

Abschnitt II: Das materielle Jugendstrafrecht

§ 5: Der 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.

I. 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 – nicht aber einer Ordnungswidrigkeit; vgl. den Wortlaut des § 1 I JGG: „mit Strafe bedroht“. Für Ordnungswidrigkeiten enthält das OWiG etliche Sonderregelungen (z.B. §§ 12 I, 46 I, 68 II, 98 I, II OWiG).

Das materielle Jugendstrafrecht knüpft somit in sachlicher Hinsicht an die Vorschriften des StGB an und setzt straftatbestandsmäßig-strafrechtswidriges Verhalten voraus. Es gibt also kein materielles Jugendstrafrecht in dem Sinne, dass einzelne Straftatbestände nur für Jugendliche oder Heranwachsende existieren würden. Ganz überwiegend nimmt man ferner an, dass es auch keine jugendspezifische Auslegung strafrechtlicher Normen gibt; beispielhaft: Die Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal „Bande“ i.S.d. §§ 244, 244a StGB scheitert nicht schon daran, dass aufgrund

Jugendspezifischer Launenhaftigkeit und akutem Geldmangel Diebstähle in ständig wechselnder Besetzung mit ständig wechselnden Profiteuren begangen werden. Da für den Bandenbegriff nicht erforderlich ist, dass stets alle Bandenmitglieder an der Tat teilnehmen und jedes Bandenmitglied von jeder Tat profitiert, gilt somit nichts anderes, wenn es sich bei den Bandenmitgliedern um Jugendliche handelt (BGH NStZ 2006, 574; krit. hingegen *Eisenberg* NStZ 2003, 124).

II. Persönlicher Anwendungsbereich

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 – das ist wichtig, aber auch vor dem Hintergrund des Erziehungsgedanken immer wieder Gegenstand der Kritik – 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 zur Folge, dass auch ein Sechzigjähriger wegen eines 45 Jahre zurückliegenden Mordes (Mord verjährt nicht, § 78 II StGB!) vor die Jugendkammer kommen und nach den Regeln des materiellen Jugendstrafrechts verurteilt werden kann. 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). Ist beides nicht der Fall, ist materielles Erwachsenenstrafrecht anzuwenden, insbesondere also nicht der beschränkte Strafrahmen der Jugendstrafe für Heranwachsende (§ 105 III JGG), sondern die allgemeinen Strafrahmen des Besonderen Teils des StGB (vgl. aber § 106 I JGG). Die Gesetzgebungstechnik, die ganz auf Jugendliche zugeschnitten ist und für Heranwachsende nur Modifikationen der Regelungen für Jugendliche vorsieht, ist damit zu erklären, dass erst seit 1953 Heranwachsende in den persönlichen Anwendungsbereich des JGG fallen.

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.

Ogleich 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), geeignetenfalls den Familien- oder Vormundschaftsrichter zu informieren.

III. 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. 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“.

1. 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: Einem 14-jährigen Jugendlichen, der das Klassenbuch entwendet und verbrennt, um den Nachweis seiner zahlreichen Fehlstunden zu verunmöglichen, kann in Bezug auf die damit begangene Sachbeschädigung (§ 303 StGB) Einsichtsfähigkeit zu attestieren sein; hingegen kann ihm hinsichtlich der damit zugleich begangenen Urkundenunterdrückung (§ 274 StGB) die Einsichtsfähigkeit fehlen.

Häufige Konstellationen fehlender Einsichtsfähigkeit bei Jugendlichen sind Sozialisationsdefizite, die auf inkompetente oder unwillige Erziehungspersonen zurückzuführen sind und bei ansonsten bestehender sozialer Isolierung eine ethisch-moralische Erziehung erheblich beeinträchtigen kön-

nen (Beispiel: Kindesverwahrlosung) sowie Norminternalisierungshindernisse in „Kulturkonfliktsituationen“ (Beispiel: In Deutschland aufwachsende Ausländerkinder oder Kinder von Deutschen mit Migrationshintergrund).

2. Das Verhältnis des § 3 JGG zur Verbotsirrtumsregelung des § 17 StGB

Ein populäres 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 nicht trotz gegebener Unrechtseinsicht i.S.d. § 17 StGB 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 Unrechtseinsichtsfähigkeit 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 es nicht angängig, allein die sich nach der jeweiligen Reife richtende grundsätzliche Einsichtsfähigkeit für maßgeblich zu halten, weshalb § 3 JGG und § 17 StGB nebeneinander Anwendung finden und unabhängig voneinander jeweils für sich im Einzelfall schuldausschließende Wirkung haben können. Bei grundsätzlich gegebener Einsichtsfähigkeit i.S.d. § 3 S. 1 JGG, aber fehlender Unrechtseinsicht i.S.d. § 17 StGB ist dann aber innerhalb der Ver-

meidbarkeitsprüfung 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.

3. Die Steuerungsfähigkeit

Von der Einsichtsfähigkeit zu unterscheiden und dieser logisch nachgelagert ist die in § 3 S. 1 JGG mit „und nach dieser Einsicht zu handeln“ umschriebene Steuerungsfähigkeit. Dabei geht es um die Frage nach der Fähigkeit zur Befolgung einer gegebenen Einsicht. Weil diese 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 solle die Steuerungsfähigkeit ausgeschlossen werden, 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. Ein Ausschluss der Steuerungsfähigkeit führe in diesen Fällen zur Möglichkeit der Anordnung passgenauer Maßnahmen nach § 3 S. 2 JGG (*Eisenberg* JGG § 3 Rn 17).

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, die den jugendlichen Täter an der Befolgung der gegebenen Unrechtseinsicht hindert, weil er sich dem Gruppendruck oder den in die Kriminalität führenden Anweisungen der sonstigen autoritätsersetzenden Bezugspersonen unterwirft.

Weil die Steuerungsfähigkeit noch schwieriger prozessual festzustellen ist als die Einsichtsfähigkeit und obwohl sie nach dem Wortlaut des § 3 S. 1 JGG positiv zu begründen ist, verweigert sich die Praxis ihrer Pflicht zur positiven Feststellung und Darstellungen der Altersreife und 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“. 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 diesen warten, um dem nunmehr jugendlichen Intensivtäter mit den Instrumentarien des JGG zu Leibe rücken zu können; gegen „extreme Delinquenzneigung sehr junger Täter“ kann wegen der weitgehenden Beseitigung geschlossener Erziehungsheime nämlich oftmals nicht mit Jugendhilfemaßnahmen vor dem 14. Geburtstag vorgegangen werden (*Streng* § 4 Rn. 52 f.).

4. Folgen fehlender Strafmündigkeit: Die Norm des § 3 S. 2 JGG

Ist der Delinquent „mangels Reife strafrechtlich nicht verantwortlich“, so ist ein entsprechendes Ermittlungsverfahren nach § 170 II StPO einzustellen, im Zwischenverfahren gemäß § 203 f. StPO die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen. Stellt sich erst im Hauptverfahren aufgrund einer erfolgten Hauptverhandlung die Strafunmündigkeit heraus, so soll ein exkulpierender Freispruch erzieherisch kontraproduktiv wirken, weil dadurch die Entstehung von Verantwortungsgefühl beim Jugendlichen gehemmt werde (Freispruch könnte als „Freibrief“ aufgefasst werden); daher darf der Jugendrichter anstatt freizusprechen nach § 47 I 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 aber 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 §§ 1666, 1666a BGB die Entziehung des Personensorgerechts resp. des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch das Familiengericht oder nach § 1909 BGB die Bestellung eines für eine Familien- oder Heimunterbringung verantwortlichen Pflegers durch das Vormundschaftsgericht (mit der Folge der Aufsicht des Pflegers, §§ 1915, 1837 ff. BGB). Überaus streitig ist, ob der Jugendrichter auch Maßnahmen des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KHJG; 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 Fami-

lenrichters 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 sanktionsweise) 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.

5. Das Verhältnis des § 3 JGG zu §§ 20, 21 StGB

Ähnlich problematisch und umstritten wie das Verhältnis der §§ 3 JGG, 17 StGB ist dasjenige der §§ 3 JGG, 20, 21 StGB. Beide 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 beiden Normen besteht darin, dass die Eingangsmerkmale bei § 20 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 und dabei irrelevant ist, ob die Reifedefizite „in körperlichen, sozialen oder psychologischen Faktoren wurzeln“ (*Streng* § 4 Rn. 59). Bei Reifemängeln nach § 3 S. 1 JGG kann dabei davon ausgegangen werden, dass sie während

des Reifeprozesses auch ohne Heilbehandlung behoben werden. Angesichts der gleichwohl bestehenden Strukturähnlichkeit beider Regelungen stellt sich die Frage nach deren Abgrenzung: Die Geltung der §§ 20, 21 StGB auch im materiellen Jugendstrafrecht – also gleichsam die Anwendbarkeit beider Normen „neben“ § 3 JGG – folgt aus § 2 II JGG und ergibt sich aus einem Rückschluss aus § 7 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 also keinen Anwendungsbereich und wäre – ersichtlich gesetzgeberseits nicht gewollt – 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. Manche halten § 3 S. 1 JGG für begriffslogisch vorrangig, weil ein altersunreifer Jugendlicher nicht schuldunfähig – oder gar vermindert schulfähig – sein könne. Demnach wäre § 3 S. 1 JGG stets vor §§ 20, 21 StGB zu prüfen mit der Konsequenz, dass bei Altersunreife nach § 3 S. 1 JGG eine Unterbringung nach §§ 63, 20, 21 StGB ausscheiden müsste (arg. e contrario § 3 S. 2 JGG). Die Gegenmeinung plädiert für eine vorgezogene Prüfung der §§ 20, 21 StGB. Erst wenn Schuldunfähigkeit i.S.d. § 20 StGB (oder verminderte Schuldfähigkeit nach § 21 StGB) zu bejahen ist, sei auf die Prüfung der Altersreife i.S.d. § 3 S. 1 JGG überzugehen. Diese Methode hat den Vorzug, dem Jugendrichter ein Höchstmaß an Reaktionsflexibilität einzuräumen; so kommt neben den familien- und vormundschaftsrichterlichen Maßnahmen nach § 3 S. 2 JGG dann auch eine Unterbringung nach § 7 I JGG, 63, 64, 20, 21 StGB in Betracht.

Ganz in diesem Sinne hat der BGH bei einem schwachsinnigen (aber nicht schuldunfähigen) Jugendlichen die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 3 S. 1 JGG verneint und zugleich erheblich verminderte Schuldfähigkeit i.S.d. § 21 StGB angenommen, weil nur die gleichzeitige Bejahung von § 21 StGB die sachlich gebotene Unterbringung gemäß §§ 7 I JGG, 63 StGB ermögliche (BGHSt 26, 67, 68 f.). Das ist begründungsdefizitär, trifft aber im Ergebnis zu: § 63 StGB setzt u.a. nur voraus, dass die Voraussetzungen des § 21 StGB – verminderte Schuldunfähigkeit – gegeben sind, unabhängig davon, ob § 3 S. 1 JGG einschlägig ist oder nicht. § 7 I JGG wäre andernfalls auf den vergleichsweise schmalen Anwendungsbereich beschränkt, dass zwar hinreichende Altersreife nach § 3 S. 1 JGG vorliegt, aber speziell aus den in §§ 20, 21 StGB vorausgesetzten Gründen die Unterbringungs Voraussetzungen vorliegen. Für eine solche Reduzierung des Anwendungsbereichs ist dem Wortlaut des § 7 I JGG jedoch nichts zu entnehmen.

Ist jedoch nach Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten unaufklärbar, ob neben den Voraussetzungen des § 3 S. 1 JGG auch die Unterbringungs Voraussetzungen der §§ 7 JGG, 63, 20, 21 StGB vorliegen, so ist in Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo von der Unterbringung nach §§ 63 StGB, 7 I JGG abzusehen, weil dafür die Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB sicher feststehen müssen.

IV. Die Anwendung des materiellen Jugendstrafrechts auf Heranwachsende nach § 105 JGG

Ein wesentlicher Unterschied zwischen Heranwachsenden und Jugendlichen besteht zunächst insoweit, als eine Differenzierung nach geistig-sittlicher Reife nach § 3 S. 1 JGG für Heranwachsende nicht gilt; die 18- bis einschließlich 20-jährigen belegt das Gesetz also mit voller Strafmündigkeit.

Auf Heranwachsende ist materielles Jugendstrafrecht (zwingend) anzuwenden, wenn entweder der Täter nach einer Gesamtwürdigung seiner Persönlichkeit unter Berücksichtigung seiner Umweltbedingungen zum Tatzeitpunkt nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung noch einem Jugendlichen gleichstand (§ 105 I Nr. 1 JGG) oder „es sich nach der Art, den Umständen oder den Beweggründen der Tat um eine Jugendverfehlung handelt“ (§ 105 I Nr. 2 JGG).

1. Einem Jugendlichen gleichstehen (§ 105 I Nr. 1 JGG)

a) Allgemeines

§ 105 I Nr. 1 JGG stellt auf die Konstitution zum Tatzeitpunkt ab. Die Praxis setzt sich über die Tatzeitbindung des Entwicklungsstandes des Heranwachsenden des Öfteren hinweg und schaut darauf, welche Sanktion für den Täter am geeignetsten erscheint.

Unter geflissentlicher berichtiger Auslegung des Wortlauts stellt die praktisch einhellige Ansicht nicht darauf ab, ob der Täter „nach seiner geistigen *und* sittlichen Entwicklung“ einem Jugendlichen gleichstand, sondern lässt ein sittliches *oder* geistiges Entwicklungsdefizit ausreichen, da andernfalls der heranwachsende, zur Tatzeit nur sittlich, aber nicht geistig unreife Täter nicht den Rechtsfolgen des JGG unterstellt werden könnte, obwohl diese gerade für ihn sinnvoll wären.

Weil es einen „Normjüngling“, also eine Durchschnittsperson zwischen 14 und 18 Jahren, nicht gibt, wird bei der Auslegung des Merkmals „einem Jugendlichen gleichstand“ mangels sicher feststellbaren Regelentwicklungsstandes und wegen fließender Grenzen (BGHSt 36, 37, 39) darauf abgestellt, ob es sich bei dem Heranwachsenden um einen „unfertigen, noch formbaren Menschen“

handelt (BGHSt 22, 41, 42) bzw. ob die Heranwachsendenpersönlichkeit sich als „unreife, noch in der Entwicklung stehende Persönlichkeit“ darstellt (*Brunner/Dölling* JGG 12. Auflage 2011 § 105 Rn. 6). Maßgeblich sei, um eine weitere Formel des BGH anzuwenden, „ob in dem Täter noch in größerem Umfang Entwicklungskräfte wirksam sind“ (BGHSt 36, 37, 40). Wegen der nach § 105 I Nr. 1 JGG vorzunehmenden Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit können Einzelmerkmale keine alleinige Beurteilungsbasis einer Entwicklungsdiagnose darstellen. Gleichwohl hat der BGH eine Tätigkeit als Zuhälter als durchschlagendes, weil eine „gewisse Selbstständigkeit“ belegendes Indiz dafür herangezogen, dass Entwicklungskräfte nicht mehr in größerem Umfang wirksam sind (BGH NSTz 2003, 495). Weil auch eine körperlich ausgereifte Entwicklung keinerlei Rückschlüsse auf eine adäquate charakterliche Entwicklung zulässt, stellen sich in diesem Bereich schwierige Erkenntnisprobleme.

b) Die „Marburger Richtlinien“

Eine Antwort auf die Erkenntnisprobleme versuchen die „Marburger Richtlinien“ aus dem Jahre 1954 (vgl. MschrKrim 38 [1955], 58 ff.) zu geben. Um ungleiche Rechtsanwendung bei der Begutachtung der Heranwachsendenpersönlichkeit zu vermeiden, haben Jugendpsychiater, -psychologen und Jugendrechtler diese im Prinzip auch heute noch gültigen Richtlinien vorgelegt. Danach wird, so die Marburger Richtlinien wörtlich,

„ein Heranwachsender einem Jugendlichen oft in seiner sittlichen und geistigen Entwicklung dann gleichzustellen sein, wenn seine Persönlichkeit insbesondere folgende Züge vermissen lässt: eine gewisse Lebensplanung, Fähigkeit zu selbständigem Urteilen, Fähigkeit zu selbständigem Ent-

scheiden, Fähigkeit zu zeitlich überschauendem Denken, Fähigkeit, Gefühlsurteile rational zu unterbauen, ernsthafte Einstellung zur Arbeit, gewisse Eigenständigkeit im Verhältnis zu anderen Menschen usw.

Charakteristische jugendtümliche Züge können unter anderem sein: ungenügende Ausformung der Persönlichkeit, Hilflosigkeit, die sich nicht selten hinter Trotz und Arroganz versteckt, naiv-vertrauensfähiges Verhalten, ... starke Anlehnungsbedürftigkeit, spielerische Einstellung zur Arbeit, Neigung zu Tagträumen, Hang zu abenteuerlichem Handeln, Hineinleben in selbstwerterhöhende Rollen, mangelnder Anschluss an Altersgenossen.

Zur Sicherung des diagnostischen Ergebnisses ist zusätzlich die Überlegung anzuraten, ob der Heranwachsende noch mit den Maßnahmen des Jugendgerichtsgesetzes, die auf die Formbarkeit des Jugendlichen abgestellt sind, zu fördern ist oder nicht“ (MschrKrim 38 [1955], 60).

c) Einzelfragen

Ist nach der vorzunehmenden Prognose im Tatzeitpunkt die Persönlichkeitsentwicklung des Heranwachsenden abgeschlossen, so geht die Rechtsprechung davon aus, dass Erwachsenenstrafrecht anzuwenden ist (BGH NStZ 2002, 204, 206). Das Schrifttum hält dem entgegen, dass im Aburteilungszeitpunkt die rückwirkende Prognose einer im Tatzeitpunkt zu erwartenden weiteren Persönlichkeitsentwicklung ohnehin nicht mit Sicherheit zu treffen sei. Daher stelle eine negative Entwicklungsprognose oftmals nur einen ex-post-Schluss aus der weiteren Nachtatentwicklung dar, dass schon zum Tatzeitpunkt keine die Anwendung von Jugendstrafrecht rechtfertigende Behandlungschance bestanden habe (*M. Walter* NStZ 2002, 208, 209); darüber hinaus ist die § 105 I Nr. 1

JGG zugrunde liegende Tatzeitbindung der Täterpersönlichkeit nur mit der Berücksichtigung einer infolge Unreife gemilderten Täterschuld erklärbar, so dass auch insoweit die Anwendung des im Regelfalle milderen Jugendstrafrecht angemessen wäre.

Bestehen Zweifel, ob zum Tatzeitpunkt eine Persönlichkeitsentwicklung möglich war bzw. gewesen wäre – etwa weil seit der Tat und der Aburteilung ein großer Zeitraum verstrichen ist –, so wendet die Rechtsprechung, weil sich dem Gesetz für solche Fälle keine Präferenz eines Strafrechtssystems entnehmen lässt, Jugendstrafrecht an; die nicht auszuschließenden Erziehungsbedürfnisse ließen sich über die Anwendung des Jugendstrafrechts besser erreichen (BGHSt 36, 37, 40; BGH NStZ 2002, 204, 206). Dasselbe Ergebnis erreichen andere in Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo (*Ostendorf* JGG, 8. Aufl. 2009, § 105 Rn. 24). Nach einer dritten Auffassung ist zu vergleichen, ob sich die jeweils zu verhängende Sanktion nach Erwachsenen- oder nach Jugendstrafrecht weniger belastend auswirkt (*Eisenberg* JGG § 105 Rn. 36a).

2. Die Jugendverfehlung (§ 105 I Nr. 2 JGG)

Gegenüber § 105 I Nr. 1 JGG stellt § 105 I Nr. 2 JGG eine Beweiserleichterung insofern dar, als hier auf die möglicherweise komplexe und kostspielige (Sachverständigengutachten!) Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit verzichtet werden kann. § 105 I Nr. 1 JGG ist persönlichkeits- und täterorientiert, § 105 I Nr. 2 JGG tatorientiert. Aus Gründen der Arbeitsökonomie prüft die Praxis regelmäßig zuerst § 105 I Nr. 2 JGG und wendet sich § 105 I Nr. 1 JGG erst zu, wenn die Voraussetzungen der Nr. 2 nicht einschlägig sind. Damit ist aber kein Stufenverhältnis beschrieben; beide Normen können sich überschneiden.

Auch wenn der Gesetzgeber bei der Verwendung des Begriffs der Jugendverfehlung nur an leichte Straftaten gedacht hatte, hat sich die Einsicht durchgesetzt, dass auch schwere Straftaten Jugendverfehlungen sein können, solange sie „aus den Antriebskräften der Entwicklung entspringende Entgleisungen“ sind (BGHSt 8, 90, 92). Maßgebend dafür sind die Tatumstände und die Beweggründe des Täters; soweit diese auf mangelndem Widerstandsvermögen, den Lockungen einer plötzlichen Versuchung, Herdentrieb, falsch verstandener Kameradschaft oder unüberlegter Abenteuerlust beruhe, liege die Anwendung von § 105 I Nr. 2 JGG nahe. Weitere in der Rechtsprechung verwendete Formeln stellen ab auf „jugendlichen Leichtsinn, Unüberlegtheit oder soziale Unreife“ (BGH NStZ 2001, 102) oder einen sich in der Tat offenbarenden „Mangel an Ausgeglichenheit, Besonnenheit und Hemmungsvermögen“ (BGH NStZ 1986, 549, 550). Beispielhaft für zur Tat drängende Motive bzw. Haltungen stehen „unreifes Imponiergehabe“ oder „Abenteuerlust“. Beispiele für typische Jugendverfehlungen sind die Begehung von Raubdelikten, um sich in einer bestimmten (z.B. gangtypischen) Weise zu kleiden („Abziehen“), die Entwendung von Kraftfahrzeugen ohne materielle Motivation nach § 248b StGB („joyriding“), Ladendiebstähle als Mutprobe und Graffiti-straftaten.

Trotz dieser sich in der Rechtsprechung herausgebildet habenden Fallgruppen wird bezweifelt, dass es echte Jugendverfehlungen überhaupt gibt, weil auch bei vielen Erwachsenen Kriminalität maßgeblich durch scheinbar jugendtypische Motive bzw. Haltungen wie Impulsivität, Abenteuerlust, Verführung etc. gekennzeichnet ist. Die Rechtsprechung hat darauf mit der – wenig hilfreichen – Aussage reagiert, eine Jugendverfehlung sei nicht deshalb ausgeschlossen, dass auch Erwachsene Straftaten der fraglichen Art begehen (BGH NStZ 2001, 102).

3. Die Folgen der Anwendung materiellen Jugendstrafrechts auf Heranwachsende

Wird materielles Jugendstrafrecht angewendet – hierüber ist übrigens eine Absprache („deal“) unzulässig (BGH NStZ 2001, 555 m. zust. Anm. *Eisenberg* NStZ 2001, 556) –, so sind Zuchtmittel und Jugendstrafe wie gegen Jugendliche verhängbar, unter den Erziehungsmaßregeln aber nur Weisungen (§§ 105 I 1, 9 Nr. 1, 10 JGG). Nicht verhängbar sind bei Heranwachsenden Erziehungsbeistandschaft und Heimerziehung, da sie bereits volljährig sind.

§ 105 III JGG gab lange Zeit für alle Taten Heranwachsender einen einheitlichen Jugendstrafrahmen von 6 Monaten bis zu zehn Jahren Jugendstrafe vor (ein Strafrahmen, der bei Jugendlichen freilich nur für besonders schwere Verbrechen offensteht, vgl. § 18 I 2 JGG). Durch das „Gesetz zur Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten“ vom 4.9.2012 (BGBl. I S. 1854) ist ein lange verfolgtes Vorhaben der damaligen schwarz-gelben Bundesregierung realisiert worden und § 105 III JGG um einen Satz 2 ergänzt worden, der die Höchstgrenze der Jugendstrafe für einen durch einen Heranwachsenden begangenen Mord bei besonderer Schwere der Schuld auf fünfzehn Jahre anhebt. Die amtliche Begründung dieser Verschärfung erschöpft sich dabei in der Aussage, dass auch das Jugendstrafrecht dem Ausmaß einer besonders schweren Schuld Rechnung tragen müsse und das bisherige Höchstmaß von Teilen der Öffentlichkeit und der Kriminalpolitik als unzureichend angesehen werde. Auch aufgrund einer solch vagen Rechtfertigung erfährt die Reform des § 105 III JGG harsche und anhaltende Kritik von Seiten des Deutschen Richterbundes und des wissenschaftlichen Schrifttums. Ihr wird vorgeworfen, dass sie sich auf eine steigende Kriminalitätsfurcht in der Bevölkerung stütze, die nach Erkenntnissen der kriminologischen Forschung nicht mehr in diesem Ausmaß vorhanden sei. Vor dem Hintergrund des Erziehungsgedankens, der tatsächlich stagnierenden bis rückläufigen Entwicklung jugendlicher Gewaltkriminalität sowie der

empirisch belegten generalpräventiven Nutzlosigkeit von Strafverschärfungen könne indes eine solche Verschärfung nur als „symbolische Gesetzgebung“ bewertet werden. Schließlich wird befürchtet, dass die Anhebung der Strafobergrenze für die schwerste Deliktskategorie die Strafmaße in den anderen Deliktskategorien unvermeidlich nach oben „nachrücken“ lasse und so die gesellschaftliche Einschätzung dessen, was für Strafen für junge Menschen schuldangemessen seien, verändert würde (siehe *Swoboda* ZStW 125 [2013], 86, 89 f.). *Swoboda* vermutet gar, dass die Verschärfung im Zusammenhang mit der durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts erzwungenen Neuregelung der Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht (siehe § 7 II JGG) stünde und dem Zweck diene, Heranwachsende, die vom Raster der Sicherungsverwahrung nun nicht mehr erfasst werden könnten, in einer mit Art. 5 I lit a) EMRK gut zu vereinbarenden Weise auf längere Zeit unschädlich zu machen (*Swoboda* a.a.O. S. 88).

Literaturhinweise:

Allgemein zur Anwendung des materiellen Jugendstrafrechts

Streng § 3 und § 4

Zur Anwendung des materiellen Jugendstrafrechts auf Heranwachsende

M. Walter NStZ 2002, 208 f.

Zur Reform des § 105 III JGG und der Anhebung der Höchstgrenze bei Mord

Swoboda ZStW 125 (2013), 86-111

Schlagwörter zur Wiederholung:

- I. Strafrechtliche Verantwortlichkeit Jugendlicher
- II. Was geschieht bei fehlender strafrechtlicher Verantwortlichkeit?
- III. Verhältnis des § 3 JGG zu § 17 StGB und zu §§ 20, 21 StGB
- IV. Wann ist auf einen Heranwachsenden materielles Jugendstrafrecht anzuwenden?