

- Vermeidung von Mehrfachvernehmungen durch Anfertigung und Verwertung von Vernehmungsaufzeichnungen (§§ 58a, 255a StPO) und durch Ausschaltung der Berufungsinanz (§ 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG)	- Keine. Anstelle von § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG gilt aber § 41 Abs. 1 Nr. 4 JGG. ⁶⁵
- schonende Urteilsverkündung (§ 268 Abs. 2 StPO)	- Keine
- Schutz des Schamgefühls bei körperlichen Untersuchungen (§ 81d StPO)	- Keine

65 Beide Vorschriften sind indes verfassungsrechtlich bedenklich (vgl. *Eisenberg*, JGG, § 40 Rn. 4, § 41 Rn. 7a). Sie im Übrigen auch KG NStZ-RR 2018, 91, 92: Die Vermeidung mehrfacher Vernehmungen könne für die an sich kontraindizierte Verbindung von Strafsachen gegen jugendliche/heranwachsende und erwachsene Angeklagte i.S.v. § 103 Abs. 1 JGG sprechen.

Prof. Dr. Sabine Swoboda

DER ERZIEHUNGSGEDANKE UNTER DRUCK

DISKUSSIONEN ÜBER DEN ERZIEHUNGSGEDANKEN UND SEINE ANWENDUNG AUF ERWACHSENE, ÜBER DIE JUGENDSTRAFE WEGEN SCHWERER DER SCHULD DEN MECHANISMUS DES § 105 ABS. 1 JGG UND DIE ÜBER ZEHNJÄHRIGE JUGENDSTRAFE IN § 105 ABS. 3 S. 2 JGG

I. EINFÜHRUNG

Dieses Referat fokussiert auf grundlegende Aspekte im Spannungsverhältnis von Erziehung und Strafe. Zentraler Punkt ist das gegenläufige Wirken der Kräfte von ›Erziehung‹ und ›Strafe‹. Strafe meint dabei Schuldstrafe, und Schuld wiederum meint Vergeltungsschuld. Es geht also auf der einen Seite um die Schuldstrafe als Ausdruck eines angemessenen Maßes an vergeltender, sühnender Strafe, insgesamt um Strafe als Ausdruck der Idee von Vergeltung und, damit eng verbunden, auch der Idee der positiven Generalprävention (letztere ist im Jugendstrafrecht übrigens zulässig – anders als die dort absolut untersagte negative Generalprävention).¹ Auf der anderen Seite geht es um ein Verständnis von Erziehung, das etwas weiter gefasst ist als das, was man momentan in der Rechtsprechung als Erziehungsidee findet. ›Erziehung‹ bündelt alle Ideen, die darauf abzielen, dem Gedanken von Schuld und Vergeltung (also dem ›Gegenpol‹ im Spannungsfeld zwischen Schuld und Erziehung) Kräfte entgegenzusetzen, die von der Schuldstrafe weg zu individualisierenden, mildernden, erzieherischen oder zumindest individualfördernden ausgerichteten Sanktionsformen hinführen.

¹ Wie genau positive Generalprävention im JGG zu behandeln ist, ist umstritten. Z.T. wird das Ziel als unzulässig betrachtet, zugleich aber auch zugegeben, dass einzelne positiv-generalpräventive Aspekte nicht von der Idee der Vergeltung zu trennen sind; MüKo/Radtke, JGG, 3. Auflage, 2017, § 18 Rn. 20, 21; die inzwischen überwiegende Meinung in der Lehrbuchliteratur ist aber wohl, dass positive Generalprävention aufgrund ihrer untrennbaren Verbindung mit dem Vergeltungsgedanken auch im JGG zulässiges Strafziel ist; *Schaffstein/Beulke/Swoboda*, Jugendstrafrecht, 15. Auflage, 2015, Rn. 134; Kaspar FS Schöch, 2010, 209, S. 223.

Die Idee des Spannungsfelds beinhaltet natürlich, dass beide Antagonisten ›Erziehung‹ und ›Schuld‹ in der Idee gleich starke Kräfte entfalten, aber dass an bestimmten Orten im Spannungsfeld die eine oder die andere Seite mit ihren Kräften dominiert. Aber in letzter Zeit wurde insbesondere die Schuldidee von Gesetzgeber und Rechtsprechung zunehmend so mit Bedeutung aufgeladen, dass sie ihren Widersacher bzw. ihren konzeptionellen Gegenpol, den Erziehungsgedanken, dauerhaft schwächen kann.

Das ist einerseits generell der Komplex der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld nach § 17 Abs. 2 JGG und insbesondere alles, was mit der seit 2013 geltenden Regelung des § 105 Abs. 3 S. 2 JGG zu tun hat, der über zehnjährigen Jugendstrafe, die gegen einen Heranwachsenden verhängt werden kann, der einen Mord bei besonderer Schwere der Schuld begangen hat. Die Rechtsprechung überlegt zudem seit einiger Zeit, bei Personen, die zum Aburteilungszeitpunkt nicht mehr erziehungsfähig oder aufgrund einer Aburteilung im Erwachsenenalter auch gar nicht mehr erziehungsbedürftig sind, gar nicht mehr nach erzieherischen Gesichtspunkten zu sanktionieren; und zuletzt geht es um Missverständnisse, die sich hartnäckig mit Blick auf die Anwendung von Jugendstrafrecht auf Heranwachsende nach § 105 Abs. 1 JGG halten.

Um es gleich vorwegzunehmen, bei der Rechtsprechung zu § 17 JGG und zu den Erziehungszuschlägen, die gleich im Anschluss an den theoretischen Vorspann besprochen wird, halte ich die Einzelfal- lergesultate für sehr gut vertretbar. Nur war es aus meiner Sicht für diese Ergebnisse nicht notwendig, mit dem Erziehungsgedanken zu brechen, nicht einmal nur bereichsweise und schon gar nicht deswegen, weil die Täter im Aburteilungszeitpunkt bereits erwachsen waren. Die Rechtsprechung fällt hier aus meiner Sicht unnötig ihrem eigenen sehr reduzierten Verständnis von Erziehung zum Opfer. Was dann konkret die über zehnjährige Jugendstrafe gegen Heranwachsende bei Mord bei besonderer Schwere der Schuld angeht, so halte ich diese Regelung für verfassungswidrig. Sie ist mit dem Erziehungsgedanken nicht vereinbar.² Sie ist in sich widersprüchlich, weil ein jugendstrafrechtlicher Begriff der »besonderen Schwere der Schuld«

² *Beulke*, Streng-FS, 2017, S. 403, S. 413; vgl. ferner *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 105 Rn. 39c; tendenziell auch *Ostendorf* in: *Ostendorf*, JGG, 10. Auflage, 2016, § 105 Rn. 32a.

überhaupt nicht definierbar ist und die gesetzgeberische Verweisung auf § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB fehlt;³ außerdem scheidet die Norm an ihrer seltsamen Konzentration auf den Mordtatbestand. Wenn, dann hätten hierin alle mit ausschließlich lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohten Straftaten erfasst werden müssen.⁴

II. KONZEPTE FÜR DEN ERZIEHUNGSGEDANKEN

Eine schöne knappe Zusammenfassung der existierenden Konzepte für den Erziehungsgedanken aus § 2 Abs. 1 S. 2 JGG findet man in der MüKo-Kommentierung von *Christian Laue*.⁵ Aufgezählt werden:

- *Pieplows* rein funktionales Verständnis des Begriffs mit »Erziehung als Chiffre«. Der Erziehungsbegriff sollte nach *Pieplow* ursprünglich dazu dienen, bei der Herausbildung eines eigenständigen Jugendstrafrechts Anfang des 20. Jahrhunderts die Forderungen der modernen Strafrechtsschule durchsetzen zu können.⁶ Er war damit ›Sammelbegriff‹ für all die Ideen, die sich für die Forderung nach einer Abkehr von Strafe als Reaktion auf Jugendkriminalität zusammenschließen. Strafe soll »subsidiär« oder zumindest da, wo sie sein muss, »erträglich« gemacht werden. ›Erziehung‹ war insbesondere nicht aufgeladen mit pädagogischen Erziehungskonzepten, also nicht aufgeladen mit dem, was jeweils von den Zeitgenossen unter Erziehung verstanden wurde, sondern schlicht und einfach das Gegenkonzept zum Ideal der Strafe.⁷ Dazu braucht es einen Erziehungsbegriff, der als Anta-

³ *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 105 Rn. 39c; *Laue* NSStZ 2016, 687; *Beukelmann/Leipold* NJWSpezial 2016, S. 536; a. A. BGH NJW 2016, 2674.

⁴ Dies wären zum Beispiel Taten nach § 212 Abs. 2 StGB oder Völkerstrafrechtsverbrechen nach § 6 Abs. 1 (insbesondere Tötungen als Völkermord nach § 6 Abs. 1 Nr. 1) VStGB und Tötungen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen nach §§ 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB.

⁵ MüKo/*Laue*, JGG, 2. Auflage, 2017, § 2 JGG Rn. 3; eine weitere Auflistung möglicher Erziehungskonzepte findet man bei *Petersen*, Sanktionsmaßstäbe im Jugendstrafrecht, 2008, S. 40f.; *Budelmann*, Hannes, Jugendstrafrecht für Erwachsene? 2005, S. 15-27

⁶ Zum historischen Aspekt krit. *Grünwald*, NSStZ 2002, 452, S. 453f.; *dies.*, Die De-Individualisierung des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht, 2003, 113ff., S. 130f.; *Kurzberg*, ZJJ 2011, S. 181f.

⁷ Historisch war der Erziehungsbegriff wohl nie so leer, wie *Pieplow* es erhofft hat, vgl. *Grünwald*, 2003 (Fn. 6), S. 130f.; *dies.* 2002 (Fn. 6), S. 453f.; *Kurzberg*, 2011 (Fn. 6), S. 181f., aber historischer Ballast hindert nicht daran, das Konzept der Erziehung heute als reines Gegenspielerkonzept zu verfolgen.

gonist im Spannungsfeld wirkt, und damit einen ganz minimalistischen Erziehungsbegriff, der seine ganze Energie aus Kräften zieht, die sich vom Ideal der Strafe ablösen.⁸

- Ein ähnliches Verständnis entwickeln auch die Erziehungskonzepte, die in den Begriff der Erziehung vor allem eine Begrenzungsfunktion für Normsetzung und Normanwendung hineinlesen⁹ bzw. die darin das Prinzip der Suche nach kompensatorischen oder jedenfalls anderen Formen der Tatbewältigung suchen, unter Minimierung staatlicher (Straf-)Eingriffe.¹⁰
- Nach dem in der Literatur einflussreichen Konzept von *Grunewald* ist der Erziehungsgedanke funktional als individualisierendes Interventionskriterium zu verstehen: »Erziehung dient als Leitprinzip, um dem täterbezogenen Jugendstrafrecht individuell ausgerichtete Reaktionen zu ermöglichen, die an den Bedürfnissen und Defiziten des jugendlichen Straftäters orientiert sind.«¹¹
- Es gibt Erziehungsverständnisse, die pädagogische oder allgemeine straf- oder verfahrensrechtlichen Inhalte übernehmen,¹² z.B. das umstrittene (und von mir nicht vertretene)¹³ generelle Verbot der Schlechterstellung jugendlicher Straftäter gegenüber Erwachsenen,¹⁴ das Gebot schonender Maßnahmen bis hin zum Ahndungsverzicht und die Vermittlung von zur Legalbewährung unerlässlichen Werten.¹⁵
- Teilweise wird Erziehung mit jugendadäquater Spezialprävention gleichgesetzt,¹⁶ Erziehung also als der »Weg

8 *Pieplow*, in: *Walter* (Hrsg.), Beiträge zur Erziehung im Kriminalrecht, 1989, 5, S. 15f.; *Swoboda*, ZSRW 125 (2013), 86, S. 92; zum Konzept des »Erträglichmachens« von Sanktionen s. auch *Schaffstein*, Festschrift für Heinitz, 1972, 461, S. 463f.

9 *Heinz*, in: *Wolff/Marek* (Hrsg.), Erziehung und Strafe, 1990, S. 41

10 *Walter*, in: *Walter* (Hrsg.), Beiträge zur Erziehung im Jugendkriminalrecht, 1989, 59, S. 89

11 *Grunewald* 2002 (Fn. 6), S. 452

12 Zur Anbindung an pädagogische Konzepte und Methoden s. *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 2 Rn. 5 ff.; krit. *Walter*, 1989 (Fn. 19), S. 75

13 *Schaffstein/Beulke/Swoboda*, Jugendstrafrecht, 15. Auflage, 2015, Rn. 575

14 *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 2 Rn. 5ff.

15 MüKo/Laue, JGG 2. Auflage, 2017, § 2 JGG Rn. 3

16 *Brunner/Dölling*, 13. Auflage, 2017, Einf. II Rn. 86; *Ostendorf*, in: *Ostendorf*, 10. Auflage, 2016, Grdl. z. §§ 1 und 2 Rn. 4

zur Spezialprävention« konstruiert. Es kann sein, dass damit die Aspekte von Ziel und Mittel unzulässig vermischt werden. Immerhin differenziert § 2 Abs. 1 JGG in S. 1 zwischen dem Ziel der Spezialprävention und in S. 2 zwischen den Maßnahmen, die zu diesem Ziel führen und die alle am Erziehungsgedanken zu orientieren sind.¹⁷ Andererseits muss man aber zugeben, dass sich Erziehung als Weg zur Zielerreichung nur schwer vom Ziel der Legalprävention trennen lässt, denn die Vermischung oder jedenfalls automatische Verbindung der Begriffe Erziehung und Spezialprävention ist im Grunde im System angelegt.¹⁸ Immerhin betrifft die Erziehungskomponente gerade auch die Person, die ihr Verhalten aufgrund erzieherischer Einwirkung so verändern soll, dass sie das gewünschte Ziel Legalbewährung erreicht.¹⁹ Diese, das Ziel und den Weg vermischenden, Konzepte sind auch sehr stark kriminologisch geprägt, insbesondere in ihrer Verarbeitung der kriminologischen Feststellung, dass die große Mehrzahl der wegen Straftaten vom Jugendstrafrecht erfassten jungen Menschen gar keine Erziehungsdefizite haben, dass Kriminalität in diesen jugendlichen Entwicklungsstadien normal, dass sie auch ubiquitär und daher das vom Jugendstrafrecht eröffnete staatliche Recht zu erziehen ohnehin verfassungsrechtlich zu begrenzen ist.²⁰ Deswegen sollte der Erziehungsgedanke möglichst durch helfende und unterstützende Sanktionen mit Ziel der positiven Individualprävention umgesetzt werden und nur sehr begrenzt in Form des Gedankens einer »Erziehung durch Strafe«.²¹ Erziehung kann insoweit dann auch sein, gar nichts zu tun. Das Verfahren z.B. folgenlos einzustellen.

- *Laue* selbst versteht Erziehung als Weg oder Prozess der Vermittlung von Fähigkeiten, Werten und Einsichten, die eine

17 MüKo/Laue, JGG 2. Auflage, 2017, § 2 JGG Rn. 3; *Ostendorf*, in: *Ostendorf*, 10. Auflage, 2016, § 2 Rn. 5

18 Vgl. dazu die Konzepte, die bei *Petersen*, Sanktionsmaßstäbe im Jugendstrafrecht, 2008, S. 40ff., wiedergegeben werden.

19 *Brunner/Dölling*, 13. Auflage, 2017, Einf. II Rn. 86

20 *Ostendorf*, in: *Ostendorf*, 10. Auflage, 2016, Grdl. z. §§ 1 und 2 Rn. 4, § 2 Rn. 5

21 *Ostendorf*, in: *Ostendorf*, 10. Auflage, 2016, § 2 Rn. 5

gelungene Sozialisation befördern.²²

Die meisten dieser Begriffe bündeln einen weit gefächerten Strauß von Ideen, wie durch den Erziehungsgedanken die Sanktionierung oder das Verfahren gegen Jugendliche anders als im Erwachsenenrecht verfahren werden könnte, wie Strafe subsidiär oder die Reaktion des Staates stärker an den individuellen Reifedefiziten bzw. an der angestrebten Persönlichkeitsentwicklung des konkret Betroffenen ausgerichtet oder insgesamt einfach nur fördernd und helfend eingesetzt werden könnten.²³

Persönlich neige ich dem Erziehungsbegriff zu, den *Pieplow* in die Diskussion hineingebracht hat, also der Idee von Erziehung als »Chiffre« für alle Gedanken und Kräfte, die weg vom Pol der (Schuld-)Strafe führen und darauf abzielen, Strafe subsidiär oder jedenfalls erträglich zu machen. Ob dieses Bild vom Spannungsfeld mit gegenläufigen Kräftewirkungen den Urhebern des JGG vorschwebte, wie *Pieplow* es beschreibt, weiß ich nicht.²⁴ Das JGG behandelt die Ideale von Erziehung und Strafe an keiner Stelle eindeutig als gegenüberliegende Pole. Manchmal scheinen Normen, z.B. die Regelungen zu den nachträglich ins JGG eingefügten Zuchtmitteln, auch davon auszugehen, dass Strafidéal und Erziehungsidee parallel zueinander verwirklicht werden könnten.

Dennoch ist offensichtlich, dass Strafidéal und Erziehung in der Regel nicht parallel zueinander verwirklicht werden können, denn manche Sanktionen des Jugendstrafrechts sind unter Erziehungsgesichtspunkten direkt schädlich. Bspw. machen langjährige Jugendstrafen zwar unter Vergeltungs- oder positiv-generalpräventiven Aspekten Sinn, aber jede nur denkbare Erziehungswirkung des Vollzugs wird spätestens nach vier Jahren von den Deprivationswirkungen des Strafvollzugs überlagert.²⁵ Überzeugt hat mich vielmehr das Argument, dass

ein Erziehungsbegriff mit kriminalpolitischer Stoßkraft auf jeden Fall von pädagogischen oder straf- und strafverfahrensrechtlichen Inhalten eigenständig und unabhängig sein muss;²⁶ und dafür bietet es sich an, das schon lange anerkannte Bild eines Spannungsfeldes zwischen Erziehung und Strafe wörtlich zu nehmen und eben als Spannungsfeld zwischen entgegengesetzt wirkenden Polen zu konstruieren.

Die Rechtsprechung scheint – ohne den Erziehungsbegriff jemals wirklich für sich definiert zu haben – dagegen von einem sehr viel engeren, ausschließlich als Eingriff konzipierten Erziehungsverständnis auszugehen. Vielfach erscheint der Erziehungsgedanke konkret mit der erzieherisch begründeten Maßnahme verwechselt zu werden, die nach dem JGG wegen der Straftat angeordnet wird. D.h. abstrakter Gedanke und konkreter Eingriff werden gedanklich und begrifflich nicht klar getrennt, was natürlich am Ende zu einer fragwürdigen Reduktion des abstrakten Erziehungsgedankens auf einen Kern von Eingriffsmaßnahmen führt, die der Richter nach dem Individualisierungsgebot des JGG konkret auf den Probanden und seine individuellen Erziehungsdefizite abzustimmen versucht.

Dieses Individualisieren von Eingriffen ist sicherlich ein zentraler Aspekt des Erziehungsprinzips. Man sollte diesen Aspekt aber aus meiner Sicht nicht so verabsolutieren, dass neben der Idee eines persönlichkeitsverändernden Eingriffs kein weiterer erzieherischer Gedanke, wie z.B. das Erträglichmachen von Strafe oder die Idee, gegen Jugendliche generell mit mildereren, ausgleichenden Sanktionen oder aus erzieherischen Gründen auch einfach gar nicht (d.h. mit Diversion) vorzugehen, übrigbleibt. Diese Reduktion des Erziehungsgedankens auf einen Kern von Erziehung als Eingriff, als (repressive) Reaktion auf individuelle Entwicklungsdefizite, bringt die Rechtsprechung nämlich in die widrige Lage, die Anwendung des Erziehungsgedankens auf bestimmte Personen ablehnen zu müssen; obwohl § 2 Abs. 1 JGG im Anwendungsbereich des Jugendstrafrechts keine Personen- oder Bereichsausnahmen für den Erziehungsgedanken kennt. Probleme bereiten dann insbesondere Personen, auf deren Persönlichkeitsentwicklung man gar keinen Einfluss mehr nehmen kann oder darf oder auch nicht mehr nehmen muss, die berühmten »Erziehungsunfähigen« oder die

22 MüKo/Laue, JGG 2. Auflage, 2017, § 2 JGG Rn. 3; Brunner/Dölling, 13. Auflage, 2017, § 2 Rn. 2; offenbar auch Budelmann, 2005 (Fn. 5), S. 22-24

23 Wolf, Strafe und Erziehung nach dem JGG, 1985, S. 177; Grunewald, 2003 (Fn. 6), S. 22, 266; Brunner/Dölling, 13. Auflage, 2017, Einf. II Rn. 86

24 Abl. Kurzberg, Benjamin, Jugendstrafe aufgrund schwerer Kriminalität, 2009, S. 73 ff.; Budelmann, 2005 (Fn. 5), S. 17f.; Grunewald, 2002 (Fn. 6), S. 453; dazu im Einzelnen Swoboda, ZStW 125 (2013), 86, S. 96ff. m.w.N.

25 Streng, GA 1984, 149, 150, 154; HK-JGG/Laue, 2. Auflage, 2014, § 17 Rn. 28, § 18 Rn. 6; BGH

26 Walter, 1989 (Fn. 10), S. 75

aufgrund späterer Reifentwicklung längst nicht mehr »Erziehungsbedürftigen«, insgesamt also die Personengruppe, die der Rechtsprechung momentan solche Probleme bereitet, dass sie bereichsweise mit dem Erziehungsgedanken ganz brechen will.²⁷

Als Ursache für dieses reduzierte Erziehungsverständnis in der Rechtsprechung sehe ich die »Kongruenzthese« an, mit der die Rechtsprechung bis heute noch vertritt, dass sich Erziehungs- und Strafziele in der Regel gleichermaßen, sozusagen parallel realisieren zueinander ließen.²⁸ Das Problem ist aber: Wer Erziehung und Strafe für austauschbar hält oder gemäß der Idee einer »Erziehung durch Strafe« als parallel zueinander wirkende Kräfte auffasst, für den ist im Grunde jede im JGG verfügbare Sanktionsform gleich geeignet, um auf die Straftat eines jugendlichen Probanden zu reagieren. Der einzige Leitmaßstab für die Sanktionierung ist dann nur das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgebot. In den Grenzen der Verhältnismäßigkeit sind Strafe und Erziehung, überhaupt alle verhältnismäßigen Reaktionsformen austauschbar. Ihren Ursprung hat die Kongruenzthese bei der Bemessung der Jugendstrafe in § 18 Abs. 2 JGG – und gerade dort hat sie besonders befremdliche Wirkungen: Durch die Kongruenzthese werden die Gerichte bei der Bemessung der Jugendschuldstrafe gezwungen, selbst langjährige Jugendschuldstrafen als »erziehungserforderlich«, d.h. als dem »Wohl« und der Reifeentwicklung des Jugendlichen dienend zu umschreiben, ein Vorgang, der in der Literatur zutreffend als »sprachlicher Kunstgriff« bemängelt wurde und nur verbirgt, dass zwischen (langjähriger) Jugendstrafe und Erziehungsgedanken ein nicht auflösbarer Grundsatzkonflikt herrscht. Der Kunstgriff wirkt zudem unehrlich, weil damit dem Betroffenen eine Schuldstrafe, deren Länge eigentlich durch die Strafbedürfnisse der Allgemeinheit (Vergeltungsbedürfnissen) bestimmt wird, zugleich als erzieherische Maßnahme untergeschoben wird, durch die er Zeit und Gelegenheit erhalten soll, die zur persönlichen Unrechtsverarbeitung

27 BGH NS_TZ 2013, 658; BGH NS_TZ 2016, 101; LG Ravensburg NS_TZ -RR 2017, 227 (228); ebenso MüKoStGB/Radtke, JGG, 3. Auflage, 2017, § 17 Rn. 60; HK-JGG/Laue, 2. Auflage 2014, § 17, Rn. 28ff. Zur Aufhebung eines Urteils, bei dem die aufgrund Schuldschwere gebotene Jugendschuldstrafe nicht auch hinreichend erzieherisch begründet war s. BGH, Beschluss vom 22.01. 2014, 5 StR 555/13 = HRRS 2014 Nr. 347.

28 BGH StV 1982, 335 (336); BGH NS_TZ 1982, 332; BGH NS_TZ-RR 2010, 290 (291); in der Literatur z. B. noch vertreten von Kaspar, Schöch-FS, 2010, 209, S. 219f.

für erforderlich gehaltene »Sühne« zu leisten.²⁹

Abgesehen davon, dass inzwischen auch die Rechtsprechung mit dieser »praktischen Harmonisierung der Strafzwecke«³⁰ hadert und das Erfordernis, eine Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld zugleich als erzieherisch notwendig darzustellen, mehr und mehr anzweifelt,³¹ stellt sich mit der Parallelschaltung von Strafe und Erziehung das sogleich zu besprechende Dilemma, dass es Täter gibt, deren Verbrechen zwar zum Zwecke des gerechten Schuldausgleichs bestraft werden müssen, die aber persönlich nicht erzogen werden brauchen oder auch gar nicht (mehr) erzogen werden können.³² Und gerade deswegen ist daran zu erinnern, dass Erziehung ein in sich widersprüchliches Konzept ist. Auf der einen Seite zielen Erziehungseingriffe immer auf Persönlichkeitsveränderung ab, d.h. sie haben Eingriffscharakter und sind damit verfassungsrechtlich ein Sachverhalt, der in die Abwehrdimension der Grundrechte fällt. Andererseits ist Erziehung aber auch Leistung und Chance. Sie eröffnet die Möglichkeit zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben im Rahmen der von der Gesellschaft vorgegebenen Regeln. Damit ist Erziehung auch ein Sachverhalt, der in die Leistungs- und Schutzdimension der Grundrechte fällt. Nicht umsonst hat der Staat nach Art. 6 Abs. 2 GG die Mindeststandards zu garantieren, damit der junge Mensch überhaupt eine Chance zur Persönlichkeitsentfaltung innerhalb der Gesellschaft erhält.³³ Erziehung ist insoweit nicht nur Persönlichkeitsveränderung, sondern auch unerlässliche Basis für die freie Persönlichkeitsentfaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. In verfassungsrechtliche Prüfungsdimensionen übersetzt gibt es

29 Streng, ZStW 106 (1994), S. 60 (66 ff., 71 ff., 77); Streng, StV 1998, 336, S. 337ff.; Streng, Jugendstrafrecht, 4. Auflage, 2016, Rn. 436 f.; Eisenberg, JGG, 19. Auflage, 2017, § 17 Rn. 35; Überblick über die kritischen Stimmen bei Swoboda, 2013 (Fn. 24), S. 106ff.

30 Bruns, StV 1982, 592, S. 594

31 Dies vor allem bei der Verhängung der Jugendschuldstrafe, aber auch bei ihrer Bemessung verändert sich der Umgang mit dem Gedanken von Erziehungsbedürftigkeit und Erziehungsfähigkeit; vgl. den Rechtsprechungsüberblick bei Müko/Radtke, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 53 f.; für eine weitere Rechtsprechungsübersicht Eisenberg, JGG, 19. Auflage, 2017, § 17 Rn. 34 ff.; Streng, Jugendstrafrecht, 4. Auflage, 2016, Rn. 438

32 Zu diesen Überlegungen s. das *obiter dictum* bei BGH NS_TZ 2013, 658; BGH NS_TZ 2016, 101; inzident auch BGH, NS_TZ -RR 2017, 231; LG Ravensburg, NS_TZ -RR 2017, 227 (228); MüKoStGB/Radtke, JGG, 3. Auflage, 2017, § 17 Rn. 60; HK-JGG/Laue, 2. Auflage 2014, § 17, Rn. 28ff.

33 Budelmann, 2005 (Fn. 5), S. 35

für junge Menschen damit nicht nur den Anspruch, vom Staat in Ruhe gelassen zu werden, es gibt auch einen gegenläufigen verfassungsrechtlichen Anspruch, erzogen zu werden.

Dieser Widerspruch, der Erziehung ist, wird in der Rechtsprechung übersehen. Sobald man aber Erziehung auch in der Leistungs- und Schutzdimension berücksichtigt, wird es verfassungsrechtlich zulässig, Erziehung auch Personen anzubieten, die eigentlich nicht mehr staatlich zu erziehen sind, also Erwachsenen. Mit Einverständnis der Betroffenen sind sogar eingriffsintensive Maßnahmen anwendbar. Will man nun diese anderen verfassungsrechtlichen Dimensionen von Erziehung (*Schutz und Leistung*) mit ins Jugendstrafrecht hineinbringen, dann muss der Erziehungsgedanke aber inhaltlich reichhaltiger werden, als in der Rechtsprechung momentan vertreten. Mit dem in diesem Beitrag vertretenen, weitgehend leeren Erziehungsbegriff, kann man z.B. den Gedanken des »Erträglich Machens«³⁴ oder der jugendadäquat-individualisierenden Sanktionsauswahl ins Feld führen. Diese Gedanken greifen auch bei Erwachsenen, ohne die Belange des Schuldausgleichs, die bei der Jugendschuldstrafe immer vorrangig sind,³⁵ beiseite zu schieben.³⁶

III. DER ERZIEHUNGSGEDANKE UNTER DRUCK – TENDENZEN IN RECHTSPRECHUNG UND GESETZGEBUNG

1. Die Diskussion um einen Bruch mit dem Erziehungsgedanken in bestimmten Bereichen

Auf der Basis dieses Erziehungsgedankens ist die nachfolgend geschilderte Tendenz in der Rechtsprechung des 1. und des 3. Strafsenats des BGH, in bestimmten jugendstrafrechtlichen Anwendungsbereichen entgegen der Anordnung aus § 2 Abs. 1 S. 1 JGG vollständig mit dem Erziehungsgedanken brechen zu wollen, eine völlig

³⁴ Pieplow, 1989 (Fn. 8), S. 15ff.

³⁵ Zum Vorrang des Schuldausgleichs Brunner/Dölling, JGG, 13. Auflage, 2017, § 17 Rn. 27; Schaffstein/Beulke/Swoboda, Jugendstrafrecht, 15. Auflage, 2015, Rn. 458; Müko/Radtke, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 61

³⁶ In eine ähnliche Richtung geht die Überlegungen von Schöch in Meier/Rössner/Schöch, Jugendstrafrecht, 3. Auflage, 2014, § 11 Rn. 16, dass der Erziehungsgedanke am Extrempol der Schwere der Schuld vorrangig dazu dient, die »Schwere der Schuld« eng auszulegen.

unnötige, weil vom Erziehungskonzept des JGG gar nicht geforderte Reaktion. Es würde genügen zu sagen, dass der Erziehungsgedanke am Extrempol der Schuldstrafe im Spannungsfeld nur noch wenig Kraft entfaltet, dass von ihm nur noch der Gedanke der flexiblen jugendadäquaten Individualisierung der Strafe oder die Idee des »Erträglichmachens« übrigbleibt oder – wenn man an die Überlegungen bei Schöch anknüpft – der Gedanke, dass die »Schwere der Schuld« im Hinblick auf den Erziehungsgedanken eng auszulegen ist.³⁷ Das überschneidet sich dann ohnehin weitgehend mit dem für die Bemessung der jugendlichen Täterschuld geltenden Forderung, die Schuld bei jungen Tätern jugendspezifisch zu bestimmen, also mehr Wert auf innere Beziehung des Täters zu seiner Tat als auf den äußerlichen Unrechtsgehalt zu legen.³⁸ Zudem gilt, dass wegen der zur Tatzeit bestehenden Reifedefizite die Schuld des jungen Täters grundsätzlich geringer zu bemessen ist als die eines Erwachsenen.³⁹ Eisenberg erinnert auch daran, dass dem Gedanken der (positiven) Generalprävention im Jugendstrafrecht eben wegen des Erziehungsgedankens nur wenig Raum zugemessen werden darf,⁴⁰ weswegen die Straf- oder Vergeltungsbedürfnisse der Allgemeinheit in der Sanktionsauswahl und Strafbemessung insgesamt geringeres Gewicht haben. All diese Hinweise sind auch Aspekte des Erziehungsgedankens. Insgesamt gibt es also genug Momente, die auch noch am Extrempol »Schuldstrafe« schuld-mildernd und zugleich erzieherisch und damit als Gegenkraft zum Gedanken der schweren vergeltungsbedürftigen Schuld ins Feld geführt werden können.

a. Die neue Rechtsprechung des 1. BGH-Strafsenats zur Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld

In einem *Obiter Dictum* hat der 1. Strafsenat des BGH im Jahr 2013 verkündet, er neige dazu, die bisherige Rechtsprechung, dass Jugendschuldstrafe nach § 17 Abs. 2 JGG nur verhängt werden darf, wenn die Strafe nicht nur wegen der Schwere der Schuld, sondern auch aus

³⁷ Schöch in Meier/Rössner/Schöch, Jugendstrafrecht, 3. Auflage, 2014, § 11 Rn. 16

³⁸ Müko/Radtke, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 58

³⁹ Streng, Jugendstrafrecht, 4. Auflage, 2016, Rn. 433; DSS-Sonnen, JGG, 7. Auflage, 2015, § 17 Rn. 23

⁴⁰ Eisenberg, NStZ 2013, 636, S. 638

erzieherischen Gründen erforderlich ist, aufzugeben.⁴¹ Es soll bereits ein gewisses Schuldmaß allein ohne eine erzieherische Notwendigkeit für die Verhängung der Jugendschuldstrafe genügen. Dem sind als unterinstanzliche Gerichte z.B. das HansOLG Hamburg⁴² und das LG Ravensburg gefolgt.⁴³ Das Urteil des LG Ravensburg ist dabei insoweit bemerkenswert, als dass es nicht nur sehr klar dafür plädiert, dass eine bestimmte Höhe von verwirklichtem Unrecht ausreichen muss, um Jugendschuldstrafe zu verhängen, sondern es tritt auch dafür ein, dass diese Unrechtshöhe nicht nur bei Kapitaldelikten bzw. bei Schwurgerichtsdelikten im Sinne von § 74 Abs. 2 JGG erreicht wird, sondern gegebenenfalls auch bei sonstigen Verbrechen (im konkreten Fall bei einer schweren räuberischer Erpressung) vorliegen kann.⁴⁴ Entscheidend ist für die Beurteilung der Schuldschwere dann zwar immer noch die jugendspezifisch verstandene innere Tatschuld, orientiert an der charakterlichen Haltung, Persönlichkeit und Motivation des Täters zu seiner Tat, aber – so das LG Ravensburg – zumindest bei einem zum Verurteilungszeitpunkt im strafrechtlichen Sinne erwachsenen Angeklagten soll das Ausmaß der Einzeltatschuld für sich genommen schon hinreichende Bedingung für die Verhängung der Jugendstrafe sein, ohne dass daneben dem Erziehungsgedanken noch Bedeutung zukommt.⁴⁵

Hier vermischen sich beim LG Ravensburg jetzt zwei Argumentationslinien. Die eine begründet, dass für die Jugendschuldstrafe nach § 17 Abs. 2 JGG generell keine Erziehungsgesichtspunkte notwendig sind (ungeachtet der Tatsache, dass § 2 Abs. 1 S. 2 JGG, der als Generalnorm auch für § 17 Abs. 2 JGG gilt, eigentlich für alle Sanktionen eine Orientierung am Erziehungsgedanken verlangt),⁴⁶ die zweite Ar-

41 BGH NSrZ 2013, 658, wegen § 2 Abs. 1 JGG dazu abl. *Eisenberg*, 2013 (Fn. 40), S. 639; *Höynck*, ZJJ 2016, 305ff.; *DSS-Sonnen*, JGG, 7. Auflage, 2015, § 17 Rn. 22; vgl. ferner BGH NSrZ-RR 2017, 231, wobei dort zwar für die Verhängung der Jugendstrafe keine Erziehungserwägungen verlangt, anschließend aber wegen § 18 Abs. 2 JGG bei der Bemessung der Jugendstrafhöhe Erziehungserwägungen angemahnt werden.

42 HansOLG NSrZ 2017, 544 (545)

43 LG Ravensburg, NSrZ-RR 2016, 227 (228)

44 LG Ravensburg, NSrZ-RR 2016, 227 (228); BGH NSrZ-RR 2017, 231, bejaht die nötige Schuldschwere auch bei Straftaten wie einem nur versuchten schweren Raub in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung.

45 LG Ravensburg, NSrZ-RR 2016, 227 (228)

46 *Eisenberg*, 2013 (Fn. 40), S. 639

gumentationslinie, die sogleich noch gesondert zu erörtern ist, betrifft die Frage, wie eigentlich Erziehungsaspekte nutzbar gemacht werden können, wenn der Abzuurteilende zum Tatzeitpunkt längst erwachsen ist und nicht mehr erzogen werden muss oder vielleicht auch gar nicht mehr erzogen werden darf. Es ist diese argumentative Vermengung der Grundsatzfragen, die einen aufschrecken lässt, denn die Frage, ob Erziehungsaspekte am Extrempol der Schuld generell Sinn machen, muss natürlich unabhängig davon gelöst werden, ob der Täter im Verfahren zufällig aufgrund der langen Verfahrensdauer auch noch erwachsen geworden ist.⁴⁷ Aus dieser Vermengung deutet sich aber an, dass dieser vorgeschlagene Bruch mit dem Erziehungsgedanken wohl nur eine Überreaktion ist auf die großen Begründungsprobleme, die durch den nicht klar definierten Erziehungsgedanken der Rechtsprechung und die fragwürdige Kongruenzthese entstehen.⁴⁸ Weil diese Vermengung von Problemen beim LG Ravensburg nicht aufgelöst wird, will ich mich mit dem Urteil auch gar nicht weiter auseinandersetzen, sondern wende mich der insoweit systematischeren Kommentierung von *Henning Radtke* zu, der (als Richter des 1. Strafsenats) im Münchener Kommentar zum JGG zu begründen versucht, wieso trotz Beibehaltung der Kongruenzthese bei der Jugendschuldstrafe allein ein gewisses Schuldmaß zur Verhängung der Strafe genügen sollte.⁴⁹

47 Das Urteil erschreckt auch insoweit, als dass das LG Ravensburg dem Erziehungsgedanken bei der Verurteilung von zum Urteilszeitpunkt bereits erwachsenen Tätern überhaupt keine Relevanz mehr zukommen lassen will. Das gipfelt dann in der Aussage, § 2 Abs. 1 JGG sei mit seinem individualpräventiven Strafziel, neuen Straftaten eines Jugendlichen oder Heranwachsenden entgegenzuwirken, bei zum Urteilszeitpunkt Heranwachsenden von vornherein nicht anwendbar. Warum nicht nur Erziehungseingriffe, sondern das gesamte Ziel der Spezialprävention laut LG Ravensburg auf Erwachsene nicht anwendbar sein soll, bleibt dabei unklar, denn natürlich kann man auch auf Erwachsene das Strafziel der Spezialprävention zur Anwendung bringen. Sollte das Gericht den Satz anders gemeint haben, z. B. dahingehend, dass eben mit Erreichen des Erwachsenenalters kein jugendlicher/Heranwachsender mehr vorliegt, dessen zukünftige Jugendstraftaten verhindert werden könnten, so ist dagegen zu sagen, dass der Gesetzgeber für diesen Fall eine Entscheidung getroffen hat; und diese lautet: Jugendstrafrecht gilt, wenn der Täter zum Tatzeitpunkt jugendlicher/Heranwachsender war. Diese Entscheidung hat das Gericht nicht zu korrigieren; und außerdem kann es nicht vom Zufall der Verfahrensdauer abhängen, ob die Erziehungsaspekte des Sonderstrafrechts im JGG noch Sinn machen; *Beulke*, *Streng-FS*, 2017, 403, S. 412f.

48 Zur Kongruenzthese und ihre Problem s. *Müko/Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 52; § 18 Rn. 18 f.

49 *Müko/Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 58

Radtkes Argumentation gegen die Berücksichtigung des Erziehungsgedankens als Anordnungsvoraussetzung der Jugendstrafe basiert zunächst auf zwei Prämissen:

- Zunächst wird in der Kommentierung deutlich, dass *Radtke* den Begriff der Erziehung immer auch mit eingriffsintensiven Maßnahmen verbindet, also mit Maßnahmen, die sich auf die Erziehungsbedürftigkeit und Erziehungsfähigkeit des Probanden richten.⁵⁰ Auch wenn *Radtke* den Begriff des Erziehungsgedankens in der Kommentierung selbst nicht erläutert, so schimmert zwischen den Zeilen durch, dass er die Idee von Erziehung in seiner Kommentierung (zur Jugendstrafe) oft vom Jugendstrafvollzug her denkt. Es geht um die dort ermöglichte erzieherische Einflussnahme auf junge Menschen. Damit einhergehend ist auch zu erklären, warum *Radtke* ohne weitere Überlegung Erziehung immer als eingriffsintensiv betrachtet und warum er mit seinem Erziehungsverständnis an die Kongruenzthese der Rechtsprechung anknüpft,⁵¹ obwohl er selbst systematisch begründet, warum diese These gar nicht stimmen kann. *Radtke* führt hierzu aus, dass das Quantum der Einzeltatschuld selten genau mit dem Umfang des konkret erforderlichen Erziehungsbedarfs übereinstimmt.⁵² Außerdem kann diese These vom Gleichlauf von Schuld und Erziehung schon deswegen nicht tragen, weil die Bezugspunkte, die für die Bemessung von individueller Einzeltatschuld und die Bestimmung des konkreten Erziehungsbedarfs maßgeblich sind, nicht dieselben sind. Das Schuldmaß orientiert sich an den in der Vergangenheit liegenden Umständen der Tat und des Nachtatverhaltens, während sich der Umfang des Erziehungsbedürfnisses auch nach zukunftsbezogenen

50 Miko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 2; diese Verknüpfung mit eingriffsintensiven Maßnahmen ist auch der Grund, warum *Radtke* den Erziehungsgedanken bei der Sanktionsartwahl und bei der konkreten Strafzumessung gegen erwachsene Täter grundsätzlich ablehnt; s. ebd.

51 Miko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 2; unter Verweis auf BGH NS†Z-RR 1996, 120; BGH NS†Z-RR 2010, 290 (291)

52 Miko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 2; in Anlehnung auch an *Kaspar*, Schöch-FS, 2010, 209, S. 220

Gesichtspunkten bemisst.⁵³ *Radtke* bricht aber trotz dieser Feststellungen nicht mit der fragwürdigen Kongruenzthese, sondern bleibt bei der Behauptung einer »Teilkongruenz« von Erziehungsgedanke und Schuldausgleichsgedanke.⁵⁴ Für die weiteren Betrachtungen ist das insoweit relevant, als dass diese Fixierung des Erziehungsbegriffs auf eingriffsintensive (Vollzugs-)Maßnahmen erklärt, warum *Radtke* den Erziehungsbegriff als Gesamtpaket an Grundrechten misst. Alles an Erziehung ist für ihn Eingriff und für die Abwehrdimension der Grundrechte relevant, d.h. für die Frage, ob es einen Anspruch gibt, vom Staat in der eigenen Persönlichkeits(fehl)entwicklung in Ruhe gelassen zu werden.

- Was nun die Anordnung in § 2 Abs. 1 S. 2 JGG angeht, dass alle Maßnahmen nach dem JGG am Erziehungsgedanke auszurichten sind, so meint *Radtke*, dass dies für die Verhängung der Jugendstrafe bedeutungslos sei. Seiner Ansicht nach erschweren die konzeptionellen Unklarheiten der in § 2 Abs. 1 JGG verankerten jugendstrafrechtlichen Zielbestimmung nur das Verständnis der Bedeutung von § 17 Abs. 2 JGG mit seinen beiden Jugendstrafalternativen.⁵⁵ Die folgende Argumentation lehnt sich stark an die Argumentation der Literatur an, nur der Erziehungsbegriff ist eben reduzierter als bei dieser. Jugendstrafe ist für *Radtke* echte und damit den Bindungen des verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatzes unterliegende Kriminalstrafe.⁵⁶ Erziehungsgesichtspunkte haben daher erst bei der Bemessung der Jugendstrafe Gewicht, aber nur im Rahmen des Schuldangemessenen.⁵⁷

Aus diesen Prämissen leitet *Radtke* nun – ebenfalls unter Vermischung von Aspekten – ab, dass jedenfalls Erwachsene, und vor allem Personen, die bereits das 24. Lebensjahr vollendet haben und

53 Dazu zählt insbesondere auch, ob der (inzwischen gereifte) Täter im Urteilszeitpunkt überhaupt noch erziehungsbedürftig ist; Miko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 2.

54 Miko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 2

55 Miko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 2

56 Miko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 2, 12

57 Miko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 3-5, insbes. Rn. 5, 8, 14

deren Strafe daher nach § 89b JGG im Erwachsenenstrafvollzug vollzogen werden sollten, von staatlicher Seite nicht mehr erzogen werden dürfen.⁵⁸ Weil dies aber – unter Zugrundelegen der Behauptung der Kongruenzthese, dass die Jugendstrafe in Anordnung und Länge auch erzieherisch begründet sein müsse – bedeuten würde, dass gegen diese Personen keine Jugendschuldstrafe mehr verhängt werden darf, bricht *Radtke* für § 17 Abs. 2 JGG mit dem Erziehungsgedanken. Dieser solle noch nicht einmal bei der Bemessung der Jugendstrafe Geltung erlangen, trotz § 18 Abs. 2 JGG, sofern Erwachsene betroffen sind. Um das Ergebnis mit § 2 Abs. 1 S. 2 JGG in Einklang zu bringen, wird letzterer so ausgelegt, dass diese Norm nur ausschließen sollte, dass die Verhängung und Bemessung der Jugendstrafe nach generalpräventiven Kriterien erfolgt.⁵⁹

Gegen diese Argumente lässt sich nun natürlich wenig sagen, wenn man sich auf diesen reduzierten Erziehungsbegriff einlässt, auf dieses Konzept, das Erziehung weitgehend parallel zur Strafe oder zumindest zum Gedanken der repressiven Sanktionierung versteht, also im Kern ein Konzept der ›Erziehung durch Strafe‹ ist. Aber dieser Erziehungsbegriff der Rechtsprechung hat mit der Ursprungsidee des Jugendgerichtsgesetzes nichts zu tun. Dort war Erziehung gerade ein anderer Weg, eine Alternative zum Strafen. Auch deswegen hat die Wissenschaft die Kongruenzthese, die von *Radtke* trotz aller konzeptionellen Ungereimtheiten »Teilkongruenzhypothese« am Leben erhalten will, immer zurückgewiesen und konnte dann natürlich auch auf Erziehungsaspekte bei der Anordnung der Jugendschuldstrafe verzichten.⁶⁰ Man kann aber nicht die Kongruenzthese aufrechterhalten und dann trotzdem die (diese These gerade ablehnende) Wissenschaft zitieren mit ihrer Aussage, dass der Erziehungsbedarf des Täters nicht kumulative Voraussetzung für die Anordnung der Jugendstrafe

wegen Schwere der Schuld ist.⁶¹ Das ist ein in sich widersprüchliches Argumentationsverhalten.

Mein Eindruck, dass *Radtkes* gegen die Relevanz des Erziehungsgedankens bei der Entscheidung über die Verhängung der Jugendschuldstrafe nach § 17 Abs. 2 JGG inzident auf einem Konzept von ›Erziehung durch Strafe‹ oder ›Eingriffserziehung neben der Strafe‹ basieren, wird bestätigt durch den Verweis der Kommentierung auf die Dissertation von *Budelmann*. *Budelmann* versteht Erziehung durch Jugendstrafrecht als einen Prozess der Vermittlung von Werten, der die Legalprävention fördert, im Kern aber ein auf Persönlichkeitsveränderung abzielender Prozess ist;⁶² und diese Zielsetzung, die Persönlichkeit zu beeinflussen, verführt *Budelmann* dazu, Erziehung immer als Eingriff in das Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG zu verstehen, egal, wie die Form der Erziehung konkret aussieht.⁶³ Wie sich Erziehung zur Strafe verhält, bleibt bei *Budelmann* unklar, weswegen er aus meiner Sicht in seinen Grundrechtsprüfungen auch eine zentrale Vorfrage übersieht. Er übersieht, dass der jugendstrafrechtliche Eingriff zunächst vom staatlichen Strafanspruch aus zu konstruieren ist. Der staatliche Strafanspruch entsteht, weil eine Straftat begangen wurde. Der Täter hat also in jedem Fall eine staatliche Reaktion zu erwarten, egal ob nun Strafe oder (alternativ) Erziehungsmaßnahmen. So leitet dann auch das BVerfG die staatlichen Sanktionsbefugnisse auf der Basis des Jugendgerichtsgesetzes immer aus dem staatlichen Strafanspruch ab und nicht aus speziellen staatlichen Erziehungsrechten (die der Staat gegenüber Erwachsenen natürlich auch nicht hätte). Das BVerfG gesteht dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative dahingehend zu, wie sich die im JGG legitimierten staatlichen Straf- oder Präventionsziele

58 Miko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 51, 52; in Anlehnung an *Budelmann*, 2005 (Fn. 5), S. 80ff.

59 Miko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 52

60 Brunner/*Dölling*, JGG, 13. Auflage, 2017, § 17 Rn. 27; HK-JGG/*Laue*, 2. Auflage, 2014, § 17 Rn. 28; aus der früheren Literatur: *Bruns*, StV 1982, 592, S. 594; *Streng*, 1994 (Fn. 29), S. 66ff., 70, 72, 77; *Streng*, 1998 (Fn. 29), S. 337ff.; *Streng*, Jugendstrafrecht, 4. Auflage, 2016, Rn. 436f.; Überblick über die kritischen Stimmen bei *Swoboda*, 2013 (Fn. 24), 86, S. 106ff.

61 Vgl. nur Brunner/*Dölling*, JGG, 13. Auflage, 2017, § 17 Rn. 27; HK-JGG/*Laue*, 2. Auflage, 2014, § 17 Rn. 28; DSS-*Sonnen*, 7. Auflage, 2015, § 17 Rn. 22

62 *Budelmann*, 2005 (Fn. 5), S. 7

63 Gleichzeitig sieht *Budelmann* aber auch den Widerspruch seiner Position, weil er dem Staat zugleich den erzieherischen Zwang erlauben will, der notwendig ist, damit der Staat die Mindeststandards gewährleistet, die er nach Art. 6 Abs. 2 GG zum Schutz des jungen Menschen gewähren muss, um ihm überhaupt erst eine Persönlichkeitsentfaltung innerhalb der Gesellschaft im Sinne von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zu ermöglichen; *Budelmann*, 2005 (Fn. 5), S. 35.

bei jungen Tätern am besten realisieren lassen.⁶⁴ Der Gesetzgeber darf die Befriedigung des Strafanspruchs auf erzieherische Maßnahmen oder auf ein Gesamtpaket von (milden) Strafen und Erziehung ›umleiten‹. In BVerfG 74, 102 (124) heißt es insoweit:

»Das Jugendgerichtsgesetz sieht als Folgen der Jugendstraftat ein abgestuftes Reaktions- und Sanktionssystem vor (vgl. §§ 5, 9 ff. JGG). Der Richter wird dadurch in die Lage versetzt, bei der Festlegung der Rechtsfolgen der Jugendstraftat alle Umstände und Erfordernisse des Einzelfalles, vor allem Art, Bedeutung und Schwere der Tat und die Persönlichkeitsentwicklung des Betroffenen, in einer der besonderen Zielsetzung des Jugendstrafverfahrens entsprechenden Weise zu berücksichtigen und jeweils die jugendrichterlichen Maßnahmen zu ergreifen, die am besten der durch die Tat erkennbar gewordenen Erziehungsbedürftigkeit und der festgestellten Erziehungsfähigkeit Rechnung tragen.«

Eine Seite später wird ergänzt:

»Seinen Handlungsspielraum hat der Gesetzgeber nicht überschritten, wenn er in fallbezogener Weise im Jugendstrafrecht die Gruppe der Heranwachsenden auch nach der Herabsetzung des Volljährigkeitsalters beibehält.«

Das JGG ist also ein Weg, den staatlichen Strafanspruch gegen junge Täter etwas anders zu befriedigen, auch mit nichtstrafenden Mitteln, wenn diese nach der Einschätzung des Gesetzgebers gleich oder besser als Strafe geeignet sind, das Ziel der Legalbewährung zu erreichen. Dies zwar natürlich innerhalb der von der Verfassung gezogenen Grenzen, aber für das BVerfG sind erzieherisch geprägte Maßnahmen jedenfalls nie automatisch eingriffintensiver als Strafe; und sie sind vor allem kein Zusatz zur ohnehin anfallenden Strafe. Solange also jugendstrafrechtliche Maßnahmen nicht reine Erziehungszuschläge sind, i.e. Eingriffe, die über die notwendige Strafe hinausgehen, sind sie nicht automatisch nur deswegen unzulässig, weil sie auf

⁶⁴ Bei *Budelmann* wird mit keinem Wort erwähnt, dass aufgrund der Straftat in jedem Fall in irgendeiner Form gegen den Straftäter reagiert werden muss, weil der Staat aufgrund seines Strafmonopols Kriminalität nicht auf sich beruhen lassen kann. Vgl. zum Prüfungsvorgehen bei *Budelmann*, 2005 (Fn. 5), S. 28ff. (Prüfung der Verfassungsmäßigkeit mit Blick auf Art. 6 Abs. 1, 2 GG) und S. 53 ff. (Prüfung mit Blick auf einen Verstoß »eines erzieherischen Jugendgerichtsgesetzes« gegen Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG).

Erwachsene treffen. Ganz im Gegenteil müsste zunächst im Einzelfall verglichen werden, welche strafenden Maßnahmen zu ergreifen wären, wenn es die vom Gericht gewählte erzieherische Alternative nicht gäbe; und nur wenn die erzieherische Alternative klar eingriffintensiver ausfällt, die Persönlichkeitsrechte also massiver belastet als die ansonsten fällige Strafsanktion, nur dann lässt sich überhaupt erst begründen, dass die konkrete erzieherische Maßnahme möglicherweise gegen die Grundrechte des Probanden verstoßen hat.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Fragestellung bei *Budelmann* und *Radtke* (und beim 1. Strafsenat des BGH), ob erzieherische Maßnahmen gegen Erwachsene verfassungsrechtlich zulässig sind, ignoriert, dass die Betroffenen auf jeden Fall irgendeine Maßnahme zu erwarten hätten, denn Jugendstrafrecht ist im Kern Strafrecht, nicht strafatunabhängiges staatliches Erziehungsrecht.

Insgesamt ist der von *Radtke* bzw. vom 1. Strafsenat vorgeschlagene Bruch mit dem Erziehungsgedanken bei § 17 Abs. 2 JGG nicht notwendig, wenn man den Erziehungsgedanken nicht mehr aus der Kongruenzthese heraus interpretiert und Erziehung im JGG nicht auf ein Konzept von ›Erziehung durch Strafe‹ oder ›Erziehung neben der Strafe‹ reduziert. Dann nämlich kann man die Jugendstrafe aufgrund Schuldschwere auch alleine wegen der Schuldschwere anordnen, aber sich dennoch bei der Anordnung darüber Gedanken machen, ob es erzieherische Aspekte gibt, die gegen die Wahl dieser Sanktionsart sprechen, ob z.B. eine mildere Sanktionsform denkbar erscheint, weil man es mit einem sehr unreifen, auch ohne Jugendstrafe gut ansprechbaren Täter zu tun hat.⁶⁵

b. Erziehungszuschläge bei zum Urteilszeitpunkt bereits Erwachsenen

Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von Erziehungsmaßnahmen nach dem JGG hat dann Berechtigung, wenn der Erziehungsgedanke ausschließlich zur Begründung von Zusatzbelastungen, Belastungen, die über die ahndende Sanktion hinausgreifen, herangezogen wird. Derartige Fallkonstellationen hatte der 3. Strafsenat zu

⁶⁵ Vgl. die Überlegungen bei *Schöch* in *Meier/Rössner/Schöch*, Jugendstrafrecht, 3. Auflage, 2014, § 11 Rn. 16; *Streng*, Jugendstrafrecht, 4. Auflage, 2016, Rn. 433; *DSS-Sonnen*, JGG, 7. Auflage, 2015, § 17 Rn. 23

entscheiden.⁶⁶ In den Entscheidungen ging es einerseits um die Aussage, dass ein Dauerarrest verhängt werden müsse, obwohl ambulante Maßnahmen offenbar ebenfalls ausreichend gewesen wären, um auf das begangene Unrecht zu reagieren,⁶⁷ und andererseits um die Ablehnung eines Härteausgleichs für jugendstrafrechtliche Sanktionen, die gegen den Angeklagten in früheren Urteilen verhängt und bereits vollstreckt worden waren und damit nicht mehr nach § 31 Abs. 2 JGG in die nun neu verhängte Jugendstrafe einbezogen werden konnten.⁶⁸ Beides sind Erziehungszuschläge, also Maßnahmen, die über das für die Ahndung der Tat erforderliche Maß hinaus ergriffen werden, um beim Täter erkannte Erziehungsdefizite anzusprechen. Dabei ist aus meiner Sicht schon kritisch zu hinterfragen, wieso solche Erziehungszuschläge überhaupt nach dem JGG zulässig sein sollten. M.E. entstammt die Idee, aus Erziehungsgründen massiver einzuwirken als zur Abgeltung des Strafanspruchs notwendig, ebenfalls aus der »Kongruenzthese« der Rechtsprechung und ist schon deswegen fragwürdig.⁶⁹ Ausgehend von meinem eigenen Modell, dem Spannungsfeld polarisierender Kräfte von Erziehung und Strafe, sollten Erziehungszuschläge jedenfalls in der Nähe des Strafpols unzulässig sein. Der Erziehungsbedanke kann zwar grundsätzlich sowohl Belastung als auch Entlastung vermitteln,⁷⁰ aber dort, wo die Kräfte der Schuldstrafe das Spannungsfeld dominieren, wirkt der Erziehungsgedanke im Schwerpunkt entlastend, d.h. er gibt Anlass, über Strafmilderungen nachzu-

66 BGH ZJJ 2016, 76 m. abl. Anm. *Sonnen*; BGH NSrZ 2016, 680

67 BGH NSrZ 2016, 680 (681)

68 BGH ZJJ 2017, 76 m. abl. Anm. *Sonnen*

69 *Streng*, 1994 (Fn. 29), S. 75f.; *Streng*, 1998 (Fn. 29), S. 337f.; *Swoboda*, 2013 (Fn. 24), S. 108

70 So auch *Streng*, 1994 (Fn. 29), S. 77

denken.⁷¹ Dort, wo der Erziehungsgedanke das Spannungsfeld dominiert, sind Erziehungszuschläge zwar denkbar, aber an Grundrechten bzw. am Schuldgrundsatz zu überprüfen.

In den Beispielsfällen des 3. Strafsenats des BGH war es also tatsächlich angebracht, die rein erzieherisch begründeten Zuschläge an den Freiheits- und Persönlichkeitsrechten der Betroffenen zu überprüfen. Aber überprüft werden sollte dann nicht der Erziehungsgedanke an sich, denn dieser Begriff ist für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (anknüpfend an Art. 2 Abs. 2 oder Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)⁷² viel zu abstrakt und vielschichtig. Überprüft werden sollte nur die ganz konkrete, über das schuldangemessene Maß offenbar hinausgehende Zusatzmaßnahme.

Zusammenfassend hat der 3. Strafsenat des BGH daher mit seinem Fokus auf die reinen Erziehungszuschläge genau die richtige verfassungsrechtliche Fragestellung gefunden. In diesen Konstellationen kann er auch gut vergleichen, wie der Strafanspruch des Staates bei Rückgriff auf klassische Strafsanktionen ausgefallen wäre und in welchem Maß nun die erzieherische Komponente diese Belastung erhöht. Und nur diese erhöhte Belastung, dieses konkrete Maß an zusätzlichem Eingriff wird zum Gegenstand der Prüfung, ob denn Erwachsene solche zusätzlichen Eingriffe erdulden müssen, wenn doch das staatliche Erziehungsrecht eigentlich mit dem 18. Lebensjahr

71 Sanktionen sollten vor allem bei größerem Unrecht, also im Bereich der Jugendstrafe, in (jugend-)schuldangemessener Höhe verhängt und Erziehungsaspekte nur in der Form mit eingebracht werden, dass man überlegt, wie man die schuldangemessene Strafe noch erträglich, milder machen kann. Das überschneidet sich größtenteils mit Formulierungen, die man heute in der BGH-Rechtsprechung zum Umgang mit Erziehungsgedanken bei der Bemessung einer langjährigen Jugendschuldstrafe findet. So fordert der BGH u.a., dass »das Gewicht des Tatumrechts gegen die Folgen der Strafe für die weitere Entwicklung des Heranwachsenden abgewogen werden«; vgl. BGH NSrZ 2016, 683; BGH NSrZ-RR 2015, 154; BGH NSrZ 2014, 407; BGH NSrZ-RR 2012, 186. Bei Jugendschuldstrafe wäre zudem zu fragen, ob nicht die schuldangemessene Strafe in ihrer Länge ab einem bestimmten Zeitpunkt erzieherisch kontraproduktiv wird und es – je nach Maß von Unrecht und Schuld – deswegen vertretbar erscheint, von der eigentlich schuldangemessenen Strafhöhe Abstriche zu machen oder sogar trotz Schwere der Schuld eine andere jugendstrafrechtliche Sanktion zu wählen.

72 Zum Prüfungsaufbau s. *Budelmann*, 2005 (Fn. 5), S. 90f.; zur pauschalen Prüfung des Erziehungsgedankens an diesen Maßstäben krit. *Grunevald*, 2002 (Fn. 6), S. 456f.; weitere prüfungsrelevante Grundrechte können sein Art. 6 Abs. 2 GG (hinsichtlich Eingriffen in das Elternrecht), Art. 12 GG bei Arbeitsweisungen bzw. Weisungen, die sich auf die Berufstätigkeit beziehen.

erlischt. Ich würde aber darüberhinausgehend fragen, ob solche Erziehungszuschläge nicht generell unzulässig sein müssten, auch gegenüber Jugendlichen. Woher nimmt denn der Staat ein Recht, durch Grundrechtseingriffe zu erziehen, wenn der staatliche Strafanspruch schon mit weniger eingriffsintensiven Maßnahmen (jugend-)schuldangemessen abgegolten ist? Die Befugnisse aus dem Jugendstrafrecht als Strafrecht enden mit der Befriedigung des staatlichen Strafanspruchs.

c. Zwischenergebnis

Generalisiert lässt sich sagen, dass 1. und 3. Strafsenat des BGH hier eine Diskussion losgetreten haben, die nicht geführt werden kann, wenn nicht zuvor die Begriffsinhalte in der Diskussion hinreichend klargestellt werden. Der erste Schritt wäre damit, dass der 1. Strafsenat des BGH sein Verständnis von Erziehung offenlegt und dass er zudem fokussierter die Fälle herausarbeitet, in denen aus seiner Sicht Erziehung zur Belastung wird, denn nur in Belastungsfällen wird die Abwehrdimension der Grundrechte aktiviert. Nur in diesen Fällen ist eine Einzelmaßnahme (und auf keinen Fall der abstrakte Erziehungsgedanke an sich) an den Grundrechten zu überprüfen. Damit einhergehend müsste der 1. Strafsenat des BGH dann auch die Frage beantworten, ob es richtig ist, mit dem Erziehungsgedanken zu brechen, oder ob der Bruch nicht mit dem reduzierten Erziehungsbegriff der Rechtsprechung erfolgen sollte, und mit der Kongruenzthese, die mit Sicherheit nie den historischen Begriffsvorstellungen der Väter und Mütter des JGG entsprach.

2. Bemerkungen zum Mechanismus des § 105 Abs. 1 JGG

a. Statistik

Heranwachsende werden statistisch gesehen nach wie vor häufiger nach Jugendstrafrecht abgeurteilt. Die letzte Auswertung der statistischen Zahlen des Jahres 2015 bei *Wolfgang Heinz* im Konstanzer Inventar Sanktionsforschung (KIS) zeigt, dass weiterhin hin gut 65 oder 66 Prozent der Heranwachsenden von den Gerichten

wie Jugendliche abgeurteilt werden.⁷³ Statistisch gesehen gilt auch weiterhin, dass eine Einbeziehung der Heranwachsenden in das Jugendstrafrecht vor allem bei schwereren Gewaltdelikten und bei Kapitaldelikten erfolgt.⁷⁴ Allerdings existieren weiterhin populistische Forderungen, Heranwachsende generalisiert aus dem Einflussbereich des Jugendstrafrechts herauszunehmen oder das Jugendstrafrecht zu verschärfen, zuletzt formuliert von der AfD.⁷⁵

b. § 105 Abs. 1 JGG statuiert kein Verhältnis von Regel und Ausnahme

Weiterhin existiert auch unter Juristen das Fehlverständnis, dass § 105 Abs. 1 JGG einen Grundsatz etabliere, wonach im Regelfall auf Heranwachsende Erwachsenenstrafrecht zur Anwendung kommen soll und nur im Ausnahmefall Jugendstrafrecht. Das OLG Jena, zugegebenermaßen ein Gericht, das nicht oft mit Jugendstrafrecht befasst sein wird, erklärte z.B., ein Haftbefehl gegen eine Heranwachsende sei nach §§ 112, 112a StPO deswegen korrekt ergangen, weil die betroffene Beschuldigte »bei der Anwendung von Erwachsenenstrafrecht – was nach der gesetzlichen Konzeption gemäß § 105 Abs. 1 JGG bei Heranwachsenden die Regel ist (*sic!!!*); nur ausnahmsweise unter den dort genannten Voraussetzungen kann auf Heranwachsende noch Jugendstrafrecht angewendet werden – mit einer Gesamtfreiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zu rechnen« habe.⁷⁶

Tatsächlich steht die Anwendung von Jugend- oder Erwachsenenstrafrecht nach § 105 Abs. 1 JGG aber nicht im Verhältnis von Regel und Ausnahme.⁷⁷ Der Mechanismus in § 105 Abs. 1 JGG begründet ein hochflexibles System, das vom Gericht verlangt, entweder aus dem Bild der Tat (*Jugendverfehlung*) oder aus der Persönlichkeit des jungen Täters und seinen Entwicklungsperspektiven hin zum

⁷³ Vgl. Schaubild 64 bei *Heinz*, Wolfgang, Kriminalität und Kriminalitätskontrolle in Deutschland – Berichtsstand 2015 im Überblick, Stand 1/2017, S. 125; zu finden unter http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Kriminalitaet_und_Kriminalitaetskontrolle_in_Deutschland_Stand_2015.pdf (zuletzt besucht am 23. Februar 2018).

⁷⁴ Vgl. Schaubild 65 ebd., S. 126ff.

⁷⁵ Punkt 4.3, AfD Wahlprogramm Bundestagswahl 2017, zu finden unter https://www.afd.de/wp-content/uploads/sites/111/2017/06/2017-06-01_AfD-Bundestagswahlprogramm_Onlinefassung.pdf (zuletzt besucht am 23. Februar 2018).

⁷⁶ OLG Jena Beschl. v. 29.11.2017 – 1 Ws 414/17, BeckRS 2017, 135309

⁷⁷ BGH NJW 1989, 1490 (1491)

Erwachsenen abzuleiten, ob nun das Erwachsenenstrafrecht oder das erzieherisch intendierte Sonderstrafrecht des JGG die angemessene Aburteilungsgrundlage ist. Wichtigste Feststellung ist dabei nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG, ob der Delinquent in seiner Entwicklung noch einem Jugendlichen gleichsteht, wobei für diese Beurteilung vor allem maßgebend ist, »ob in dem Täter noch in größerem Umfang Entwicklungskräfte wirksam sind.«⁷⁸ Es geht nicht darum, ob der Betroffene im abstrakten Vergleich in seiner Entwicklung hinter seinen Altersgenossen zurückgeblieben erscheint, sondern darum, wie prägnant er noch wirkt.⁷⁹ Ich übernehme hier den Vorschlag von *Ostendorf*, diese Prüfung an den typischen Entwicklungsaufgaben zu orientieren, die junge Menschen in der Adoleszenz zu bewältigen haben (Entwicklung einer eigenständigen Lebensführung, Ablösung vom Elternhaus, Fähigkeit zu realistischem, eigenständigem Planen und Handeln).⁸⁰ Zunächst ist hypothetisch von der »normalen« Reifung eines Siebzehnjährigen auszugehen, der diese Entwicklungsaufgaben noch vor sich hat.⁸¹ Von diesem gedachten Maßstab der noch nicht abgeschlossenen Reife aus ist zu prüfen, ob beim konkreten Täter eine Reifepression gegenüber dem gedachten Siebzehnjährigen festzustellen ist. In einem zweiten Schritt ist in »entgegengesetzter Richtung« eine Gegenkontrolle vorzunehmen, ob der Heranwachsende nicht doch schon die Ausformung eines jungen Erwachsenen hat.⁸² Auch hier konzentriert sich die Prüfung im Wesentlichen darauf, ob der Betroffene die jugendtypischen Reifeaufgaben bereits bewältigt und so im sittlichen und moralischen Bereich die Übergangsphase

78 Vgl. nur BGHSt. 12, 116 (118); 22, 41 (42); BGH NJW 1989, 1490 (1491); BGH NSrZ-RR 2003, 186 (187); BGH NSrZ 2015, 230; BGH BeckRS 2016, 21435

79 BGH NSrZ 2008, 696, Diemer/Schatz/Sonnen, JGG, 7. Auflage, 2016, § 105 Rn. 15

80 Zu weiteren Entwicklungsaufgaben in der »späten Jugendphase« s. auch *Qunzel*, ZJJ 2017, S. 130; HKK-JGG/Remschmidt/Rössner, 2. Auflage, 2015, § 105 Rn. 13ff.

81 *Ostendorf* in: *Ostendorf* (Hrsg.), JGG, 10. Auflage, 2015, § 105 Rn. 7, 9

82 BGH StV 2002, 418; 2003, 460 f.

zum Jungerwachsenen gemeistert hat.⁸³ Kommt das Jugendgericht zu dem Schluss, dass der Heranwachsende noch mit der Bewältigung der Entwicklungsaufgaben beschäftigt, also der moralische und sittliche Reifungsprozess noch im Gange ist, so ist nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG auf Tat und Täter Jugendstrafrecht mit der in § 2 Abs. 1 JGG umschriebenen erzieherischen Stoßrichtung anzuwenden.

c. Zwei Aspekte zur Anwendung von § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG

Im Fokus soll hier die Alternative des § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG stehen und nicht die zweite Alternative einer »Jugendverfehlung«. Zwei Aspekte fallen in dem flexiblen System des § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG auf: Eine Jugendreife wird schneller verneint, wenn der Täter bereits zentrale Entwicklungsaufgaben gemeistert hat; und dazu zählt für die Gerichte vor allem, dass er schulische und berufliche Bildung erworben, er sich also am Lebensvorbild von Erwachsenen orientiert und ernsthaft und realistisch Maßnahmen zur Berufsbildung, zur Weiterbildung oder generell zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit anstrebt. Erfolgreiche Schulabschlüsse scheinen ein zentrales Indiz dafür geworden zu sein, den Gleichstand des Heranwachsenden mit einem Jugendlichen zu verneinen.⁸⁴ Auch begonnene und ernsthaft vorangetriebene Ausbildungen, also Erfolge im sog. »Leistungsbereich«, führen eher zum Erwachsenenstrafrecht.⁸⁵ Dieser Fokus auf gute

83 *Ostendorf*, JGG, 10. Auflage, 2015, § 105 Rn. 9. Bei schwersten Gewalt- und Tötungsdelikten kommen die Jugendgerichte in den letzten Jahren laut Statistik nahezu regelmäßig zu dem Schluss, dass bei den Tätern entsprechende Reifedefizite vorlagen und damit eine Einbeziehung in das Jugendstrafrecht angezeigt war. Im Jahr 2015 lag die Einbeziehungsquote für Heranwachsende bei Mord bei 100 Prozent. Die generelle Einbeziehungsquote von Heranwachsenden in das Jugendstrafrecht lag dagegen für alle Delikte in den letzten Jahren konstant zwischen 60 und 65 Prozent; *Heinz*, 2017 (Fn. 73), Schaubild 65, S. 127.

84 BGH BeckRS 2016, 21435: das Gericht betont »durchaus erfolgreiche Bemühungen des Angeklagten zu seiner schulischen und beruflichen Ausbildung«, wobei das Gericht auf »den Schulabschluss des zum Verurteilungszeitpunkt 21-jährigen Angeklagten und die Aufnahme eines Fernstudiums« verweist; generell krit. zur Hervorhebung schulischer Erfolge *Eisenberg*, ZJJ 2014, 388, S. 389.

85 BGH NSrZ 2014, 408 (409): Zentral für die Annahme von Erwachsenenreife waren neben einer bereits länger aufrecht erhaltenen festen Beziehung der Umstand, dass der Angeklagte einen erfolgreichen mittleren Schulabschluss abgelegt, anschließend eine Lehre als Mechatroniker begonnen, aber wegen »Unterforderung« nicht abgeschlossen hat und zum Verurteilungszeitpunkt ernsthaft eine Ausbildung zum Bürokaufmann vorantrieb; vgl. ferner BGH ZJJ 2014, 387: Der Täter war bereits zum Zeitpunkt der Tat zu einer realistischen Lebensplanung in der Lage und ging zugleich ernsthaft und motiviert seiner Ausbildung im zweiten/bald dritten Lehrjahr nach; m. krit. Anm. *Eisenberg*, ZJJ 2014, S. 388.

Entwicklungen im Leistungsbereich lässt sich verfahrenspraktisch natürlich dadurch erklären, dass Erfolg und Misserfolg im schulischen und beruflichen Bereich gut dokumentiert sind. Für die Erforschung der Entwicklung in anderen Bereichen, insbesondere in der Frage der Entwicklung einer eigenen Identität, der Loslösung vom Elternhaus, der Anbindung an Gleichaltrige, der Selbstständigkeit in der Lebensführung oder generell der Fähigkeit zu realistischem, eigenständigem Planen und Handeln, muss mehr Aufwand betrieben werden. Diesen aber kann ein Gericht ohne Jugendhilfe kaum leisten.

Andererseits weist die jüngere neurowissenschaftliche Forschung darauf hin, dass ein erzieherisches, jugendadäquat individualisierendes Vorgehen generell bis zum 25. Lebensjahr Sinn macht. Bei der Gehirnentwicklung junger Menschen lässt sich ab dem Eintritt in das Alter der Adoleszenz, also etwa ab dem 15., 16. Lebensjahr, bis zum 25. Lebensjahr ein Ungleichgewicht zwischen der Entwicklung der früher heranreifenden subkortikalen Hirnareale (die für Risikoverhalten und Belohnung zuständig sind) und dem erst später heranreifenden Präfrontalkortex feststellen (letzterer ist für die interne Verhaltenskontrolle zuständig, enthält gewissermaßen das Gewissen oder das Über-Ich). Kurz gesagt, die evolutionsbiologisch älteren Hirnareale, die Emotionen generieren, entwickeln sich schneller als die jüngeren Hirnareale, die die Emotionsverarbeitung regulieren.⁸⁶ Das daraus entstandene Ungleichgewicht bewirkt, dass das präfrontale Hemmungs- und Kontrollsystem über die Zeit der Adoleszenz hinweg weniger Einfluss auf die Bottom-Up-Prozesse nehmen kann, die vom Belohnungssystem gesteuert werden. Vor allem in affektiv-emotionalen Situationen gewinnen daher die Hirnregionen, die für riskante Verhaltensweisen auf der Suche nach Belohnung verantwortlich sind, schnell die Oberhand und dem präfrontalen Kortex gelingt es – aufgrund der noch nicht ausreichenden Vernetzung mit den anderen Hirnregionen – nicht, diese Prozesse in ausreichendem Maß zu modulieren.⁸⁷ Vor allem in affektiv-emotionalen Situationen gelingt

die interne Verhaltenskontrolle in dieser Altersstufe eher schlecht.⁸⁸ Der Leistungsbereich ist nun aber nicht gerade der Bereich, in dem man Steuerungsfähigkeit in affektiv-emotionalen Situationen erproben kann. Ganz im Gegenteil ist der Leistungsbereich vermutlich der Bereich, in dem ein Heranwachsender von seinem sozialen Umfeld sehr viel Unterstützung erfährt und in dem er sich auch nicht von seinen Eltern oder von Gleichaltrigen mit einer eigenständigen Position abzusetzen braucht. Deswegen ist der Leistungsbereich zwar ein wichtiger Indikator, aber er gibt wenig Aufschluss über die emotionale Reifeentwicklung und darüber, wie gut in emotional aufgeladenen Situationen situationsangemessene Handlungssteuerung oder Folgenabschätzung bzw. wie gut die Regulation emotionaler Prozesse gelingt, d.h. alle die Prozesse, wofür der in der Adoleszenz vergleichsweise langsam heranreifende präfrontale Kortex zuständig ist.⁸⁹ Deswegen sollte die Prüfung bei § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG nicht nur den Leistungsbereich erfassen. Zu beachten sind die Entwicklungsdynamiken gerade auch im emotionalen Bereich bzw. überall dort, wo ein Heranwachsender die Entwicklungsaufgabe hin zur emotionalen Selbstkontrolle meistern muss. Erweist sich der Betroffene hier als noch prägnant, als in seiner Persönlichkeit noch nicht gefestigt, dann ist Jugendstrafrecht anzuwenden.⁹⁰ Die neurowissenschaftlichen Forschungsergebnisse der letzten Jahre würden dafür sprechen, bei Spontanen oder Gewaltdelikten in emotional aufgeladenen Situationen generell von einer in ihrer Selbstkontrolle noch nicht hinreichend rangereiften Persönlichkeit auszugehen.⁹¹ Auf jeden Fall aber sollte möglichst immer ein Bericht der Jugendgerichtshilfe vorliegen, die die für die Emotionsentwicklung hauptsächlich relevanten Lebensbereiche viel gezielter erforschen kann als das Gericht, das möglicherweise beim Leistungsbereich stehenbleibt.

Der zweite Aspekt zu § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG betrifft den Umgang mit hochradikalisierten bzw. in ihrer Radikalisierung oder in ihrer pathologischen Fehlentwicklung bereits gefestigten Personen. Das

⁸⁶ Passow, Das Gehirn – im Umbau begriffen, DVJJ-Tagung 23.-25.2.2018 Bad Boll, Folie 3, http://www.dvjj.de/sites/default/files/medien/imce/documente/veranstaltungen/dokumentationen/dvjj_23.2.2018_passow_oeffentlicher_satz.pdf (zuletzt besucht am 06.03.2018).

⁸⁷ Dünkel/Geng, MschrKrim 2014, 387, S. 391f.; Dünkel/Geng/Passow, ZJJ 2017, 123, 125f.

⁸⁸ Dünkel/Geng, 2014 (Fn. 87); Dünkel/Geng/Passow, 2017 (Fn. 87)

⁸⁹ Dünkel/Geng, 2014 (Fn. 87)

⁹⁰ Eisenberg, 2014 (Fn. 85), S. 389f.

⁹¹ So Dünkel/Geng, 2014 (Fn. 87), S. 392f.; Dünkel/Geng/Passow, 2017 (Fn. 87), S. 126f.

betrifft einerseits den Fall von Marcel H. vor dem LG Bochum und andererseits Terrorverdächtige, die als Jugendliche oder Heranwachsende nach Syrien ausgereist sind und dort nachweisbar Verbrechen begangen haben. Das OLG Frankfurt⁹² hat beispielsweise einen hoch radikalisierten, zur Tatzeit noch heranwachsenden Angeklagten nach Erwachsenenstrafrecht abgeurteilt, weil der Angeklagte bereits zur Tatzeit eine einem Erwachsenen gleichstehende Persönlichkeitsreife und Selbständigkeit gezeigt habe, wobei das Gericht die Selbständigkeit betont, die der Angeklagte durch seine religiöse Radikalisierung von seinen Eltern gewonnen hatte.⁹³ Schulisch war der Angeklagte *de facto* gescheitert,⁹⁴ aber da er auf der Grundlage seiner durch die Radikalisierung gewonnenen religiösen und ideologischen Weltanschauung seine eigene schulische und berufliche Bildung schlicht als mit der Entscheidung für den Dschihad beendet ansehen konnte, verhinderte auch dieses Defizit im Leistungsbereich nicht, dass das Gericht in der Gesamtschau eine erwachsene Persönlichkeit annahm.⁹⁵ Eine weitere wichtige Rolle spielte für die Entscheidung für Erwachsenenstrafrecht auch, dass der Angeklagte seine Ausreise minutiös geplant und die Finanzierung der Ausreise unter größerem Aufwand selbst organisiert hatte.⁹⁶ Weiterhin war für das Gericht entscheidend, dass der Angeklagte vor der Ausreise zwar noch in der elterlichen Wohnung gelebt hatte, er aber über Monate hinweg zugleich eine feste Beziehung mit einer Frau hatte, die zu ihm ins Kinderzimmer gezogen war.⁹⁷

92 Die Revision gegen das Urteil wurde verworfen, vgl. BGH 3 StR 57/17 - Urteil vom 27. Juli 2017 (OLG Frankfurt am Main), HRRS 2017 Nr. 997 = NStZ 2018, 37; sehr krit. zur materiell-rechtlichen Diskussion bzw. krit. dazu, ob § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB – wie von der obergerichtlichen Rechtsprechung und vom BGH behauptet – überhaupt die Schändung von Leichnamen erfassen kann, s. *Berster*, ZIS 2017, S. 264; a. A. *Werle/Epik*, JZ 2018, 261, S. 262f.

93 Seine Mutter bezeichnete er u.a. als Ungläubige; OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 para. 148.

94 Er hatte nach schleppendem schulischen Ausbildungsverlauf, bei dem er zunächst vom Gymnasium und später von einer Gesamtschule abgehen musste, jedenfalls einen Hauptschulabschluss erworben; OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 para. 149.

95 OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 para. 149

96 OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 para. 149

97 OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 paras. 7-10, 13-18

Es ist relativ schwer nachzuvollziehen, wieso das OLG Frankfurt der Entscheidung zur Reifeentwicklung des Angeklagten (nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG) das Selbstbild des Angeklagten zum Tatzeitpunkt zugrunde gelegt hat und nicht das, was objektiv über den Angeklagten und seine Entwicklung aus der Schilderung seines Werdegangs sichtbar ist. Objektiv sieht man größtenteils eine Haltlosigkeit des Angeklagten, eine über Jahre andauernde Identitäts- und Sinnsuche und ein hohes Maß an Aggressivität und Unfähigkeit, Emotionsaufwallungen zu kontrollieren und das eigene Verhalten zu steuern.⁹⁸ Das Leben des Angeklagten schwankte vor der Ausreise nach Syrien und auch nach seiner Rückkehr unbeständig zwischen Phasen des Abtauchens in die Kleinkriminalität, darunter auch Drogenkonsum und kleinere Eigentums- und Gewaltdelikte, und Phasen als ›Übermuslim‹. Im Zustand des ›Übermuslimseins‹ missionierte er aggressiv, belehrte oder beschimpfte seine Eltern, machte seinen Lebensgefährtinnen religiöse Vorschriften und ging zuletzt noch in der Justizvollzugsanstalt gewaltsam gegen seine Freundin vor, weil ihr Lebenswandel nicht in seine radikalislamische Vorstellungswelt passte.⁹⁹ In den tatrelevanten Zeiträumen im Jahre 2014 bis Anfang 2015, als der Angeklagte 19 bzw. 20 Jahre alt war, wurde er vor allem von dem Motiv angetrieben, die sunnitische Bevölkerung in Syrien gegen die Gewalt des Regimes von Bashar al-Assad ›zu verteidigen‹. Er wollte einem bereits ausgereisten Freund folgen und mit ›Brüdern‹ einen islamischen Gottesstaat aufbauen. Auch die einzelnen Verbrechen, die Leichenschändungen, waren inszeniert als eine Art Selbstversicherung der Richtigkeit der eigenen Gewalt, und als Vergeltungsmaßnahmen, die im Namen der Kampfgruppe begangen wurden, zu der sich der Angeklagte in Syrien zugehörig fühlte.¹⁰⁰ Angesichts dieses Getriebenseins des Angeklagten, seiner Instabilität und seiner Versuche, sich – schwankend zwischen der Rolle als Kleinkrimineller und seinem schlechten Gewissen – über religiöse Definitionen eine Gruppenzugehörigkeit und Identität zu verschaffen, erstaunt die Entscheidung des Gerichts, der Angeklagte sei bereits selbstständig gewesen und wie ein Erwachsener in der Lage,

98 Vgl. die Darstellung OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 paras. 7-10, 13-22, 34-36

99 OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 paras. 7-10, 13-20, 39, 41-43

100 OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 paras. 20, 34-36

sein Verhalten zu kontrollieren. Da aber auch die Jugendgerichtshilfe für eine Erwachsenenstrafe plädiert hat,¹⁰¹ ist anzunehmen, dass diese verfestigte radikalislamische Identität und Weltanschauung den Akteuren vor Gericht wirklich größere Probleme bereitete. Vermutlich waren sich alle bewusst, dass der Jugendstrafvollzug für solche Personen keine Angebote bereithält, dass sie die Arbeit mit den »normalen« Jugendstraftätern belasten und der Erwachsenenstrafvollzug daher der bessere Ort ist.

In diese Richtung verstehe ich auch die Bedenken des Landgerichts Bochum, den Doppelmörder von Herne, *Marcel H.*, nach Jugendstrafrecht abzuurteilen. Die Ablehnung von Jugendstrafrecht nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 JGG stützte das Gericht dort auf ein Gutachten, das dem Angeklagten eine in ihren pathologischen Strukturen bereits ausgereifte Persönlichkeit attestierte. Laut Zeitungsbericht des SPIEGEL waren das Problem »vor allem »psychopathische, narzisstische und sadistische« Elemente«. Laut Gutachterin »könnten [diese] im Jugendstrafvollzug kaum mehr korrigiert werden.«¹⁰² Es ging dabei nicht um ein Problem der nicht mehr möglichen Nachreife. Auch in diesen Fällen kann ja bekanntlich § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG verneint werden, selbst wenn der Täter aufgrund seiner Entwicklungsdefizite eigentlich noch einem Jugendlichen gleichstand, allein weil für den Täter eine Nachreife zum Erwachsenen generell nicht mehr möglich ist.¹⁰³ Dem LG Bochum ging es aber ausschließlich um den Punkt, dass die Persönlichkeit bereits mit all ihren Pathologien ausgereift war.

All diese Urteile zeigen, dass es – anders als im Erwachsenenstrafrecht – in der Praxis gar nicht möglich ist, Fragen zum materiellen Jugendstrafrecht und Aspekte des Jugendstrafvollzugs klar zu trennen.¹⁰⁴ Auch die gesetzliche Definition der Jugendstrafe als »Frei-

heitsentzug in einer für ihren Vollzug vorgesehenen Einrichtung« in § 17 Abs. 1 JGG ist im Grunde ein Hinweis darauf, dass die Autoren des JGG die Jugendstrafe vor allem auch aus der Perspektive eines erzieherischen Jugendstrafvollzugs heraus interpretierten; und in dieser Vermischung der jugendstraf- und jugendstrafvollzugsrechtlichen Perspektiven ist es eben auch von Bedeutung, ob ein Angeklagter in den Jugendstrafvollzug passt oder ob er dort zur Belastung wird. Dass der Vollstreckungsleiter auch später noch nach § 89b JGG eine Entscheidung über die Herausnahme eines ungeeigneten Jungerwachsenen aus dem Jugendstrafvollzug treffen kann, schadet nicht. Die Weichenstellung für den Strafvollzug beginnt in der Praxis bereits im Rahmen des § 105 Abs. 1 JGG.¹⁰⁵

3. Die über zehnjährige Jugendstrafe bei Mord eines Heranwachsenden bei besonderer Schwere der Schuld nach § 105 Abs. 3 S. 2 JGG

Zu § 105 Abs. 3 S. 2 JGG habe ich andernorts ausführlich Stellung genommen.¹⁰⁶ § 105 Abs. 1 S. 2 JGG erlaubt dem Jugendgericht, im Fall eines Heranwachsenden, auf den nach § 105 Abs. 1 JGG Jugendstrafrecht zur Anwendung kommt, für einen Mord bei besonderer Schwere der Schuld eine Jugendstrafe bis zum Höchstmaß von fünfzehn Jahren zu verhängen. Angesichts der vielen Ungereimtheiten der Regelung und der darin enthaltenen fehlerhaften Verweise auf Begriffe des Erwachsenenstrafrechts, bin ich davon überzeugt, dass diese Regelung verfassungswidrig ist. Sie scheitert nicht nur an ihren inneren Unstimmigkeiten, sondern vor allem daran, dass sie nur für Mord nach § 211 StGB gelten soll und nicht auch für andere Tötungsdelikte, die ebenfalls ausschließlich mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht sind.¹⁰⁷ Aus meiner Sicht »katapultiert« die Norm

101 OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 para. 147

102 DER SPIEGEL, Doppelmord von Herne, Gutachterin fordert Erwachsenenstrafrecht für Marcel H., 18. Januar 2018, zu finden unter <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/herne-prozess-gegen-marcel-h-gutachterin-lehnt-jugendstrafrecht-ab-a-1188602.html> (zuletzt besucht am 25. Februar 2018).

103 BGH NSTZ 2002, 204ff. m. krit. Anm. *Michael Walter*; BGH NSTZ-RR 2003, 186, S. 187

104 Obwohl auch die Kritik bei MüKo/Radtke, 3. Auflage, 2017, § 17 Rn. 1, es wäre »nur wenig zielführend, ... die Sanktionsart von der Vollzugseinrichtung her« zu bestimmen«, statt den materiellen Gehalt der Sanktion »Jugendstrafe« zu beschreiben, einen Kern hat. Traditionell wurden die Jugendstrafalternativen aber offenbar immer von der Eignung für den Jugendstrafvollzug her interpretiert; vgl. *Tenckhoff*, JR 1977, 485, S. 496f.

105 Dieser praktische Umgang mit § 105 Abs. 1 JGG ist dennoch zu unterscheiden von der hier vertretenen Lösung, Jugendschuldstrafe unabhängig von der Erziehungsbedürftigkeit oder Erziehungsfähigkeit des Betroffenen zu verhängen, auch wenn man natürlich hier gleichermaßen anführen könnte, dass es wenig Sinn macht, jemanden in den Jugendstrafvollzug zu entsenden, der dafür ungeeignet ist oder den Vollzug sogar belastet. Da es aber zur Schuldvergeltung bei erheblicher Schuld schlicht keine Alternative zur Jugendschuldstrafe gibt, wird man sich hier von der Überlegung der Geeignetheit für den Jugendstrafvollzug frei machen müssen.

106 *Swoboda*, in: DVJJ (Hrsg.), *Herein-, Heraus-, Heran- Junge Menschen wachsen lassen*, 30. DJT in Berlin 2017, (im Erscheinen).

107 Vgl. § 212 Abs. 2 StGB oder §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB

die Heranwachsenden, auf die sie Anwendung findet, aus dem Anwendungsbereich jugendstrafrechtlicher Prinzipien heraus. Zahlreiche Gedanken des Erziehungs- und Täterstrafrechts funktionieren nicht mehr. U.a. gilt hier ein anderer Schuldbegriff, nämlich der des Erwachsenenstrafrechts aus § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB;¹⁰⁸ und selbst damit lässt sich die »besondere Schwere der Schuld« für die Belange von § 105 Abs. 3 S. 2 JGG nicht schlüssig definieren.¹⁰⁹

a. Offene Fragen der Regelung

Mit der neuen über zehnjährigen Höchststrafe wollte der Gesetzgeber den Jugendgerichten die Möglichkeit eröffnen, in Einzelfällen des Mordes einer besonderen Schwere der Schuld Rechnung zu tragen und hierfür eine »angemessene Reaktionsmöglichkeit« zu schaffen. Er bestand aber zugleich darauf, dass diese besonders lange Jugendstrafe »unter Berücksichtigung des leitenden Erziehungsgedankens« verhängt wird.¹¹⁰ Der Widerspruch, dass eine eindeutig mit Vergeltungsgedanken aufgeladene langjährige Jugendstrafe auch in dieser Länge noch erzieherisch begründet werden soll, obwohl die bei langen Inhaftierungen zu beobachtenden Prisonisierungseffekte alle positiven Wirkungen eines stationären Vollzugs erfahrungsgemäß zunichtemachen,¹¹¹ ist dabei auch dem Gesetzgeber selbst aufgefallen.¹¹² Dennoch hat er alle bekannten kriminologischen Bedenken zurückgewiesen und auf dieser »ethischen und gesellschaftlichen ... Grundentscheidung« für mehr Punitivität im Jugendstrafrecht festgehalten.¹¹³ Dies geschah in der Gesetzesbegründung erkennbar in der Hoffnung, dass nur wenige Verfahren, nur krasse Ausnahmefälle unter die Regelung fallen würden. Mittlerweile, fünfeinhalb Jahre nach Einführung der Regelung (der neue § 105 Abs. 3 S. 2 JGG trat bereits zum 08.09.2012 in Kraft),

108 BGH NSTZ 2016, 685; BGHSt. 61, 302; krit. *Laue*, NSTZ 2017, S. 687; krit. auch *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 105 Rn. 39c

109 *Swoboda* (Fn. 106)

110 Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten, BT-Drs. 17/9289 S. 8, 20

111 *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 105 Rn. 39c; BT-Drs. I/3264, 41; siehe auch *Kaspar*, Schöch-FS, 2010, 209, S. 214; HK-JGG/*Laue*, 2. Auflage, 2015, § 17 Rn. 28 m. w. Nachw.; *Henning Müller*, JR 2017, 120, S. 121

112 BT-Drs. 17/9289, S. 8, 20

113 BT-Drs. 17/9289, S. 8, 20

sind vier Verfahren bzw. Urteile gegen fünf Angeklagte dokumentiert, in denen aufgrund besonders grausiger Umstände des Mordes eine über zehnjährige Jugendstrafe verhängt wurde, z.T. auch nur wegen Mordversuchs.¹¹⁴ Leider kann ich keinen Gesamtüberblick über die einschlägigen Verfahren geben, denn die Publikation »Strafverfolgung«, Fachserie 10 Reihe 3, des Statistischen Bundesamts weist auch für das Jahr 2017 immer noch kein Erhebungsfeld für diese langjährige Jugendstrafe auf. Durch die jüngste BGH-Entscheidung vom 12. Oktober 2017, in der der erste Strafsenat eine Verurteilung des Landgerichts Würzburg¹¹⁵ zu elf Jahren Jugendstrafe wegen versuchten Mordes bestätigt hat, ist aber jedenfalls eine Unklarheit im Umgang mit der Norm gelöst: Entgegen aller Hoffnungen in der Literatur,¹¹⁶ der BGH werde die Norm restriktiv auslegen und sie nur für den vollendeten täterschaftlichen Mord anwendbar machen, ist nun jedenfalls klar, dass alle Varianten der Begehung von Mord eine Verurteilung zu über zehn Jahren Jugendstrafe nach sich ziehen können; darunter auch Versuch, Varianten der Tatvorbereitung nach § 30 StGB oder Anstiftung und Beihilfe zum Mord.¹¹⁷

Mit der zunehmenden Zahl an Urteilen zu § 105 Abs. 3 S. 2 JGG klären sich zwar langsam einige Fragen zur Normauslegung, allerdings in der Regel in der Form, dass die Jugendschuldstrafe nach § 105 Abs. 3 S. 2 JGG immer punitiver gehandhabt wird. Auch das mag ein Grund sein, warum die Zahl der Fälle, die unter § 105 Abs. 3 S. 2 JGG erfasst werden, auf einmal seit 2016 so zugenommen hat (der erste Fall des LG Verden stammt allerdings schon vom 24. Oktober 2014)¹¹⁸.

114 Vgl. zum Verfahren LG Verden, 3. Große Strafkammer – Jugendkammer als Schwurgericht, Urteil vom 24.10.2014 – 3 Kls 1/14 – (231 Js 39325/13 StA Verden), S. *Eisenberg*, NK 2016, 389 und *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 105 Rn. 39d; BGH, 5 StR 524/15 LG Cottbus, Urteil vom 22. Juni 2016 = NSTZ 2016, 685 m. krit. Anm. *Laue* = JR 2017, S. 118 m. abl. Anm. *Henning Müller*; BGH – 5 StR 390/16, Beschluss vom 8. November 2016 = NSTZ 2017, 218 = BGHSt. 61, 302; zuletzt BGH, Beschluss vom 12. Oktober 2017 – 1 StR 324/17

115 LG Würzburg, 26.01.2017 - JKLs 801 Js 263/16 jug.

116 Mordversuche sollten nach *Ostendorf*, JGG, 10. Auflage 2017, § 105, Rn. 32a, und BeckOK-*Schlehofer*, JGG, Stand 01.07.2017, § 105 JGG, Rn. 23a, nicht ausreichen.

117 BGH, Beschluss vom 12. Oktober 2017 – 1 StR 324/17; so auch bereits *Feilcke*, Breidling-FS, 2017, 73, S.76ff., 80; *Swoboda* (Fn. 106)

118 *Eisenberg*, NK 2016, S. 390

Neben der Frage, ob die Norm wirklich nur auf Mord, dann aber auf alle Tatbegehungsmodalitäten des Mordes Anwendung findet, bleiben noch einige weitere nicht aufgelöste Widersprüche.

Da ist zunächst die Frage, wie man eigentlich stimmig begründen kann, dass ein Heranwachsender, der nach § 105 Abs. 1 JGG nach Jugendstrafrecht abgeurteilt wird, der also zur Tatzeit in seiner Reifeentwicklung noch nicht einem Erwachsenen gleichstand, sondern unreif war bzw. jugendtümlich agierte, wie diese Person überhaupt besonders schwere Schuld auf sich geladen haben kann. Der jugendstrafrechtliche Schuldbegriff ist auch mit Blick darauf, dass hier eine für einen jungen Täter adäquate, individualisierende Rechtsfolgen gefunden werden müssen, anders als der Schuldbegriff des Erwachsenenstrafrechts. Die äußere Schwere der Tat, das äußere Tatgeschehen generell, sind nur heranzuziehen, soweit es Schlüsse auf das Maß der individuellen Schuld, also der persönlichkeitsbegründeten Beziehung des jungen Täters zu seiner Tat, zulässt.¹¹⁹ Zudem gilt, dass ein Täter mit bloßer Jugendreife weniger Schuld verwirkt hat als ein sittlicher ausgereifter Erwachsener, weswegen eine Jugendschuldstrafe nie höher ausfallen kann als eine für die entsprechende Tat verhängte Erwachsenenfreiheitsstrafe.¹²⁰ Der BGH hatte diese Widersprüche des § 105 Abs. 1 und 3 S. 2 JGG gleich in seiner ersten Entscheidung dahingehend aufgelöst, dass er auf den Betroffenen den Schuldbegriff des Erwachsenenstrafrechts zur Anwendung findet.¹²¹ Letzteres macht die Norm zu einem ›Katapult‹, das die betroffenen Heranwachsenden aus den für junge Täter entwickelten Schuldbemessungsgrundsätzen hinaus befördert.

Bevor ich dieses Katapult vertieft erläutere, will ich kurz auf die dritte Unstimmigkeit eingehen, die durch § 105 Abs. 3 S. 2 JGG ins Recht hineingetragen wurde. Es gibt zahlreiche Fallkonstellationen,

119 BGHSt. 15, 224; BGH NSrZ 2015, 229; Eisenberg, JGG, 19. Auflage 2017, § 17 JGG, Rn. 29; Laue, NSrZ 2017, S. 687: »Entscheidend ist bei der Sanktionsauswahl und bei ihrer Bemessung allein die Persönlichkeit des Verurteilten; die Tat und ihre Schwere bilden nur den Anlass der Sanktion (...) oder dienen der Begrenzung der Sanktionsschwere.«

120 Streng, Jugendstrafrecht, 4. Auflage, 2017, Rn. 447; Ostendorf, JGG, 10. Auflage, 2017, § 18 Rn. 6

121 BGH, 5 StR 524/15 LG Cottbus, Urteil vom 22. Juni 2016 = NSrZ 2016, 685 m. krit. Anm. Laue = JR 2017, 118 m. abl. Anm. Henning Müller.

in denen ein wegen Mordes verurteilter Heranwachsender bei Anwendung allgemeiner jugendstrafrechtlicher Prinzipien auf die über zehnjährige Jugendstrafe nach § 105 Abs. 3 S. 2 JGG am Ende in der Sanktionierung schlechter steht, als wenn er sogleich als Erwachsener nach Erwachsenenstrafrecht bestraft worden wäre.¹²² Dass der Gesetzgeber diese Strafe von bis zu fünfzehn Jahren jugendstrafrechtlichen Erziehungsgrundsätzen unterstellt hat, gereicht den Betroffenen also zum Nachteil. Wäre er als Erwachsener abgeurteilt worden, hätte seine Freiheitsstrafe milder ausfallen können. Hier ist nicht der Raum, diese Sonderfälle noch einmal im Detail zu erörtern. Ausführliche Fallstudien findet man in Aufsätzen von Mitsch in der Festschrift für Werner Beulke und im *Goldammers Archiv* aus dem Jahr 2013.¹²³ Insgesamt zeigen die Fallstudien, dass eine so exzessive Jugendstrafe wie die nach § 105 Abs. 3 S. 2 JGG weder mit dem Sonderstrafrecht des JGG noch mit den allgemeinen Strafzumessungsregeln des StGB harmoniert. Allein das wäre ein Grund, die Reform zu überdenken.

b. Der Katapultmechanismus

Der Gesetzgeber hat mit § 105 Abs. 3 S. 2 JGG *de facto* angeordnet, dass die betroffenen Heranwachsenden unter dem Deckmantel des Jugendstrafrechts nach Wertungen des Erwachsenenstrafrechts behandelt werden.¹²⁴

aa. Der Mechanismus zur Anwendung allgemeinstrafrechtlicher Schuldprinzipien

Zentraler Punkt des Katapultmechanismus ist der Verweis in § 105 Abs. 3 S. 2 JGG, dass der neue erhöhte Strafraum eine Mordtat, begangen bei ›besonderer Schwere der Schuld‹, voraussetzt. Die Gesetzesbegründung enthält keinerlei Vorgaben dazu, wie sich diese

122 Ein Teil der Fälle betrifft Ungereimtheiten in der Anwendung des Gebots der einheitlichen Sanktionierung bei gleichzeitiger Aburteilungen von Taten, die in unterschiedlichen Reifestufen begangen wurden, also den Mechanismus des § 32 JGG; Mitsch, Beulke-FS, 2015, S. 1181 (zur Anwendung von § 32 JGG); weitere Ungereimtheiten gibt es beim Vergleich der Sanktionsmaßstäbe zwischen Erwachsenen- und Jugendstrafe, wenn es um Tatteilnahmeregelungen und die Anwendung des § 28 Abs. 1 JGG auf den Teilnehmer geht; Mitsch, GA 2013, S. 137.

123 Mitsch, 2015 (Fn. 122), S. 1181; Mitsch, 2013 (Fn. 122), S. 137; zu den eklatantesten Fällen hieraus s. auch Swoboda (Fn. 106)

124 Man kann auch von einem ›Quantensprung‹ in neue Strafdimensionen sprechen; so Mitsch, 2018 (Fn. 122), S. 1185ff.

besonders schwere Schuld eines jungen Täters bestimmen lässt, aber von Anfang an wurde diese Gesetzesformulierung als Verweis auf § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB diskutiert,¹²⁵ da es gerade auch die Fälle des § 57a Abs. 1 StGB waren, also Mordfälle bei besonderer Schwere der Schuld nach Erwachsenenmaßstäben, in denen die Diskrepanz zwischen der lebenslangen Freiheitsstrafe für Erwachsene und der maximal zehnjährigen Jugendstrafe für Jugendliche und Heranwachsende besonders augenfällig wurde.¹²⁶ Insgesamt sollte mit § 105 Abs. 3 S. 2 JGG (mutmaßlich) die »bemerkenswerte Sanktionslücke« zwischen der generellen »Strafrahmenobergrenze des JGG von zehn Jahren Jugendstrafe und der lebenslangen Freiheitsstrafe des allgemeinen Strafrechts« geschlossen werden.¹²⁷ Dementsprechend hat auch der BGH in seiner ersten Entscheidung zu dieser Norm vorgegeben, dass der Begriff der besonderen Schwere der Schuld an den für § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB entwickelten Maßstäben zu orientieren ist,¹²⁸ obwohl die dort angewendeten Maßstäbe schon für das Erwachsenenrecht weitgehend unklar sind, und obwohl diese Maßstäbe auf einem für das Jugendstrafrecht falschen Schuldbegriff basieren.¹²⁹ Der Erwachsenenschuldbegriff darf an der objektiven Tatseite, am objektiv verwirkten Tatunrecht anknüpfen, während es für jugendstrafrechtliche Schuld mehr auf die subjektiven und persönlichkeitsbegründenden Beziehungen des Täters zu seiner Tat ankommt, auf die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit und auch auf Tatmotive.¹³⁰

Im Erwachsenenstrafrecht wollte der Gesetzgeber mit § 57a Abs. 1 StGB die Möglichkeit schaffen, auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe noch zwischen Schuldgraden zu differenzieren und damit im Wege der Strafvollstreckung Einzelfallgerechtigkeit bzw. eine schuldangemessene

125 Höyneck, DVJJ, Schriftliche Stellungnahme im Rahmen der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 23.05.2012 zum Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten, BT-Drs. 17/9389 vom 24.4.2012, S. 4; zu finden unter http://www.dvjj.de/sites/default/files/medien/imce/documente/aktuelles/Stellungnahme_Hoeyneck.pdf (zuletzt besucht am 26. Februar 2018).

126 MüKo/Laue, JGG, 3. Auflage, 2017, § 105 Rn. 36

127 Streng, Jugendstrafrecht, 4. Auflage, 2016, Rn. 439a

128 BGH NSrZ 2016, 685 m. abl. Anm. Laue = BGH JR 2017, 118 m. abl. Anm. Henning Müller

129 Henning Müller, JR 2017, 120, S. 121f.

130 BGHSt. 15, 224; BGH NSrZ 2014, 407 (408); Eisenberg, JGG, 19. Auflage 2017, § 17 JGG, Rn. 29

Tatbestrafung zu ermöglichen; - etwas, dass das Gesetz dies bei Mord mit der zwingenden Rechtsfolge »Lebenslang« gerade nicht zulässt.¹³¹ Die Schwierigkeit besteht nun aber darin, einen Normalmaßstab von Schuld zu definieren, von dem ausgehend man zwischen Schuldgraden differenzieren könnte. Man könnte Mindestschuld-kategorien bilden und alles das, was über das Mindestmaß an Schuld hinausgeht, das zur Tatbestandserfüllung mindestens erforderlich ist, als besonders schwer einstufen,¹³² oder man könnte versuchen, Mindest- und Normalschuld-kategorien zu kreieren und davon ausgehend Kategorien für eine besondere Schwere der Schuld bestimmen.¹³³ All das hat der große Senat des BGH aber abgelehnt.¹³⁴ Eine Maßstabsbildung nach Fixpunkten soll es nicht geben. Stattdessen hat sich der Große Senat auf die Aussage zurückgezogen, dass es für die Bemessung der besonderen Schwere der Schuld nur auf die Gesamtwürdigung aller Umstände im konkreten Einzelfall ankommt.¹³⁵ Zu berücksichtigen sei zum Beispiel, ob mehrere Mordmerkmale verwirklicht wurden, ob es mehrere Opfer gab, ob die Tat in besonderer Art oder Intensität begangen wurde oder unter besonderen Begleitumständen, wie der Gefährdung weiterer Menschen. Auch andere Straftaten, die Tateinheitlich oder tatmehrheitlich zum Mord begangen wurden, sind im Erwachsenenstrafrecht relevant.¹³⁶

Insgesamt aber bleibt dieses Gesamtwürdigungskonzept vage.¹³⁷ Eigentlich ist es nicht mehr als eine Begründungsanweisung an die Gerichte, dezidiert darzutun, warum im Einzelfall schulderschwerende

131 Entwurf eines Siebzehnten Strafrechtsänderungsgesetzes (17. StrÄndG), BT-Drs. 8/3218 S. 7; Rieke-Müller/Schady, Empfehlen sich Änderungen des § 57a StGB?, in: BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-213, 57a StGB), Juni 2015, 750, S. 760

132 Der Mindestschuldansatz wird z.B. weiterhin vertreten von Schönke/Schröder-Stree/Kinzig, 29. Auflage 2014, § 57a StGB, Rn. 5; s. ferner BGH, NSrZ 1994, 540

133 Zur Idee einer Kategorie der »normativen Regeltatschuld« s. Nachweise bei BGH NSrZ 1995, 122 (123)

134 BGH NSrZ 1995, 122 (123)

135 BGH NSrZ 1995, 122 (123 f.)

136 Weitere Aspekte aus der Rechtsprechung sind z.B. die schuld mindernde Berücksichtigung von Provokationen oder die Missachtung der Warnfunktion von Vorstrafen; MüKo/Groß, 3. Auflage 2016, § 57a StGB Rn. 19; Schönke/Schröder-Stree/Kinzig, 29. Auflage 2014, § 57a StGB, Rn. 5

137 Grünewald, FS-Bemman, 1998, S. 161, S. 171; Jahn/Kett-Straub, StV 2010, 271, S. 273f.; Heine/Höpfel/Huber, GA 2008, S. 256; Heine/Höpfel/Huber, GA 2008, S. 256; SK-Schall, § 57a StGB Rn. 8a

Umstände vorlagen. Ansonsten fehlt jeder Maßstab für eine Kategorie der besonderen Schwere der Schuld, denn eine solche Kategorie lässt sich ohne Fixpunkte für Schuldmaße schlicht nicht bilden.¹³⁸

All diese Kategorisierungsprobleme werden nun über § 105 Abs. 3 S. 2 JGG ins Jugendstrafrecht hineingetragen; so als wäre es sogar für den subjektivierenden jugendstrafrechtlichen Schuldbegriff möglich, Mindest-, Normal- oder Schwerekategorien für individuelle Schuld zu finden. Tatsächlich ist aber schon der Gedanke, Schuldkategorien zu bilden, mit einem täterstrafrechtlichen Schuldbegriff des JGG nicht zu vereinbaren. Wie sollen denn eine charakterliche Haltung, eine persönliche Beziehung eines Täters zu seiner Tat in objektive Kategorien fassen? Wenn man § 105 Abs. 3 S. 2 JGG also überhaupt anwenden will (man könnte ihn aus meiner Sicht wegen dieses In-Sich-Widerspruchs auch für unanwendbar erklären), dann geht das nur, wenn man den jugendstrafrechtlichen Schuldbegriff gegen den Schuldbegriff des Erwachsenenstrafrechts austauscht, d.h. gegen einen an äußeren Tatumständen orientierten Schuldbegriff. Dann kann man für die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld die Maßstäbe des Erwachsenenstrafrechts zur Anwendung bringen, und zwar genau so, wie sie zu § 57a Abs. 1 StGB im Erwachsenenstrafrecht entwickelt wurden. Diesen Weg hat jetzt der BGH beschritten und in den entsprechenden Entscheidungen dann auch konsequenterweise nur noch objektive Tatumstände betrachtet, um die besondere Schwere der Schuld festzustellen.¹³⁹

Das Katapult besteht also darin, dass aufgrund der Fehlerweisung in § 105 Abs. 3 S. 2 JGG auf § 57a Abs. 1 StGB nun der betroffene Heranwachsende nach Maßstäben des Erwachsenenstrafrechts abgeurteilt wird, mit dem einzigen Vorteil, dass die Höchststrafe nach § 105 Abs. 3 S. 2 JGG auf fünfzehn Jahre Jugendstrafe lautet und nicht auf ›lebenslange Freiheitsstrafe‹. Hier wird Erwachsenenstrafrecht unter dem

¹³⁸ Generell zur Forderung nach Bestimmung von Fixpunkten *Rieke-Müller/Schady*, 2015 (Fn. 131), S. 772ff.

¹³⁹ BGH NSrZ 2016 (686); NSrZ 2017, 218 (219); BeckOK-*Schlehofer*, JGG, Stand 01.07.2017, § 106 Rn. 23 m; dazu übrigens sind die vom BGH zur Feststellung einer besonderen Schwere der Schuld entwickelten Richtlinien auch dann nur bedingt anwendbar. Da § 105 Abs. 3 S. 2 JGG die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld dezidiert auf den begangenen Mord bezieht, müssen z.B. andere Delikte, die in Tateinheit oder in Tateinheit hierzu begangen wurden, außer Betracht bleiben; *Mitsch*, 2015 (Fn. 122), S. 1181, 1182ff., 186f.; BeckOK-*Schlehofer*, JGG, Stand 01.07.2017, § 106 Rn. 23 f, 23i; *Laue*, NSrZ 2016, 687, S. 688.

Deckmantel einer neuen Jugendstrafkategorie ins Jugendstrafrecht eingeschleust. *De facto* findet ›im Gewande‹ der neuen Jugendhöchststrafe ein Austausch von Jugendstrafrecht gegen Erwachsenenstrafrecht statt.

bb. Alternative Lösungen – und ihre Kritik

Dieses Ergebnis hätte man auch offen anordnen können, indem man in § 105 Abs. 1 JGG eine Ausnahmeregelung kreiert, die diejenigen Heranwachsenden, die aber einen Mord begangen haben, der nach Erwachsenenschuldmaßstäben als Mord mit besonderer Schwere der Schuld bezeichnet werden müsste, von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Jugendstrafrechts herausnimmt. Diese Heranwachsenden könnten dann, wenn doch noch Reiferückstände bestehen bzw. wenn sie noch prägnant sind, unter die Regelung des § 106 Abs. 1 JGG fallen. Sie hätten dann nach Erwachsenenstrafrecht nur eine Höchststrafe von fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe zu erwarten.

Der Zusatz in § 105 Abs. 1 JGG, mit dem heranwachsende Mörder direkt zum Erwachsenenstrafrecht übergeleitet würden, könnte wie folgt lauten:

§ 105 JGG: Anwendung des Jugendstrafrechts auf Heranwachsende

(1) ¹Begeht ein Heranwachsender eine Verfehlung, die nach den allgemeinen Vorschriften mit Strafe bedroht ist, so wendet der Richter die für einen Jugendlichen geltenden Vorschriften der §§ 4 bis 8, 9 Nr. 1, §§ 10, 11 und 13 bis 32 entsprechend an, wenn

1. die Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters bei Berücksichtigung auch der Umweltbedingungen ergibt, dass er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung noch einem Jugendlichen gleichstand, oder
2. es sich nach der Art, den Umständen oder den Beweggründen der Tat um eine Jugendverfehlung handelt.

²Handelt es sich bei der Tat um einen Mord und liegt besondere Schwere der Schuld (nach Maßstab des § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB) vor, so ist auf den Heranwachsenden das allgemeine Strafrecht nach Maßgabe des § 106 Abs. 1 JGG anzuwenden.

(2)...¹⁴⁰

Das Erstaunliche an einer solchen Lösung wäre, dass die hier nur kurz angerissene Systembrüche bei der Anwendung des

¹⁴⁰ Vgl. bereits *Swoboda* (Fn. 106)

Allgemeinen Teils des StGB und bei der Anwendung der Sanktionierungsgrundsätze aus § 32 JGG bei mehreren Delikten in unterschiedlichen Reifestufen mit dieser Lösung entfallen. Auch die Maßstäbe des Erwachsenenstrafrecht zur Bestimmung der besonderen Schwere der Schuld aus § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB können nun direkt angewandt werden.

Aber diese Alternativlösung zum jetzigen § 105 Abs. 3 S. 2 JGG hat ein entscheidendes Problem: Ihr ist die Verfassungswidrigkeit auf die Stirn geschrieben. Die seltsame Limitierung des Mechanismus auf die Gruppe heranwachsender Mörder verstößt gegen das Gleichheitsgebot des Artikels 3 Abs. 1 GG. Es gibt keinen sachlichen Grund, den Weg ins Jugendstrafrecht nur den Personen zu versagen, die einen Mord mit besonderer Schwere der Schuld begangen haben, aber diejenigen, die einen besonders schweren Fall des Totschlags nach § 212 Abs. 2 StGB, Völkermord, ein tödliches Kriegsverbrechen, ein tödliches Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen haben, weiter nach Jugendstrafrecht abzuurteilen.¹⁴¹ Hier findet eine evidente Ungleichbehandlung von Personengruppen statt, die sich voneinander nicht wesentlich unterscheiden.¹⁴²

141 Das ist das Ergebnis einer Prüfung von Art. 3 Abs. 1 GG sowohl nach der neuen wie nach der alten Formel. Die alte Willkürformel lautet: »Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muss«; BVerfGE 1, 14 (52). Während die neue Formel lautet: Der Gleichheitssatz ist »vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten«. Trotz größeren Spielraums für den Gesetzgeber muss auch hier ein »einleuchtender Grund« für die Differenzierung vorgebracht werden; BVerfGE 55, 72 (88 f.); zu den Formeln s. BeckOK GG/Kischel, GG, Stand 01.06.2017, Art. 3 Rn. 28.

142 Die neueste Formel differenziert zwischen den Absätzen Art. 3 Abs. 1 und 3 GG. »[D]er Gesetzgeber [unterliegt] bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung. Diese Bindung ist umso enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, dass eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt. (...) Kommt als Maßstab nur das Willkürverbot in Betracht, so kann ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 nur festgestellt werden, wenn die Unsachlichkeit der Differenzierung evident ist. Dagegen prüft das BVerfG bei Regelungen, die Personengruppen verschieden behandeln oder sich auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirken, im Ergebnis nach, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können«; BVerfGE 88, 87 (96 f.); BeckOK GG/Kischel, GG, Stand 01.06.2017, Art. 3 Rn. 28.

IV. FAZIT

Zur Entwicklung des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht ist abschließend zu sagen, dass der Erziehungsgedanke inzwischen trotz aller Versuche in Dissertationen und Lehrbüchern, ihm einen konkreten Gehalt zu geben, zur Beliebigkeit verkommen ist. Je nach Diskussionsbereich enthält der Begriff unterschiedliche Konnotationen. Wenn über die Erziehung durch Jugendstrafe oder bei der Verhängung von Jugendstrafe nachgedacht wird, dann wird Erziehung offenbar von den erzieherischen Maßnahmen im Jugendstrafvollzug aus gedacht und damit zur Begriffshülle für alle denkbaren repressiven oder insgesamt (zwangsweise angewandten) persönlichkeitsbeeinflussenden Maßnahmen im Vollzug. In dieser Gestalt ist Erziehung natürlich ein Eingriff in Grundrechte. In anderen Bereichen, in der Diskussion über ambulante Maßnahmen, milde Weisungen oder Zuchtmittel oder Diversion, ist Erziehung die Alternative zum Strafen oder ein Weg, mit dem der Strafanspruch des Staates durch Umleitung auf andere Maßnahmen zur Förderung der Persönlichkeitsentwicklung des Jugendlichen (hin zur Legalbewährung) beitragen kann. In dieser Bedeutung ist Erziehung als Alternativlösung zum Strafen ohne Eingriffscharakter, zumal die erzieherische Maßnahme erst einmal in Relation zum ansonsten aufgrund der Straftat erforderlichen Strafeingriff gestellt werden muss, auf den der Staat auch nicht so einfach verzichten darf. Gleichzeitig hat man es in der Diskussion um staatliche Erziehungseingriffe immer auch mit dem Widerspruch zu tun, dass zwar der zu Erziehende bzw. seine Eltern grundsätzlich einen Anspruch darauf haben, in der eigenen Persönlichkeitsentwicklung bzw. in der Ausübung des elterlichen Erziehungsrechts vom Staat in Ruhe gelassen zu werden, der Staat aber zugleich Garant dafür ist, dass der junge Mensch die Mindestbedingungen dafür vorfindet, dass er sich überhaupt frei entwickeln und seine Persönlichkeit in der Gesellschaft, in die er sich hinein entwickelt, frei entfalten kann.¹⁴³ D.h. Erziehung ist nicht nur ein Zwang, der einen jungen Menschen betrifft, sondern auch die Eröffnung von Chancen; und die Eröffnung von Chancen muss nicht an Grundrechten gemessen und für Erwachsene für verfassungswidrig erklärt werden.

143 Budelmann, 2005 (Fn. 5), S. 35

Zusammenfassend ist Erziehung immer beides: Eingriff und Chance, Zwang und Unterstützung. Und genau dieser Widerspruch, der Erziehung ist, macht es unmöglich, Erziehung als Generalgedanken oder als Prozess an Grundrechten zu überprüfen. Überprüft werden kann immer nur eine einzelne, konkret als eingriffsintensiv erkannte Maßnahme, die erzieherisch begründet ist. Und diese Maßnahme ist auch nur dann Eingriff, wenn der Betroffene sie nicht will, wenn sie für ihn Zwang ist.

Wir bräuchten dringend eine klare Definition des Erziehungsgedankens, durch den Gesetzgeber oder auf der Ebene der höchstrichterlichen Rechtsprechung, damit die Diskussionsinhalte transparent werden. Momentan findet die Diskussion auf der Basis unterschiedlicher Erziehungsbegriffe, ohne einen gemeinsamen kleinsten Nenner statt. In diesem Beitrag wurde ein Erziehungsverständnis vorgestellt, das aus meiner Sicht funktional für das Jugendstrafrecht gute Dienste leisten würde. Dort umfasst der ›Erziehungsgedanke‹ alle Ideen, die alle darauf abzielen, dem Gedanken von Schuld und Vergeltung, also dem ›Gegenpol‹ des Erziehungsgedankens im Spannungsfeld zwischen Schuld und Erziehung, Kräfte entgegenzusetzen, die von der Schuldstrafe weg zu individualisierenden, mildernden, erzieherisch oder zumindest individualfördernd ausgerichteten Sanktionsformen hinführen. Dieses Bild gegenläufiger Kraftpole erleichtert aus meiner Sicht die Sanktionsbegründung. Selbst schwerste Sanktionen können sowohl mit Schuldgesichtspunkten als auch mit (entgegenwirkenden) erzieherischen Überlegungen unterlegt werden, ohne dabei einen Gleichlauf von Erziehung und Strafe propagieren zu müssen oder verschleiern zu müssen, dass in der Nähe der jeweiligen Extrempole die Kräfte des jeweils anderen Pols nur noch wenig Wirkung entfalten. Im Bereich des Schuld- und Strafpols gibt es kaum erzieherische Begründungskräfte, aber die, die wirken, sprechen für eine Milderung der aus Schuldgesichtspunkten zu verhängenden Strafe. Im Bereich des Erziehungspols, bei Bagatelltaten ansonsten unauffälliger junger Menschen, wirken kaum Vergeltungskräfte. Hier bleibt Raum, um mit Erziehungsmaßnahmen gezielt erzieherischen Fehlentwicklungen entgegenzusteuern, anstatt zu vergelten. Vergeltungsgedanken kommen in diesem Bereich nur ins Spiel, um zu erklären, warum überhaupt der Staat in irgendeiner Form reagieren und gegebenenfalls trotz guter Entwicklung doch ahnden, z.B. einen ›Denkzettel‹ verpassen muss.

Für die drei vorgestellten Diskussionsbereiche gilt aus meiner Sicht nun Folgendes:

(1) Der 3. Strafsenat des BGH hat zutreffend Bereiche identifiziert, in denen man unbedingt über die Verfassungswidrigkeit von Erziehungszuschlägen diskutieren muss, also erzieherisch begründeten Eingriffen, die über die Erfordernisse des staatlichen Strafanspruchs hinausgehen. Aber die Diskussion soll sich nicht nur auf Erziehungszuschläge gegen Erwachsene richten. Auch bei Jugendlichen halte ich diese Zuschläge für nach dem JGG unzulässig.

(2) Hinsichtlich der zu § 105 Abs. 1 JGG besprochenen Fragen ist anzuraten, dass die neuen neurowissenschaftlichen Erkenntnisse verarbeitet werden, egal ob nun durch ein Jungtäterstrafrecht bis 24 Jahren oder generell dadurch, dass berücksichtigt wird, dass junge Menschen eine biologisch begründete Tendenz zum Risikoverhalten zeigen und dass ihre Fähigkeit zur Selbstkontrolle noch ausgebildet wird.

(3) Mit Blick auf § 105 Abs. 3 S. 2 JGG, diesem trojanischen Pferd, das einem eine Erwachsenenstrafe als Jugendstrafe ›verkauft‹, tatsächlich aber in gleichheitswidriger Art und Weise bestimmte Heranwachsende wegen der besonders verstörenden Umstände ihrer Tat aus dem Jugendstrafrecht herauskatapultiert, kann ich nur erneut die Forderung aussprechen, diese Regelung wieder abzuschaffen. Der Gesetzgeber hat den Erziehungsgedanken hier nachhaltig dadurch geschwächt, dass er in den Bereichen, in denen die Jugendstrafe Anwendung findet, dem Vergeltungsgedanken und den damit automatisch verknüpften Belangen der positiven Generalprävention zusätzliches Gewicht verschafft hat. Es ist absehbar, dass bald alle Fälle von Morden, die über einen gedachten Normalfall hinausgehen, unter diese Regelung fallen werden; und dann werden sich die Straftarife unterhalb dieser Sonderkategorie von Morden nach oben anpassen. Diese Sogwirkung ist jetzt noch nicht statistisch nachweisbar, aber eintreten wird sie dennoch. Für die Gesellschaft bringt diese neue Jugendhöchststrafe nur symbolischen Nutzen; sie begünstigt allein die nachweisbar steigenden gesellschaftlichen Strafbedürfnisse, die aber, wenn man ihnen grenzenlos nachgibt, am Ende zur Auflösung des Jugendstrafrechts als mildes Sonderstrafrecht führen müssen.