Katharina Tams, Greifswald*

Aufsätze

Schädliche Neigungen gem. § 17 Abs. 2 JGG – rechtliche, rechtspolitische, rechtstatsächliche prognostische Aspekte

Die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen stellt ein seit Jahrzehnten umstrittenes Thema dar. Neben dem stigmatisierenden und damit problematischen Wortlaut weist sie insbesondere verfassungsrechtliche Probleme auf. Genügt die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen dem Anspruch des Bestimmtheitsgrundsatzes? Ist sie wirklich geeignet und erforderlich, um ihr Gesetzesziel, die Erziehung des Jugendlichen, zu erreichen? Entspricht die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen dem sich aus der Verfassung ergebenden Schuldprinzip, welches besagt, dass Strafe durch die Tatschuld begrenzt sein muss? Mit diesen Fragen und der Konsequenz dieser Fragen setzt sich der vorliegende Beitrag auseinander.

I. Einleitung

Die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen stellt die erste Alternative des § 17 Abs. 2 JGG dar. Ihr zufolge darf der Richter Jugendstrafe verhängen, wenn wegen der schädlichen Neigungen des Jugendlichen, die in der Tat hervorgetreten sind, Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel zur Erziehung nicht ausreichen. Die 1. Alt. des § 17 Abs. 2 JGG bringt eine Reihe von Problemen mit sich. Zunächst einmal ist schon der Wortlaut problematisch. Er weist auf eine genetische Veranlagung zum Verbrechen hin und ist damit ausgrenzend und stigmatisierend.[1] Auch die Auslegung der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen besagt, dass sie letztendlich nicht mehr als eine Rückfallgefahr darstellt.[2] Damit muss eine Prognose erstellt werden. Das Erstellen einer Prognose, welche Auskunft über ein zukünftiges Verhalten geben soll, erweist sich aber insbesondere bei Jugendlichen als problematisch.[3] Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen den rechtlichen Anforderungen entspricht. Insbesondere bestehen diesbezüglich verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich des Bestimmtheitsgrundsatzes, des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Schuldprinzips.[4] Die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen stellt damit ein schon seit Jahrzehnten sehr umstrittenes Thema dar.[5] Die Forderungen bzgl. der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen reicht von einer Umformulierung der 1. Alt des § 17 Abs. 2 JGG bis zu ihrer ersatzlosen Streichung.[6]

Die vorliegende Arbeit widmet sich der Frage, ob die Kritik bezüglich der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen berechtigt ist und wie die Reformüberlegungen diesbezüglich zu werten sind. Um die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen einordnen zu können, wird zunächst kurz auf die Sanktionsmöglichkeiten des Jugendstrafrechts eingegangen. Des Weiteren werden der historische Hintergrund, die heutige Auslegung des Begriffs und die rechtstatsächliche Situation erörtert. Schließlich werden die oben bereits angesprochenen Kritikpunkte diskutiert und im Anschluss werden Reformüberlegungen vorgestellt.

II. Einordnung des Begriffs der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen in das Jugendstrafrecht

Die Straftat eines Jugendlichen nach dem StGB kann gem. § 5 Abs. 1, 2 JGG mit Erziehungsmaßregeln, Zuchtmitteln oder Jugendstrafe sanktioniert werden.[7] Erziehungsmaßregeln stellen dabei die schwächste und die Jugendstrafe die härteste Sanktionsmöglichkeit dar. Neben den drei genannten Hauptsanktionen existieren noch die in § 7 JGG genannten Maßregeln der Besserung und Sicherung, welche greifen, wenn zum Schutze der Allgemeinheit eine Schuldstrafe nicht ausreicht.[8] Sie sind mithin eine schuldunabhängige Straftatfolge.[9] Erziehungsmaßregeln sind gem. § 9 JGG die Erteilung von Weisungen und die Anordnung zur Hilfe zur Erziehung. Zuchtmittel stellen gem. § 13 JGG die Verwarnung, die Erteilung von Auflagen und der Jugendarrest dar. Die Jugendstrafe stellt gem. § 17 Abs. 1 JGG einen Freiheitsentzug in einer für ihren Vollzug vorgesehenen Einrichtung dar. Sie kann gem. § 17 Abs. 2 JGG verhängt werden, „wenn wegen der schädlichen Neigungen des Jugendlichen, die in der Tat hervorgetreten sind, Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel zur Erziehung nicht ausreichen oder wenn wegen der Schwere der Schuld Strafe erforderlich ist“. Die Ju-

* Die Autorin studiert im 10. Semester Rechtswissenschaft an der Universität Greifswald. Der Beitrag, der für die Veröffentlichung überarbeitet wurde, basiert auf einer mit 15 Punkten bewerteten Studienarbeit im Schwerpunktbereich Kriminologie und Strafrechtspflege bei Prof. Dr. *Frieder Dünkel*.

1 Vgl. *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz, 9. Aufl. 2013, § 17 Rn. 3; *Böhm/Feuerhelm*, Einführung in das Jugendstrafrecht, 4. Aufl. 2004, S. 220.

2 Vgl. *Walter/Wilms*, Künftige Voraussetzungen für die Verhängung der Jugendstrafe: Was kommt nach dem Wegfall der „schädlichen Neigungen“?, NStZ 2007, 1 (3).

3 Vgl. *Bald*, Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen, 1995, S. 43.

4 Vgl. *Weber*, Die Bedeutung des Schuldprinzips im Jugendstrafrecht, 2011, S. 264.

5 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1.

6 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1.

7 Vgl. *Ostendorf*, Jugendstrafrecht, 4. Aufl. 2007, S. 136.

8 Vgl. *Meier/Rössner/Schöch*, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2013, S. 123.

9 Vgl. *Ostendorf* (Fn. 7), S. 204.

gendstrafe als einzige echte Kriminalstrafe[10] des deutschen Jugendstrafrechts kann somit wegen „schädlicher Neigungen“ gem. § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG oder wegen Schwere der Schuld gem. § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG verhängt werden.[11] Es können auch beide Alternativen kumulativ gegeben sein.[12]

III. Historischer Hintergrund der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen

In Anlehnung an das österreichische Recht fand der Begriff der „schädlichen Neigungen“ im Jahre 1943 Einzug in das deutsche Jugendstrafrecht.[13] Er wurde in den § 4 Abs. 2 des Reichsjugendgerichtsgesetzes (RJGG) aufgenommen und hat somit seinen Ursprung in der NS-Ideologie.[14] Ein zuvor existierender Gesetzesentwurf nannte als Voraussetzung für die Jugendstrafe das Vorliegen der „Gefahr“, dass aus dem Jugendlichen ein Gewohnheitsverbrecher werde.[15] Diese Voraussetzung wurde gegen den disponiblen und damit elastischen Begriff der „schädlichen Neigungen“ ausgetauscht, um eine Flexibilität der Gerichte bei der Anwendung der Norm zu ermöglichen.[16] Dieser Begriff, der es somit ermöglichte, die Jugendlichen nach ihrer Persönlichkeit zu beurteilen, fügte sich gut in die Denkweise der NS-Ideologie ein.[17] Mit der Einführung des JGG im Jahre 1953 sollte das Jugendstrafrecht vom nationalsozialistischen Gedankengut befreit werden.[18] Der Begriff der „schädlichen Neigung“ als Voraussetzung für die Verhängung von Jugendstrafe wurde dennoch übernommen. Der BGH orientierte sich an der Richtlinie zu § 6 RJGG aus dem Jahre 1944[19] und legte den Begriff der schädlichen Neigungen in einer Entscheidung im Jahre 1958 als Anlage- und Erziehungsmängel aus, die die Gefahr begründen, dass der Jugendliche ohne Durchführung einer längeren Gesamterziehung die Gemeinschaftsordnung weiterhin durch Straftaten stören werde.[20]

IV. Die heutige Auslegung der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen

Diese Auslegung wurde durch die ständige Rechtsprechung bestätigt und auch heute noch wird sich an ihr orientiert.[21] Lediglich die Wortwahl hat die Rechtsprechung modifiziert. Der Inhalt der heutigen Auslegung hat sich jedoch nicht sonderlich verändert.[22] So werden schädliche Neigungen als anlagebedingte, durch unzulängliche Erziehung oder ungünstige Umwelteinflüsse begründete Mängel der Charakterbildung bezeichnet, die den Jugendlichen in seiner Entwicklung zu einem brauchbaren Glied der Gemeinschaft gefährdet erscheinen lassen und namentlich befürchten lassen, dass er durch weitere Straftaten deren Ordnung stören werde.[23] Einschränkend werden in der neueren Rechtsprechung schädliche Neigungen als erhebliche Persönlichkeitsmängel definiert, welche ohne eine längere Gesamterziehung die Gefahr der Begehung weiterer Straftaten in sich bergen, die nicht nur gemeinlästig sind oder den Charakter von Bagatelldelikten haben.[24] Das Fortschrittliche an dieser Auslegung ist, dass erst erhebliche Taten eine Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen begründen sollen und damit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Berücksichtigung findet.[25]

Differenziert betrachtet, versteht man damit unter dem Begriff „schädlicher Neigungen“ das Vorliegen von Persönlichkeitsmängeln, eine bestehende Rückfallgefahr und eine erforderliche Gesamterziehung.[26]

1. Persönlichkeitsmangel

Unter Persönlichkeitsmängeln werden von dem Betroffenen unverschuldete Anlagemängel, Erziehungsmängel oder sonstige durch äußere Einflüsse entstandene Mängel verstanden, die die Begehung weiterer Straftaten befürchten lassen.[27] Die Persönlichkeitsmängel sollen dabei nicht auf Reifeverzögerungen beruhen dürfen.[28] Sie müssen in der Tat hervorgetreten sein[29] und bei der Entscheidung noch vorliegen.[30]

2. Rückfallgefahr

Anhand dieser Persönlichkeitsmängel soll eine mögliche Rückfallprognose diagnostiziert werden.[31] Das bedeutet, es wird eine Prognose auf Grundlage der Persönlichkeitsmängel erstellt, welche darüber entscheidet, ob von einer

10 Vgl. *Lang*, Die Entwicklung des Jugendstrafrechts in Mecklenburg-Vorpommern, 2007, S. 10, 11.

11 Vgl. *Meier/Rössner/Schöch*, JugendstrafR (Fn. 8), S. 123.

12 Vgl. *Meier/Rössner/Schöch*, JugendstrafR (Fn. 8), S. 123.

13 Vgl. *Brunner/Dölling*, Jugendgerichtsgesetz, 2011, § 17 Rn. 11; *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (2).

14 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (2).

15 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (2); *Lang* (Fn. 10), S. 10.

16 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (2); *Lang* (Fn. 10), S. 10.

17 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (2); *Lang* (Fn. 10), S. 10.

18 Vgl. *Ostendorf* (Fn. 7), S. 174.

19 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (2).

20 Vgl. BGHSt 11, 169 (170); *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (2); *Dünkel*, Zur Schädlichkeit von „schädlichen Neigungen“, NK 1989, 34 (35).

21 Vgl. *Streng*, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2012, S. 214.

22 Vgl. *Lang* (Fn. 10), S. 10, 11.

23 Vgl. BGHSt 16, 161 (162); *Ostendorf*, JGG (Fn. 1), § 17 Rn. 3.

24 Vgl. *Ostendorf*, JGG (Fn. 1), § 17 Rn. 3; BGH, NStZ 2002, 89 (89).

25 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (3).

26 Vgl. *Laue*, in: Meier/Rössner/Trüg, Jugendgerichtsgesetz, 2011, § 17 Rn. 11.

27 Vgl. *Laubenthal/Baier*, Jugendstrafrecht, 2006, S. 272; *Laue*, in: Meier/Rössner/Trüg, JGG (Fn. 26), § 17 Rn. 10.

28 Vgl. *Pedal*, Die Voraussetzungen der Jugendstrafe, JuS 2008, 414, (416).

29 Vgl. *Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, 16. Aufl. 2013, § 17 Rn. 23.

30 Vgl. BGH, Beschl. v. 07.03.1997 – 3 StR 515/96 bei *Böhm*, Aus der neueren Rechtsprechung zum Jugendstrafrecht, NStZ 1997, 480 (481).

31 Vgl. *Laue*, in: Meier/Rössner/Trüg, JGG (Fn. 26), § 17 Rn. 19.

Gefahr der weiteren Begehung schwerwiegender Straftaten auszugehen ist oder nicht.[32]

3. Gesamterziehung

Ein letztes Kriterium für die Verhängung von Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen stellt die Erforderlichkeit einer Gesamterziehung dar.[33] Das bedeutet, dass mildere Sanktionsmaßnahmen im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Erziehung nicht geeignet sein dürfen.[34] Es soll sich mithin bei der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen um die *ultima ratio* der erzieherischen Einwirkungsmöglichkeit handeln.[35] Das bedeutet, dass Erziehungsmaßregeln und Zuchtmittel zur Erziehung nicht ausreichend sein dürfen.

V. Rechtstatsächliche Situation

Es wird deutlich, dass es sich bei dem Vorliegen schädlicher Neigungen um eine persönlichkeitsspezifische Rückfallgefahr für erhebliche Straftaten handelt.[36] Aus diesem Grunde sollen Gelegenheits-, Konflikts- oder Notdelikte ebenso wenig für das Verhängen von Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen ausreichen wie auf einem kurzzeitigen Entschluss beruhende Taten.[37] Auch bei der Zugehörigkeit eines Jugendlichen zu einer delinquenten Jugendgruppe muss verlässlich geprüft werden, ob die Tat nicht auf Gruppenzwang oder falsch verstandener Freundschaft beruht.[38] Wird jedoch eine sehr leichte Beeinflussbarkeit des delinquent gewordenen Jugendlichen festgestellt, welche weitere erhebliche Straftaten befürchten lässt, spricht dies wiederum für das Vorliegen schädlicher Neigungen.[39] Jedoch soll das wiederholte Begehen einer Straftat nicht zwangsläufig zur Annahme des Vorliegens schädlicher Neigungen führen.[40] Es sollen auch schon in der ersten Tat eines Jugendlichen schädliche Neigungen erkannt werden können.[41] Dieses ist jedoch nur möglich, wenn eine umfangreiche Persönlichkeitsbetrachtung stattgefunden hat, die zu dem Ergebnis kommt, dass schon vor der Tat Persönlichkeitsmängel vorlagen, die eine Rückfallgefahr für schwerwiegende Taten befürchten lassen.[42]

Wie bereits erwähnt soll Hauptintention der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen die Erfassung Jugendlicher Täter sein, bei denen eine persönlichkeitsspezifische Rückfallgefahr für erhebliche Straftaten befürchtet wird.[43] Bei den schädlichen Neigungen handelt es sich damit um einen anderen Begriff für Rückfallgefahr.[44] Das bedeutet, dass bei der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen der Jugendliche nicht in erster Linie wegen der begangenen Tat bestraft wird, sondern vielmehr bietet die Tat nur den Anlass, ihn wegen der Befürchtung vor weiteren Straftaten zu bestrafen.[45] Das bedeutet, dass bezüglich der Sanktion nicht an die Tat, sondern vielmehr an die Persönlichkeit des Täters angeknüpft wird.[46] Ob dieses mit dem Schuldprinzip vereinbar ist, ist fraglich.[47] So werden in der Justizpraxis von der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen nicht die schwersten Straftaten erfasst, sondern vielmehr die Wiederholungstäter, auch Mehrfach- oder Intensivtäter genannt,[48] welche den Beginn einer kriminellen Karriere befürchten lassen.[49] Dies sind in der Praxis offensichtlich die häufigsten Gründe für das Verhängen von Jugendstrafe. So wird in der Praxis Jugendstrafe mit ca. 70% hauptsächlich wegen schädlicher Neigungen verhängt,[50] ca. 15% wegen der Schwere der Schuld und ca. 15% wegen schädlicher Neigung und Schwere der Schuld.[51]

VI. Kritik bezüglich der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen gem. § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG

Die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen ist stetiger Kritik ausgesetzt. Die Kritik reicht von der Wortwahl über prognostische bis hin zu verfassungsrechtlichen Aspekten.[52] Im Folgenden wird diskutiert, ob die Kritik an der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen berechtigt ist.

1. Wortwahl

Kritisch zu betrachten ist zunächst einmal die sprachliche Formulierung in § 17 Abs. 2 Alt. 1 GG, dass Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen“ zu verhängen ist. Im Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache wird „Neigung“ als eine biologische Veranlagung bezeichnet.[53] Wird ein Jugendlicher zu einer Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen verurteilt, wird ihm im Urteilsspruch suggeriert, eine biologische Veranlagung zu einem Ver-

32 Vgl. *Laue*, in: Meier/Rössner/Trüg, JGG (Fn. 26), § 17 Rn. 19.
33 Vgl. *Laue*, in: Meier/Rössner/Trüg, JGG (Fn. 26), § 17 Rn. 20.
34 Vgl. *Pedal* (Fn. 28), JuS 2008, 414 (416).
35 Vgl. *Lang* (Fn. 10), S. 13; *Böhm/Feuerhelm* (Fn. 1), S. 221.
36 Vgl. *Brunner/Dölling*, JGG (Fn. 13), § 17 Rn. 12; LG Gera, StV 1999, 660.
37 Vgl. *Eisenberg*, JGG (Fn. 29), § 17 Rn. 19; *Laue*, in: Meier/Rössner/Trüg, JGG (Fn. 26), § 17 Rn. 16.
38 *Ostendorf*, JGG (Fn. 1), § 17 Rn. 3.
39 Vgl. *Laue*, in: Meier/Rössner/Trüg, JGG (Fn. 26), § 17 Rn. 16.
40 Vgl. *Eisenberg*, JGG (Fn. 29), § 17 Rn. 20.
41 Vgl. *Böhm* (Fn. 30), NStZ 1997, 480 (481).
42 Vgl. *Ostendorf*, JGG (Fn. 1), § 17 Rn. 3; *Streng* (Fn. 21), S. 214.
43 Vgl. *Brunner/Dölling*, JGG (Fn. 13), § 17 Rn. 11.
44 Vgl. *Eisenberg*, JGG (Fn. 29), § 17 Rn. 18b.
45 Vgl. *Lang* (Fn. 10), S. 12.
46 Vgl. *Deichsel*, Was Jugendrichter/innen beim richten und ausrichten anrichten! Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Begriff der „schädlichen Neigungen“, ZJJ 2004, 266 (267).
47 Vgl. *Lang* (Fn. 10), S. 12.
48 Vgl. *Deichsel* (Fn. 46), ZJJ 2004, 266 (269).
49 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 274.
50 Vgl. *Meier/Rössner/Schöch*, JugendstrafR (Fn. 8), S. 218.
51 Vgl. *Meier/Rössner/Schöch*, JugendstrafR (Fn. 8), S. 218.
52 Vgl. *Kaiser/Schöck*, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzugsrecht, 7. Aufl. 2010, S. 66.
53 Vgl. *Lang* (Fn. 10), S. 10, 12.

brechen zu haben.[54] Der Begriff „schädliche Neigung" ist mithin geeignet, den Jugendlichen als „Defekt-Persönlichkeit" zu beurteilen,[55] was eine stigmatisierende Wirkung zur Folge hat.[56] Diese Stigmatisierung beinhaltet die Gefahr, dass der Jugendliche das Vorliegen von schädlichen Neigungen im Sinne des *labeling approach* als unabänderliches Schicksal empfindet.[57] Außerdem weist der Begriff der schädlichen Neigungen, mit dem eine biologische Veranlagung zur Kriminalität unterstellt wird, einen Widerspruch zur Kriminologie auf, welche eine sogenannte Typenlehre bzw. genetische Erklärungsansätze für das Entstehen von Kriminalität ablehnt.[58] Ebenso ausgrenzend ist die von der Rechtsprechung entwickelte Definition, auch wenn bei den Persönlichkeitsmängeln nicht nur auf Erbanlagen, sondern auch auf äußere Einflüsse abgestellt wird.[59] Es wird dem Jugendlichen auch dadurch eine missratene Persönlichkeit zum Vorwurf gemacht, welche als Rechtfertigung für eine höhere Strafe dient.[60] Denn auch erworbene Persönlichkeitsdefizite können von dem Jugendlichen als unabänderlich bewertet werden und ihn dahingehend etikettieren, dass er gegen das „Kriminellsein" sowieso nichts tun könne.

Dass in der heutigen Zeit überhaupt noch an einer Wortwahl festgehalten wird, welche dem Betroffenen eine biologische Veranlagung zu einem Verbrechen unterstellt und damit biologische Erklärungsansätze für das Vorliegen von Kriminalität herangezogen werden, widerspricht wissenschaftlichen Forschungsergebnissen und deutet darauf hin, dass der Ausdruck „schädliche Neigung" nicht dem Stand der Wissenschaft entspricht. Der Ausdruck „schädliche Neigung" ist nicht zeitgemäß und damit abzulehnen.[61]

2. Prognostische Aspekte

Um schädliche Neigungen bzw. eine spezifische Rückfallgefahr des Jugendlichen für erhebliche Straftaten feststellen zu können, muss eine Prognose erstellt werden.[62] Eine Prognose soll versuchen, das Verhalten des Jugendlichen für die Zukunft vorauszusagen. Diesbezüglich stellt sich jedoch die Frage, ob es gerechtfertigt ist, Jugendliche aufgrund einer negativen Rückfallprognose zur Jugendstrafe, welche die härteste Sanktion des deutschen Jugendstrafrechts darstellt, zu verurteilen.[63] Um dies beurteilen zu können, finden die verschiedenen Prognosemethoden kurz Erwähnung.

a) Intuitive Prognose

Zum einen gibt es die intuitive Prognose.[64] Diese Methode kennzeichnet, dass sie nach rein subjektiven Kriterien des Richters erfolgt.[65] Dabei stützt er sich auf seine Lebenserfahrung und Menschenkenntnis.[66] Die intuitive Prognose ist damit durch eine individuelle Wertehaltung des Richters gekennzeichnet.[67]

b) Klinische Prognose

Des Weiteren gibt es die klinische Prognose. Diese Methode kennzeichnet, dass die Rückfallprognose von Psychiatern oder kriminologisch geschulten Psychologen erstellt wird.[68] Die klinische Methode bezieht sich dabei auf die Methoden und Erkenntnisse der Psychologie.[69]

c) Statistische Prognose

Schließlich ist noch die statistische Prognose anzuführen. Die Erstellung der Rückfallprognose wird anhand von statistisch erhobenen Werten vorgenommen.[70] Diese Werte werden ermittelt, indem Persönlichkeits- und Sozialmerkmale von kriminell auffällig gewordenen Jugendlichen mit kriminell nie auffällig gewordenen Jugendlichen verglichen und die besonders aussagekräftigen Faktoren in einer Prognosetabelle zusammengestellt werden.[71] Diese Prognosetabelle soll dem Richter bei der Beurteilung des straffällig gewordenen Jugendlichen als Vergleichsgrundlage dienen.

d) Allgemeine Fehlerquellen

So unterschiedlich die Prognosen auch sind, so haben sie gemeinsam, dass keine frei von Schwächen ist.[72] Die Tatsache, dass die intuitive Prognose auf der persönlichen Wertevorstellung des Richters beruht, birgt die Gefahr, dass die erstellte Prognose letztendlich auf Sympathie und Antipathie beruht.[73] Der Schwachpunkt der klinischen Prognose besteht darin, dass die Untersuchungsmethoden anhand von Extremgruppen entwickelt wurden, so dass sich für das Mittelfeld im Grunde keine Aussagen treffen lassen.[74] Gegen die statistische Prognose, welche in der Praxis derzeit wenig Anwendung erfährt, ist einzuwenden, dass sie sehr starr und schematisch ist und wenig individuell auf den Betroffenen eingeht.[75]

54 Vgl. *Lang* (Fn. 10), S. 12.
55 *Eisenberg*, JGG (Fn. 29), § 17 Rn. 18a.
56 Vgl. *Lang* (Fn. 10), S. 12.
57 Vgl. *Laubenthal/Baier* (Fn. 27), S. 275.
58 Vgl. *Lang* (Fn. 10), S. 13.
59 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1; *Ostendorf*, JGG (Fn. 1), S. 174.
60 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1.
61 Vgl. *Ostendorf*, JGG (Fn. 1), Grdl. zu §§ 17 und 18 Rn. 6; *Laubenthal/Baier* (Fn. 27), S. 275.
62 Vgl. *Streng* (Fn. 21), S. 156; *Bald* (Fn. 3), S. 39.
63 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 43; *Eisenberg*, JGG (Fn. 29), § 5 Rn. 30.
64 Vgl. *Streng* (Fn. 21), S. 159.
65 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 40.
66 Vgl. *Laubenthal/Baier* (Fn. 27), S. 199.
67 Vgl. *Laubenthal/Baier* (Fn. 27), S. 199; *Streng* (Fn. 21), S. 159.
68 Vgl. *Streng* (Fn. 21), S. 164; *Laubenthal/Baier* (Fn. 27), S. 40.
69 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 40; *Streng* (Fn. 21), S. 164.
70 Vgl. *Streng* (Fn. 21), S. 161.
71 Vgl. *Streng* (Fn. 21), S. 161.
72 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 41.
73 Vgl. *Streng* (Fn. 21), S. 159.
74 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 40.
75 Vgl. *Streng* (Fn. 21), S. 161; *Bald* (Fn. 3), S. 41.

e) Das Jugendalter als zusätzlicher Unsicherheitsfaktor

Prognosen sollen das Verhalten eines Menschen für die Zukunft voraussagen, was Fehler unvermeidbar macht.[76] Bei Jugendlichen kommt hinzu, dass das geringe Alter bei der Prognoseerstellung einen zusätzlichen Unsicherheitsfaktor darstellt.[77] Jugendliche befinden sich noch in der Entwicklung zu einer ausgereiften Persönlichkeit. Sie sind noch sehr beeinflussbar und damit in ihrem Verhalten wandelbar, was bedeutet, dass bei ihnen noch starke Änderungen in der Persönlichkeitsstruktur auftreten können.[78] Das kann zum Beispiel bedeuten, dass ein Jugendlicher unter dem Eindruck der Hauptverhandlung sein Verhalten für die Zukunft ändert.[79] Das Verhalten eines Jugendlichen kann immer nur für den Moment beurteilt werden. Diese Tatsachen führen dazu, dass eine Rückfallprognose, die anhand von persönlichen Merkmalen erstellt wird, bezüglich eines Jugendlichen als nicht aussagekräftig erachtet werden kann.[80] Aufgrund dieser Tatsachen ist es im Grunde unmöglich sich über die Persönlichkeit eines Jugendlichen ein konsistentes Bild zu machen.[81] Die Fehlerquelle ist damit bei der Prognoseerstellung gegenüber Jugendlichen noch unsicherer als gegenüber Erwachsenen.[82] Es kann geschlussfolgert werden, dass die Erstellung einer Rückfallprognose gegenüber Jugendlichen abzulehnen ist.[83] Es ist nicht gerechtfertigt, Jugendliche aufgrund einer negativen Rückfallprognose zur Jugendstrafe, welche die härteste Sanktion des deutschen Jugendstrafrechts darstellt, zu verurteilen.

3. Rechtliche Probleme bezüglich des Bestimmtheitsgrundsatzes

Des Weiteren gibt es Bedenken, dass die rechtliche Grundlage gem. § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen zu verhängen, gegen den verfassungsrechtlich verankerten Bestimmtheitsgrundsatzes des Art. 103 Abs. 2 GG verstößt.[84] Dem Art. 103 Abs. 2 GG ist der Grundsatz *nulla poena sine lege* zu entnehmen, der neben dem Rückwirkungsverbot besagt, dass das Gesetz hinreichend bestimmt sein muss.[85] Bezogen auf § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG müsste der Normadressat mithin erkennen können müssen, wann mit einer Strafe wegen schädlicher Neigungen zu rechnen ist. Der Begriff der „schädlichen Neigungen“ ist nicht legaldefiniert, sondern ein unbestimmter Rechtsbegriff.[86] Auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe bedeuten jedoch nicht zwangsläufig einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, sofern der Begriff durch eine gefestigte Rechtsprechung und allgemeine gleiche Wertung eingegrenzt und konkretisiert wird.[87]

a) Ausreichende Konkretisierung durch die Rechtsprechung

Bezüglich der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen erachtet die Rechtsprechung[88] die von ihr und der Literatur entwickelten und bereits oben erwähnten Kriterien für das Verhängen von Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen für ausreichend bestimmt.[89] Andere jedoch erachten die rechtliche Grundlage des § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG für überflüssig,[90] welche die Gefahr unüberprüfbarer (richterlicher) Willkür mit sich bringt.[91] Ihrer Meinung zufolge biete die heutige Auslegung nicht mehr als einen Zirkelschluss,[92] indem sie im Grunde nicht mehr sagt, als dass Jugendstrafe möglich sein soll, wenn schädliche Neigungen vorliegen und schädliche Neigungen wiederum vorliegen sollen, wenn eine längere Gesamterziehung im Sinne des Verbringens in einer für ihren Vollzug vorgesehen Einrichtung erforderlich ist.[93]

Die Rechtsprechung hat zwar versucht, zu erfassen, was schädliche Neigungen sein sollen, indem sie sie als anlagebedingte Mängel, Erziehungsmängel oder sonstige durch äußere Einflüsse entstandene Mängel bezeichnet.[94] Jedoch werden diese Mängel wiederum erst relevant, wenn aus ihnen eine negative Rückfallprognose abzuleiten ist. Doch wann aus diesen Mängeln eine Rückfallgefahr abgeleitet werden kann, ist nicht festgelegt. Es gibt zwar entwickelte Kriterien, wie bereits oben erwähnt, dass z.B. bei Gelegenheitsdelikten oder Notdelikten keine schädlichen Neigungen bzw. keine Rückfallgefahr gesehen werden kann, jedoch geht daraus nicht ausreichend hervor, wann von schädlichen Neigungen bzw. wann von einer Rückfallgefahr auszugehen ist. Wie bereits oben dargestellt, wird dies zwar anhand der Erstellung einer Prognose versucht zu ermitteln, jedoch können die Prognosemethoden angewendet auf einen Jugendlichen zu willkürlichen Ergebnissen führen. Das führt in der Praxis, auch vor dem Hintergrund, dass die intuitive Prognosemethode die häufigste Anwendung erfährt, dazu, dass der jeweilige Richter nach seiner subjektiven Vorstellung entscheidet, welche Kriterien für ihn persönlich eine Rückfallgefahr begründen könnten. Diese ist gewiss von Richter zu Richter sehr unterschiedlich. Wenn er diesbe-

76 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 43.

77 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 43; *Eisenberg*, JGG (Fn. 29), § 5 Rn. 30.

78 Vgl. *Ostendorf*, JGG (Fn. 1), § 21 Rn. 10; *Bald* (Fn. 3), S. 43.

79 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 43.

80 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 43.

81 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 43.

82 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 43.

83 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 43.

84 Vgl. *Deichsel* (Fn. 46), ZJJ 2004, 266 (266).

85 Vgl. *Manssen*, Grundrechte, Staatsrecht II, 12. Aufl. 2015, Rn. 804 ff.

86 Vgl. *Deichsel* (Fn. 46), ZJJ 2004, 266 (271).

87 Vgl. *Degenhart*, Staatsrecht Staatsorganisationsrecht, 28. Aufl. 2013, S. 136; *Bald* (Fn. 3), S. 81.

88 BGHSt 11, 169; BGH, NStZ 2002, 89.

89 Vgl. *Pedal* (Fn. 28), JuS 2008, 414 (415); *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (4).

90 Vgl. *Dünkel*, Freiheitsentzug für junge Rechtsbrecher, 1990, S. 466.

91 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (4).

92 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (3).

93 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 265.

94 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (3).

züglich nach seiner Vorstellung Anknüpfungspunkte bzw. sogenannte Mängel findet, bejaht er eine Rückfallgefahr und damit das Vorliegen schädlicher Neigungen. Es besteht also für den Jugendlichen die Gefahr, dass er von dem jeweiligen Richter zu seinem Nachteil beurteilt wird. Es ist zu folgern, dass die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen nicht ausreichend durch die Rechtsprechung konkretisiert wurde.

b) Ausreichend gefestigte Rechtsprechung

Von der nicht gelungenen Konkretisierung der Rechtsprechung abgesehen, ist es überhaupt zweifelhaft, von einer gefestigten Rechtsprechung bezüglich der Konkretisierung und Begrenzbarkeit der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen zu sprechen. Eine Analyse der Rechtsprechung über die letzten 60 Jahre zeigt, dass die Ausgestaltung bzw. Konkretisierung, was letztendlich unter der Definition der schädlichen Neigungen zu verstehen ist, sehr unterschiedlich ist.[95] So wurde in den 70ger Jahren bereits bei rein selbstschädigendem Verhalten, wie z.B. lang andauerndem Schulschwänzen, Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen verhängt.[96] Dieser Grund für das Annehmen von schädlichen Neigungen wäre aus heutiger Sicht eine Bagatelle und Bagatelldelikte sollen nach heutiger Auslegung keine schädlichen Neigungen begründen.[97] Zwar sind unbestimmte Rechtsbegriffe auch im Strafrecht zulässig, dürfen jedoch nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass je schwerer die Sanktion ist, desto höher sind die Anforderungen an die Bestimmtheit. Vor dem Hintergrund, dass die Jugendstrafe die schwerste Sanktion des Jungendstrafrechts darstellt, müssen bezüglich der Bestimmtheit besonders hohe Anforderungen gestellt werden. Der Begriff der schädlichen Neigungen bietet jedoch zu viel Raum zur Interpretation, wodurch keine Rechtssicherheit gewährleistet ist. Dies ist gerade im Jugendstrafrecht unzulässig.

Es ist somit zu dem Schluss zu kommen, dass es für den Normadressaten nicht ausreichend ersichtlich ist, wann letztendlich mit Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen gem. § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG zu rechnen ist. Es handelt sich mithin um eine nicht ausreichend bestimmte Rechtsgrundlage.[98] Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen verstößt gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

4. Rechtliche Probleme bezüglich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Es stellt sich des Weiteren die Frage, ob die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geeignet und erforderlich ist, ihren Zweck, die Erziehung des Jugendlichen, zu erreichen.[99] Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt sich aus den Grundrechten bzw. dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG).

a) Zweck der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen

Dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG ist zu entnehmen, dass Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen zu verhängen ist, wenn Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel zur Erziehung nicht ausreichen. Aus dem Gesetzeswortlaut ist ersichtlich, dass Jugendstrafe wegen schädlicher Neigung Erziehungsstrafe ist.[100] Ihr Zweck begründet sich in der Erziehung des straffälligen Jugendlichen.[101] Aber was genau bedeutet Erziehung? Der Erziehungsbegriff im Jugendstrafrecht ist terminologisch nicht entwickelt und eine Übernahme aus anderen Wissenschaften wie z.B. der Erziehungswissenschaft, die Erziehung als „Fähigkeit zu einem glücklichen Leben“ definiert, scheint unpassend.[102] Anzumerken ist zunächst, dass Erziehung an sich kein Strafzweck sein kann.[103] Es setzt als bloßes Mittel zum Zweck einen Zweck voraus.[104] Dem § 91 JGG a.F. war bislang zu entnehmen, dass der Jugendliche zu einem „rechtschaffenen und verantwortungsbewussten Lebenswandel geführt werden solle“.[105] Dieses weite Erziehungsverständnis ist jedoch überholt. Nun ist dem neu eingeführten § 2 Abs. 1 S. 1 JGG zu entnehmen, dass das Ziel der Jugendstrafe die Legalbewährung sein soll.[106] Der Zweck der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen besteht darin, den Jugendlichen zu einem Menschen zu erziehen, der keine Straftaten mehr begeht, womit der Zweck in dem Schutz der Allgemeinheit liegt.[107] Jedoch entspricht es auch dem Wohle des Jugendlichen, diesen Zweck zu verfolgen, da es ihm Konfrontationen mit der Gesellschaft erspart.[108] Damit widerspricht die Erziehungsstrafe nicht dem Interesse des Jugendlichen.[109] Erziehungsziel des § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG ist mithin nichts anderes als „künftige Legalbewährung“.[110]

b) Geeignetheit der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen

Fraglich ist des Weiteren, ob im Rahmen der Geeignetheit das Mittel das Ziel fördert, d.h. ob der Jugendstrafvollzug das Erreichen des Erziehungsziels des § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG, künftig ein straffreies Leben zu führen, fördert.

95 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 14; *Lang* (Fn. 10), S. 12.

96 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (3).

97 Vgl. *Meier/Rössner/Schöch*, JugendstrafR (Fn. 8), S. 218.

98 Vgl. Dazu kritisch auch *Eisenberg*, JGG (Fn. 29), § 17 Rn. 18b.

99 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 81.

100 Vgl. *Weber*, Die Anwendung der Jugendstrafe, 1990, S. 43.

101 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (3).

102 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 64.

103 Vgl. *Streng*, Die Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen“, (§ 17 II Alt. 1 JGG), GA 1984, 149 (152).

104 Vgl. *Streng* (Fn. 103), GA 1984, 149 (152).

105 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 67.

106 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 65.

107 Vgl. *Streng* (Fn. 103), GA 1984, 149 (152).

108 Vgl. *Streng* (Fn. 103), GA 1984, 149 (152).

109 Vgl. *Streng* (Fn. 103), GA 1984, 149 (153).

110 Vgl. *Weber* (Fn. 100), S. 48.

Zunächst bestehen Zweifel, ob die Frage der Geeignetheit überhaupt ein Problem der Gesetzesgrundlage ist. So sei es doch vielmehr Aufgabe der Exekutive den Vollzug so zu gestalten, dass das Gesetzesziel auch erreicht werden könne. Dieses gelte jedoch nicht uneingeschränkt. Sofern der Normzweck mangels ausreichender exekutiver Maßnahmen nicht zu erreichen sei, bliebe der Normzweck quasi im „luftleeren Raum" stehen, weshalb die rechtliche Grundlage angezweifelt werden können muss.[111]

Es stellt sich nun die Frage, ob Jugendstrafe geeignet ist, den Jugendlichen zu einem zukünftigen Legalverhalten zu erziehen. Dies ist umstritten.[112]

Diesbezüglich ist zweifelhaft, ob ein Freiheitsentzug überhaupt geeignet sein kann, um das Ziel der Erziehung zur Legalbewährung zu erreichen oder sie zumindest zu fördern.[113] Schwierig ist zunächst die Frage, ob es überhaupt möglich ist, Erziehung und Strafe miteinander zu verbinden.[114] Es wird teilweise abgelehnt, das Erziehungsbedürfnis als Legitimationsgrundlage für die Verhängung von Jugendstrafe zu sehen.[115] Es handelt sich hierbei nämlich um gegensätzliche Ziele.[116] Die Strafe solle die bewusste Zufügung eines Übels darstellen, sie ist repressiv.[117] Erziehung hingegen soll eine positive Entwicklung des Jugendlichen bewirken.[118] Aus diesem Grund wird es zum Teil sehr kritisch gesehen, ob Jugendstrafe, welche immer mit einem Freiheitsentzug verbunden ist, vor dem Hintergrund der negativen Auswirkungen eines Vollzugs zu einem zukünftig straffreien Leben erziehen kann.[119] Einzelne wissenschaftliche Untersuchungen besagen, dass Jugendstrafe nicht zu einem Legalverhalten erzieht, sondern abweichendes Verhalten vielmehr erst begründet oder verfestigt.[120] Jede staatliche Reaktion auf unerwünschtes Verhalten bringt eine gewisse stigmatisierende Wirkung mit sich, so auch der Vollzug.[121] Jedoch äußert sich diese besonders beim Freiheitsentzug, „da hiermit die Aufhebung der bisherigen sozialen Stellung des Inhaftierten für ihn selbst und für seine soziale Umwelt unübersehbar dokumentiert wird"[122]. Negative Reaktionen aus seinem sozialen Umkreis könnten ihn hinsichtlich seiner Entwicklung negativ beeinflussen[123] und ihn im Sinne des *labeling approach* als „Kriminellen" etikettieren. Diese können das abweichende Verhalten begründen oder verfestigen.[124] Des Weiteren führt der Vollzug dazu, dass Bindungen zu Bezugspersonen unterbrochen werden, die positiv auf den Jugendlichen hätten einwirken können.[125] Oft führt der Vollzug auch zu einem Verlust von Lehrstelle oder Arbeitsplatz, was für den Jugendlichen eine Ausgrenzung aus der Gesellschaft bedeutet.[126] Weiterhin führt die Subkulturenbildung im Vollzug, welche durch Hierachien und Gewaltandrohungen geprägt ist, zu einer negativen Beeinflussung des Jugendlichen, was ihn gerade davon abhält, gesellschaftskonforme Normen zu erlernen und zu verinnerlichen.[127] Des Weiteren bringt der Vollzug Prisonierungsschäden mit sich: Im Vollzug ist das Leben des Inhaftierten bis auf kleinste Details geregelt, wodurch er verlernt, sein Leben eigenständig in die Hand zu nehmen. Der Vollzug führt damit zu einem Autonomieverlust, der verhindert, dass der Jugendliche Selbstverantwortung für sein eigenes Leben übernimmt. Diese Tatsache begründet die Gefahr, dass Jugendliche durch den Vollzug erst recht in die „Hohe Schule des Verbrechens eingeführt werden"[128]. Die negativen Auswirkungen des Vollzugs spiegeln sich auch in der Rückfallstatistik wieder. Der Rückfallstatistik von 2004 zufolge wurden von denen, die ohne Bewährung zur Jugendstrafe verurteilt wurden und 1994 entlassen wurden, 77,8% rückfällig und erneut zur Jugendstrafe verurteilt.[129] Dies stellt die höchste Rückfallquote in der deutschen Sanktionspraxis dar.[130]

Die negativen Auswirkungen des Vollzugs, welche Ausdruck in der Rückfallstatistik finden, zeigen, dass der Strafvollzug der Erziehung zu einem künftigen Legalverhalten gerade abträglich wirkt. Eine Konfrontation des Jugendlichen mit der Gesellschaft bleibt ihm durch den Vollzug nicht erspart. Es spricht damit vieles dafür, dass Strafe und Erziehung nicht miteinander zu vereinbaren sind[131] und der Vollzug kein geeignetes Mittel ist, die Erziehung des Jugendlichen zu fördern.

Das OLG Schleswig hat sich im Jahre 1985 mit der Geeignetheit des Vollzugs auseinandergesetzt und ist zu der Auffassung gelangt, dass der Vollzug erst ungeeignet und damit unverhältnismäßig sei, wenn er per se erziehungsfeindlich sei und eine Besserung des Jugendlichen unter keinen Umständen erreicht werden könne.[132] Eine generelle Erziehungsfeindlichkeit des Vollzugs und seine damit verbundene Ungeeignetheit wurde bislang jedoch nicht festgestellt.[133] Der Vollzug versuche durchaus

111 Zum Ganzen OLG Schleswig, NStZ 1985, 475.

112 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 91.

113 Vgl. *Deichsel* (Fn. 46), ZJJ 2004, 266 (269).

114 Vgl. *Deichsel* (Fn. 46), ZJJ 2004, 266 (269).

115 Vgl. *Dünkel* (Fn. 90), S. 466.

116 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 107.

117 Vgl. *Begemann*, Zur Legitimationskrise der Jugendstrafe, ZRP 1991, 44 (45); *Bald* (Fn. 3), S. 107.

118 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 107.

119 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 91.

120 Vgl. *Albrecht/Schüler-Springorum*, Jugendstrafe an Vierzehn- und Fünfzehnjährigen, 1983, S. 8.

121 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 89.

122 *Bald* (Fn. 3), S. 89.

123 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 89.

124 Vgl. *Albrecht/Schüler-Springorum* (Fn. 120), S. 8; *Laubenthal/Baier* (Fn. 27), S. 684.

125 Vgl. *Weber* (Fn. 100), S. 52.

126 Vgl. *Weber* (Fn. 100), S. 53.

127 Vgl. *Deichsel* (Fn. 46), ZJJ 2004, 266 (270); *Bald* (Fn. 3), S. 88; *Weber* (Fn. 100), S. 53.

128 *Bald* (Fn. 3), S. 86f.; vgl. *Weber* (Fn. 100), S. 53; *Deichsel* (Fn. 46), ZJJ 2004, 266 (270).

129 Vgl. *Laue*, in: Meier/Rössner/Trüg, JGG (Fn. 26), § 17 Rn. 4.

130 Vgl. *Laue*, in: Meier/Rössner/Trüg, JGG (Fn. 26), § 17 Rn. 4.

131 Vgl. *Deichsel* (Fn. 46), ZJJ 2004, 266 (269); *Sonnen*, Ist das neue Jugendstrafrecht noch zeitgemäß, DVJJ-Journal 2002, 115.

132 Vgl. OLG Schleswig, NStZ 1985, 475.

133 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (6).

mit verschiedenen Angeboten dem Erziehungsgedanken Rechnung zu tragen.[134] Die dem Vollzug innewohnenden Gefahren seien ernst zu nehmen, jedoch sei der Vollzug, der sein Ziel vielleicht mal mehr und mal weniger gut erfülle, nicht per se erziehungsfeindlich.[135] Auch nach den Grundsätzen des BVerfG komme es nicht darauf an, ob das erstrebte Ziel tatsächlich erreicht werde.[136] Es reiche für die Geeignetheit allein die abstrakte Möglichkeit, das Gesetzesziel erreichen zu können.[137] Die Rückfallquote fällt zunächst sehr negativ aus, jedoch bleibe zu berücksichtigen, dass immerhin nicht alle rückfällig geworden seien.[138] Damit könne man sagen, dass das Mittel den Zweck zumindest fördere.

Ob es jedoch der Verdienst des Vollzugs ist, dass wenige Prozent nicht rückfällig wurden, lässt sich nicht zweifelsfrei bejahen. Möglicherweise wären sie auch nicht rückfällig geworden, wenn nicht der Vollzug als Sanktion erfolgt wäre. Auch wenn der Vollzug teilweise dem Erziehungsgedanken versucht Rechnung zu tragen und man nicht zu dem Schluss kommen kann, dass der Vollzug an sich erziehungsfeindlich sei, so darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Realität das Gegenteil aufzeigt. Ob das Mittel das Ziel fördert, darf nicht an theoretischer Wirksamkeit, sondern muss an der tatsächlichen Wirksamkeit gemessen werden. Die tatsächlichen Wirkungen und Folgen müssen für die Beurteilung, ob das Mittel den Zweck fördert, Anknüpfungspunkt sein. Die tatsächliche Situation zeigt die negativen Auswirkungen des Vollzugs anhand der hohen Rückfallquote auf. Damit muss zu dem Schluss gekommen werden, dass der Vollzug ein ungeeignetes Mittel ist, um den Jugendlichen zu einem zukünftigen Legalverhalten zu erziehen. Die gesetzliche Grundlage „Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen" kann damit ihr Ziel, den Jugendlichen zu einem zukünftigen Legalverhalten zu erziehen, nicht erreichen, wodurch ihm Konfrontationen mit der Gesellschaft nicht erspart bleiben. Sie kann ihr Ziel nicht fördern. Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen verstößt mithin gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.[139]

Damit werden mit der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen tatsächlich generalpräventive Zwecke verfolgt.[140]

c) Erforderlichkeit der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen

Selbst wenn man zu dem Schluss gekommen wäre, dass Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen geeignet sei, ergäben sich Probleme hinsichtlich der Erforderlichkeit.[141] Dass es kein gleichwirksames milderes Mittel gebe, das Ziel, die Legalbewährung zu erreichen, als die Jugendstrafe mit dem mit ihr verbundenen Vollzug, scheint schon vor dem Hintergrund der hohen Rückfallquoten des Strafvollzugs unglaubwürdig. In der Praxis wird Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen meist erst verhängt, wenn vorangegangene ambulante Sanktionen scheiterten.[142] Das bedeutet, es wird nicht Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen verhängt, weil sie besser wirkt, sondern weil ambulante, mildere Maßnahmen nicht ausgereicht haben. Das besagt aber nicht, dass der Vollzug besser wirkt als ambulante Sanktionen. Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen wird deshalb auch nicht nur als *ultima ratio*, sondern auch als richterliche Ratlosigkeit bezeichnet.[143]

Empirische Untersuchungen zeigen, dass die Rückfallquoten beim Vollzug der Jugendstrafe höher lagen als bei ambulanten milderen Maßnahmen.[144] Diesbezüglich wird jedoch angeführt, dass das Klientel der stationären Maßnahmen ein ganz anderes ist als das der ambulanten Maßnahmen.[145] Bei der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen handele es sich meist um Jugendliche, welche bereits mehrfach strafrechtlich in Erscheinung getreten sind und bei denen mildere Mittel bzw. ambulante Maßnahmen bereits scheiterten.[146] Demzufolge könne die positiver ausfallende Rückfallstatistik der ambulanten Maßnahmen keine Aussage darüber treffen, ob mildere Mittel bzw. ambulante Maßnahmen besser oder zumindest genauso gut wirken wie stationäre Maßnahmen bzw. die Jugendstrafe mit der Konsequenz des Vollzugs.[147] Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass schädliche Neigungen auch schon bei der ersten strafrechtlichen Verfehlung festgestellt werden können.[148] Damit kann man die positiver ausfallende Rückfallstatistik doch als Vergleichsgrundlage heranziehen. Somit könnte man in Erwägung ziehen, die Erforderlichkeit zu verneinen.[149] Die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigung dennoch als erforderlich erachtend wird zum Teil angeführt, dass ihr Ziel eben nicht ausschließlich die Erziehung sei, sondern darüber hinaus auch den Zweck verfolge, das Strafbedürfnis der Allgemeinheit zu befriedigen.[150] Diese Ansicht muss jedoch für nicht haltbar erachtet werden.[151] Es geht bei der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen schließlich nicht um das Strafbedürfnis der Allgemeinheit, sondern darum, den Jugendlichen zu einem straffreien Leben zu erziehen.[152] Zwar enthält eine Kriminalstrafe immer auch vergeltenden Charakter, jedoch kann eine Erziehungsstrafe nicht nur, um verfassungsrechtli-

134 Vgl. *Weber* (Fn. 100), S. 56.
135 Vgl. *Brunner/Dölling*, JGG (Fn. 13), § 17 Rn. 3.
136 BVerfGE 81, 156 (192); 67, 157 (175).
137 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (6).
138 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 85.
139 Kritsch auch *Weber* (Fn. 4), S. 266.
140 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (6).
141 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 266.
142 Vgl. *Dünkel* (Fn. 20), NK 1989, 34 (35).
143 Vgl. *Dünkel* (Fn. 20), NK 1989, 34 (35).
144 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 93.
145 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 93.
146 *Bald* (Fn. 3), S. 93.
147 *Bald* (Fn. 3), S. 93.
148 Vgl. *Böhm* (Fn. 30), NStZ 1997, 480 (481).
149 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 266.
150 Vgl. *Weber* (Fn. 100), S. 60.
151 Vgl. *Weber* (Fn. 100), S. 60.
152 Vgl. *Weber* (Fn. 100), S. 60.

che Schwierigkeiten zu überwinden, in eine Vergeltungsstrafe umfunktioniert werden.[153] Es darf also nicht außer Acht gelassen werden, dass es nur um die Frage geht, ob es mildere Maßnahmen gibt, den Jugendlichen zu einem straffreien Leben zu erziehen als den Vollzug. In einzelnen Experimenten, in denen härtere Sanktionen durch mildere ersetzt wurden, konnte jedenfalls kein negativer Effekt nachgewiesen werden.[154] Schließlich zeigen auch die ambulanten Maßnahmen eine positiver ausfallende Rückfallstatistik auf.[155] Es spricht demzufolge einiges dafür, einen Jugendlichen außerhalb des Vollzugs besser erziehen zu können.[156] Damit ist es milder und auch effektiver, ambulante Erziehungsmaßnahmen zu verhängen.[157] Dort wird mit individuellen Maßnahmen an die Erziehungsbedürfnisse des Jugendlichen angeknüpft.[158] Eine Reaktion mit einer Kriminalstrafe und der ihr anhaftenden Repression ist nicht das erforderliche Mittel, um einen straffällig gewordenen Jugendlichen zu einem zukünftig straffreien Leben zu erziehen.[159] Damit wäre die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen zudem nicht erforderlich.[160] Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen verstößt auch aus diesem Grund gegen den sich aus der Verfassung ergebenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

5. Rechtliche Probleme bezüglich des Schuldprinzips

Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen" könnte als Erziehungsstrafe gegen das sich aus der Verfassung ergebende Schuldprinzip verstoßen.[161]

a) Das Schuldprinzip (Einzeltatschuld)

Das Schuldprinzip, welches sich aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG ergibt und den Grundsatz *nulla poena sine culpa* beinhaltet,[162] besagt nicht nur, dass Strafe stets Schuld voraussetzt, sondern auch, dass die Strafe die Schuld des Täters nicht überschreiten darf.[163] Strafe bedeutet die bewusste Zufügung eines Übels als Vergeltung für begangenes Verhalten.[164] Diesem Grundsatz zufolge muss sich die Bestrafung auf die schuldhaft begangene Einzeltat beziehen.[165] Die Strafe darf die Grenzen der Tatschuld dabei nicht überschreiten, sondern hat proportional zur Tatschuld zu erfolgen.[166] Das bedeutet, dass die Strafe sich immer retrospektiv auf die begangene Tat beziehen muss.[167] Die Strafe darf nicht über die Schuld der konkreten Tat hinausgehen.[168] Nur die konkrete Einzeltatschuld soll die Grundlage für die Strafe darstellen.[169]

b) Unvereinbarkeit der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen mit dem Schuldprinzip

Bei der Verhängung von Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen wird jedoch gerade nicht an die begangene Tat angeknüpft, sondern an Erziehungsmängel, welche befürchten lassen, dass der Jugendliche in der Zukunft erhebliche Straftaten begehen könnte.[170] Mithin ist nicht die begangene Tat Anknüpfungspunkt für die Verhängung der Strafe, sondern nur der Anlass, eine Rückfallprognose erstellen zu können.[171] Es wird folglich nicht die Tat, sondern die von dem Täter ausgehende Gefährlichkeit bewertet.[172] Daher wird die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen von einigen sachlich auf die Stufe einer Maßregel der Besserung und Sicherung gestellt, welche zum Schutz der Allgemeinheit eine schuldunabhängige Straftatfolge darstellt.[173] Die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen wird mithin aus rein präventiven Gründen verhängt und ist damit ausschließlich an prospektiven Aspekten ausgerichtet. Damit bezieht sich die Strafe bei der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen gerade nicht auf die Tat, sondern einzig und allein auf eine dem Täter innewohnende Rückfallgefahr.[174] Damit missachtet die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen das sich aus der Verfassung ergebende Schuldprinzip.[175]

Es stellt sich allerdings die Frage, ob erzieherische Gründe möglicherweise eine Missachtung des Schuldprinzips rechtfertigen können.

Einerseits könnte man sagen, dass das Jugendstrafrecht gegenüber der Freiheitsstrafe des Erwachsenenstrafrechts ein *aliud* sei, welches eben als Erziehungsstrafrecht nicht nach dem Tatprinzip, sondern nach dem Täterprinzip verfahre.[176] Somit wird teilweise vertreten, dass aus erzieherischen Gründen ein maßvolles Überschreiten der Schuldobergrenze rechtsstaatlich zulässig sei[177] und somit

153 Vgl. *Weber* (Fn. 100), S. 60.

154 Vgl. *Dünkel* (Fn. 90), S. 440.

155 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 93.

156 Vgl. *Streng*, Anmerkung zur Verfassungsmäßigkeit der Jugendstrafe, StV 1985, 421.

157 Vgl. *Streng* (Fn. 156), StV 1985, 421.

158 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 94.

159 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 94.

160 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 94.

161 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 267.

162 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (4).

163 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (4).

164 Vgl. *Begemann* (Fn. 117), ZRP 1991, 44 (45).

165 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 71.

166 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 71.

167 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 71.

168 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 71.

169 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 269.

170 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 268.

171 *Kornprobst*, Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?, JR 2002, 309 (311).

172 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 72.

173 Vgl. *Ostendorf* (Fn. 7), S. 204; *Eisenberg*, JGG (Fn. 29), § 17 Rn. 18b.

174 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 72.

175 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 74.

176 Vgl. *Weber* (Fn. 100), S. 60.

177 *Burscheidt*, Das Verbot der Schlechterstellung Jugendlicher und Heranwachsender in vergleichbarer Verfahrenslage, 2000, S. 92; *Albrecht*, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2000, S. 257.

der Erziehungsgedanke bis zu einem gewissen Maße die Missachtung des Schuldprinzips rechtfertige.

Jedoch muss dem entgegengehalten werden, dass es sich bei der Jugendstrafe eben um eine echte Kriminalstrafe handelt, welche als repressive Rechtsfolge ihre Grenzen in der Tatschuld finden muss.[178] Die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen kann sich als echte Strafe nicht von den Grundsätzen der Verfassung lösen.[179] Jedes Überschreiten der Schuldobergrenze und sei es noch so maßvoll, muss als verfassungsrechtlicher Verstoß angesehen werden. Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen muss sich an der konkret begangenen einzelnen Tat orientieren.[180] Genau das tut sie jedoch nicht.[181]

Um eine Verfassungswidrigkeit der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen zu vermeiden, wird teilweise eine Anbindung an die Tatschuld konstruiert.[182] Das bedeutet, dass man eine Verfassungswidrigkeit im Einzelfall möglicherweise vermeiden könnte, indem in der Praxis drauf geachtet wird, dass die Strafe ihre Grenzen in der Tatschuld findet.[183] Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass dies gerade dem Wortlaut, der Systematik und der Intention und damit dem Anordnungsgrund der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen widerspricht.[184] Selbst wenn man versuchen würde, durch die Praxis eine verfassungskonforme Anwendung der Norm zu erlangen, wäre nach Ausgestaltung der Norm immer eine verfassungswidrige Anwendung möglich.

Um den verfassungsrechtlichen Vorwurf der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen überwinden zu können, wird teilweise gesagt, sie entspreche sachlich einer Maßregel der Sicherung und Besserung[185] und sei nur mit dem falschen Gewande der Jugendstrafe versehen.[186] Bei einer Maßregel muss das Schuldprinzip nicht eingehalten werden, weshalb die Tatschuld nicht als Obergrenze fungieren könne.[187] Zwar sei im Gegensatz zu den Maßregeln der Besserung und Sicherung gem. § 7 JGG eine schuldhafte Tat erforderlich, damit überhaupt eine Jugendstrafe in Betracht zu ziehen ist, jedoch richte sich die Bemessung der Strafe ebenso wie bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung nicht nach der Tatschuld.[188] Dieser Argumentation muss jedoch entgegengehalten werden, dass es sich bei der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen um eine Strafe handelt,[189] bei der es immer auch um Vergeltung geht und die Befriedigung des Strafbedürfnisses der Allgemeinheit.[190] Die Strafe könne somit nicht lediglich als *falsa demonstratio* abgetan werden.[191] Außerdem ist es widersprüchlich, eine Sanktion als Strafe zu bezeichnen und zu gestalten und dann, sofern die Ansprüche, die an eine Strafe gestellt werden, nicht erfüllt werden können, zu sagen, es handele sich um eine Maßregel der Besserung und Sicherung.[192]

Ein weiterer Versuch, den Vorwurf des Verstoßes gegen das Schuldprinzip zu umgehen, besteht darin, an die Stelle der Tatschuld eine sogenannte Lebensführungsschuld zu setzen.[193] Wenn die Sanktion bzw. die Erziehungsstrafe vor dem Hintergrund der Tatschuld nicht gerechtfertigt werden kann, könnte sie eventuell gerechtfertigt sein, wenn gar nicht auf eine Tatschuld, sondern eine Lebensführungsschuld abgestellt wird.[194] In der Realität wird zur Strafbegründung der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen, bei der die Strafbegründung anhand des Täters und nicht der Tat vorgenommen wird, offensichtlich eine Lebensführungsschuld herangezogen.[195] Fraglich ist aber, ob man dem Jugendlichen bezüglich des Vorliegens schädlicher Neigungen überhaupt einen Schuldvorwurf im Sinne einer Lebensführungsschuld, welche den Vorwurf beinhaltet, „nicht das aus sich gemacht zu haben, was möglich gewesen wäre“,[196] machen kann.[197] Es erscheint fraglich, wie in der Praxis genau festgestellt werden soll, ob dem Täter diesbezüglich ein Vorwurf gemacht werden könne oder nicht.[198] Außerdem würde eine Bewertung der Lebensführung, um diese dann mit einem Schuldvorwurf zu verbinden, wieder Raum für ideologische Wertung bieten.[199] Des Weiteren widerspräche das Annehmen einer Lebensführungsschuld dem BGH, nach dessen Ansicht es gerade nicht auf ein Verschulden des Vorliegens der schädlichen Neigungen ankommen soll.[200] Es muss festgehalten werden, dass man insbesondere nicht Jugendlichen einen Vorwurf bezüglich ihres Charakters machen sollte, denn Jugendliche befinden sich in einem Stadium, in dem sie gerade erst anfangen, sich mit sich selbst auseinander zu setzen. Jugendliche sind ein Produkt ihrer Umwelt. Das Annehmen einer Lebensführungsschuld anstelle einer Tatschuld ist abzulehnen.[201]

Es ist festzuhalten, dass die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen nicht aufgrund der begangenen Tat, sondern aufgrund einer negativen Rückfallprognose verhängt wird. Sie erfolgt mithin nicht aus retrospektiven, sondern aus prospektiven Aspekten, was verhindert, dass sie ihre Grenze in der Tatschuld findet. Dieses ist ein Ver-

178 Vgl. *Begemann* (Fn. 117), ZRP 1991, 44 (45); *Weber* (Fn. 100), S. 64.

179 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 72.

180 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 72.

181 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 72.

182 Vgl. *Begemann* (Fn. 117), ZRP 1991, 44 (45); *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (4).

183 Vgl. *Begemann* (Fn. 117), ZRP 1991, 44 (45)

184 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (4).; *Begemann* (Fn. 117), ZRP 1991, 44 (45).

185 *Weber* (Fn. 4), S. 269.

186 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (5).

187 *Weber* (Fn. 4), S. 269.

188 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (5).

189 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 269.

190 Vgl. *Weber* (Fn. 100), S. 64.

191 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 269 f.

192 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 270.

193 Vgl. *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht, 13. Aufl. 1998, S. 275; *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (4).

194 Vgl. *Weber* (Fn. 100), S. 270.

195 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 73.

196 *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (4).

197 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (4).

198 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (4).

199 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (4).

200 BGHSt 11, 169 (171); 16, 261 (262).

201 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 73; *Weber* (Fn. 100), S. 271.

stoß gegen das sich aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 Abs. 1 i.V.m. 20 Abs. 3 GG ergebenden Schuldprinzip.[202] Dieser kann wie angeführt auch nicht durch eine Anbindung an die Tatschuld als Ausgestaltung einer Maßregel der Besserung und Sicherung oder durch das Abstellen auf eine Lebensführungsschuld gerechtfertigt werden. Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen verstößt mithin gegen das sich aus der Verfassung ergebende Schuldprinzip.[203]

6. Verstoß gegen das Schlechterstellungsverbot Jugendlicher gegenüber Erwachsenen in gleicher Verfahrenslage

In Anlehnung an Art. 3 Abs. 1 GG haben Rechtslehre und Rechtsprechung das Verbot der Benachteiligung Jugendlicher gegenüber Erwachsenen in gleicher Verfahrenslage entwickelt.[204] Dennoch ist in der Praxis zu verzeichnen, dass die hauptsächlich wegen schädlicher Neigungen begründete Jugendstrafe oft schneller und für einen längeren Zeitraum verhängt wird als Freiheitsentzug gegenüber Erwachsenen in gleicher Verfahrenslage.[205] Dies resultiert daraus, dass Jugendstrafe im Vergleich zum Erwachsenenstrafrecht seltener zur Bewährung ausgesetzt wird und auch schon bei geringerer Tatschwere Strafe verhängt wird.[206] Dies resultiert wiederum zum einen daraus, dass das Erwachsenenstrafrecht bezüglich der Sanktion durch die Tatschuld gem. § 46 Abs. 1 StGB begrenzt ist, während, wie bereits oben erläutert, die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen nicht durch die Tatschuld begrenzt ist. Des Weiteren soll im Jugendstrafrecht die Jugendstrafe gem. § 18 Abs. 2 JGG so bemessen werden, dass die erzieherische Einwirkung möglich ist. So beträgt gem. § 18 Abs. 1 JGG das Mindestmaß der Jugendstrafe sechs Monate, während im Erwachsenenstrafrecht das Mindestmaß gem. § 38 Abs. 2 StGB ein Monat beträgt. Damit werden Jugendliche gegenüber Erwachsenen schlechter gestellt.[207]

VII. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist die Kritik bezüglich der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen berechtigt. Die sprachliche Formulierung ist stigmatisierend und ausgrenzend. Des Weiteren ist das Erstellen einer Rückfallprognose hinsichtlich eines Jugendlichen äußerst unsicher und damit willkürlich. Darüber hinaus weist die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen wie dargelegt Verfassungsverstöße auf. Sie verstößt gegen, den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG), gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Grundrechte bzw. Art. 20 Abs. 3 GG) und gegen das Schuldprinzip (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG i.V.m. 20 Abs. 3 GG).

VIII. Rechtspolitische Aspekte / Reformüberlegungen

Damit sind Reformüberlegungen bezüglich der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen unerlässlich. Der Begriff der schädlichen Neigungen kann nicht beibehalten werden, da er selbst schädlich ist.[208] Aus diesem Grund wird von Fachleuten schon seit langem gefordert, die Jugendstrafe nach § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG neu zu gestalten oder sogar ganz zu streichen.[209] Es gibt eine Reihe von Ideen und Vorschlägen.

Die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen wird nicht bei schwersten Delikten verhängt, sondern dann, wenn aufgrund der wiederholten Begehung von Straftaten der Beginn einer kriminellen Karriere befürchtet wird.[210] Die Frage ist nun wie mit diesen Jugendlichen umgegangen werden soll.[211]

1. Umformulierung des Begriffs

Zum Teil wird vorgebracht, dass auf die täterbezogene Strafe, welche Anwendung findet, wenn zwar keine besonders schwere Tat vorliegt, jedoch die Befürchtung einer beginnenden kriminelle Karriere besteht, nicht verzichtet werden kann.[212] Deshalb wird aufgrund der stigmatisierenden Wortwahl diskutiert, den Begriff der schädlichen Neigungen lediglich terminologisch umzuformulieren.[213] Zum Teil wurde eingebracht, den Begriff der schädlichen Neigungen durch kriminelle Neigungen zu ersetzten.[214] Des Weiteren brachte 2004 der Bundesrat in Anlehnung an den Arbeitsentwurf zum JGG-ÄnderungsG aus dem Jahre 1982 den Vorschlag in den Bundestag ein, die schädlichen Neigungen durch eine Gefährdung der Persönlichkeitsentwicklung zu ersetzen.[215]

Bezüglich des Vorschlags, „schädliche Neigungen“ durch „kriminelle Neigung“ zu ersetzen, besteht die Kritik, dass lediglich ein Begriff durch einen anderen, vielleicht weniger stigmatisierenden ausgetauscht wird, die rechtlichen Bedenken jedoch bleiben.[216] Bezüglich des Vorschlags, schädliche Neigungen durch eine Gefährdung der Persönlichkeitsentwicklung zu ersetzen, bestehen ähnliche Bedenken.[217] Auch hierbei würde es sich um eine Strafe handeln, welche nicht aufgrund der begangenen Tat, sondern aus rein präventiven Gründen verhängt

202 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 74.

203 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 74.

204 Vgl. OLG Köln, GA 1984, 519; BayObLG, ZfJ 1991, 557; LG Itzehoe, SchlHA 1993, 9.

205 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (4); *Dünkel* (Fn. 90), S. 467.

206 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (4).

207 Vgl. *Dünkel* (Fn. 20), NK 1989, 34 (35).

208 Vgl. *Ostendorf*, JGG (Fn. 1), Grdl. zu §§ 17 und 18 Rn. 6.

209 Vgl. *Kaiser/Schöck* (Fn. 52), S. 66; *Dünkel* (Fn. 20), NK 1989, 34 (37); *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (6).

210 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 274.

211 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 274.

212 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (6).

213 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 278.

214 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (6).

215 BT-Drs. 13/3422, S. 9.

216 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (6).

217 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (6).

würde. Dieses würde wie auch die jetzige Ausgestaltung nicht mit dem Schuldprinzip vereinbar sein.

2. Umwandlung in eine Erziehungsmaßregel/ Einführung einer Erziehungseinrichtung

Vor dem Hintergrund, dass Jugendstrafe nach der Subsidiaritätsklausel des § 5 JGG gelten soll, wenn Erziehungsmaßregeln nicht mehr ausreichen und sie somit dieser Klausel zufolge das effektivste Erziehungsmittel darstellen soll, wird vorgeschlagen, die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen in eine Erziehungsmaßregel nach § 9 JGG umzugestalten.[218] Es wird vorgeschlagen, eine neue stationäre Erziehungseinrichtung zu schaffen,[219] welche erziehungsfreundlich ausgestaltet werden solle und nicht den dem Vollzug anhaftenden Stigmatisierungseffekt mit sich bringe.[220] Es solle bei dieser stationären Erziehungsmaßregel nicht um Vergeltung gehen, sondern allein an Erziehungsmängel angeknüpft werden, um diese aufzuarbeiten.[221] Aber auch hier bestünde die Gefahr, dass es zu unverhältnismäßig langen stationären Aufenthalten käme, welche nicht tatschuldangemessen wären.[222] Diesen Befürchtungen kann entgegengehalten werden, dass bei dieser Maßnahme wie auch bei allen anderen Erziehungsmaßnahmen die Grenze der Tatschuld im Rahmen der Angemessenheit nicht überschritten werden darf.[223]

Zum Teil wird kritisiert, dass es sich bei dieser Maßnahme wie eben auch bei der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen um eine prospektiv ausgerichtete Sanktion handle, die einer Sicherungsverwahrung gleichzustellen sei.[224] Dem wird zwar entgegengehalten, dass auch hier im Gegensatz zu einer Sicherungsverwahrung eine schuldhaft begangene Tat Voraussetzung sei und dass die Tatschuld in der Angemessenheit Berücksichtigung finde.[225] Fraglich ist jedoch, ob eine stationäre Maßnahme wirklich den Jugendlichen zu einem zukünftigen Legalverhalten bringt. Gerade Jugendliche könnten auf jegliches stationäres erzieherisches Angebot, welches sie aus ihrem vertrauten Umfeld reißt, ablehnend reagieren.

Damit ist die Einführung einer Erziehungseinrichtung als Erziehungsmaßregel abzulehnen.

3. Streichung der ersten Alternative und Umformulierung der zweiten

Auf dem 64. Deutschen Juristentag 2002 wurde für ein Entfallen der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen abgestimmt.[226] Einige befürchten dadurch Sanktionslücken, welche durch eine Umformulierung der zweiten Alternative ausgeglichen werden müsse. [227] So wurde bereits ein neuer Formulierungsvorschlag für § 17 Abs. 2 JGG erstellt:

„Das Jugendgericht kann Jugendstrafe verhängen, wenn
1. der Jugendliche eine vorsätzliche Straftat gegen das Leben oder ein anderes schweres Gewaltverbrechen gegen eine Person begangen hat oder
2. der zum Zeitpunkt der Tat mindestens 16 Jahre alte Jugendliche wiederholt wegen anderer schwerer Straftaten verurteilt wurde, andere Maßnahmen sich bisher als erfolglos erwiesen haben und auch künftig zur Verhinderung vergleichbarer Taten nicht ausreichen."[228]

Bezüglich dieses Vorschlags ist jedoch anzumerken, dass der erste Punkt der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld entspricht und der zweite Punkt sich inhaltlich nur hinsichtlich des Hochstufens des Alters auf 16 Jahre von der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen unterscheidet. Dieser neue Formulierungsvorschlag beinhaltet zwar nicht mehr den stigmatisierenden Begriff der schädlichen Neigungen, jedoch löst er nicht die übrigen Probleme, die die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen mit sich bringt. Eine sachgerechte Lösung kann damit mit diesem Vorschlag nicht erreicht werden.

4. Einführung einer Jugendstrafe zur Verteidigung der Rechtsordnung

Des Weiteren existiert ein Vorschlag, der eine ganz andere Intention verfolgt, als die Übrigen. Dieser Vorschlag enthält eine Verschärfung der Jugendstrafe, indem statt der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen die Jugendstrafe zur Verteidigung der Rechtsordnung eingeführt werden solle.[229] Dieser Ansicht zufolge solle Jugendstrafe nicht bei leichten Delikten verhängt werden, die zwar von ihr als lästig empfunden werden, welche aber keine große Belastung für die Rechtsgemeinschaft darstellen.[230] Damit sollen die generalpräventiven Aspekte bei der Verhängung der Jugendstrafe eine große Rolle spielen.[231] Diesem Ansatz wird jedoch zu recht entgegengehalten, dass der Jugendliche nicht zu einem Objekt ausgestaltet werden darf, dessen Sorge die Rechtstreue anderer obliegt.[232]

5. Ersatzlose Streichung der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen

Wegen der genannten Unzulänglichkeiten der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen verlangen andere ihre ersatzlose Streichung.[233] Es soll reichen, wenn die 2.

218 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 275; vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (7).

219 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (7); *Bald* (Fn. 3), S. 119.

220 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 277.

221 *Bald* (Fn. 3), S. 119.

222 *Weber* (Fn. 4), S. 277.

223 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 277.

224 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 277.

225 Vgl. *Weber* (Fn. 4), S. 277.

226 Vgl. 64. Deutscher Juristentag, Beschlüsse, NJW 2002, 3078.

227 Vgl. *Meier/Rössner/Schöch*, JugendstrafR (Fn. 8), S. 239; *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (7).

228 *Sonnen* (Fn. 131), DVJJ-Journal 2002, 115, (227).

229 Vgl. *Hinz*, Soziales Gebot oder „Lebenslüge"? – Der Erziehungsgedanke bei der Jugendstrafe, DVJJ-Journal 2004, 192 (194).

230 Vgl. *Hinz* (Fn. 229), DVJJ-Journal 2004, 192 (194).

231 Vgl. *Hinz* (Fn. 229), DVJJ-Journal 2004, 192 (194).

232 Vgl. *Dünkel*, Vollzugsziel: Freiheit, NK 1995, 22.

233 Vgl. *Dünkel* (Fn. 20), NK 1989, 34 (37).

Alt. des § 17 Abs. 2 JGG (Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld) bleibt, welche bei besonders schweren Delikten verhängt wird und ihre Begrenzung in der Tatschuld findet.[234] Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen findet hingegen bei wiederholt auffällig Gewordenen hinsichtlich leichterer bis mittlerer Kriminalität, welche den Beginn einer kriminellen Karriere befürchten lassen, Anwendung.[235] Hinsichtlich der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen wird der Vollzug als Überreaktion angesehen, da er die kriminellen Karrieren der Jugendlichen eher verschärfe, als dass er sie zu einem zukünftigen Legalverhalten bringe.[236] Der Vollzug führt eher zu Schäden, als dass er sie behebt.[237] Außerdem handele es sich bei den wiederholt auffällig Gewordenen um episodenhafte und nach einigen Jahren abklingende Kriminalität.[238] Diese Tatsache mache die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen geradezu überflüssig, so dass sie ersatzlos zu streichen sei.[239] Des Weiteren wird behauptet dass der Erziehungszweck der Jugendstrafe zu verstärkter Sanktionsintensität geführt hat.[240] Der Erziehungszweck kaschiere die vergeltende Intention.[241] Aus diesem Grunde solle der Erziehungsgedanke nicht weiter als Legitimationsgrundlage für das Verhängen von Jugendstrafe dienen.[242] Kritisiert an diesem Vorschlag wird teilweise das Entstehen von Sanktionslücken.[243] Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass genau das gewollt ist, da es eben als überflüssig gesehen wird Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen zu verhängen. Weiter besteht die Befürchtung, der Vorschlag, Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen ersatzlos zu streichen, berge die Gefahr, dass vermehrt auf den Jugendarrest ausgewichen werde und es zu mehr Verurteilungen zur Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld führe.[244]

6. Entscheidung für eine Reform

Es ist sich dem Reformvorschlag, Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen ersatzlos zu streichen aus folgenden Gründen anzuschließen:

Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen wird aus rein prospektiven Aspekten verhängt.[245] Aber allein eine Rückfallgefahr darf nicht Legitimationsgrundlage für eine Strafe sein. Strafe allein wegen einer Rückfallgefahr zu verhängen bedeutet nämlich, dass an eine Lebensführungsschuld angeknüpft wird. Aber gerade Jugendlichen soll bzw. kann man keinen Vorwurf machen, dass sie so sind, wie sie sind.[246] Widersprüchlich ist diesbezüglich auch, dass im Erwachsenenstrafrecht § 48 StGB a.F., welcher an eine Lebensführungsschuld anknüpft, abgeschafft wurde, im Jugendstrafrecht jedoch die Möglichkeit gelassen wurde, Strafe wegen sogenannten „schädlichen Neigungen“ zu verhängen.[247] Dies ist insbesondere deshalb widersprüchlich, da einem Erwachsenen wohl eher ein Vorwurf hinsichtlich seines Verhaltens gemacht werden kann, als einem Jugendlichen. Damit knüpft die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen unberechtigter Weise an eine Lebensführungsschuld und damit an eine Rückfallgefahr an. Gerade bei Jugendlichen, die noch so wandelbar in ihrer Persönlichkeit sind, sollte man nicht von einer gefestigten Persönlichkeit ausgehen.[248] Somit sollte auf die Taten der Jugendlichen mit den vorhandenen ambulanten Maßnahmen, der Erziehungsmaßregeln oder ambulanten Zuchtmitteln reagiert werden, um ihnen immer wieder die Möglichkeit zu geben, sich für ein zukünftiges Legalverhalten zu entscheiden. Für besonders schwere Delikte bleibt immer noch die Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld bestehen, welche ihre Grenze in der Tatschuld findet.[249]

IX. Fazit

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Kritik, der sich die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen unterziehen muss, gerechtfertigt ist. Der Begriff „schädliche Neigungen“, der Voraussetzung für das Verhängen von Jugendstrafe ist, weist einen hohen Stigmatisierungseffekt auf. Dem Jugendlichen, dem bei der Urteilsverkündung vorgehalten wird, aufgrund schädlicher Neigungen in den Vollzug zu müssen, wird das Gefühl gegeben, einen unabänderlichen Defekt zu besitzen. Dies mag in der NS-Zeit, in der der Begriff der schädlichen Neigungen Einzug in das deutsche Jugendstrafrecht erhielt, gewollt gewesen sein. Jedoch sollten in der heutigen Zeit derart ausgrenzende Begriffe in der Gesetzgebung nicht mehr als vertretbar erachtet werden. An dieser Stelle stellt sich die Frage, wieso dieser Begriff überhaupt bei der Einführung des JGG im Jahre 1953, welches frei von nationalsozialistischem Gedankengut sein sollte, übernommen wurde. Des Weiteren erweist sich das Erstellen einer Rückfallgefahrprognose bei Jugendlichen als äußerst unsicher und damit willkürlich. Weiterhin bereitet die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen Schwierigkeiten hinsichtlich ihrer Bestimmtheit. Es gibt zwar eine Definition, jedoch bietet auch diese noch zu viel Raum für Interpretationen, so dass zu dem Schluss gekommen werden muss, dass Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen gegen den sich aus Art. 103 Abs. 2 GG erge-

234 Vgl. *Dünkel* (Fn. 20), NK 1989, 34 (37).

235 Vgl. *Deichsel* (Fn. 46), ZJJ 2004, 266 (269).

236 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 115; *Meier/Rössner/Schöch*, JugendstrafR (Fn. 8), S. 239.

237 *Schöch*, Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? Bericht über die strafrechtliche Abteilung des 64. Juristentages am 18./19. September 2002 in Berlin, RdJB 2003, 300.

238 *Schaffstein/Beulke* (Fn. 193), S. 147.

239 *Schaffstein/Beulke* (Fn. 193), S. 147; *Dünkel* (Fn. 90), S. 466.

240 Vgl. *Schaffstein/Beulke* (Fn. 193), S. 147.

241 *Schaffstein/Beulke* (Fn. 193), S. 147.

242 Vgl. *Dünkel* (Fn. 90), S. 466.

243 Vgl. *Meier/Rössner/Schöch*, JugendstrafR (Fn. 8), S. 239.

244 Vgl. *Walter/Wilms* (Fn. 2), NStZ 2007, 1 (7).

245 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 72.

246 Vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 73.

247 Vgl. *Dünkel* (Fn. 20), NK 1989, 34 (36); vgl. *Bald* (Fn. 3), S. 75.

248 Vgl. *Eisenberg*, JGG (Fn. 29), § 5 Rn. 29.

249 Vgl. *Dünkel* (Fn. 20), NK 1989, 34 (37).

benden Bestimmtheitsgrundsatz verstößt. Dieses ist jedoch nicht der einzige Verfassungsverstoß. Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen, die einen Vollzug des Jugendlichen zur Folge hat, ist durch die negativen Auswirkungen des Vollzugs kein geeignetes Mittel, ihr Ziel, die Erziehung zur Legalbewährung, zu erreichen. Damit verstößt sie gegen den sich aus der Verfassung ergebenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Des Weiteren führt die Tatsache, dass die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen nicht wegen der begangenen Tat, sondern wegen der dem Täter innewohnenden Rückfallgefahr verhängt wird, gegen das sich aus der Verfassung ergebende Schuldprinzip. Dies führt wiederum zu einer Schlechterstellung Jugendlicher gegenüber Erwachsenen in gleicher Verfahrenslage. Denn es wird im Erwachsenenstrafrecht auf eine Tatschuld und nicht wie im Jugendstrafrecht unzulässigerweise auf eine Lebensführungsschuld abgestellt. Die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen enthält mithin drei Verfassungsverstöße. Diese Tatsache wirft die Frage auf, wie überhaupt noch eine Verfassungswidrigkeit der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen übersehen werden kann. Es bleibt zu vermuten, dass eine Verfassungswidrigkeit bewusst ignoriert wurde. Das beruht wiederum vermutlich darauf, dass in Wahrheit gar keine erzieherischen Zwecke verfolgt werden sollen, sondern vielmehr sichernde und generalpräventive Aspekte eine Rolle spielen. Um dem nicht weiter Raum geben zu können, ist die einzig adäquate Lösung die ersatzlose Streichung der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigung aus dem Jugendgerichtsgesetz.

Tabelle 1: Legalbewährung und Rückfall-Bezugsjahr 1994

Bezugsentscheidungen (BE) nach Sanktionsgruppen[1]		Schwerste Folgeentscheidung (FE)			
		Legalbewährung		Folgeentscheidung	
		insg.	in % der jew. B.E.	insg.	in % der jew. B.E.
Summe Bezugsentscheidungen insgesamt	947.349	609.308	64,3	338.041	35,7
Freiheitsstrafe ohne Bewährung	19.551	8.523	43,6	11.028	56,4
Freiheitsstrafe mit Bewährung	85.460	47.283	55,3	38.117	44,7
Geldstrafe	612.747	427.893	69,8	184.854	30,2
Jugendstrafe ohne Bewährung	3.265	724	22,2	2.541	77,8
Jugendstrafe mit Bewährung	8.676	3.502	40,4	5.174	59,6
Jugendarrest	9.608	2.883	30,0	6.725	70,0
Jugendrichterliche Maßnahme[2]	40.701	18.237	44,8	22.464	55,2
Einstellung gem. §§ 45, 47 JGG	167.341	100.263	59,9	67.078	40,1
Unbedingte Freiheits-/Jugendstrafe	22.816	9.247	40,5	13.569	59,5
Bedingte Freiheits-/Jugendstrafe	94.136	50.785	53,9	43.351	46,1
Formelle ambulante Sanktionen i.e.S.[3]	653.448	446.130	68,3	207,318	31,7
Formelle ambulante Sanktionen i.e.S. und §§ 45, 47 JGG	820.789	546.393	66,6	274.396	33,4

[1] Ohne „sonstige Entscheidungen", insbesondere ohne die isolierte Anordnung von Maßregeln.

[2] Jugendrichterliche Maßnahme: Erziehungsmaßregel, Zuchtmittel (ohne Jugendarrest) einschl. § 27 JGG.

[3] Formelle ambulante Sanktionen i.e.S.: Geldstrafe, jugendrichterliche Maßnahme.

Quelle: Heinz, Die neue Rückfallstatistik – Legalbewährung junger Straftäter, ZJJ 2004, 35 (42).