

WERNER BEULKE

Die Verhängung einer Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ ohne Erziehungsbedürftigkeit?

Neuorientierung der Rechtsprechung zu § 17 Abs. 2 JGG

I.

Der BGH hat in einem Urteil vom 4. Juni 2024 im Verfahren 5 StR 205/23 eine Zeitenwende seiner Rechtsprechung zur Verhängung einer Jugendstrafe gem. § 17 Abs. 2 JGG eingeleitet.¹ Nach bisheriger ständiger Rechtsprechung musste bei dem Jugendlichen oder Heranwachsenden (§§ 1, 105 Abs. 1 JGG) sowohl im Falle der Bejahung „schädlicher Neigungen“ als auch bei „Schwere der Schuld“ im Zeitpunkt des Urteils eine erzieherische Notwendigkeit erkennbar sein, dass eine Jugendstrafe erforderlich ist.² Nunmehr wird hingegen bei der Alternative der „Schwere der Schuld“ (§ 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG) keine Erziehungsbedürftigkeit und Erziehungsfähigkeit vorausgesetzt. Im Vorfeld hatte diese Abkehr von der ständigen Rechtsprechung bereits für viel Trubel gesorgt, weil sie sich lange vorher abzeichnete – vor allem in diesem Verfahren, dass sich von der Tatzeit im Jahre 2017 noch mehrere Jahre hingezogen hat.

¹ BGH NStZ 2024, 615 = BeckRS 2024, 14546 = StV 2024, 517.

² BGHSt 15, 224; BGH NStZ-RR 2018, 358, 359.

Der Tatvorwurf betrifft Gewaltdelikte in Form des Landfriedensbruchs (§ 125 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 2 StGB) in Tateinheit mit Beihilfe zur Brandstiftung. Die Taten standen im Zusammenhang mit Protesten gegen den im Jahre 2017 in Hamburg stattfindenden G 20-Gipfel. Die im Tatzeitpunkt jugendlichen Angeklagten gehörten zu einer Gruppe von verummten Teilnehmern der Demonstration (schwarzer Block). Es wurden u.a. Mülltonnen zerstört, Straßenbarrikaden errichtet, Glasscheiben von Geschäftsräumen angezündet, Wände beschmiert, Bewohner durch den Aufmarsch bedroht, Personenkraftwagen angezündet und ein Bus angegriffen. Ein unbekannter Teilnehmer der Demonstration warf einen Pflasterstein in das Fenster einer Privatwohnung, womit die Angeklagten aber nicht gerechnet haben. Sie verließen nach einiger Zeit den Aufmarsch, in dessen weiteren Verlauf es zu neuen Gewalttätigkeiten kam.

In einem ersten Verfahrensdurchgang hat das Tatgericht bei der Sanktionsentscheidung im Rahmen der Prüfung einer Jugendstrafe das Vorhandensein „schädlicher Neigungen“ i.S.v. § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG verneint. Sodann wurde zwar eine „Schwere der Schuld“ bejaht, gleichwohl sah sich das Tatgericht an der Verhängung einer Jugendstrafe gehindert, weil die erzieherischen Defizite im Zeitpunkt der Urteilsfällung nicht (mehr) so groß seien (Reifung des jugendlichen nach der Tat / Distanzierung von den früheren gewaltbereiten Aktivitäten), dass eine Jugendstrafe i. S. v. § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG erforderlich sei. Es wurden Auflagen in Form von 20 Arbeitsleistungen zu je 6 Arbeitsstunden nach den Weisungen der Jugendgerichtshilfe verhängt. Dieses Urteil hat der BGH im Jahre 2021 im Rechtsfolgenausspruch aufgehoben und die Sache an eine andere Jugendkammer des Landgerichts zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen. Nach Ansicht des BGH war angesichts der bei den Angeklagten noch immer vorhandene Einstellung zu politisch motivierter Gewaltkriminalität die Annahme des Gerichts, dass der jugendspezifisch zu bemessende Schuldgehalt hier nicht das erforderliche Maß der „Schwere der Schuld“

erreiche, nicht rechtsfehlerfrei begründet worden.³ Noch ausdrücklich offengelassen wurde damals die Frage, ob das Bestehen eines Erziehungsbedürfnisses überhaupt eine kumulative Voraussetzung der Verhängung einer auf die „Schwere der Schuld“ gestützten Jugendstrafe ist, – was die Rechtsprechung bisher fordert –, oder ob – wie es überwiegend in der jugendstrafrechtlichen Literatur mit beachtlichen Argumenten vertreten wird – dies nicht zutrifft.⁴

Im erneuten Verfahren kam das Landgericht jedoch nahezu zum selben Ergebnis wie das erste Tatgericht, wobei die angeordneten Auflagen auf 15 Arbeitsleistungen zu je sechs Stunden herabgesetzt wurden. Wiederum wurden „schädliche Neigungen“ abgelehnt, weil sie zumindest im Zeitpunkt der Urteilsfällung nicht vorhanden seien („bemerkenswerte“ persönliche Entwicklung im Hinblick auf die Bewertung ihrer Teilnahme an dem Aufmarsch, den hierbei begangenen Gewalttätigkeiten, ihrer eigenen Verantwortlichkeit hierfür und ihrer Einstellung zu politisch motivierter Gewalt). Nach Ansicht des BGH wurden diese Feststellungen rechtsfehlerfrei getroffen.⁵ Die Jugendstrafkammer hat dann erneut die „Schwere der Schuld“ bejaht, da „erhebliche Straftatbestände“ verwirklicht worden seien und sich die Handlungen der damals Jugendlichen auch als „verwerfliche Taten mit schwerem Verschulden“ darstellten. Jenseits der Begehung von Kapitaldelikten oder anderen schwersten Straftaten erfordere jedoch die Verhängung einer Jugendstrafe neben der „Schwere der Tat“ eine kumulativ festzustellende Erziehungsbedürftigkeit.⁶ Da bei den Angeklagten – wiederum insbesondere mit Blick auf ihre persönlichen Entwicklungen – eine nachhaltige Erziehungsbedürftigkeit nicht (mehr) bestehe, scheide eine Jugendstrafe auch aus dem Gesichtspunkt der „Schwere der Schuld“ aus.

³ BGH NStZ 2022, 749 Rn. 17.

⁴ BGH NStZ 2022, 749 Rn. 37.

⁵ BGH NStZ 2024, 106.

⁶ BGH NStZ 2024, 106.

Nachdem die Strafzumessung auch im zweiten Verfahrensdurchgang wiederum nicht im Sinne des BGH ausfiel, hat der 5. Strafsenat – entsprechend seinem früher noch nicht entscheidungserheblichen Hinweis im ersten aufhebenden Urteil – am 13. September 2023 einen Anfragebeschluss an die übrigen Senate des BGH erlassen, in dem er eine Rechtsprechungsänderung endgültig angekündigt und angefragt hat, ob die anderen BGH-Senate ihre entgegengesetzte Rechtsprechung aufgeben würden. Es sei beabsichtigt, das Urteil erneut zu Lasten der Angeklagten aufzuheben und zwar diesmal mit der Begründung, „dass in allen Fällen, in denen wegen Schwere der Schuld Strafe erforderlich ist (§ 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG), eine Jugendstrafe zu verhängen ist, ohne dass es darauf ankommt, ob eine Erziehungsbedürftigkeit oder -fähigkeit festgestellt werden kann“.⁷

Dieser Beschluss hat im Schrifttum bereits ein lebhaftes Echo gefunden.⁸ Die anderen Senate haben im Ergebnis zur geplanten neuen Auslegung des § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG alle grünes Licht gegeben, sodass sich eine Anrufung des Großen Senats erübrigte. Nunmehr hat der BGH im jetzigen Revisionsurteil vom 4. Juni 2024 das Urteil des Tatgerichts erneut aufgehoben und die vorher angekündigte Änderung der Rechtsprechung zu § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG ausführlich begründet. Gleichzeitig hat es die dem Urteil zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben (§ 353 Abs. 2 StPO).⁹

⁷ BGH NStZ 2024, 106.

⁸ Zustimmend: *Petersen* NStZ 2024, 209; ablehnend: *Eisenberg/Kölbel*, NStZ 2024, 79, 85 (Scherbengericht!); *Höynck*, StV 2024, 125; *Neubacher/Lohmann*, JZ 2024, 201; weitere Fundstellen Fn. 16.

⁹ BGH NStZ 2024, 615 = StV 2024, 615 = NJW Spezial 2024, 2415 m. Anm. *Heim/Beukelmann*; dazu ferner *Pieplow* ZJJ 2024, 232.

II.

Vergegenwärtigen wir uns zunächst, welches Meinungsspektrum in dieser seit vielen Jahrzehnten kontrovers diskutierten Rechtsfrage vertreten wird – natürlich nur in den wichtigsten Grundzügen. An vorderster Stelle ist selbstverständlich auf die bisher ständige herrschende Rechtsprechung zu verweisen,¹⁰ die als die „erziehungsorientierte Auslegung“ des § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG bezeichnet werden kann. Ihr Ausgangspunkt ist die eigentlich von allen geteilte Erkenntnis, dass sich das Maß der Schuld nach der „inneren Tatseite“, nach der charakterlichen Haltung, der Persönlichkeit und der Tatmotivation des jungen Täters richtet.¹¹ Zwar gewinnen nach dieser Auslegung der Norm auch die objektiven schweren Folgen der Tat für die Schuld mittelbar dadurch Bedeutung, dass sich Vorsatz und Fahrlässigkeit auf sie beziehen müssen, aber das Leitprinzip des Jugendstrafrechts, der Erziehungsgedanke, der sowohl für das materielle als auch für das formelle Jugendstrafrecht gilt, sei vorrangig zu berücksichtigen. Das ergebe sich auch aus § 18 Abs. 2 JGG, der für die Bemessung der Jugendstrafe nur an die „erforderliche erzieherische Einwirkung“ anknüpfe. Das gelte eben auch für die Fallgruppe der Verhängung einer Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“. Auch § 2 Abs. 1 S. 2 JGG bestätige dieses Ergebnis, wenn er „vorrangig“ eine Ausrichtung aller Rechtsfolgen am Erziehungsgedanken gebietet.¹² Entscheidend seien also immer die Belange der Persönlichkeit des Beschuldigten und dessen Förderungsbedarf, also die Zukunftsprognose. Dem Tatumrecht komme keine „selbständige Bedeutung“ zu. Gerade diese Auslegung des § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG entspreche den

¹⁰ BGHSt 15, 224; BGH NStZ-RR 2018, 358. 359; *Eisenberg/Kölbel* in JGG, 25. Aufl. (2024), § 18 Rn. 40; *Eisenberg* NStZ 2018, 729; *Kölbel* JR 2019, 40; *Kölbel* KriPoZ 2024, 304; *Sonnen* in Diemer/Schatz/Sonnen, HK, JGG, 8. Aufl. (2020), § 18 Rn. 10; *Ostendorf* in ders., JGG, 11. Aufl. (2021), § 17 Rn. 8.

¹¹ Statt aller: *Eisenberg/Kölbel* NStZ 2024, 79, 84; *Beulke/Swoboda*, Jugendstrafrecht, 16. Aufl. (2020), Rn. 455.

¹² BGH NStZ 2024, 111 Rn. 14; 113, Rn. 7 f.

Mindestgrundsätzen der Vereinten Nationen für die Gerichtsbarkeit vom 29. November 1985, 17.1 Buchst. d.¹³

Die herrschende Lehre im Schrifttum¹⁴ lehnt diese erziehungsorientierte Auslegung ab. Sie differenziert stärker zwischen der Alternative der Verhängung einer Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen“ (§ 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG) und wegen „Schwere der Schuld“ (§ 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG). Erstere stelle auf die erzieherische Notwendigkeit der Sanktion ab, letztere sei gerade davon unabhängig und orientiere sich nur am Schuldmaß, das allerdings nach jugendstrafrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sei. Mit der jetzt besprochenen Leitentscheidung vom 4. Juni 2024 hat sich der BGH dieser Auslegung angeschlossen. Sie wird auch in dem von mir mitverantworteten Lehrbuch des Jugendstrafrechts vertreten.¹⁵ Zur Begründung wird vor allem auf den Wortlaut des § 17 Abs. 2 JGG verwiesen, der die zwei Möglichkeiten der Verhängung einer Jugendstrafe alternativ aufzählt. Die erste Alternative der „schädlichen Neigungen“ sei eine Umschreibung der Erziehungsbedürftigkeit sowie der Erziehungsfähigkeit, die zweite Alternative der „Schwere der Schuld“ stelle hingegen allein auf das Verschulden ab. Auf weitere Argumente soll sogleich bei einer detaillierten Würdigung des neueren BGH-Entscheidung eingegangen werden (unten III.).

¹³ Abgedruckt in ZStW 99 (1987), 273.

¹⁴ Statt aller: *Brunner/Dölling* in JGG, 14. Aufl. (2023), § 18 Rn. 17; *Radtke/Scholze* in MüKo, StGB, 4. Aufl. (2022), § 17 Rn. 60 f.; *Brögeler* in BeckOK-JGG, 39. Edition (Stand: 1.2.2025), § 18 Rn. 7 ff.; *Laue* in Meier/Rössner/Trüg/Wulf/Bannenberg/Bartsch, Nomos Handkommentar JGG, 3. Aufl. (2024), § 17 Rn. 28; *Swoboda* ZStW 125 (2013), 86, 99; *Ostendorf/Drenkhahn*, Jugendstrafrecht (Lehrbuch), 9. Aufl. (2017), Rn. 226; *Streng*, Jugendstrafrecht, 6. Aufl. (2024), Rn. 449 ff.

¹⁵ *Beulke/Swoboda* a.a.O. (Fn. 11), Rn. 458, 473a.

Schließlich muss noch auf eine vermittelnde dritte Ansicht verwiesen werden.¹⁶ Sie fordert zwar grundsätzlich auch bei der Verhängung der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld eine Beachtung des Erziehungsgedankens, macht davon jedoch bei schwerer Kriminalität eine Ausnahme. Erst in dem jugendkriminologisch seltenen Bereich der schwereren Kriminalität akzeptiert sie also – im Wesentlichen aus generalpräventiven Motiven – die Verhängung der Jugendstrafe unter Abstrichen auf das Gebot der „vorrangigen“ Berücksichtigung des Erziehungsgedankens (§ 2 Abs. 1 S. 2 JGG). Ich selbst habe mich ebenfalls zu dieser Mittelmeinung der Auslegung des § 17 Abs. 2 JGG bekannt, jedoch mit der Einschränkung, dass ein derartiger Verzicht auf die erzieherische Notwendigkeit der Jugendstrafe wirklich nur bei „schwersten“ Straftaten in Betracht kommt (näher dazu unten IV).¹⁷

III.

Im Urteil vom 4. Juni 2024 heißt es nun erstmals sozusagen „ex cathedra“, dass es rechtsfehlerhaft sei anzunehmen, dass Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ i.S.v. § 17 Abs. 2 JGG ohne eine erzieherische Begründung der Sanktion nur bei Kapitaldelikten und schwerster Gewaltkriminalität In Frage komme (Rn. 13). Vielmehr sei bei „Schwere der Schuld“ „in allen Fällen“ unabhängig von der Erziehungsbedürftigkeit oder -fähigkeit eine Jugendstrafe zu verhängen (Rn. 14). Zur Begründung wird vor allem auf folgende Gesichtspunkte abgestellt:

¹⁶ U.a. Höffler in Meier/Bannenberg/Höffler, Jugendstrafrecht, 5. Aufl. (2025), § 11 Rn. 14 ff.; Kaspar in Festschrift für Schöch (2010), S. 209, 220; ders. JR 2024, 201.

¹⁷ Vertiefend Beulke NK 2019, 269, 273.

1. Bereits bei der Schwere der Schuld sei die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit und die Tatmotivation zu berücksichtigen (Rn. 15).¹⁸

2. Der Wortlaut des § 17 Abs. 2 JGG spreche gegen eine Berücksichtigung des Erziehungsgedankens auch bei „Schwere der Schuld“, denn das Wort „oder“ mache die alleinige Prüfungserfordernis der pädagogischen Eignung der Sanktion nur bei der Alternative der „schädlichen Neigungen“ deutlich. Dass die Sanktion der Verhängung einer Jugendstrafe „erforderlich“ sei, werde nur bei der zweiten Alternative des § 17 Abs. 2 JGG, also die der „Schwere der Schuld“ als Voraussetzung genannt. Auch § 2 Abs. 1 S. 2 JGG verlange nur eine „vorrangige“ Ausrichtung am Erziehungsgedanken. Daraus, dass § 18 Abs. 2 JGG auch für die Alternative der „Schwere der Schuld“ gelte, ergebe sich, dass er für die Frage der Auswahl der Jugendstrafe als gebotene Sanktion keine Vorgaben mache (Rn. 23).

3. Auch die Entstehungsgeschichte des § 17 Abs. 2 JGG belege diese Auslegung (Rn. 24-29). In den Materialien zur Reform des RJGG nach dem Zweiten Weltkrieg und Schaffung des Jugendstrafrechts 1953 werde hervorgehoben, dass auf die Jugendstrafe als Schuldstrafe „nicht verzichtet werden“ könne, „da sonst die Möglichkeit einer Bestrafung Jugendlicher, die zwar schuldhaft gehandelt haben, aber nicht erziehungsbedürftig oder erziehungsfähig sind, ganz ausgeschlossen werde“.¹⁹ Auch durch die Einführung von § 2 Abs. 1 JGG im Jahre 2007 sollte an der Selbständigkeit der beiden Alternativen in § 17 Abs. 2 JGG – die erzieherisch bedingte Jugendstrafe einerseits, die derzeit mit dem Begriff „schädliche Neigungen“ umschrieben werde und die Schuldstrafe andererseits – nichts geändert werden. Es treffe nicht zu, dass der Gesetzgeber die Erziehungsbedürftigkeit stets als kumulatives Erfordernis auch bei einer

¹⁸ S. auch BGH NStZ 2024, 111 (Rn. 10) m. vielen weiteren Nachweisen.

¹⁹ BT-Drucks. I/3264, S. 39 f.

wegen „Schwere der Schuld“ verhängten Jugendstrafe angesehen habe (Rn. 29).

4. Auch in der bisherigen Rechtsprechung sei bei Kapitaldelikten oder anderen besonders schweren Taten – namentlich bei „schweren Gewaltdelikten“ und „gravierenden Sexualdelikten“ – eine Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ verhängt worden, weil in solchen Fällen der Strafzweck des gerechten Schuldausgleichs nicht völlig hinter dem Erziehungszweck zurückstehen dürfe. Das Gesetz sehe aber eine solche Beschränkung auf „Kapitaldelikte“, die auch im Schrifttum z.T. befürwortet werde, nicht vor. Sie unterlaufe die gesetzgeberische Wertung und stelle gegenüber dem Merkmal der „Schwere der Schuld“ kein Gewinn an Bestimmtheit dar (Rn. 32).

5. Auch systematische Gründe sprächen gegen die frühere Rechtsprechung und die Annahme kumulativer Merkmale. In § 17 Abs. 2 JGG seien zwei verschiedene Varianten aufgelistet, die sich auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung bei geringeren Straftaten – und somit im Regelfall – überschneiden. Das widerspräche der Systematik des Gesetzes mit zwei alternativ aufgelisteten Fallgruppen (Rn. 35). Das werde auch durch § 27 JGG verdeutlicht, der nur bei Feststellung „schädlicher Neigungen“ kombiniert mit Zweifeln an der Erforderlichkeit der Verhängung der Jugendstrafe in Betracht komme – nicht jedoch bei „Schwere der Schuld“ (Rn. 36-39).

6. Auch Art. 37 Buchst. b der Kinderrechtskonvention, die mit dem Gesetz zu dem Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes vom 17. Februar 1992 ratifiziert worden ist,²⁰ stehe nicht entgegen – vor

²⁰ BGBl 1992 II, S. 121 ff.

allem, weil der erzieherische Zweck der Sanktion bereits bei der Bestimmung der „Schwere der Schuld“ zu berücksichtigen sei (Rn. 45).

7. Quasi zur Beruhigung der Gegner der neuen Rechtsprechung wird schließlich noch auf die Möglichkeit verwiesen, auch bei schwererer Kriminalität die Jugendstrafe zur Bewährung aussetzen zu können (Rn. 45).

IV.

Kann die neue Rechtsprechung überzeugen? Ich möchte das im Ergebnis verneinen und deshalb im Folgenden die tragenden Argumente der neueren Entscheidung kurz hinterfragen:

1. Geradezu als Leitfaden des gesamten Urteils wird darauf hingewiesen, dass es eigentlich einer kumulativen Prüfung der Erziehungsbedürftigkeit und der „Schwere der Schuld“ gar nicht bedürfe, da auch die Bejahung der „Schwere der Schuld“ stets jugendspezifisch zu rechtfertigen sei, weil die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit des Täters und seine Tatmotive zu berücksichtigen seien. Das ist zwar richtig, nur wird mir dann nicht verständlich, warum über den Verzicht auf den Erziehungsgedanken bei der Schuldvariante des § 17 Abs. 2 JGG so viel Wert gelegt wird, wenn letztlich doch nahezu dieselbe Klammer alle Möglichkeiten der Verhängung einer Jugendstrafe umschließt. Warum musste im vorliegenden Verfahren jahrelang gekämpft werden, wenn jetzt letztlich auf die Möglichkeit der Strafaussetzung zur Bewährung verwiesen wird – nach der Vorgeschichte hier vielleicht sogar im Minimum des § 18 Abs. 1 S. 1 JGG (sechs Monate)? Brauchte die Öffentlichkeit ein solches Grundsatzurteil im untersten Bereich der Jugendstrafe, die doch gerade durch die Voraussetzung „Schwere der Schuld“ ganz andere Assoziationen weckt? Oder darf etwa das neue Tatgericht – angesichts der Aufhebung der Feststellungen zu den Rechtsfolgen im Urteil – unter Hinweis auf die nunmehr

veränderte Persönlichkeitsstruktur der Täter und auf ihre politische „Läuterung“ i.S. eines demokratischen / friedlichen Miteinanders doch eine Sanktion unterhalb der Jugendstrafe verhängen?

Wenn erfahrene Richter des Jugendgerichts den Angeklagten Auflagen in Form von 20 (beim zweiten Durchgang sogar nur 15) Arbeitseinheiten erteilt haben, hätte alles dafürgesprochen, auch beim BGH den Ball flach zu halten und dieses Verfahren nicht dazu zu nutzen, die Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ (als de facto die schärfste Sanktion des Jugendstrafrechts) aufzuweichen. Die Berechtigung des vom Urteil ausgehenden fatalen Signals einer generalpräventiv motivierten Zeitenwende im Jugendstrafrecht kann ich bei den konkreten Täterprofilen – trotz der schweren Krawalle bei der Demonstration in Hamburg – nicht nachvollziehen.

2. Das Wortlautargument ist auch aus meiner Sicht richtig. Zwar könnte der erst 2007 eingeführte § 2 Abs. 1 S. 2 JGG als *lex posterior*²¹ sehr wohl auch die Auslegung des § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG beeinflussen, zumal auch § 18 Abs. 2 JGG die erzieherische Komponente auch bei Verhängung der Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ anordnet, jedoch verlangt § 2 Abs. 1 S. 2 JGG eben nur die „vorrangige“ Beachtung des Erziehungsgedankens, und § 18 Abs. 2 JGG stellt nur auf die „erforderliche“ erzieherische Einwirkung ab.

3. Auch das historische Argument, also der Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der §§ 2 Abs. 1 S. 2; 17 Abs. 2 JGG, ist zutreffend. Die vom Jugendstrafrecht angestrebte Auflösung des Dilemmas, dass in einigen Ausnahmefällen der Beschuldigte trotz Begehung schwerer Delikte keine erzieherischen Defizite aufweist, beschäftigt die Rechtsgemeinschaft nicht erst seit heute, sondern seit mindestens 100 Jahren. Stets sind die Argumente dieselben: Die

²¹ Eisenberg/Köbel NStZ 2024, 79, 83.

Jugendgerichtsbewegung Ende des 19. Jahrhunderts verwies bereits in ihrer Anfangsphase auf die Erziehungsbedürftigkeit der jungen Straftäter und sprach sich deshalb für weitgehenden Verzicht strafrechtlicher Maßnahmen aus. Die konservativen Rechtspolitiker verwiesen hingegen schon immer auf die generalpräventive Wirkung der Reaktion auf Jugendkriminalität, die erhalten bleiben müsse. Das RJGG 1923 beinhaltete sodann einen Kompromiss dieser beiden Sichtweisen. Als Sanktion für strafbares Verhalten Jugendlicher sah das RJGG 1923 einerseits Erziehungsmaßregeln vor und andererseits Festungshaft bzw. Gefängnisstrafe (§ 9 RJGG). In den 40er-Jahren des vorherigen Jahrhunderts wurde die Sanktion des Jugendgefängnisses eingeführt. Die Anordnung hatte zur Voraussetzung entweder „Größe der Schuld“ oder „schädliche Neigungen“ (§ 4 Abs. 1 RJGG 1943). Bei der Bemessung der Sanktion des Jugendgefängnisses musste der Jugendrichter „berücksichtigen“, dass „die Strafe eine nachhaltige Erziehungswirkung gewährleisten soll“ (§ 4 Abs. 2 RJGG 1943). Selbst bei dieser Reform kam also die Zweigleisigkeit des Vorgehens zum Ausdruck – aber auch die Priorität des Erziehungsgedankens, der nur bei Begehung schwerer Delikte zurücktreten musste. Auch in Neufassung unseres Jugendstrafrechts nach Ende der Nazidiktatur im Jahre 1953 ist dieses Spannungsverhältnis zwischen Erziehung einerseits und Strafe andererseits beibehalten worden (§ 17 Abs. 2 JGG). Im älteren Schrifttum war allerdings die Ansicht stärker verbreitet, dass von einer „Schwere der Schuld“ nur gesprochen werden könne, wenn es sich um „schwerste“ Kriminalität handele („meist Tötungsdelikte“).²² Später geriet diese Sichtweise vielfach aus den Augen – vor allem bei der jüngeren Rechtsprechung.²³ Ungebrochen ist aber die überragende Geltung des Erziehungsgedankens und die nur partielle Abkehr

²² Potrykus, Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 3. Aufl. (1954), § 17 Bem. 4a, S. 189; dazu Beulke NK 2019, 269, 277.

²³ S. nur BGH NStZ 2018, 728; Höynck ZJJ 2016, 305, 306; Sonnen a.a.O. (Fn. 10), § 17 Rn. 25; zutreffend hingegen OLG Hamm NStZ-RR 2005, 58; Einzelheiten bei Eisenberg/Kölbels, a.a.O. (Fn. 10), § 17 Rn. 45 ff.; Ostendorf a.a.O. (Fn. 10), § 17 Rn. 5 ff.; Radtke/Scholze a.a.O. (Fn. 14), § 17 Rn. 64 ff.

davon in Fallgruppen der „Schwere der Schuld“. Diese Zweigleisigkeit wird seit 2007 erneut geradezu klassisch zum Ausdruck gebracht, wenn § 2 Abs. 1 S. 2 JGG anordnet, dass das gesamte Jugendstrafrecht (und das Jugendstrafverfahrensrecht)²⁴ „vorrangig“ am Erziehungsgedanken auszurichten ist. Bei schweren Straftaten kann dann eben auch eine Jugendstrafe als reine Schuldstrafe „erforderlich“ sein (§ 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG). Das Wortlautargument und die historische Auslegung sprechen also gegen die rein erziehungsorientierte Interpretation des § 17 Abs. 2 JGG.²⁵

4. Damit ist allerdings keinesfalls entschieden, welche „Schwere“ die Schuld haben muss, damit sich der Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG eröffnet. Wenn nach Ansicht des BGH die „vermittelnde Ansicht“, die im Wesentlichen die Alternative der „Schwere der Schuld“ nur auf die Fallgruppe der Begehung von Kapitaldelikten beschränkt, keinen Gewinn an Bestimmtheit mit sich bringt, so ist dem zu widersprechen. Der Einwand ist nur berechtigt, wenn die beiden Alternativen des § 17 Abs. 2 JGG bzgl. des Schweregrades der vorgeworfenen Straftaten fast schon austauschbar sind, wie das in der jüngeren Rechtsprechung leider festzustellen ist. Ganz in diesem Sinne gibt es Forderungen im Schrifttum, die erste Alternative des § 17 Abs. 2 JGG, also die „schädlichen Neigungen“, ganz zu streichen und die Verhängung der Jugendstrafe nur noch wegen „Schwere der Schuld“ zuzulassen.²⁶ Das wäre jedoch ein falsches Signal gegen das Leitmotiv des Jugendstrafrechts. Gerade der Erziehungsgedanke ist das tragende Argument, dass die Gesellschaft die starke Milderung bei Bekämpfung der Jugendkriminalität akzeptiert. Wenn hingegen die Formulierung „Schwere der Schuld“ in § 17 Abs. 2 JGG ernst genommen

²⁴ Dazu ausführlich *Hanschke*, 100 Jahre Erziehung durch Verfahren? Eine historische Analyse der Entstehung und Entwicklung von Jugendstrafverfahren und Jugendgerichtsverfassung in Deutschland, Diss. Passau (2024).

²⁵ Abweichend: *Eisenberg/Kölbel* NStZ 2024, 79, 83

²⁶ Statt aller: *Rose* NStZ 2019, 57; *Pieplow* ZJJ 2024, 232, 235.

wird und die Verhängung der Jugendstrafe mit dieser Begründung nur auf Kapitaldelikte beschränkt wird, wie das gerade in den Anfängen der Bundesrepublik Deutschland überwiegend vertreten wurde, dann wäre das durchaus ein großer Gewinn an Bestimmtheit. Gerade die stärkere Unterscheidung der beiden Alternativen des § 17 Abs. 2 JGG und die Begrenzung der Alternative der „Schwere der Schuld“ auf „schwerste Delikte“ sollte unser Ziel sein. Das das auch die Ansicht des Gesetzgebers ist, machen die Materialien zur Reform des JGG im Jahre 2007 deutlich:

„Die Formulierung ‚vor allem‘ in § 2 Abs. 1 S. 1 JGG lässt Raum dafür, in Einzelfällen neben dem Gedanken der Spezialprävention auch andere Sanktionszwecke zu berücksichtigen. Entsprechend verdeutlicht der Zusatz ‚vorrangig‘ in § 2 Abs. 1 S. 2 JGG, dass nicht in allen Fällen ausschließlich erzieherische Erwägungen im Sinne moderner Pädagogik, die vornehmlich auf helfende und fördernde Maßnahmen ausgerichtet sind, maßgeblich sein können. [...] Insbesondere bei der Verhängung einer Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld (§ 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG), die bereits als solche eine Berücksichtigung des Schuldgedankens über das erziehungsnotwendige Maß hinaus impliziert, und bei der „vorrangig“ am Erziehungsgedanken orientierten Bemessung der Jugendstrafe kann danach auch Belangen des Schuldausgleichs Rechnung getragen werden (vgl. auch Nummer 2 der Richtlinien zu § 18 JGG). Durch die Öffnung für andere Erwägungen neben dem Erziehungsgedanken bleibt es ohne Konflikt mit § 2 Abs. 1 möglich, bei besonders schwerer Schuld auch Jugendstrafen von mehr als fünf Jahren zu verhängen, auch in Fällen, in denen eine solche Dauer ausschließlich unter erzieherischen Gesichtspunkten nicht mehr zu rechtfertigen wäre“. ²⁷

Es ist natürlich kein Zufall, dass im Zusammenhang mit der „Schwere der Schuld“ eine Jugendstrafe von über fünf Jahren angesprochen wird, weil eine stationäre Sanktion dieser Länge nach Meinung aller (Gesetzgeber, Gerichte,

²⁷ BT-Drucks. 16/6293, S. 9.

Kriminologen, Pädagogen) pädagogisch nicht sinnvoll ist,²⁸ sondern nur aus generalpräventiven Gründen verhängt wird, vielleicht auch, weil sonst der Täter „empfinden muß, daß eine fünfjährige Strafe keine ausreichende Sühne gestattet“.²⁹ Das Anwendungsfeld der „Schwere der Schuld“ sind insbesondere Mord, Totschlag, schwere Gewalt- und Sexualdelikte, bei denen eine hohe Jugendstrafe in Betracht kommt.³⁰ Auch der Anwendungsbereich des sehr problematischen § 105 Abs. 3 S. 2 JGG (erhöhte Jugendstrafe von maximal 15 Jahren bei „Schwere der Schuld“ im Falle eines Mordes durch einen Heranwachsenden) gehört hierher.³¹ Der Bereich von Bewährungsentscheidungen, wie sie der BGH in unserem Ausgangsurteil andeutet, ist m.E. angesichts der Zwei-Jahres-Grenze des § 21 JGG sowieso nicht tangiert.

5. Eine Auslegung nach der neueren Lesart des BGH erscheint mir auch aus systematischen Gründen nicht geboten. Jedenfalls der vermittelnden Ansicht, die die Verhängungsalternative der Jugendstrafe auf schwerste Delikte beschränkt, kann nicht der Vorwurf gemacht werden, die beiden Anwendungsfälle des § 17 Abs. 2 JGG „schädliche Neigungen“ und „Schwere der Schuld“ seien entgegen der Intention des Gesetzes deckungsgleich. Auch die Begrenzung des § 27 JGG auf Angeklagte mit „schädlichen Neigungen“ ist systemkonform, weil bei schweren Straftaten („schwersten“ Delikten im hier vertretenen Sinne) die „Brückenfunktion“ des § 27 JGG zwar rechtlich nicht völlig

²⁸ BT-Drucks. I Nr. 3264, S. 41; Ostendorf a.a.O. (Fn. 10), § 18 Rn. 11; s. insbes. auch Eisenberg/Kölbels, NStZ 2024, 79 f., 82 f.

²⁹ BT-Drucks. I Nr. 3264, S. 41.

³⁰ Dazu auch Eisenberg/Kölbels NStZ 2024, 79, 83.

³¹ Zutreffende Kritik u. a. bei Eisenberg/Kölbels a.a.O. (Fn. 10), § 105 Rn. 56 (Tiefpunkt der deutschen Strafrechtspolitik!); Mitsch in Festschrift für Beulke (2015), S. 1181 (Jugendgerichte müssten sich eigentlich weigern, die Norm anzuwenden / Herrschaft der Mittelmäßigkeit!); Laubenthal/Baier/Nestler, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. (2015), Rn. 734.

verschlossen ist,³² de facto aber angesichts der gesetzlichen Voraussetzung, dass das Ausmaß der „schädlichen Neigungen“ noch nicht bekannt sein darf, nicht zum Tragen kommt.

6. Es trifft zwar zu, dass Art. 37 Buchst. b der Kinderrechtskonvention der UN dem Ergebnis des BGH nicht entgegensteht, das betrifft aber alle Auslegungen des § 17 Abs. 2 JGG, die hier diskutiert werden.

7. Der Verweis auf die Möglichkeit der Strafaussetzung der Jugendstrafe zur Bewährung (wohl § 21 JGG) ist zwar im konkreten Verfahren angesichts der früheren Weichenstellung des BGH bei der Verhängung der Jugendstrafe (§ 17 Abs. 2 JGG) konsequent und für alle vielleicht ein gangbarer Weg. Er kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Rechtsprechung hier – und wohl auch in Zukunft – eine falsche Schublade aufgezogen und den Anwendungsbereich der „Schwere der Schuld“ verwässert hat. Das, was der BGH der rein erziehungsorientierten Interpretation des § 17 Abs. 2 JGG vorwirft, nämlich eine durchaus problematische Gleichschaltung beider Alternativen des § 17 Abs. 2 JGG, trifft vor allem auch auf seine Lösung zu.

V.

Fazit: Beim Kampf der Jugendgerichtsbewegung ab Ende des 19. Jahrhunderts gegen das alte Strafrecht hat sich ein Kompromiss zwischen den Befürwortern des reinen Erziehungsgedankens und den Hardlinern der Generalprävention durchgesetzt: Es gilt bis heute das Sowohl-als-auch-Prinzip. Gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 JGG sind alle jugendstrafrechtlichen Sanktionen „vorrangig“ am Erziehungsgedanken auszurichten. Die Jugendstrafe kann verhängt werden, wenn

³² Eisenberg/Kölbel a.a.O. (Fn. 10), § 27 Rn. 9.

„schädliche Neigungen“ des Jugendlichen und Heranwachsenden, die in der Tat hervorgetreten sind, Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel zur Erziehung nicht ausreichen oder wenn wegen „Schwere der Schuld“ Strafe erforderlich ist (§ 17 Abs. 2 JGG). In einem Grundsatzurteil des BGH vom 4. Juni 2024 (5 StR 205/23) ist – entgegen früherer Rechtsprechung aber nunmehr in Übereinstimmung mit der im Schrifttum herrschenden Lehre – klar gestellt worden, dass bei Verhängung einer „erforderlichen“ Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ der Erziehungsgedanke keine Rolle mehr spielt. Der neueren Rechtsprechung ist zwar zuzugeben, dass die Verhängung der Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ nicht von einer erzieherischen Eignung der Sanktion abhängig gemacht werden kann, sodass die rein erziehungsorientierte Auslegung der §§ 2, 17 und 18 JGG abzulehnen ist. Dem BGH ist aber zu widersprechen, dass das für alle Fälle gilt, in denen die Rechtsprechung die Verhängung der Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ derzeit befürwortet. Da sie einhergeht mit einer Absenkung der Deliktsschwere bei der „Schwere der Schuld“,³³ werden in Zukunft im Rahmen des § 17 Abs. 2 JGG die Fallgruppen der „schädlichen Neigungen“ und die der „Schwere der Schuld“ austauschbar – eine Entwicklung, die sich in der Praxis schon angekündigt hat. Dies könnte zu einer Schmälerung des Erziehungsprinzips führen und generalpräventiven Tendenzen im Jugendstrafrecht Vorschub leisten. Um die überragende Bedeutung des Erziehungsgedankens – als Ast, auf dem wir im Jugendstrafrecht sitzen (!) – hochzuhalten, sollte i.S. einer vermittelnden Ansicht die Alternative der „Schwere der Schuld“ im Rahmen des § 17 Abs. 2 JGG auf „schwerste Delikte“, also auf „Kapitaldelikte“ beschränkt bleiben – insbesondere auf Tötungsdelikte sowie auf schwere Raub- und Sexualdelikte. In allen übrigen Fällen sollte dann, wenn Jugendstrafe erforderlich ist, diese nur verhängt werden dürfen, wenn beim Jugendlichen oder Heranwachsenden eine Erziehungsbedürftigkeit oder -fähigkeit festgestellt werden kann.³⁴

³³ Ebenso *Eisenberg/Kölbel* NStZ 2024, 79, 83

³⁴ Insofern auch überzeugend *Eisenberg/Kölbel* NStZ 2024, 79, 85.

Ich hoffe, dass dieser Exkurs in das Jugendstrafrecht bei dem hochgeschätzten Kollegen *Klaus-Ulrich Ventzke* auf Interesse stößt. Ich wünsche ihm ein langes, gesundes Leben in ungebrochener Schaffenskraft.