wird diese Frage bejaht, weil ein straffatfreies Verhalten für die „Lebensführung des Jugendlichen“ (§ 25 S. 3 JGG) von enormer Bedeutung ist. Die Gegenauffassung verweist darauf, dass eine solche Berichtspflicht für das Verhältnis zwischen dem Jugendlichen und dem Bewährungshelfer eine Belastung darstellen und die Entstehung eines Vertrauensverhältnisses hindern kann.

KK 140

### 4. Rechtstatsächliches zur Strafaussetzung zur Bewährung

Zu Jugendstrafe mit Bewährung Verurteilte haben bessere Rückfallraten (70-80% der Probanden weisen nach einem etwa fünfjährigen Beobachtungszeitraum mindestens einen neuen Eintrag im Strafregister auf) als zu Jugendstrafrecht Verurteilte, deren Strafe vollstreckt worden ist (entsprechend gemessen Rückfallrate 80-90%). Besser schneiden merkwürdigerweise Täter mit extrem hohen Jugendstrafen ab; spekulieren ließe sich darüber, ob diese Beobachtung sich auf die Jugendbedingtheit der Begehung schwerster Taten zurückführen lässt (ohnehin weniger rückfallgefährdete Konflikttäter), die im Erwachsenenalter in eher geringerem Maße eine Fortsetzung findet als eine sich allmählich steigende kriminelle Karriere (Alterungseffekt), bei der möglicherweise nicht erst die relevanten schwersten, sondern bereits mittelschwere bis schwere Delikte mit Jugendstrafe und Vollstreckung geahndet werden.

Dass ein Täter, der „Bewährung bekommen“ hat, nicht rückfällig wird, bestätigt nur die Bewährungsprognose des erkennenden Gerichts, sagt aber nichts über die Verallgemeinerungsfähigkeit einer solchen Bewährungsprognose aus. Angesichts des Bestehens von „Selektionseffekten“ im Vorfeld der Jugendstrafvollstreckung lassen sich über die sanktionseigenen Präventiveffekte kaum fundierte Aussagen treffen. Keine empirischen Anzeichen gibt es allerdings dafür, dass die Jugendstrafvollstreckung gegenüber der Strafaussetzung zur Bewährung den Vorzug genießen sollte.

KK 141

**VI. Zusammenfassende Übersicht**

| Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe § 27 JGG   | Vorbewährung § 57 JGG  | Bewährung § 21 JGG   |
|---|--|--|
| Umfang/Vorliegen (str.) schädlicher <b>Neigungen ist unklar</b><br><br>→ Entscheidung, ob überhaupt Jugendstrafe verhängt wird, wird ausgesetzt | Schädliche Neigungen/<br>Schuldschwere klar<br>+<br>Positive <b>Prognose</b> für Bewährung <b>unklar</b><br><br>→ Entscheidung, dass Jugendstrafe verhängt wird, ist klar<br><br>→ Nur die Entscheidung, ob die Jugendstrafe noch zur Bewährung ausgesetzt werden kann, wird vorbehalten | Schädliche Neigungen/<br>Schuldschwere klar<br>+<br>Positive <b>Prognose</b> für Bewährung <b>klar</b><br><br>→ Jugendstrafe wird zur Bewährung ausgesetzt |

KK 142

**Literaturhinweise:**

**Allgemeines**

*Streng* § 12

**Zur Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen**

*Streng* GA 1984, 149-166

**Zum Warnschussarrest**

*Verrel/Käufel* NSTZ 2008, 177 ff

KK 143

**Schlagwörter zur Wiederholung:**

- I. Formen der Jugendstrafe (§ 17 II JGG)
- II. Begriff der schädlichen Neigungen
- III. Aussetzung der Verhängung (§ 27 ff. JGG); Koppelung mit Arrest?
- IV. Bemessung der Schwere der Schuld; Relevanz des Erziehungsgedankens für die Schuld-schwere
- V. Jugendstrafzumessung; Bedeutung der positiven Generalprävention für die Jugendstrafzu-messung
- VI. Unterschiede zwischen Bewährung und Vorbewährung