

# Jenseits von Erziehung: Generalprävention als komplementärer Sanktionszweck des Jugendstrafrechts

JOHANNES KASPAR

## I. Einführung

Zu dem breiten Spektrum der Rechtsgebiete, die der verehrte Jubilar mit der ihm eigenen Tatkraft und Leidenschaft bearbeitet und prägt, zählt auch das Jugendstrafrecht. *Heinz Schöch* hat sich stets für ein humanes und maßvolles, an empirischen Erkenntnissen der Kriminologie orientiertes Strafrecht eingesetzt. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass sein Engagement auch dem Erhalt eines eigenständigen, vorrangig am Erziehungsgedanken orientierten Jugendstrafrechts gilt. Erziehung als Leitprinzip des Jugendstrafrechts ist allerdings umstritten.<sup>1</sup> Die strafrechtliche Abteilung des 64. Deutschen Juristentags hat sich im Jahre 2002 unter dem Vorsitz von *Heinz Schöch* nach fast 100-jähriger Zäsur wieder mit dem Jugendstrafrecht beschäftigt und dabei im Ergebnis am Erziehungsgedanken festgehalten.<sup>2</sup>

Die nach wie vor andauernde, äußerst vielschichtige Kontroverse um Inhalt und Grenzen des Erziehungsgedankens soll hier nicht im Vordergrund stehen. Der Beitrag versucht vielmehr, einen Schritt weiter zu gehen und die anderen denkbaren Sanktionszwecke des Jugendstrafrechts auszuloten, die im Schatten des Erziehungsgedankens stehen. Die Diskussion wird schon länger geführt, hat aber durch die erstmalige ausdrückliche Fixierung des „Ziels des Jugendstrafrechts“ in der am 1.1.2008 in Kraft getretenen Vorschrift des § 2 Abs. 1 JGG n. F. neue Impulse bekommen.

Eine solche Klärung ist nicht nur von theoretischem Interesse, sondern auch für die Anwendung des Rechts relevant. So soll der Jugendrichter gem. § 5 Abs. 2 JGG zu Zuchtmitteln und Jugendstrafe greifen, wenn Er-

<sup>1</sup> Zur Kritik s. nur *Albrecht* Gutachten D zum 64. Deutschen Juristentag, 2002, D 97 ff. Eine völlige Abschaffung eines eigenständigen Jugendstrafrechts fordert *Kusch* NStZ 2006, 65 ff.

<sup>2</sup> Beschlüsse der Strafrechtlichen Abteilung des 64. DJT (NJW 2002, 3077 ff.); s. auch den Bericht von *Schöch* RdJB 2003, 299.

ziehungsmaßregeln „nicht ausreichen“. Die entscheidende Frage, die sich aufdrängt, vom Gesetzgeber an dieser Stelle aber offen gelassen wurde, lautet: „Ausreichen wozu?“. Die Zweckfrage stellt sich darüber hinaus auch aus verfassungsrechtlichen Erwägungen. Denn aufgrund des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit muss der Rechtsanwender unter anderem darauf achten, dass er die jeweils mildeste, zur Erreichung der verfolgten Zwecke geeignete Sanktion verhängt.<sup>3</sup> Wie sollte man aber die „Geeignetheit“ einer Maßnahme oder die „gleiche Geeignetheit“ verschiedener Maßnahmen im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit bestimmen, ohne den oder die verfolgten Zwecke vorher definiert zu haben?<sup>4</sup>

## II. Der Erziehungsgedanke als Leitprinzip

Die nach wie vor zentrale Bedeutung des Erziehungsgedankens als Leitprinzip des Jugendstrafrechts im Hinblick auf alle Sanktionskategorien wird durch den 2008 in Kraft getretenen § 2 Abs. 1 JGG n. F. unterstrichen. Allerdings wird dort unter der amtlichen Überschrift „Ziel des Jugendstrafrechts“ in S. 1 festgehalten, dass die Anwendung des Jugendstrafrechts „vor allem erneuten Straftaten eines Jugendlichen oder Heranwachsenden entgegenwirken“ soll. Es geht mit anderen Worten um Prävention. Erst in S. 2 ist von Erziehung die Rede, wo festgehalten wird, dass bei der Verfolgung dieses Ziels die Rechtsfolgen „vorrangig am Erziehungsgedanken“ auszurichten sind. Damit soll klargestellt werden, dass Erziehung „nicht selbst Ziel oder Anliegen des Jugendstrafrechts ist“<sup>5</sup>, sondern nur in Bezug auf den Präventionszweck relevant wird.

Bemerkenswert ist der hier zugleich enthaltene Hinweis des Gesetzgebers auf weitere mögliche Sanktionszwecke des Jugendstrafrechts. Denn mit der Formulierung „vor allem“ wird eine Art Öffnungsklausel im Hinblick auf Zielsetzungen eingeführt, die über die Verhinderung von Straftaten von Jugendlichen hinausgehen. Wenn es nicht um Prävention geht, liegt eine Hinwendung zu den „absoluten Strafzwecken“ nahe. Und tatsächlich soll es nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers um „Belange des Schuldausgleichs“ als legitimer Zielsetzung vor allem der Jugendstrafe gehen.<sup>6</sup> Richtigerweise verbietet sich aber in einem modernen säkularen Staat, der Eingriffe seinen Bürgern gegenüber auch aus verfassungsrechtli-

<sup>3</sup> Vgl. nur BVerfGE 19, 342, 347 ff. Zu dessen Bedeutung im Jugendstrafrecht s. *Rössner* in: *Meier/Rössner/Schöch*, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2007, § 1 Rn. 17; § 6 Rn. 5 ff.

<sup>4</sup> So auch – in Bezug auf das allgemeine Strafrecht – *Weigend* FS Hirsch, 1999, S. 927.

<sup>5</sup> BT-Drs. 16/6293, S. 9. Vgl. *Schöch* Wie soll die Justiz auf Jugendkriminalität reagieren, in: *Dölling*, Das Jugendkriminalrecht an der Wende zum 21. Jahrhundert, 2001, S. 128.

<sup>6</sup> BT-Drs. 16/6293, S. 9.

chen Gründen rational begründen können muss, ein Rückgriff auf metaphysisches Vergeltungsdenken.<sup>7</sup> Ein legitimierender eigenständiger Sanktionszweck kann Vergeltung daher (bei Jugendlichen wie Erwachsenen) nicht sein. Gleiches gilt auch für den Schuldausgleich, der sich insoweit nicht vom Vergeltungszweck unterscheidet.

Letztlich bleibt daher für eine sinnvolle Interpretation der Öffnungsklausel nur Raum, wenn man in gewissem Umfang auch Aspekte der Generalprävention anerkennt.<sup>8</sup> Das gilt auch für § 2 Abs. 1 S. 2 JGG, nach dem bei der Verfolgung des Präventionsziels die Rechtsfolgen lediglich „vorrangig“ am Erziehungsgedanken auszurichten sind. § 2 Abs. 1 JGG eröffnet also dort, wo sich die jugendstrafrechtlichen Rechtsfolgen ihrer Art und Höhe nach nicht allein mit erzieherischen Erwägungen begründen lassen, einen Spielraum für die Suche nach komplementären Sanktionszwecken<sup>9</sup> „jenseits von Erziehung“. Dass es Bedarf für solche ergänzenden Überlegungen zur Legitimation des Jugendstrafrechts gibt, wird im Folgenden dargelegt.

### III. Die Legitimationslücken eines rein erzieherischen Verständnisses des Jugendstrafrechts

Als Ausgangspunkt für die Frage komplementärer Sanktionszwecke ist festzuhalten, dass das Jugendstrafrecht allein auf der Grundlage des Erziehungsgedankens weder vollständig erklärbar noch legitimierbar erscheint. Zur Begründung dieser These sei auf folgende Punkte verwiesen:

In historischer Hinsicht ist daran zu erinnern, dass sich der Gesetzgeber nicht für ein monistisches, rein jugendhilferechtliches System entscheiden konnte, sondern mit dem 1922 eingeführten Jugendwohlfahrtsgesetz sowie dem 1923 in Kraft getretenen JGG bewusst ein dualistisches Modell geschaffen hat.<sup>10</sup> Ginge es nur um Erziehung, wäre es viel nahe liegender gewesen, straffälligen Jugendlichen rein fürsorgerechtliche Maßnahmen zukommen zu lassen, anstatt ein eigenständiges Jugendstrafrecht zu schaffen. Der Name ist Programm: Es geht eben nicht um Jugendhilfe-, sondern um Jugendstrafrecht. Bei aller Rücksichtnahme auf das Wohl des Jugendlichen ist damit ein deutlicher Bezug zum besonderen staatlichen Reaktionsmittel „Strafe“ hergestellt mit seinem typischen Wesenselement einer

<sup>7</sup> Roxin *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 8 ff.; für das Jugendstrafrecht s. Ostendorf *Jugendstrafrecht*, 5. Aufl. 2009, Rn. 213.

<sup>8</sup> S. dazu unten IV. und V.

<sup>9</sup> Vgl. Jäger GA 2003, 475.

<sup>10</sup> Rössner (Fn. 3), § 2 Rn. 7 f.

„Übelzufügung“, auf das nach dem Willen des Gesetzgebers offenbar nicht in beliebiger Weise verzichtet werden kann.<sup>11</sup>

Hinzu kommen die Erkenntnisse über die tatsächlichen Wirkungen der Sanktionierung, die für die Legitimation der jugendstrafrechtlichen Sanktionen ausschlaggebend sein müssen<sup>12</sup> und die zur Zurückhaltung mahnen:<sup>13</sup> Nicht in allen Fällen wird man eine positive erzieherische Wirkung der jugendstrafrechtlichen Sanktionen behaupten können. Es liegt nahe, auf die hohen Rückfallquoten jugendlicher Straftäter hinzuweisen, insbesondere auf die Tatsache, dass gerade die eingriffsintensiven stationären Sanktionen wie Arrest und vollstreckte Jugendstrafe mit 70 % bzw. fast 80 % die ungünstigsten Rückfallquoten erzielen.<sup>14</sup> Aus diesem Befund zu schließen, die mildere Sanktionierung oder gar ein völliger Sanktionsverzicht seien spezialpräventiv wirksamer, ist nicht zulässig, da die betroffenen Personengruppen im Vergleich zu den milder Sanktionierten deutliche Unterschiede im Hinblick auf rückfallrelevante Merkmale aufweisen, insbesondere eine erhöhte Vorstrafenbelastung.<sup>15</sup> Es gibt aber zumindest im Bereich der leichten bis mittelschweren Delinquenz deutliche Anzeichen dafür, dass informelle Erledigungen im Hinblick auf die Rückfälligkeit zumindest nicht schlechter wirken als formelle Sanktionen.<sup>16</sup>

Zugleich zeigt die Dunkelfeldforschung bekanntlich, dass der überwiegende Teil der Jugenddelinquenz „normal“ in dem Sinne ist, dass sich irgendwelche strafbaren Handlungen im leichten bis mittleren Schwerebereich bei fast allen Jugendlichen nachweisen lassen.<sup>17</sup> Aus strafrechtlicher Auffälligkeit darf somit nicht vorschnell auf erzieherische Mängel im Vergleich zu anderen, bislang nicht in Erscheinung getretenen Jugendlichen geschlossen werden.<sup>18</sup> Jugenddelinquenz ist zugleich „episodenhaft“, d. h. die Begehung von Straftaten lässt im Laufe des Erwachsenwerdens regelmäßig stark nach, und zwar ganz unabhängig vom (eher seltenen) Ereignis der Entdeckung und Sanktionierung durch die Strafverfolgungsbehörden.<sup>19</sup> Natürlich stellt sich (auch aus der Sicht des jugendlichen Täters) nur bei Taten, die zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden gelangen, zwingend die Frage der Sanktionierung. Bleibt eine solche aus oder fällt sie verharm-

<sup>11</sup> Vgl. *Streng* Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 16.

<sup>12</sup> So auch der Gesetzgeber, s. BT-Drs. 16/6293, S. 10.

<sup>13</sup> Zum „Effizienz-Defizit“ in dieser Hinsicht s. nur *Streng* (Fn. 11), § 1 Rn. 20.

<sup>14</sup> *Jehle/Heinz/Sutterer* Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, 2003, S. 57.

<sup>15</sup> Vgl. *Albrecht* (Fn. 1), D 48; *Ostendorf* HRRS 2008, 162.

<sup>16</sup> *Rössner* (Fn. 3), § 1 Rn. 39; *Schöch* in: Kaiser/Schöch, Juristischer Studienkurs Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, 6. Aufl. 2006, Fall 12 Rn. 74.

<sup>17</sup> *Meier* in: *Meier/Rössner/Schöch* (Fn. 3), § 3 Rn. 3 f.

<sup>18</sup> Vgl. *Albrecht* (Fn. 1), D 99.

<sup>19</sup> *Meier* (Fn. 17), § 3 Rn. 6 f.; *Albrecht* (Fn. 1), D 112.

losend gering aus und wird dem Jugendlichen auch nicht auf andere Weise (etwa durch informelle Reaktionen aus dem persönlichen Umfeld)<sup>20</sup> das Unrecht der Tat vor Augen geführt, kann der erzieherisch schädliche Eindruck entstehen, die Tat selbst sei harmlos und eine Wiederholung unbedenklich.<sup>21</sup> Dennoch darf man die Bedeutung der strafrechtlichen Sanktion auch nicht überschätzen. So hat die Entwicklungskriminologie bislang keine Hinweise dafür finden können, dass gerade der strafrechtlichen Sanktion (oder gar ihrer Höhe) eine Zäsurwirkung im Hinblick auf den Abbruch einer zuvor eingeschlagenen kriminellen „Karriere“ zukommt.<sup>22</sup>

Alles in allem sprechen die Befunde jedenfalls gegen eine besondere erzieherische Wirkung der eingriffsintensiven formellen Sanktionierung von Jugendlichen im Vergleich zu milderen Alternativen. Ginge es um erzieherische Bedürfnisse im Sinne der bestmöglichen Förderung des Wohls von jugendlichen Delinquenten, müsste vor diesem Hintergrund noch in weitaus größerem Maß von milderen, zur „Erziehung“ in diesem Sinn genauso oder besser geeigneten Mitteln im Vergleich zur formellen (vor allem: stationären) Sanktionierung Gebrauch gemacht werden, als dies seitens der jugendstrafrechtlichen Praxis ohnehin schon der Fall ist. Vor allem müsste noch viel mehr und unabhängig von der Art und Schwere der jeweiligen Tat auf die „Erziehungsbedürftigkeit“ des Jugendlichen abgestellt werden – mit der Konsequenz, dass bei Jugendlichen ohne feststellbare Erziehungsbedürfnisse an sich überhaupt keine Sanktionierung erfolgen dürfte.

Eine solche umfassende Bedeutung der „Erziehungsbedürftigkeit“ als entscheidende Weiche bei der Sanktionierung lässt sich dem JGG aber nicht entnehmen. Dafür spricht schon, dass die Strafverfolgung ganz unabhängig von der Erziehungsbedürftigkeit an die in § 1 Abs. 2 JGG als „Verfehlung“ bezeichnete Straftat des Jugendlichen anknüpft.<sup>23</sup> Sehr deutlich wird dies auch bei der Sanktionierung von Erwachsenen, die zum Zeitpunkt der Tat noch jugendlich oder heranwachsend waren. Da das Gesetz in § 1 Abs. 2 JGG wie auch in § 105 Abs. 1 JGG auf das Alter zum Zeitpunkt der Tat abstellt, kann es durchaus erst viele Jahre nach der Tat zu einer Verhandlung und Aburteilung vor dem Jugendgericht kommen. Da bei Erwachsenen aber keine Erziehungsbedürftigkeit angenommen werden kann (bzw. deren

<sup>20</sup> *Botke* Generalprävention und Jugendstrafrecht aus kriminologischer und dogmatischer Sicht, 1984, S. 19 f.

<sup>21</sup> Vgl. *Streng* (Fn. 11), § 1 Rn. 22 sowie § 12 Rn. 448; *Brunner/Dölling* JGG, 11. Aufl. 2002, § 17 Rn. 15a; s. auch *Hackstock* Generalpräventive Aspekte im deutschen und österreichischen Jugendstrafrecht, 2002, S. 294.

<sup>22</sup> *Albrecht* (Fn. 1), D 34 sowie D 53.

<sup>23</sup> *Botke* (Fn. 20), S. 7.

Erziehung verfassungsrechtlich nicht zulässig wäre)<sup>24</sup>, muss hier offensichtlich mit anderen Zielsetzungen argumentiert werden.<sup>25</sup>

Besonders groß ist die Begründungs- und Legitimationslücke bei den langjährigen Jugendstrafen. Die vom Gesetzgeber selbst anerkannten denkbaren „schädlichen Wirkungen“ des Freiheitsentzuges<sup>26</sup> sind hier offensichtlich besonders stark zu gewichten.<sup>27</sup> Natürlich muss man bei einem Freiheitsentzug von gewisser Dauer auch vielfältige denkbare positive Einflüsse in Rechnung stellen: das Herausholen aus einem kriminogenen persönlichen Umfeld etwa oder die Möglichkeit, eine schulische oder berufliche Ausbildung zu absolvieren sowie therapeutische Angebote in Anspruch zu nehmen. Eine möglichst sinnvolle erzieherische Ausgestaltung des Vollzugs bleibt unverzichtbar.<sup>28</sup> Allein: Ab einer bestimmten Dauer der Haft sind diese positiven Effekte quasi „verbraucht“, während die denkbaren negativen Folgen wie Abstumpfung, Resignation und „Prisonisierung“ (im Sinne einer Anpassung an die Subkultur der Haftanstalt)<sup>29</sup> den erzieherischen Erfolg zu konterkarieren drohen. Dementsprechend wird überwiegend davon ausgegangen, dass eine Jugendstrafe von mehr als fünf Jahren nicht mehr mit positiven erzieherischen Wirkungen begründet werden kann.<sup>30</sup> Eine Jugendstrafe von zehn Jahren, wie sie gem. § 18 Abs. 1 S. 2 JGG bei schwersten Straftaten ausdrücklich vom Gesetzgeber vorgesehen ist, wäre also entweder schon nicht geeignet zur Erziehung des Jugendlichen oder jedenfalls nicht besser geeignet als das (für den Jugendlichen ersichtlich mildere) Mittel einer deutlich kürzeren Jugendstrafe. Sie würde daher gegen den oben erwähnten verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen.

<sup>24</sup> *Laubenthal/Baier* Jugendstrafrecht, 2006, Rn. 697.

<sup>25</sup> Für den Fall der NS-Täter s. *Jäger* GA 2003, 480; *Streng* (Fn. 11), § 1 Rn. 16.

<sup>26</sup> Vgl. nur Art. 5 Abs. 2 BayStVollzG.

<sup>27</sup> Vgl. *Landau* ZJJ 2008, 220.

<sup>28</sup> *Schöch* in: *Meier/Rössner/Schöch* (Fn. 3), § 11 Rn. 34 f. So auch BVerfGE 116, 69, 85 ff.

<sup>29</sup> *Diemer/Schoreit/Sonnen*, JGG, 5. Aufl. 2008, § 18 Rn. 19; vgl. allgemein *Kaiser/Schöch* Strafvollzug, 5. Aufl. 2002, § 13 Rn. 15 ff.

<sup>30</sup> *Schöch* (Fn. 28), § 11 Rn. 16 sowie Rn. 32 m.w.N. S. auch BGH StV 1998, 344; dies wurde auch bei der Neufassung des § 2 Abs. 1 JGG zugrunde gelegt, s. BT-Drs. 16/6293, S. 9. Relativierend BGH NStZ 1996, 496, allerdings mit dem nicht überzeugenden Argument der entgegenstehenden Auffassung des Gesetzgebers – dessen Annahmen kommt schon aus verfassungsrechtlichen Gründen gegenüber klar entgegenstehenden empirischen Erkenntnissen kein Vorrang zu, vgl. BVerfGE 110, 141, 158 sowie – unmittelbar auf den Jugendstrafvollzug bezogen – BVerfGE 116, 69, 91.

#### IV. Lückenfüllung durch Generalprävention?

Denkbar wäre nun, zur ergänzenden Legitimation der jugendstrafrechtlichen Sanktionen auf generalpräventive Erwägungen zurückzugreifen. Dabei ist von zwei Formen der Generalprävention auszugehen: Während es bei der negativen Generalprävention um die Abschreckungswirkung der Sanktion gegenüber der Allgemeinheit geht, stellt die Theorie der positiven Generalprävention eher auf die Wiederherstellung des durch die Straftat gestörten Rechtsfriedens mittels einer als angemessen und gerecht empfundenen Reaktion ab.<sup>31</sup>

In der Rechtsprechung sowie einem Teil der Literatur wird allerdings eine (auch) generalpräventive Zielsetzung des Jugendstrafrechts abgelehnt. Weder bei der Begründung der Sanktion als solcher, noch bei der konkreten Bemessung sollen generalpräventive Erwägungen eine Rolle spielen;<sup>32</sup> man geht nicht zu weit, wenn man die Generalprävention als „Tabu“ des Jugendstrafrechts bezeichnet. Als Argument wird oft darauf verwiesen, dass die Generalprävention keinen Eingang in den Text des JGG gefunden habe, auch nicht unter der Bezeichnung der „Verteidigung der Rechtsordnung“, die in einigen Normen des allgemeinen Strafrechts enthalten ist.<sup>33</sup> Zudem wird wohl befürchtet, dass die Akzeptanz generalpräventiver Erwägungen automatisch die Gefahr (erzieherisch kontraproduktiver) Strafschärfungen mit sich bringt. Schließlich wird auch bestritten, dass das Jugendstrafrecht eine generalpräventive Wirkung entfaltet. Diese Einwände lassen sich aber entkräften.

Der Begriff der „Verteidigung der Rechtsordnung“ taucht im allgemeinen Strafrecht nur punktuell auf, unter anderem bei der Entscheidung zwischen Geldstrafe und kurzer Freiheitsstrafe (§ 47 Abs. 1 StGB). In allen Fällen geht es um die Fixierung eines „generalpräventiven Minimums“, das nicht von einer als zu milde empfundenen Sanktion unterlaufen werden soll. Diese Spezialregelungen bedeuten aber nicht, dass Generalprävention darüber hinaus kein legitimer Strafzweck sein soll; sie werden so im allgemeinen Strafrecht auch nicht verstanden. Das Fehlen von entsprechenden Regelungen im JGG weist daher lediglich darauf hin, dass vergleichbare generalpräventive Untergrenzen bei den Sanktionsentscheidungen des Richters im Jugendstrafrecht selten auf diese Weise fixiert werden. Damit sind

<sup>31</sup> Vgl. nur *Roxin* (Fn. 7), § 3 Rn. 21 ff.

<sup>32</sup> BGHSt 15, 224, 226; *Eisenberg* JGG, 13. Aufl. 2009, § 17 Rn. 5; *Albrecht* (Fn. 1), D 97. Demgegenüber spielen generalpräventive Überlegungen in der Praxis durchaus eine gewisse Rolle, vgl. die Ergebnisse der Untersuchung von *Buckolt* Die Zumessung der Jugendstrafe, 2009, S. 310 ff.

<sup>33</sup> *Ostendorf* JGG, 8. Aufl. 2009, GrdI. z. §§ 17-18, Rn. 3.

mehr Spielräume für einen möglichst schonenden Umgang mit dem jugendlichen Delinquenten eröffnet.<sup>34</sup>

Das bedeutet aber nicht, dass es diese Untergrenzen nicht gäbe. Das beginnt schon auf der Ebene der Diversion, wo § 45 Abs. 1 JGG für die Frage der informellen Erledigung durch den Staatsanwalt (wie auch die für den Richter geltende Parallelnorm des § 47 Abs. 1 Nr. 1 JGG) auf die Voraussetzungen des § 153 StPO verweist. Eine Einstellung darf nur erfolgen, wenn kein „öffentliches Interesse“ entgegensteht. Man wird zwar eine gewisse Harmonisierung erzielen können, indem man diesen Begriff jugendspezifisch auslegt und von einem regelmäßig zu behandelnden öffentlichen Interesse an der erzieherisch sinnvollsten Reaktion ausgeht;<sup>35</sup> dennoch wird über die Verweisung auf § 153 Abs. 1 StPO ein generalpräventiver Aspekt in die Norm inkorporiert, der offensichtlich nicht unmittelbar auf die Erziehung des Jugendlichen abzielt.<sup>36</sup> Geht man weiter zu den formellen Sanktionen, wird man sich in vielen Fällen angenehmere und für den Jugendlichen erzieherisch positiver wirkende Maßnahmen vorstellen können – der zum Teil in polemischer Absicht vorgetragene (hier ausdrücklich nicht so gemeinte) Hinweis auf die mehrwöchige Erlebnisreise mag hier genügen. Auch unabhängig von fiskalischen Grenzen sind solche Maßnahmen ab einer gewissen Schwere des Schuldvorwurfs vom Gesetzgeber nicht vorgesehen, wie es jedenfalls die Jugendstrafe gem. § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG deutlich macht.<sup>37</sup> Aber auch andere Vorschriften, wie z. B. § 13 Abs. 1 JGG, der einen ahndenden Charakter der Zuchtmittel vorgibt, oder § 15 Abs. 1 JGG, der einen abschließenden Katalog möglicher Auflagen enthält, sind vom Gedanken der Sicherstellung einer gewissen „Spürbarkeit“ der Sanktion getragen, der über reine Erziehung im Sinne von Hilfe und Förderung hinausgeht.

Dazu kommt, dass kraft der Verweisung in § 2 Abs. 2 JGG die strafbewehrten Verhaltensnormen des allgemeinen Strafrechts ausdrücklich auch für Jugendliche und Heranwachsende gelten. Damit ist zumindest die so genannte Androhungsgeneralprävention als Zielsetzung des Jugendstrafrechts nicht von der Hand zu weisen.<sup>38</sup> Die in Bezug genommenen Verbotsnormen enthalten auch gegenüber Jugendlichen einen Appell, auf Straftaten zu verzichten und zugleich die Drohung, dass bei Zuwiderhandlungen mit einer (wenn auch in erster Linie erzieherisch ausgerichteten) Sanktion reagiert wird. Die Sanktionsandrohung beinhaltet stets auch die Anerkennung

<sup>34</sup> Vgl. *Bottke* (Fn. 20), S. 40 f.

<sup>35</sup> *Schöch* (Fn. 16), Fall 12 Rn. 65.

<sup>36</sup> Vgl. auch *Hackstock* (Fn. 21), S. 220 f. Die von *Albrecht* (Fn. 1), D 41 erwähnte „Tatorientierung“ der jugendstrafrechtlichen Diversionspraxis dürfte damit in Verbindung stehen.

<sup>37</sup> Vgl. *Brunner/Dölling* (Fn. 21), Einf. II Rn. 15. Dazu näher unter V.

<sup>38</sup> Vgl. *Bottke* (Fn. 20), S. 7 f.

der Notwendigkeit einer „Androhungsrealisierung“ – andernfalls verlöre das Recht seine Autorität und seine Orientierungsfunktion.<sup>39</sup> Die zum Teil artikulierten Bedenken gegenüber einer „verniedlichenden Jugendstrafe“<sup>40</sup> gehen in diese Richtung. Aufgrund des eben aufgezeigten Zusammenhangs von Strafandrohung und Androhungsrealisierung wäre es aber nicht einleuchtend, das Problem des „verniedlichenden Eindrucks“ oder der „Normverdeutlichung“ nur auf den konkret Sanktionierten zu beschränken.<sup>41</sup>

Die Anerkennung einer generalpräventiven Komponente der jugendstrafrechtlichen Sanktionen führt entgegen einer weit verbreiteten Annahme nicht automatisch zur Gefahr einer uferlosen Ausweitung der Bestrafung des Täters. Denn nur im Rahmen der vom Täter schuldhaft verwirklichten Tat und der durch sie ausgelösten generalpräventiven Bedürfnisse darf überhaupt mittels der Sanktion reagiert werden. Das sichert ein nötiges Maß an „Tatproportionalität“<sup>42</sup> der staatlichen Reaktion, die damit nicht nur vom Täter<sup>43</sup>, sondern auch von der Allgemeinheit prinzipiell als gerechte und (auch im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) „angemessene“ Reaktion verstanden werden kann.<sup>44</sup> Der Gefahr maßloser Strafen oder eines Verstoßes gegen die Menschenwürde ist damit vorgebeugt. Zugleich zeigt sich, dass eine sowohl erzieherische als auch generalpräventive Ausrichtung der Sanktionierung keinen prinzipiellen Widerspruch darstellt.<sup>45</sup> Antinomien müssen schon anhand der Vorgabe des Gesetzgebers in § 2 Abs. 1 JGG regelmäßig zugunsten des spezialpräventiven Erziehungszwecks aufgelöst werden. Im Ergebnis lässt sich auch das Jugendstrafrecht (unter Beibehaltung seiner aus dem Erziehungsgedanken folgenden Besonderheiten) auf der Grundlage der von *Roxin* vertretenen präventiven Vereinigungstheorie<sup>46</sup> rekonstruieren: Sanktionszweck ist die Verhinderung von Straftaten durch in erster Linie spezialpräventiv (hier: erzieherisch) orientierte Sanktionen. Der Generalprävention kommt die Aufgabe eines komplementären Zwecks zu, der die Untergrenze eines Mindestmaßes der Sanktionierung

<sup>39</sup> Ähnlich *Rössner* (Fn. 3), § 1 Rn. 12 a. E.

<sup>40</sup> Vgl. *Schöch* (Fn. 28), § 11 Rn. 31.

<sup>41</sup> Vgl. *Streng* (Fn. 11), § 1 Rn. 22. Auch der Gesetzgeber erwähnt „Normverdeutlichung“ als Aspekt der Generalprävention, s. BT-Drs. 16/2693, S. 10.

<sup>42</sup> Dazu *Albrecht* (Fn. 1), D 110 ff.; vgl. auch *Schöch* (Fn. 16), Fall 12 Rn. 3.

<sup>43</sup> Zu diesem Aspekt vgl. *Brunner/Dölling* (Fn. 21), Einf. II Rn. 16.

<sup>44</sup> Auf diese Weise ist auch – vermittelt über den Strafzweck der positiven Generalprävention – ein Anknüpfungspunkt für die Einbeziehung der Perspektive des Opfers vorhanden, vgl. dazu *Kaspar* Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht, 2004, S. 63 ff. Diese darf auch im Jugendstrafrecht nicht völlig ausgeblendet werden, zumal die Behauptung einer pauschalen „Erziehungsfeindlichkeit“ der Konfrontation mit dem Opfer nicht überzeugen kann, vgl. *Rössner* in: *Dölling* (Fn. 5), S. 165.

<sup>45</sup> *Landau* (Fn. 27), 219; vgl. auch *Bruns* StV 1982, 594 m.w.N.

<sup>46</sup> *Roxin* (Fn. 7), § 3 Rn. 37 ff.

unabhängig vom konkreten Erziehungsbedarf begründet.<sup>47</sup> Dabei kann bei Straftaten von Jugendlichen, die sich regelmäßig noch in einem nicht abgeschlossenen Entwicklungsprozess des Norm- und Verantwortungslernens befinden<sup>48</sup> und die andererseits besonders „strafempfindlich“ sind<sup>49</sup>, von einem deutlich reduzierten Reaktionsbedürfnis ausgegangen werden. Das eröffnet Spielräume für vielfältige Milderungen.<sup>50</sup>

Zu klären bleibt die Frage der tatsächlichen generalpräventiven Wirkung des Strafrechts. Empirische Untersuchungen im Bereich des allgemeinen Strafrechts haben ergeben, dass man durchaus von einer solchen Wirkung ausgehen kann. Die Höhe der angedrohten und verhängten Sanktionen hatte keinen messbaren Einfluss auf die Deliktbegehung, sehr wohl aber die Frage der Entdeckungs- und damit der Sanktionswahrscheinlichkeit.<sup>51</sup> Einen klaren Beleg für die Wirkung des Strafrechts im Sinne der positiven Generalprävention gibt es bislang nicht. Dennoch kann zumindest als plausible Annahme gelten, dass das Ausbleiben einer als gerecht empfundenen Reaktion auf Straftaten auf lange Sicht geeignet ist, das Vertrauen in die Rechtsordnung und damit auch die eigene Rechtstreue zu untergraben.<sup>52</sup>

Im Hinblick auf eine spezifische generalpräventive Wirkung des Strafrechts bei Jugendlichen gibt es noch weniger empirische Befunde. Das liegt sicher auch an dem oben angesprochenen „Tabu-Charakter“ der Generalprävention in diesem Bereich. Dass Jugenddelinquenz eher spontanen und unüberlegten Charakter hat, ist als Ausgangspunkt zutreffend<sup>53</sup>, spricht jedoch nicht gegen ein generelles Bewusstsein auch bereits bei Jugendlichen, dass bestimmte Handlungsweisen bei Strafe verboten und daher zu unterlassen sind. Zugleich ist nicht zu sehen, warum die Bestrafung anderer Jugendlicher für bestimmte Taten, die durch persönliche Erfahrungen im Freundeskreis oder vermittelt über die Medien erlebt wird, nicht das Denken und Handeln von Jugendlichen mitbestimmen sollte. Ein völliges Aus-

<sup>47</sup> Vgl. die Konzeption von *Meyer-Odewald* Die Verhängung und Zumessung der Jugendstrafe, 1993, S. 86 f.; S. 180 ff.

<sup>48</sup> S. *Rössner* (Fn. 3), § 1 Rn. 1 ff.; BVerfGE 116, 69, 85.

<sup>49</sup> Das gilt insbesondere für den Freiheitsentzug, vgl. *Brunner/Dölling* (Fn. 21), § 18 Rn. 19; BVerfGE 116, 69, 87.

<sup>50</sup> Vgl. *Schöch* (Fn. 16), Fall 12 Rn. 16; *Streng* (Fn. 11), § 1 Rn. 17.

<sup>51</sup> Vgl. *Schöch* Empirische Grundlagen der Generalprävention, in: FS Jescheck, 1985, S. 1090; *Dölling* ZStW 1990, 1 ff. Zu vergleichbaren neueren Befunden einer aktuellen Metaanalyse s. *Dölling u. a.* European Journal of Criminal Policy Research 2009, 201.

<sup>52</sup> Vgl. *Bottke* (Fn. 20), S. 7 m.w.N.

<sup>53</sup> Vgl. *Ostendorf* HRRS 2008, 162.

bleiben solcher generalpräventiver Effekte erscheint daher nicht überzeugend.<sup>54</sup>

Dennoch wird die „Abschreckung anderer potenzieller Täter“ bei der konkreten Anwendung des Jugendstrafrechts im Einzelfall vom Gesetzgeber als unzulässig bezeichnet.<sup>55</sup> Rein negativ generalpräventiv motivierte Abschreckungsstrafen sind nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers ausgeschlossen. Zugleich wird aber zumindest von möglichen generalpräventiven Nebeneffekten einer konsequenten Anwendung des Jugendstrafrechts im Sinne der „Normverdeutlichung“ gesprochen.<sup>56</sup> Die Theorie der Generalprävention in ihrer positiven Variante bleibt damit denkbare Zielsetzung und Legitimationsgrundlage des Jugendstrafrechts. Dass der Wortlaut des § 2 Abs. 1 S. 1 JGG eine Beschränkung auf Spezialprävention nahe legt, kann man kaum behaupten:<sup>57</sup> Die Verhinderung von Straftaten „eines“ Jugendlichen muss nicht bedeuten, dass es dabei nur um die Straftaten des konkret Sanktionierten geht.

Die Theorie der positiven Generalprävention richtet sich allerdings ausdrücklich nicht nur an tatgeneigte Personen einer bestimmten Altersgruppe, sondern definitionsgemäß an die gesamte Bevölkerung. Deren Vertrauen in die Rechtsordnung und damit letztlich auch deren Rechtstreue, sollen durch die Sanktionierung gestärkt werden.<sup>58</sup> Dass dieser positiv generalpräventive Effekt aber nur sehr mittelbar zur Verhinderung von Straftaten beiträgt und über sein Ausmaß nur spekuliert werden kann, ist offensichtlich. Auch deswegen darf er nicht überstrapaziert werden. Die positiv generalpräventive Wirkung der Strafe kann in den meisten Fällen im Sinne einer „Kongruenzthese“ durch die erzieherisch orientierte Sanktion als mit abgedeckt gelten.<sup>59</sup> Die Anerkennung dieses Strafzwecks wirkt sich daher in diesem Bereich nicht im Sinne einer Modifikation oder Verschärfung der Sanktionen aus.<sup>60</sup> Sie steht deshalb auch mit dem Anliegen des Gesetzgebers in Einklang, den Vorrang des Erziehungsgedankens zu betonen und Straf-

<sup>54</sup> So tendenziell aber *Albrecht* (Fn. 1), D 56 f.; wie hier z. B. *Botke* (Fn. 20), S. 8 ff. Das gilt auch dann, wenn man den von *Streng* GA 1984, 153 Fn. 20 erhobenen Einwand der Nicht-öffentlichkeit des Verfahrens gem. § 48 JGG berücksichtigt.

<sup>55</sup> BT-Drs. 16/6293, S. 10.

<sup>56</sup> BT-Drs. 16/6293, S. 10.

<sup>57</sup> So aber die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/6293, S. 10.

<sup>58</sup> Die „Öffnungsklausel“ in § 2 Abs. 1 S. 1 JGG lässt sich also auf diesen Sanktionszweck beziehen, da es hier nicht um die Verhinderung von Straftaten von Jugendlichen geht. Gleichzeitig erfasst sie die oben erwähnten Fälle von jugendstrafrechtlichen Sanktionen gegen erwachsene Täter.

<sup>59</sup> Ähnlich bereits *Botke* (Fn. 20), S. 41.

<sup>60</sup> Auch die Untersuchung von *Buckolt* (Fn. 32), S. 326 erbrachte keinen klaren Zusammenhang von generalpräventiven Einstellungen der Richter einerseits und einem erhöhten Sanktionsniveau andererseits.

schärfungen im Einzelfall auszuschließen. Wie zu zeigen versucht wurde, kann sie aber helfen, das Sanktionssystem des JGG besser und widerspruchsfreier zu erklären. Die „Kongruenzthese“ (die man noch genauer empirisch untersuchen müsste) stößt nur bei schweren Delikten, vor allem Kapitaldelikten, offensichtlich an Grenzen.<sup>61</sup> Damit ist man bei der Frage der Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ und ihrer spezifischen Zielsetzung angelangt, die abschließend noch gesondert betrachtet werden soll.

## V. Generalprävention und Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“

Der geradezu klassische Streit um die Bedeutung der Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ gem. § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG<sup>62</sup> betrifft das hier angesprochene Thema des Zwecks der Jugendstrafe „jenseits von Erziehung“. Denn die Gegenüberstellung mit der Alternative der Jugendstrafe „wegen schädlicher Neigungen“ in Alt. 1 legt nahe, dass es hier nicht um die erzieherische Einwirkung auf einen rückfallgefährdeten Jugendlichen geht.

In gewissem Widerspruch dazu fordert allerdings § 18 Abs. 2 JGG, dass auch die Jugendstrafe wegen der Schwere der Schuld so zu bemessen ist, dass „die erforderliche erzieherische Einwirkung“ möglich ist. Die Rechtsprechung hat diesen Widerspruch früher aufzulösen versucht, indem sie postulierte, dass auch die Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld nur verhängt werden dürfe, soweit es zur erzieherischen Einwirkung erforderlich sei,<sup>63</sup> zumindest müsse dem Erziehungsgedanken auch hier der Vorrang zukommen.<sup>64</sup> Die herrschende Ansicht in der Literatur hat dies zu Recht kritisiert, vor allem mit dem Argument, dass in diesem Fall der Wortlaut von § 17 Abs. 2 JGG mit seiner deutlichen Trennung zwischen beiden Alternativen unverständlich bliebe.<sup>65</sup> Eine Harmonisierung in der Weise, dass Taten, die von einer besonderen Schwere der Schuld geprägt sind, regelmäßig auch besondere Erziehungsmängel offenbaren, erscheint zwar im Ansatz möglich.<sup>66</sup> Sie kann aber nicht in allen Fällen zur Auflösung des Problems führen, denn in bestimmten Konstellationen sind auch schwerste Delikte von an sich normal entwickelten Jugendlichen ohne gravierende

<sup>61</sup> So im Ergebnis auch *Schöch* (Fn. 28), § 11 Rn. 32.

<sup>62</sup> Auf § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG wird hier nicht vertieft eingegangen, da eine vorrangig spezialpräventive Ausrichtung nicht zu bestreiten ist.

<sup>63</sup> BGHSt 16, 261, 263.

<sup>64</sup> BGHSt 15, 224; BGH NStZ-RR 2006, 27.

<sup>65</sup> Vgl. nur *Brunner/Dölling* (Fn. 21), § 17 Rn. 14a; *Schaffstein/Beulke* Jugendstrafrecht, 14. Aufl. 2002, § 22 II 2.

<sup>66</sup> Vgl. *Bruns* (Fn. 45), 594; BGH NStZ 2007, 523.

Erziehungsmängel denkbar.<sup>67</sup> Hinzu kommen die bereits oben formulierten Bedenken im Hinblick auf die Eignung eines langjährigen Freiheitsentzugs zur Erziehung des Jugendlichen.<sup>68</sup>

Dementsprechend lässt sich auch in der neueren Rechtsprechung eine gewisse Kehrtwende feststellen: Dort wird zumindest bei Kapitaldelikten von einer „eigenständigen Bedeutung“ der Schuldschwere gesprochen.<sup>69</sup> Der Wortlaut des § 18 Abs. 2 JGG steht einer solchen Interpretation nicht entgegen, da man ihn auch so interpretieren kann, dass selbst bei Verhängung der „schuldorientierten“ Jugendstrafe natürlich nach Kräften versucht werden soll, positiv auf den Jugendlichen einzuwirken<sup>70</sup> bzw. zumindest schädliche Auswirkungen möglichst zu vermeiden.<sup>71</sup> Das gilt erst recht, wenn man den neu geschaffenen § 2 Abs. 1 S. 2 JGG zusätzlich zur Interpretation des § 18 Abs. 2 JGG heranzieht, denn wie oben dargestellt wurde soll nach dieser Norm die „Anwendung des Jugendstrafrechts“, damit auch die Verhängung der Jugendstrafe, nur „vorrangig“ am Erziehungsgedanken ausgerichtet sein. Schlagwortartig formuliert: Man sperrt jedenfalls in diesen Fällen nicht ein, um zu erziehen, aber wenn man schon einsperren muss, soll man dies (soweit erforderlich) zur Erziehung des Betroffenen nutzen.<sup>72</sup>

Das aber führt zur Ausgangsfrage zurück: Warum „muss“ man in den Fällen des § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG einsperren? Sucht man nach Erklärungsversuchen für den Zweck der „wegen der Schwere der Schuld“ verhängten Jugendstrafe, findet man oft eher knapp gehaltene Hinweise auf „Schuldausgleich“<sup>73</sup> oder „Vergeltung“<sup>74</sup>. Auf die Bedenken gegen die Anerkennung solcher absoluter Strafzwecke wurde bereits hingewiesen. Sind diese schon im allgemeinen Strafrecht umstritten, so ist erst recht nicht einsichtig, warum sie bei Jugendlichen eine gravierende und anerkanntermaßen (bei längerer Dauer) eher mit Gefahren für die persönliche Entwicklung verbundene Sanktion rechtfertigen sollen<sup>75</sup>.

Denkbar wäre, den spezialpräventiven Effekt der Sicherung durch die Inhaftierung heranzuziehen.<sup>76</sup> Aber eine solche Argumentation ist jedenfalls in Bezug auf § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG mit Schwierigkeiten verbunden. Fak-

<sup>67</sup> *Albrecht* (Fn. 1), D 112. Vgl. den Beispielsfall bei *Schöch* (Fn. 16), Fall 13 Rn. 24 ff.

<sup>68</sup> *Bruns* (Fn. 45), 594.

<sup>69</sup> BGH StV 1982, 121; OLG Hamm NStZ-RR 2005, 58; BGH NStZ 2007, 522 f.

<sup>70</sup> Das folgt schon aus den Strafvollzugsgesetzen der Länder, wo (ohne Unterscheidung nach dem Anlass der Verhängung der Jugendstrafe) die erzieherische Einwirkung als Ziel des Jugendstrafvollzugs genannt wird, vgl. nur Art. 121 BayStVollzG.

<sup>71</sup> *Schöch* (Fn. 16), Fall 13 Rn. 28.

<sup>72</sup> *Ostendorf* (Fn. 33), § 17 Rn. 11.

<sup>73</sup> *Bruns* (Fn. 45), 592.

<sup>74</sup> S. P.A. *Albrecht* Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2000, § 30 I.

<sup>75</sup> Vgl. *Tenckhoff* JR 1977, 486.

<sup>76</sup> Vgl. *Streng* (Fn. 11), § 12 Rn. 452 m.w.N.

tisch wird die Sicherungswirkung (von den bedauerlichen Straftaten innerhalb der Jugendstrafvollzugsanstalten abgesehen) durch den Strafvollzug erzielt. Gleichzeitig hat der Sicherungszweck auch Eingang in die gesetzlichen Regelungen der Länder zum Jugendstrafvollzug gefunden.<sup>77</sup> Allerdings wird die Jugendstrafe gem. § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG (anders als bei der Variante der „schädlichen Neigungen“) nicht nur gegen als gefährlich eingestufte Jugendliche verhängt; der Leitgedanke ist hier allein die „Schwere der Schuld“, die auch bei Tätern vorliegen kann, von denen in Zukunft keinerlei Straftaten mehr zu erwarten sind. Anders als bei § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG spricht die Auslegung des Gesetzes daher gegen eine unmittelbare<sup>78</sup> Berücksichtigung des Sicherungszwecks. Weiterhin ist noch auf die vor allem bei jugendlichen Straftätern äußerst schwere Aufgabe einer ausreichend sicheren Gefährlichkeitsprognose hinzuweisen.<sup>79</sup> Auch bei Mehrfach- und Intensivtätern ist der Abbruch der kriminellen Karriere häufiger als deren Fortführung,<sup>80</sup> und selbst in neueren aufwändigen Längsschnittstudien ist es nicht gelungen, die Hochrisikogruppe der (auch in Zukunft mit schweren Straftaten auffälligen) „chronic offenders“ hinreichend sicher zu identifizieren.<sup>81</sup>

Nach allem kommt also eine Rechtfertigung der allein auf die Schwere der Schuld gestützten Jugendstrafe nur anhand von generalpräventiven Aspekten in Betracht.<sup>82</sup> Da die Abschreckungswirkung im Sinne der negativen Generalprävention nach den erwähnten empirischen Forschungsergebnissen nicht von einer besonders harten Sanktionierung abhängt, wird man dabei die negative Generalprävention nicht heranziehen können, sondern allein im Sinne der positiven Generalprävention auf das durch besonders schwere Straftaten ausgelöste Bedürfnis nach Wiederherstellung des Rechtsfriedens abstellen dürfen. Dafür spricht auch die oft zitierte Definition der „Schwere der Schuld“: Diese soll dann gegeben sein, wenn ein Verzicht auf Jugendstrafe zugunsten von milderer Sanktionierung „in unerträglichem Widerspruch zum allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl“ stünde.<sup>83</sup> Der Zusammenhang zur positiven Generalprävention, deren Anliegen oft auch

<sup>77</sup> Vgl. nur Art. 121 S. 1 BayStVollzG.

<sup>78</sup> Zur mittelbaren Berücksichtigung im Rahmen der positiv-generalpräventiven Bestimmung der „angemessenen“ Sanktion s. unten.

<sup>79</sup> *Botke* (Fn. 20), S. 23.

<sup>80</sup> *Meier* (Fn. 17), Rn. 7 m. w. N.

<sup>81</sup> *Albrecht* (Fn. 1), D 33; *Bock Kriminologie*, 3. Aufl. 2007, § 6 Rn. 238.

<sup>82</sup> Vgl. *Tenckhoff* (Fn. 75), 485 ff.; *Botke* (Fn. 20), S. 41; *Streng* (Fn. 11), § 12 Rn. 436; *Ostendorf* (Fn. 7), Rn. 213. Auch *Schöch* (Fn. 28), § 11 Rn. 14 spricht von der „generellen Legitimation“ der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld durch positiv-generalpräventive Überlegungen.

<sup>83</sup> *Schaffstein/Beulke* (Fn. 65), § 22 II 2 c.; ähnlich *Ostendorf* (Fn. 7), Rn. 7.

mit der Wiederherstellung des Vertrauens in die Rechtsordnung umschrieben wird<sup>84</sup>, liegt auf der Hand.<sup>85</sup> Damit ist auch das Argument, wonach Generalprävention als Zweck der Jugendstrafe ausscheiden müsse, weil sie in § 17 Abs. 2 JGG nicht genannt werde,<sup>86</sup> weitgehend entkräftet. Dennoch sollte man zur Klarstellung eine „rationale Umformulierung“<sup>87</sup> von § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG vornehmen, wobei sich der aus dem allgemeinen Strafrecht bekannte Begriff der „Verteidigung der Rechtsordnung“ anbietet.<sup>88</sup>

Auch die Autoren, die eine generalpräventive Komponente der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld anerkennen, lehnen überwiegend eine Berücksichtigung dieses Strafzwecks bei der konkreten Strafzumessung ab.<sup>89</sup> Das dürfte überwiegend die negative Variante und die mit ihr verbundene Gefahr einer unreflektierten Verschärfung von Jugendstrafen betreffen.<sup>90</sup> Man kommt jedenfalls nach hier vertretener Ansicht nicht umhin, bei der Anerkennung der positiven Generalprävention als tragender Zielsetzung der Jugendstrafe gem. § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG diesen Zweck auch bei deren Bemessung heranzuziehen. Denn ganz allgemein wird die Relevanz von Strafzumessungstatsachen notwendigerweise vom verfolgten Zweck präjudiziert.<sup>91</sup> Die Einzelheiten einer jugendspezifischen, an positiv-generalpräventiven Kriterien orientierten Strafzumessungslehre für diese Konstellation können hier nicht erörtert werden. Man wird jedenfalls den objektiven Unrechtsgehalt der Tat einschließlich ihrer Folgen als Grundlage nicht nur der persönlichen Vorwerfbarkeit, sondern auch des Ausmaßes der Erschütterung des Rechtsfriedens stärker gewichten müssen.<sup>92</sup> Die von der Rechtsprechung befürwortete Fokussierung allein auf die (wenig klar konturierte) „innere Tatseite“<sup>93</sup> würde demgegenüber an Bedeutung verlieren.

Der Vorwurf, dass es sich bei der positiven Generalprävention in der hier skizzierten Weise nur um einen „verkappten Vergeltungszweck“ handelt, liegt nahe.<sup>94</sup> Der Unterschied besteht aber darin, dass man mit dem Ver-

<sup>84</sup> Vgl. *Roxin* (Fn. 7), § 3 Rn. 27.

<sup>85</sup> Zutreffend *Ostendorf* (Fn. 7), Rn. 213 a. E.

<sup>86</sup> So *Bruns* (Fn. 45), 593.

<sup>87</sup> *Ostendorf* (Fn. 7), Rn. 213.

<sup>88</sup> Ähnlich *Hinz* JR 2001, 55 f., der aber keine Ersetzung von § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG, sondern eine entsprechende „Ergänzung“ vorschlägt.

<sup>89</sup> *Schöch* (Fn. 28), § 11 Rn. 13; *Meyer-Odewald* (Fn. 47), S. 189; offen gelassen bei *Streng* (Fn. 11), § 12 Rn. 451.

<sup>90</sup> Besonders deutlich bei *Schöch* (Fn. 16), Fall 13 Rn. 29 a. E.

<sup>91</sup> *Bruns* (Fn. 45), 592.

<sup>92</sup> Vgl. *Tenckhoff* (Fn. 75), 486.

<sup>93</sup> BGHSt 15, 224, 226; zutreffende Kritik bei *Streng* (Fn. 11), § 12 Fn. 432.

<sup>94</sup> Einen Zusammenhang beider Aspekte stellen einige Autoren fest, vgl. nur *Streng* (Fn. 11), Rn. 451; *Laubenthal/Baier* (Fn. 24), Rn. 712; s. auch *Hassemer* Warum Strafe sein muss, 2009, S. 50 sowie S. 96 ff.

ständnis der Strafe als der notwendigen Reaktion zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens einen zumindest im Kern empirischen Ansatzpunkt für den Sinn und Zweck der Strafe finden kann. Natürlich stellt sich das Problem, inwiefern die „Demoskopie“, also die empirische Ermittlung von „Reaktionsbedürfnissen“, ausschlaggebend für die Sanktionierung sein darf.<sup>95</sup> Man wird hier ohne normative Korrektur nicht auskommen, die in der Anerkennung der Maßfigur eines „verständigen objektiven Beobachters“ liegen könnte. Es erscheint jedoch ehrlicher, den neben der erzieherisch motivierten Einwirkung auf den Jugendlichen verfolgten Strafzweck mit seinen Problemen auf diese Weise offen zu legen und damit diskutierbar zu machen, als ganz idealistisch, damit aber auch ohne genaueren Rechtfertigungszwang, auf „Schuldausgleich“ oder „Vergeltung“ zu setzen.<sup>96</sup>

Das von der positiven Generalprävention thematisierte „Reaktionsbedürfnis“ der Bevölkerung dürfte sich zudem nicht ganz unabhängig von den sonstigen denkbaren Strafzwecken entfalten. Man kann im Gegenteil vermuten, dass dieses Bedürfnis auch auf der Annahme der Wirksamkeit der Bestrafung in erzieherischer wie auch in sichernder Hinsicht beruht.<sup>97</sup> Da beide Sanktionszwecke wie gezeigt im Rahmen von § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG mit spezifischen Problemen behaftet sind, liegt die Beschränkung einer rein generalpräventiv begründeten Jugendstrafe auf besonders schwere Straftaten nahe, wie dies in der neueren Rechtsprechung zu Bedeutung von § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG anklingt.<sup>98</sup> Um Rechtssicherheit zu schaffen, wäre hier eine gesetzliche Klarstellung durch die Schaffung eines Deliktskatalogs oder einen ausdrücklichen Ausschluss von Vergehen oder zumindest von Fahrlässigkeitstaten<sup>99</sup> zu erwägen.

## VI. Fazit

Entgegen der nach wie vor herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur spielen generalpräventive Aspekte im geltenden Jugendstrafrecht durchaus eine Rolle. Sie durchziehen das Jugendstrafrecht wie ein Netz, das ein bestimmtes für den Jugendlichen spürbares und nur dadurch ein auch in generalpräventiver Hinsicht Erfolg versprechendes Minimalniveau sicher-

<sup>95</sup> Vgl. nur *Kunz* ZStW 98 (1986), 823, 832.

<sup>96</sup> *Bottke* (Fn. 20), S. 42 f. Zur von den Gerichten bei schweren Straftaten „verdeckt“ praktizierten Generalprävention s. die Untersuchung von *Neubacher* MSchKrim 1999, 12 f.

<sup>97</sup> Vgl. (in Bezug auf § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG) *Streng* GA 1984, 156 ff.

<sup>98</sup> OLG Hamm NStZ-RR 2005, 58; OLG Hamm ZJJ 2005, 447 f.; BGH NStZ 2007, 522 f.

<sup>99</sup> Ob letztere eine „Schwere der Schuld“ begründen können, ist umstritten; ablehnend *Ostendorf* (Fn. 7), Rn. 214; nach *Schöch* (Fn. 28), § 11 Rn. 19 ist dies in Ausnahmefällen zu bejahen.

stellt. Dabei existieren aber, um im Bild zu bleiben, weite Maschen, die Spielräume und Milderungsmöglichkeiten eröffnen. Insbesondere lässt sich anhand der §§ 45 und 47 JGG zeigen, dass der Gesetzgeber dieses Minimalniveau als zum Teil auf null reduziert bzw. als durch außerstrafrechtliche erzieherische Maßnahmen erfüllt ansieht.<sup>100</sup> Im Sinne einer Kongruenzthese ist davon auszugehen, dass die erzieherisch orientierte Sanktion im Rahmen der Vorgaben des JGG sowie der verfassungsrechtlichen Grenzen auch das positiv generalpräventive Reaktionsbedürfnis abdeckt. Die Anerkennung der Generalprävention sorgt für mehr Klarheit, indem sie einerseits das Jugendstrafrecht von der „Lebenslüge“<sup>101</sup> befreit, es sei stets (oder gar, wie man bei unbefangenen Verständnis aus § 5 Abs. 2 JGG entnehmen könnte, mit steigender Eingriffsintensität umso mehr) erzieherisch wirksam. Sie bewirkt andererseits, dass das Ausweichen auf den zweifelhaften Strafzweck der reinen Schuldvergeltung als einzige Legitimation vor allem der wegen „Schwere der Schuld“ verhängten Jugendstrafe vermieden wird.

Auch für die Bewertung konkreter kriminalpolitischer Reformvorhaben lassen sich durch diese Klarstellung Anhaltspunkte gewinnen. So ist die Anhebung des Höchstmaßes der Jugendstrafe für Kapitaldelikte von zehn auf fünfzehn Jahre<sup>102</sup> jedenfalls aus erzieherischer Sicht nicht begründbar, während sie als zwingendes Gebot des Schuldausgleichs natürlich ohne weiteres behauptet, aber nicht rational diskutiert werden kann. Unter dem Aspekt der Generalprävention ist eine solche Diskussion dagegen im Ansatz möglich. Hier wird man nur schwer sachliche Argumente für eine Erhöhung der Höchststrafen finden. Reine Strafschärfungen versprechen keinerlei erhöhte Abschreckungswirkung. Es bliebe der faktisch erzielte (zusätzliche) Sicherungseffekt, dessen Anerkennung aber mit den Problemen einer sehr langfristigen Prognose sowie der Abgrenzung zur nunmehr gem. § 7 Abs. 2 JGG auch gegenüber Jugendlichen möglichen nachträglichen Sicherungsverwahrung behaftet ist. Dazu kommt, dass man ein praktisches Bedürfnis nach einer solchen Reform bezweifeln kann: Selbst die bisherige Höchststrafe von 10 Jahren Jugendstrafe wird nur in seltenen Fällen verhängt.<sup>103</sup> Ein entsprechend informierter verständiger Beobachter würde unter diesen Vorzeichen weder den zwingenden Bedarf einer Anhebung der Strafrahmen noch einer darauf gestützten härteren Sanktionspraxis bejahen. Im Zweifel

<sup>100</sup> Vgl. P. A. Albrecht (Fn. 74), S. 79 f.

<sup>101</sup> Streng FS Androulakis, 2003, S. 1235.

<sup>102</sup> So das im Koalitionsvertrag auf S. 64 fixierte Vorhaben der neuen Bundesregierung.

<sup>103</sup> Zwischen 1987 und 1996 wurde nur in 74 Fällen die Höchststrafe verhängt, vgl. Schulz MSchKrim 2001, 310 ff.

muss dann aber auf die Verschärfung nach dem Grundsatz „in dubio pro libertate“<sup>104</sup> verzichtet werden.

Werden die im Jugendstrafrecht identifizierbaren positiv generalpräventiven Aspekte im hier vorgeschlagenen Sinne nicht unabhängig von den sonstigen sinnvollen Zielsetzungen der Sanktion und deren tatsächlicher Erreichung gesehen, wird man sich nach allem auch weiterhin um eine maßvolle Sanktionierung von Jugendlichen sowie um eine noch stärkere Einbindung kriminologischer Erkenntnisse bemühen müssen, ganz im Sinne von *Heinz Schöch*, dem dieser Beitrag in Dankbarkeit gewidmet ist.

<sup>104</sup> Dessen Geltung im Strafrecht ist allerdings umstritten, ablehnend z. B. *Wolter* NSZ 1993, 5; bejahend z. B. *Sternberg-Lieben* Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 458 ff.