

Kriminologie Jugendstrafrecht Strafvollzug

von

Dr. Dr. h. c. mult. Günther Kaiser

em. Direktor des Max-Planck-Instituts
für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg
Universitätsprofessor an den Universitäten Freiburg und Zürich

und

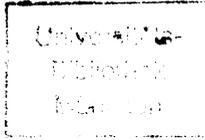
Dr. Heinz Schöch

Universitätsprofessor an der Universität München

6. völlig überarbeitete und verbesserte Auflage



Verlag C. H. Beck München 2006



Verlag C. H. Beck im Internet:
beck.de

ISBN 3 406 54401 0

© 2006 Verlag C.H. Beck oHG,
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck und Bindung: Nomos Verlagsgesellschaft
In den Lissen 12, 76547 Sinzheim

Satz: Fotosatz Otto Gutfreund GmbH, Darmstadt

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

06 P 106

Vorwort

Am 1. Juli 2003 ist das Gesetz zur Reform der Juristenausbildung vom 11. Juli 2002 in Kraft getreten. Das von der Änderung vor allem betroffene Deutsche Richtergesetz sieht erstmals in der über hundertjährigen Geschichte der Juristenausbildungsreformen eine Aufteilung der Ersten Juristischen Prüfung in eine staatliche Pflichtfachprüfung und eine universitäre Schwerpunktbereichsprüfung vor (§ 5 DRiG), deren Anteil an der Gesamtnote der Gesetzgeber verbindlich für alle Bundesländer mit 30 vom Hundert festgesetzt hat (§ 5 d II 4 DRiG). Bei der Juristischen Universitätsprüfung können die Studenten aus dem an ihrer Universität angebotenen Katalog der Schwerpunktfächer einen Bereich auswählen. Die Schwerpunktbereiche dienen der Ergänzung des Studiums, der Vertiefung der mit ihnen zusammenhängenden Pflichtfächer sowie der Vermittlung interdisziplinärer und internationaler Bezüge (§ 5 II 4 DRiG). Nahezu alle juristischen Fakultäten in Deutschland haben einen Schwerpunktbereich mit strafrechtlichem Bezug eingerichtet, und ganz überwiegend bildet die bisherige Wahlfachgruppe Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug den Kern der neuen Schwerpunktgebiete,¹ in denen daneben häufig das Wirtschaftsstrafrecht und das Strafprozessrecht vertieft wird. Als Prüfungsleistungen sind neben Hausarbeiten bzw. schriftlichen Seminarreferaten, Klausuren und mündlichen Prüfungen an einigen Universitäten jetzt auch studienbegleitende Leistungskontrollen in Form von vorlesungsbezogenen Abschlussklausuren vorgesehen.

Die durchgehend überarbeitete und teilweise neu gestaltete 6. Auflage dieses Studienkurses entspricht allen neuen Anforderungen und verstärkt den juristischen Praxisbezug durch Verzahnung kriminologischer, strafrechtlicher und strafprozessualer Fragen. Aufbau und Problemauswahl haben sich bewährt (vgl. Vorwort zur Erstauflage). Die 16 Aufgaben und Lösungen gehen bewusst über Musterklausuren oder -Hausarbeiten hinaus. Sie eignen sich auch zur Vorbereitung auf die mündliche Prüfung, können aber Lehrbücher der Kriminologie, des Jugendstrafrechts und des Strafvollzugs nicht ersetzen, sondern setzen diese voraus.

Bei der Überarbeitung wurde zu allen einschlägigen Fragen der Wandel in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft berücksichtigt. Schwerpunkte der Überarbeitung waren im Bereich der Kriminologie die Kriminalitätstheorien sowie prognostische, psychiatrische und sanktionsrechtliche Fragen, im Bereich des Jugendstrafrechts die Diskussion über den Erziehungsgedanken und die neueren Reformvorschläge, im Strafvollzug die verfassungsrechtlichen Bezüge und neuere Entwicklungen zur Rechtsstellung des Strafgefangenen. Im Übrigen wurden relevante neuere Entscheidungen, das wichtigste zwischenzeitlich erschienene Schrifttum und die neuesten Kriminal- und Rechtspflegestatistiken eingearbeitet. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind nunmehr bis Herbst 2005 berücksichtigt.

Wie bisher wurde die im Studienkurs-Programm bewährte schlagwortartige Bezeichnung der Fälle beibehalten. Zur Orientierung können ergänzend die zentralen Stichworte zu Beginn einer jeden Aufgabe und die Seitenüberschriften sowie das Sachregister im Anhang herangezogen werden. Auf den Hinweis spezieller Vertiefungsliteratur zur Bearbeitung der einzelnen Aufgaben wurde verzichtet, weil die angegebenen Nachweise in den Fußnoten und im Literaturverzeichnis am Ende des Bandes mühelos aufzufinden sind. Zur Entlastung des Literaturverzeichnisses wurde auf ältere Literaturzitate verzichtet, hierfür muss auf die im jeweiligen Zusammenhang zitierten Lehrbücher und Kommentare zurückgegriffen werden. Die Paragraphen ohne Gesetzesangabe beziehen sich in den Kriminologie-Fällen auf das StGB, in den jugendstrafrechtlichen Fällen auf das JGG und beim Strafvollzug auf das StVollzG.

Unser herzlicher Dank gilt unseren Mitarbeitern, Frau Sarah Brandherm (Freiburg), Frau Katrin Höffler und Frau Carolin Köberlein sowie Herrn Dr. Johannes Kaspar und Herrn Robert Englmann,

¹ Vgl. *Dessecker/Jehle*, Das Fach Kriminologie und die strafrechtlichen Schwerpunktgebiete, MschrKrim 2003, 433–442.

DVJJ	Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e. V.
DVJJ-J	DVJJ-Journal
DVollzO	Dienst- und Vollzugsordnung für die Justiz- und Vollzugsanstalten
E 2000	Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts (Referentenentwurf) Stand 8. 12. 2000
EEG	Elektroenzephalogramm
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
evtl.	eventuell
f.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung, Frankfurt/M.
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht, Hamburg
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GnadenAO	Anordnung des Ministerpräsidenten über die Ausübung des Gnadenrechts
GnadenO	Gnadenordnung
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HAWIE	Hamburg-Wechsler-Intelligenztest für Erwachsene
Hinw.	Hinweis(e)
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
Hs	Halbsatz
HWKrim	Handwörterbuch der Kriminologie und der anderen strafrechtlichen Wissenschaften, Bd. 1–3, 2. Aufl. Berlin 1966 ff.
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere
IQ	Intelligenz-Quotient
i. S. (v.)	im Sinne (von)
i. V.m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter, Bielefeld
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JGGÄndG	Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes
JGGE	Referentenentwurf: Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1983)
JGH	Jugendgerichtshilfe
JHG	Jugendhilfegesetz
JR	Juristische Rundschau, Berlin
JURA	Juristische Ausbildung, Berlin
jur.Diss.	Juristische Dissertation
JuS	Juristische Schulung, München, Frankfurt/M.
JVA	Justizvollzugsanstalt
JVollzGE	Entwurf eines Jugendstrafvollzugsgesetzes
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz
JZ	Juristenzeitung, Tübingen
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz, Frankfurt/M.
KJHG	Kinder- und Jugendhilfegesetz (SGB VIII)
KJuG	Kind, Jugend und Gesellschaft
KKW	Kleines Kriminologisches Wörterbuch, hrsg. v. G. Kaiser, H.-J. Kerner, F. Sack, H. Schellhoss, 3. Aufl. Heidelberg 1993
KrimGegfr	Kriminologische Gegenwartsfragen, Stuttgart
KrimJ	Kriminologisches Journal, München
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, München
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Köln
LG	Landgericht

LK	Leipziger Kommentar zum StGB. 11. Aufl. 1992 ff. hrsg. von B. Jähnke, W. Laufhütte, W. Odersky
LKA	Landeskriminalamt
LMBG	Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz
LR	Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen. Großkommentar, 25. Aufl. 1997 ff. hrsg. von P. Rieß
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Hamburg
m. E.	meines Erachtens
Mio.	Millionen
Mrd.	Milliarden
MS	Manuskript
M SchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, Köln
m. (w.) N.	mit (weiteren) Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue juristische Wochenschrift, München, Frankfurt/M.
Nr(n).	Nummer(n)
n. s.	nicht signifikant
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht, München
o. a.	oben angegeben
OEG	Gesetz für die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten
OLG	Oberlandesgericht
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PC	Personalcomputer
PFA	Schriftenreihe der Polizei-Führungsakademie, Düsseldorf
PKK	Kurdische Arbeiterpartei
PKS	Polizeiliche Kriminalstatistik
PSB	Periodischer Sicherheitsbericht. Hrsg. von den Bundesministerien des Innern und der Justiz, Berlin 2001
rd.	rund
RdJ	Recht der Jugend und des Bildungswesens, Neuwied
Rn.	Randnummer(n)
RE	Regierungs-Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafe und freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung
RefE	Referentenentwurf
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RJGG	Reichsjugendgerichtsgesetz
RL	Richtlinien zum JGG vom 15. 12. 1955 i. d. F. v. 14./15. 4. 1994, in Kraft seit 1. 8. 1994
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz
SA	Sonderausschuss
S/B	Schwind, H.-D., Böhm, A.: Strafvollzugsgesetz, Großkommentar. 3. Aufl. Berlin u. a. 1999; 4. Aufl. 2005 (zitiert: <i>S/B-Bearbeiter</i>)
SchwZStr	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht, Bern
SexualdelBekG	Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten v. 26. 1. 1998 (BGBl. I 160)
scil.	scilicet (lat. nämlich)
SGB	Sozialgesetzbuch
SH ZfStrVo	Rechtsprechung zum Strafvollzug und zur Straffälligenhilfe. Sonderheft der Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe, Wiesbaden
SK	Systematischer Kommentar zum StGB von Rudolphi, Horn, Samson
s. o.	siehe oben
sog.	so genannte(n)(r)
S/S	Schönke, A., Schröder, H.: Strafgesetzbuch – Kommentar. 26. Aufl. München 2003 (zitiert: <i>S/S-Bearbeiter</i>)
StA	Staatsanwalt
Stat. JB	Statistisches Jahrbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StGBE 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, Bonn 1962
StGH	Staatsgerichtshof
StPO	Strafprozessordnung

str.	streitig
Strafverfolgungsstatistik	Rechtspflege, Fachserie 10, Reihe 3, Strafverfolgung. Hrsg. v. Statistischen Bundesamt, Stuttgart, Mainz
Strafvollzugsstatistik . . .	Bevölkerung und Kultur, Reihe 9. Rechtspflege III. Strafvollzug. Hrsg. v. Statistischen Bundesamt, Stuttgart, Mainz
StrÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz
StrG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StV	Strafverteidiger, Frankfurt/M.
StVÄG	Strafverfahrensänderungsgesetz
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung
StVollstrO	Strafvollstreckungsordnung
StVollzÄndG	Strafvollzugsänderungsgesetz
StVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz)
StVollzVergO	Strafvollzugsvergütungsordnung
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung
s. u.	siehe unten
Tab.	Tabelle(n)
TOA	Täter-Opfer-Ausgleich
u. a.	und andere, unter anderem
u. Ä.	und Ähnliches
UKG	Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
VBl BW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VollzD	Vollzugsdienst (gerichtliche Entscheidungen in Beilage: Blätter für Strafvollzugskunde), Freiburg (bis 1956: Koblenz)
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechtssammlung, Entscheidungen aus allen Gebieten des Verkehrsrechts
VVJug	Bundeseinheitliche Verwaltungsvorschriften für den Jugendstrafvollzug
VVStVollzG	Bundeseinheitliche Verwaltungsvorschriften zum Strafvollzugsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
weit.	weitere
WiKG	Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht, Köln
z. B.	zum Beispiel
ZblJugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, Köln
ZfPäd	Zeitschrift für Pädagogik, Weinheim
Zfs	Zeitschrift für Soziologie, Stuttgart
ZfStrVo	Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe, Saarbrücken
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert (nach)
ZJJ	Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, Frankfurt/M.
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin
z. T.	zum Teil
z. Zt.	zur Zeit

1. Schulenstreitfall

Verbrechens- und Straftheorien, Anspruch und Aussagegehalt – Kriminologie und Strafrecht – Schulenstreit – Determinismusproblem – Einzelne Kriminalitätstheorien

Grundlage: Wissenschaftliche Kontroverse zwischen Kriminologie und Strafrecht

„Was lässt *v. Liszt* vom Strafrecht übrig?“ Diese Frage des Strafrechtswissenschaftlers *Birkmeyer* aus dem Jahre 1907 lässt sich auch so stellen: „Was lässt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?“¹ Die Antwort gab *Birkmeyer* selbst so: „Es bleibt nur eine jämmerliche Ruine, für deren gänzlichen Zusammenbruch *von Liszt* selbst in einer Weise vorgearbeitet hat, dass wir auf obige Frage auch antworten können: So gut wie nichts.“² Und *Binding*³ fügte hinzu: Wer unter Berufung auf angebliche naturwissenschaftliche Erkenntnisse auch den gesunden Menschen als Glied in einer Kette mechanischer Kausalität betrachte und deshalb seine Zurechnungsfähigkeit in Frage stelle, der sei ein „rechtlicher Nihilist, und mit dem haben wir gar keine Gemeinschaft, außer der, dass wir ihm, wenn er uns dazu nötigt, die Macht des Rechts an seinem eigenen Leibe beweisen“.

Aufgaben:

1. Erläutern Sie die wissenschaftlichen Hintergründe, die zu dieser scharfen Kontroverse zwischen Strafrecht und Kriminologie geführt haben.
2. Nehmen Sie unter Berücksichtigung des heutigen Standes der Kriminologie und des Strafrechts zu dieser Kontroverse Stellung.
3. Mit welchen Determinanten für kriminelles Verhalten müssen wir rechnen, wenn wir die bekannteren Kriminalitätstheorien (bzw. Aussagen über Ursachen und Zusammenhänge des Verbrechens) als Grundlage für unser heutiges Wissen über Kriminalitätsursachen betrachten? Nennen Sie jeweils einige zentrale Merkmale oder Kategorien einer „Theorie“ und versuchen Sie, kritisch zur Reichweite und zur empirischen Basis der Aussagen Stellung zu nehmen.
4. Lassen sich aus den Verbrechenstheorien bestimmte Konsequenzen für die Straftheorien ableiten?

Zur Problemstellung: Zwischen Strafrecht und Kriminologie herrscht auch heute noch vielfach ein gespanntes Verhältnis. In dieser Aufgabe sollen die Ursachen dafür aufgezeigt werden. Für die Klärung des heutigen Verhältnisses von Strafrecht und Kriminologie ist neben grundsätzlichen Bemerkungen zum Aussagegehalt kriminologischer Theorien ein knapper Überblick über die zentralen Thesen der wichtigsten Verbrechenstheorien erforderlich. Auf exakte Literaturnachweise zu den einzelnen Theorien wird aus Raumgründen verzichtet. Sie finden sich in den kriminologischen Lehrbüchern. Ergänzend sei auf folgende Sammelwerke hingewiesen: *Neumann/Schroth* 1980; *Kerscher* 1985; *Lamnek* 1993; *Jung* 2005. 1

I. Aufgabe 1: Erläutern Sie die wissenschaftlichen Hintergründe, die zu der scharfen Kontroverse zwischen Strafrecht und Kriminologie geführt haben.

Die Äußerungen stammen aus dem sog. „**Schulenstreit**“, in dem sich die Anhänger der vor allem von *Kant* und *Hegel* begründeten absoluten Straftheorien (sog. „klassische Richtung“: *Binding*, *Birkmeyer*, *Beling*) gegen die spezialpräventive Theorie der „modernen“ oder „soziologischen Schule“ (*v. Liszt*) zur Wehr setzten. Dieser Streit betraf nicht nur die straftheoretischen Unterschiede zwischen einem an der Tatschuld orientierten **Vergeltungsstrafrecht** und einem an der Täterpersönlichkeit orientierten **Zweckstrafrecht**, sondern berührte zugleich die philosophischen, anthropologischen und soziologischen Grundlagen des Strafrechts. 2

¹ Kaufmann 1962, 193 ff.

² Birkmeyer 1907, 93.

³ Binding 1915, 12.

- 3 1. Die Anhänger der „klassischen Schule“ gingen im Sinne der Philosophie der Aufklärung und des deutschen Idealismus davon aus, dass es die Würde des auf **Freiheit** und **Selbstbestimmung** angelegten Menschen gebiete, ihn für seine Straftaten verantwortlich zu machen, und dass der Verbrecher ein Recht darauf habe, durch die **Vergeltungsstrafe** als **Vernünftiger** und **Verantwortlicher** geehrt zu werden.
- 4 *Franz v. Liszt* war dagegen stärker vom philosophischen, soziologischen und naturwissenschaftlichen **Positivismus** geprägt. Vor dem Hintergrund der ersten kriminal-anthropologischen Untersuchung *Lombrosos* und der kriminalsoziologischen Thesen von *Lacassagne* und *Tarde* (s. u. III. 2.1.1) sah er in Anlehnung an die eklektische Konzeption von *Ferri* das Verbrechen als „Produkt aus der Eigenart des Verbrechens einerseits und den ihn im Augenblick der Tat umgebenden gesellschaftlichen Verhältnissen andererseits“,⁴ wobei er den Letzteren größere Bedeutung beimaß. Vorsichtiger als *Ferri*, der unter dem Eindruck der neuen Forschungen die freie Willensbestimmung und die persönliche Schuld völlig leugnete, bezeichnete *v. Liszt* die **Willensfreiheit** als ein metaphysisches Problem, das der empirischen **Erkenntnis nicht zugänglich** sei.⁵ Der **Glaube** an die Willensfreiheit sei ebenso unwissenschaftlich wie das Gegenteil. Das Strafrecht könne aber nur an den realen Erscheinungen anknüpfen und hier gelte ausnahmslos das Kausalgesetz. „Der Verbrecher, der vor uns steht als Angeklagter oder Verurteilter, ist also **für uns Menschen** unbedingt und uneingeschränkt **unfrei**; sein Verbrechen die notwendige, unvermeidliche Folge der gegebenen Bedingungen. Für das Strafrecht gibt es keine andere Grundlage als den **Determinismus**.“⁶
- 5 2. Für die Vertreter der „klassischen Richtung“ galt der **Indeterminismus** als unabdingbare **Grundlage für strafrechtliche Schuld** und damit für das Strafrecht überhaupt. Diese scheinbar unüberbrückbare Kluft akzeptierte *v. Liszt* jedoch nicht. Er räumte ein, dass seine Konzeption zur Aufgabe des **indeterministischen Schuldbegriffs** und damit notwendig zur Ersetzung der **Vergeltungsstrafe** durch die **Zweckstrafe** führe.⁷ Die Bedeutung der kriminalsoziologischen Untersuchungen sah er also hauptsächlich auf dem Gebiet der **Strafzumessung**:⁸ „Auf dem Gebiete der Strafmittel und Strafzumessung hat die Internationale Kriminalistische Vereinigung ihre Schlachten zu schlagen.“⁹ Für die strafrechtliche Verantwortlichkeit wollte er eine Definition finden, die unabhängig von der indeterministischen Weltanschauung sein sollte.¹⁰ „Für mich ist Schuld gleich bedeutend mit Verantwortlichkeit für den Erfolg. Diese ist begründet bei Zurechnungsfähigkeit des Täters und Zurechenbarkeit des Erfolgs“ (scil. Vorsatz, Fahrlässigkeit).¹¹ „Zurechnungsfähigkeit ist **normale Bestimmbarkeit durch Motive**.“¹² Für den Zurechnungsfähigen, den **normalen Durchschnittsmenschen**, bleibe es bei der Strafe, für den geistig unreifen, geistig kranken oder sonst anormalen Menschen kämen „andere Schutzmaßregeln“ in Betracht.¹³
- 6 Daraus wird ersichtlich, dass es *v. Liszt* trotz seiner Überzeugung von der Kausaldetermination des Menschen nicht um die Abschaffung der Strafe und des auch für ihn aus rechtsstaatlichen Gründen unverzichtbaren Strafrechts ging, sondern um eine vom Indeterminismus unabhängige Schuldkonzeption und um eine zweckorientierte Ausgestaltung des Sanktionensystems.

II. Aufgabe 2: Nehmen Sie unter Berücksichtigung des heutigen Standes der Kriminologie und des Strafrechts zu der Kontroverse Stellung.

- 7 1. Der Schulenstreit mündet nach der Zusammenarbeit von *Kahl* und *v. Liszt* etwa seit dem Berliner Juristentag (1902) in eine große Reformbewegung ein, die bis zu den jüngsten Strafrechtsreformgesetzen zahlreiche Änderungen des Strafrechts bewirkte. Trotz Einführung einer „**zweiten Spur**“ **schuldunabhängiger Maßregeln der Besserung und Sicherung** und trotz spezialpräventiver Differenzie-

⁴ *V. Liszt* 1905 a, 234.

⁵ *V. Liszt* 1905 a, 38 f.

⁶ *V. Liszt* 1905 a, 39, 85.

⁷ *V. Liszt* 1905 a, 48, 86.

⁸ *V. Liszt* 1905 a, 91.

⁹ *V. Liszt* 1905 a, 93.

¹⁰ *V. Liszt* 1905 a, 218.

¹¹ *V. Liszt* 1905 a, 48.

¹² *V. Liszt* 1905 a, 43 f.

¹³ *V. Liszt* 1905 a, 85 f.

rungen des Strafsystems (zu Straftheorien und Strafsystem s.u. Rn. 82 ff. und Fall 10) blieb die **Schuld als Grundlage der Strafe** erhalten (§§ 20, 46 I 1 StGB). Es spricht also einiges dafür, dass das Schuldprinzip im Strafrecht kein entscheidendes Hindernis für praktische Konsequenzen der kriminologischen Ursachenforschung darstellt.¹⁴

2. Wenn § 46 I 1 StGB vorschreibt, dass die Schuld des Täters Grundlage der Strafzumessung sei, so ist damit **nicht notwendig die auf Willensfreiheit gegründete Schuld** gemeint, sondern die Anknüpfung der Strafe an das vom Täter zu verantwortende, d.h. schuldhaft begangene Unrecht. Schuldausgleich in diesem Sinne lässt sich nicht nur als indeterministische, d.h. an der individuellen Freiheit ausgerichtete Schuldvergeltung begreifen, sondern auch als rechtsstaatlich gebotene Begrenzung der Strafe.¹⁵ **8**

Schuld und Verantwortlichkeit haben bei der Strafzumessung keine andere Bedeutung als bei der Beurteilung der **Schuldfähigkeit nach § 20 StGB** (dazu und zum Folgenden Fall 6). Ob das Gesetz noch von einem indeterministischen Schuldbegriff, der die Willensfreiheit voraussetzt, ausgeht,¹⁶ ist umstritten. Selbst wenn man dies annimmt, spielt es für die Anwendung der Vorschrift keine Rolle, weil man sich hier mit der **vergleichenden Aussage** begnügen kann, dass der Täter aufgrund seelischer Störungen vom Typ des Normalmenschen so erheblich abweicht, dass die normalerweise vorausgesetzte Fähigkeit zu sinngesetzlichem Handeln nicht erwartet werden kann.¹⁷ **9**

Deshalb ist es nur konsequent, wenn zunehmend ein **empirisch-normativer** oder **pragmatisch-sozialer Schuldbegriff** vertreten wird, der unterhalb des unlösbaren Indeterminismus-Problems ansetzt. Danach wird Schuld verstanden als „Fehlgebrauch eines Könnens, das wir wechselseitig praktisch zuschreiben“,¹⁸ oder als „unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit“,¹⁹ die wir im Sozialleben bei einem Durchschnittsmenschen mit intakter Steuerungsfähigkeit voraussetzen. Zugrunde liegt also wohl doch die Vorstellung von einem gewissen **Verhaltensspielraum** bzw. vom **Fehlen einer vollständigen Determination** beim Durchschnittsmenschen, mag man dabei auch auf Freiheit im philosophischen Sinne verzichten. **10**

An der Schlüssigkeit dieser empirisch-normativen Schuldkonzeption ändert sich auch nichts durch die neuerdings viel diskutierten Erkenntnisse der **neurobiologischen Hirnforschung**. Einige Vertreter dieser Forschungsrichtung, die auch als Neurophysiologie oder Neuropsychologie bezeichnet wird, propagieren einen Determinismus, der angeblich dem Prinzip persönlicher Schuld die Grundlage entziehe²⁰ und Auswirkungen auf unser Rechtssystem und den Umgang mit Mitmenschen haben müsse.²¹ Es wird darauf verwiesen, dass Geist und Bewusstsein „sich innerhalb bekannter physiologischer, physikalischer und chemischer Gesetzmäßigkeiten“ vollziehen²² und dass Wollen, Denken und Verhalten des Menschen „in großen Teilen von limbischen Gehirnsystemen gesteuert“ werde, die grundsätzlich unbewusst arbeiten und dem bewussten Ich nur sehr begrenzt zugänglich seien.²³ Die Annahme, wir seien voll verantwortlich für das was wir tun, sei aus neurobiologischer Perspektive nicht haltbar.²⁴ Dagegen ist einzuwenden, dass aus der genaueren neurobiologischen Erfassung der psychischen und mentalen Vorgänge nicht folgt, dass die menschliche Entscheidung unfrei ist; vielmehr dokumentiert diese nur die unbestreitbare Erkenntnis, dass es für jedes menschliche Verhalten physiologische und lebensgeschichtliche Bedingungen gibt, vielleicht sogar ein handlungsspezifisches Bereitschaftspotential.²⁵ Die Erkenntnis, dass unsere Entscheidungen auf einer teilweise messbaren biologischen Grundlage erfolgen, sagt nichts über deren Freiheit oder Unfreiheit.

3. Während also die Strafrechtslehre bemüht ist, den Schuldbegriff empirisch praktikabel zu gestalten, ist man sich in der **Kriminologie** heute – wie bereits zu Zeiten *v. Liszts* – weitgehend darüber einig, dass die **Willensfreiheit** und damit strafrechtliche Schuld im indeterministischen Sinne mit den Methoden empirischer Erkenntnis **weder bestätigt noch widerlegt** werden kann.²⁶ Auf der empirisch-pragmatischen Ebene können also Kriminologie und Strafrecht durchaus unter Ausklammerung des Determinismusstreits zusammenarbeiten. **11**

¹⁴ Vgl. bereits *v. Liszt* 1905 a, 86 f.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 286; 45, 187, 259; s. auch Fall 7 Rn. 40 ff.

¹⁶ Vgl. BGHSt 2, 194, 200; 18, 87, 94.

¹⁷ Vgl. *SK-Rudolphi* 2003, § 20 Rn. 4 f., 25 f.; *S/S-Lenckner* 2001, § 20 Rn. 26.

¹⁸ *Schreiber* 1977, 245.

¹⁹ *Roxin* 1997, § 19 Rn. 36 ff.

²⁰ *Roth* 2003, 536 ff.

²¹ *Singer* 2003, 20.

²² *Roth* 2003, 20, 177 ff., 545 ff.

²³ *Roth* 2003, 539 ff.

²⁴ *Singer* 2003, 12, 58.

²⁵ *Schwind* 2005, § 5 Rn. 13 b im Anschluss an *Habermas*, FAZ vom 15. 11. 2004.

²⁶ *Göppinger* 1997, 41 ff.

- 12 4. Allerdings wird zum Teil unter Berufung auf kriminal-soziologische Befunde die individuelle Zurechenbarkeit abweichenden Verhaltens geleugnet,²⁷ weil „das abweichende Verhalten als Bestandteil des strukturierten Sozialsystems“ gesehen und damit dem „**System zugerechnet**“ werden müsse. Immerhin wird eingeräumt, dass die „theoretische Bewältigung“ dieser Befunde noch ausstehe.²⁸ Bedenken gegen diese Auffassung bestehen aber schon deshalb, weil die Übertragung der kriminal-soziologischen Theorien von der gesamtgesellschaftlichen Ebene (Makrobereich) auf die Erklärung individuellen Verhaltens durchaus nicht selbstverständlich ist und die **begrenzte Aussagekraft** aller kriminologischen oder sozialwissenschaftlichen Theorien zu beachten ist.
- 13 5. Keine der bekannten kriminologischen Theorien ist bisher ernsthaft als **deterministische Aussage** im streng kausalgesetzlichen Sinne verstanden oder gar bestätigt worden. Soweit sie überhaupt in die Form empirisch prüfbarer Hypothesen gebracht wurden, handelt es sich nur um **statistische oder probabilistische Aussagen**. Nur wenn kriminologische Theorien als deterministische Kausalgesetze formuliert wären, würden sie die individuelle Zurechenbarkeit ausschließen. Sie müssten dann z. B. lauten:
- Immer bzw. nur wenn Jugendliche aus der Unterschicht und aus zerrütteten Familienverhältnissen kommen, werden ihre „Straftaten“ als kriminell definiert (Labeling-Theorie).
 - Immer wenn Personen in besonderem Maße mit kriminellen Verhaltensweisen in „Berührung“ kommen, werden sie selbst kriminell (Lerntheorie).
- Beide Aussagen lassen sich in dieser Form aber sofort falsifizieren, da viele Fälle vorkommen, in denen Personen trotz Vorliegens der genannten Bedingungen nicht kriminell werden. Auch wenn die theoretischen Aussagen hierzu nicht immer sehr genau formuliert sind, gehen die meisten Autoren stillschweigend davon aus, dass nur statistische Gesetzmäßigkeiten gemeint sind, die etwa folgendermaßen lauten:
- Wenn Jugendliche aus der Unterschicht und zerrütteten Familienverhältnissen kommen, ist die Wahrscheinlichkeit, dass ihre „Straftaten“ als kriminell definiert werden, größer als bei anderen Jugendlichen mit gleicher Straftatenhäufigkeit (oder: ... besteht eine Wahrscheinlichkeit von 80 % ...). Oder:
 - Bei Personen, die in besonderem Maße mit kriminellen Verhaltensweisen in „Berührung“ kommen, besteht eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass sie selbst kriminell werden.
- Da es sich nur um **Wahrscheinlichkeitsaussagen** handelt, bleibt ein gewisser – nicht determinierter – **Spielraum für eine individuelle Zurechnung**.
- 14 6. Allerdings ist es denkbar, dass wir durch wiederholte Prüfung und Präzisierung immer exaktere Theorien erhalten, die schließlich eine 100%ige Erklärungskraft aufweisen, also deterministische Aussagen darstellen. Solche Gesetzmäßigkeiten sind aber im Bereich der Sozialwissenschaften und der Kriminologie so selten, dass sich hier vermutlich Grenzen aus der Natur der Sache ergeben. Immerhin kommt die multifaktoriell ausgerichtete Prognoseforschung (→ Fall 8) – ohne besondere theoretische Ansprüche – wohl schon näher an solche Aussagen heran als herkömmliche spezielle Theorien. Erst wenn 100%ige Erklärungen oder Vorhersagen beim Vorliegen bestimmter Merkmale möglich wären, könnte die individuelle Zurechenbarkeit in Frage gestellt werden. Für diesen Fall wäre die Frage der Schuldunfähigkeit und einer daran anknüpfenden Maßregelbehandlung neu zu überdenken. Aber auch die §§ 20, 21 StGB in der jetzigen Fassung (z. B. „andere schwere seelische Abartigkeit“ → Fall 4, Rn. 15, 39–42) würden möglicherweise eine adäquate Reaktion nach dem geltenden Gesetz erlauben.

III. Aufgabe 3: Mit welchen Determinanten für kriminelles Verhalten müssen wir rechnen, wenn wir die bekannteren Kriminalitätstheorien (bzw. Aussagen über Ursachen und Zusammenhänge des Verbrechen) als Grundlage für unser heutiges Wissen über Kriminalitätsursachen betrachten? Nennen Sie jeweils einige zentrale Merkmale oder Kategorien einer „Theorie“ und versuchen Sie, kritisch zur Reichweite und zur empirischen Basis der Aussagen Stellung zu nehmen.

- 15 Kriminalitätstheorien sind Aussagesysteme, die sich aus Hypothesen und im Falle ihrer Bestätigung aus Gesetzen zusammensetzen, in denen mindestens eine Bedingung für kriminelles Verhalten angegeben wird. Sie sollen dazu dienen, Ursachen der Kriminalität aufzudecken und durch Anwendung dieser „Erklärung“ für die Zukunft Prognosen sowie rationale Bekämpfung und Behandlung zu ermöglichen.

Dies gilt modifiziert auch für die gesellschaftstheoretisch orientierten Etikettierungsansätze, die zwar eine täterbezogene Kriminalprävention strikt ablehnen, jedoch dem Ziel der Verbrechenreduzierung insoweit verbunden sind, als sie eine Veränderung sozialstrukturell bedingter Kriminalisierungsprozesse und eine Einschränkung des

²⁷ Sack 1975, 363.

²⁸ Sack 1975, 363 ff.; P.-A. Albrecht 2005, 38.

Strafrechts fordern.²⁹ Wegen der Komplexität der möglichen Ursachen begnügt man sich oft mit Theorien mittlerer Reichweite, die nur einen Ausschnitt aus der Kriminalität oder den möglichen Ursachen erfassen. Häufig werden aber auch möglichst breit die denkbaren Bedingungen aus dem persönlichen und sozialen Bereich erfasst, ohne dass eine übergeordnete Theorie formuliert wird. Auch bei solchen multifaktoriellen Ansätzen, die gelegentlich als „Antitheorien“ bezeichnet werden, können wir von Theorien i. w. S. sprechen, weil Merkmalszusammenhänge aufgedeckt werden. Bei diesem Vorgehen taucht allerdings noch häufiger als bei speziellen Theorien das Problem auf, dass Ursache und Wirkung schwer auseinander zu halten sind.

Die Vielfalt der Kriminalitätstheorien ist verwirrend, ihre Präzision und ihr Bestätigungsgrad recht unterschiedlich. Da sie in Lehrbüchern und Sammelbänden ausführlich abgehandelt werden, sollen hier nur die zentralen Merkmale oder Merkmalskomplexe der wichtigsten Theorien stichwortartig genannt und systematisch geordnet werden. Die Jahreszahlen in Klammern beziehen sich auf das Erscheinen des Hauptwerkes.

Es wird der heute meist üblichen Einteilung in drei Gruppen gefolgt, auch wenn sich einzelne Ansätze nicht eindeutig zuordnen lassen.

16

- (1) Täterorientierte Theorien (biologische, persönlichkeitsorientierte, sozialpsychologische);
- (2) Gesellschaftsorientierte Theorien;
- (3) Kombinationsansätze (multifaktorielle Theorien).

1. Täterorientierte Theorien

1.1 Biologische Theorien

1.1.1 Der geborene Verbrecher (Lombroso)

17

Am Beginn der wissenschaftlichen Erforschung der Verbrechensursachen stehen die Thesen des italienischen Mediziners *Lombroso* (1876) über den „geborenen Verbrecher“. Als Anhänger des Darwinismus beschrieb er aufgrund eigener Untersuchungen den Verbrecher als einen atavistischen Menschentypus mit körperlichen Auffälligkeiten überwiegend im Bereich des Schädels (z. B. riesige Unterkiefer, hohe Backenknochen, hervorstehende Augenwülste, große Augenhöhlen, fliehende Stirn, Asymmetrie des Gesichts, handförmige oder anliegende Ohren), aber auch an anderen Körperteilen (z. B. Spannweite der Arme, große Füße und Hände, einzeln stehende Handlinien) und im Bereich der Sinnesphysiologie (z. B. hohe Sehschärfe, herabgesetzte Sinnes- und Schmerzempfindlichkeit). Auch übermäßige Trägheit sei ein typisches Verbrechermerkmal.

Damit wurde eine phänotypische Verwandtschaft mit primitiven, wilden Volksstämmen behauptet, die sich auch in häufigen Tätowierungen und Charaktereigenschaften wie Gefühlskälte, Rachsucht, Ruhelosigkeit, Eitelkeit, vorherrschende Sinnlichkeit und emotionale Labilität zeige. Nachdem *Lombroso* zunächst alle Delinquenten als geborene Verbrecher bezeichnete, schätzte er später aufgrund von Schädelvermessungen und gerichtsmedizinischen Untersuchungen den Anteil dieser angeborenen Kriminalitätsursachen auf etwa 30–40%. Daneben sollte es unter den Kriminellen Geistesranke, Epileptiker, moralisch Schwachsinnige und Gelegenheitsverbrecher geben.

Die Anregung zur systematischen Erforschung der Verbrechensursachen und die Herausforderung wissenschaftlicher Gegenpositionen waren für die weitere Entwicklung der Kriminalitätsursachenforschung wichtiger als der Inhalt von *Lombrosos* Aussagen, die in der empirischen Forschung nicht bestätigt wurden.³⁰

1.1.2 Biologische oder medizinische Thesen

18

Auch andere rein biologische oder medizinische Ansätze konnten bisher nicht ausreichend bestätigt werden.

Sie beruhen oft auf „Einzelfallentdeckungen“ mit unzutreffender Generalisierung wie z. B. bei dem sog. Mörderchromosom *YYY* (→ Fall 2 Rn. 19–21).³¹ Zu erwähnen sind außerdem: Störungen der **Thymusdrüse** oder sonstiger endokriner Drüsen,³² niedriger Blutzuckerspiegel (**Hypoglykämie**), falsche Ernährung (phosphathaltige Nahrungsmittel), Besonderheiten des **Hirnstrombildes** (EEG, → Fall 2 Rn. 18).

In der neueren Kriminalbiologie werden **neurochemische Einflüsse** (Testosteron, Serotonin, Dopamin) diskutiert. So soll ein erhöhter Spiegel des männlichen Sexualhormons Testosteron das Aggressionsverhalten bei männlichen Jugendlichen erhöhen, wobei aber ungeklärt blieb, ob nicht umgekehrt Aggressivität zu erhöhten Hormonaus-

²⁹ P.-A. Albrecht 2005, 37 f.

³⁰ Zur Bedeutung *Lombrosos* für die heutige Kriminalbiologie vgl. Knecht 2003.

³¹ Vgl. Schwind 2005, § 5 Rn. 10–12.

³² Vgl. Schneider 1987, 379.

schüttungen führt.³³ Ein geringer Spiegel des Neurotransmitters Serotonin soll die Wahrscheinlichkeit aggressiven Verhaltens erhöhen,³⁴ neuerdings wird dies auch bei einem erhöhten Serotonin-Spiegel vermutet.³⁵ Da es sich bei Serotonin und Dopamin nur um sog. Botenstoffe handelt, ist anzunehmen, dass es sich allenfalls um Symptome für erhöhte Aggressivität handelt, nicht um eigentliche Ursachen.

- 19 Konstitutionsbiologische Untersuchungen** haben zu widersprüchlichen Forschungsergebnissen geführt. Soweit unterschiedliche Deliktshäufigkeit oder deliktsspezifische Schwerpunkte bei einzelnen Körperbautypen festgestellt wurden,³⁶ dürfen diese nicht überbewertet werden. Die Zuordnung (insbes. bei „Mischtypen“) ist nur begrenzt objektivierbar und dient eher einer deskriptiven Klassifikation als der Aufdeckung von Verbrechensursachen.

20 1.1.3 Zwillings- und Adoptionsforschung

Pauschale Theorien über die **genetische Determination** der Kriminalität liegen der Zwillings- und Adoptionsforschung zugrunde.

Durch Vergleich der Kriminalitätsbelastung bei **erbgleichen eineiigen Zwillingen** und erbverschiedenen zweieiigen Zwillingen wurde festgestellt, dass eineiige Zwillinge eine höhere **Konkordanzquote hinsichtlich strafrechtlicher Verurteilungen** aufweisen als zweieiige Zwillinge.³⁷

Eine Zusammenstellung älterer Untersuchungen, die je 135 eineiige und zweieiige Zwillingspaare (also 540 Personen) umfasst und damit den Hauptmangel der kleinen Stichproben etwas reduziert, hat ergeben, dass die Konkordanzquote, d.h. die Bestrafung beider Partner eines Zwillingspaars, bei eineiigen Zwillingen 66,7 %, bei zweieiigen 30,4 % beträgt.³⁸ Eine breit angelegte dänische Untersuchung dokumentierte, dass bei männlichen Zwillingspaaren, die mindestens einen delinquenten Partner aufwiesen, 35,2 % der 325 eineiigen und nur 12,5 % der 611 zweieiigen Paare konkordant straffällig wurden.³⁹

Obwohl danach eine gewisse Bedeutung der genetischen Ausstattung, vor allem bei der schweren Rückfallkriminalität, nicht auszuschließen ist, ist die These vom „Verbrechen als Schicksal“ verfehlt. Denn der nicht unerhebliche Anteil diskordanten Verhaltens bei eineiigen Zwillingen schließt eine völlige Determination aus. Außerdem sind Umwelteinflüsse bei den angegebenen Konkordanzquoten nicht auszuschließen, da die untersuchten eineiigen Zwillinge wegen ihrer äußeren Ähnlichkeit vermutlich noch stärker als zweieiige Zwillinge ähnlichen Reaktionen der Umwelt ausgesetzt waren, die ihr Verhalten gleichartig beeinflussten. Lern- und Sozialisationsinflüsse bleiben bei einem so erheblichen Spielraum bedeutsam.⁴⁰

- 21** Präziser als in der Zwillingsforschung lässt sich der Anlagefaktor in der **Adoptionsforschung** von Umwelteinflüssen trennen. Eine dänische Untersuchung bei 662 Adoptivöhnen ergab folgende Kriminalitätsraten: 10,5 %, wenn kein Vater kriminell war, 11,5 %, wenn nur der Adoptivvater, 21 %, wenn nur der biologische Vater und 36,2 %, wenn beide Väter kriminell waren.⁴¹

Eine gewisse Beziehung zwischen genetischer Disposition und Kriminalität wird also auch in den Adoptionsstudien sichtbar, jedoch ist diese sehr schwach und auch deliktisch undifferenziert.⁴² Die höchsten Kriminalitätsquoten beim Zusammentreffen von Anlage- und Umweltfaktoren zeigen, dass genetische Thesen geringen Erklärungswert haben und allenfalls in einer **soziobiologischen Kriminalitätstheorie**⁴³ weiterführen, die biologische und soziale Faktoren im Sinne eines Wechselwirkungsprozesses zusammenführen will.

22 1.2 Persönlichkeitstheorien

Die Vielfalt derjenigen Theorien, die den Grund für kriminelles Verhalten in **psychischen Eigenarten des Individuums** erblicken und folglich einzelne kriminogene Merkmale der Täterpersönlichkeit (z. B. Minderbegabung, Aggressivität, Stimmungslabilität, Risikobereitschaft) zu identifizieren suchen, entspricht der Breite des bezugswissenschaftlichen Spektrums aus Psychologie und Psychiatrie mit ihren jeweiligen Schulrichtungen. In letzterer Zeit treten fachübergreifende Ansätze in den Vordergrund, die sich um eine anwendungsorientierte Beschreibung kriminalitätsgefährdeter Persönlichkeiten bemühen.

³³ Meier 2005, § 3 Rn. 28.

³⁴ Vgl. Meier 2005, § 3 Rn. 29 unter Hinweis auf eine Studie in den USA (Raine 1993).

³⁵ Schwind 2005, § 5 Rn. 13 unter Hinweis auf eine Studie in den USA (Raine 2002).

³⁶ Kretschmer 1921.

³⁷ Yoshimasu 1975, 691 ff. – Untersuchungen seit 1941.

³⁸ Yoshimasu 1975, 694.

³⁹ Christiansen 1974, 63 ff.

⁴⁰ Vgl. Kaiser 1997, 240 mit ähnlichen Ergebnissen zur Vererblichkeit der Intelligenz.

⁴¹ Hutchings/Mednick 1977, 127 ff.; reduzierte Unterschiede bei Zerbin-Rüdin 1984, 1 ff.

⁴² Dazu Zerbin-Rüdin 1984, 7 ff.

⁴³ Buikhuisen 1993, 267 ff.

1.2.1 Tiefenpsychologische Modelle

23

Die verschiedenen tiefenpsychologischen Richtungen gehen letztlich auf die **Entdeckung des Unbewussten** als Persönlichkeitsfaktor durch *Freud* zurück.⁴⁴ Nach dem psychoanalytischen Persönlichkeitsmodell *Freuds* gibt es bei jedem Menschen drei psychische Instanzen, das **Es** als unbewusstes Reservoir für Triebbedürfnisse und -energien (Grundformen: Sexualtrieb, Zerstörungstrieb), das **Über-Ich** als moralischer Zensor (d. h. weitgehend unbewusstes „Gewissen“) und das **Ich** (Selbstbild) als Vermittlungsinstanz zwischen Triebausbrüchen und moralischen Forderungen und als teilweise bewusst in der Gegenwart agierendes Subjekt. Da alle Menschen nach psychoanalytischer Auffassung als triebhafte, asoziale, polymorph-perverse Wesen geboren werden, ist für den sozial angepassten Ausgleich zwischen diesen drei Instanzen vor allem die **frühkindliche Entwicklung und Erziehung** entscheidend, die durch Liebe, Zuwendung, Vertrauen, Konsistenz, Vorbild, Identifikation und Hassüberwindung gekennzeichnet ist. Während es dem normalen Menschen gelingt, durch „Sublimierung“, „Verdrängung“ oder andere „Reaktionsbildung“ die Triebimpulse des Es zu steuern und ein harmonisch zu steuerndes Ich und Über-Ich aufzubauen, weisen Kriminelle Ich-Störungen entweder durch ungelöste Konflikte zwischen (verdrängten) Triebansprüchen des Es und einem zu starken Über-Ich und defekter Ich-Entwicklung auf (**neurotisch bedingte Kriminalität**), oder es handelt sich bei zu schwachem Über-Ich um nicht domestizierte Triebausbrüche, die in der Regel auf Störungen in der frühkindlichen Mutter-Kind-Beziehung mit Erschwerung der Identifikation und Gewissensbildung zurückgehen (**verwahrlosungsbedingte Kriminalität**).⁴⁵

Freud, der sich primär mit der Entstehung von Neurosen befasste und Fragen der Kriminogenese nur am Rande behandelte, hat den **Verbrecher aus Schuldbewusstsein** beschrieben (1915). Danach entsteht vor allem aus dem Ödipuskomplex (einer Grundkategorie für die Verarbeitung der frühkindlichen Sexualität) durch ein besonders strenges Über-Ich ein latentes Schuldgefühl, das durch die Straftat und die darauf folgende Strafe psychische Entlastung sucht.

24

Nach *Reik* (1925) wird diese Entlastung des Schuldgefühls bereits im **Geständniszwang** verwirklicht, während die Strafe vor allem das **Strafbedürfnis der Gesellschaft** durch unbewusste Identifikation mit dem Verbrecher befriedigt (Grundlage der **Sündenbocktheorie**).⁴⁶

Alexander und *Staub* (1929) weisen auf die Bedeutung dieses **Projektionsmechanismus** (Identifikation mit dem Verbrecher) für den Triebverzicht der Normalen hin, ergänzen aber auch die Typologie des Verbrechers: Neben dem „**neurotischen Kriminellen**“ aus Schuldbewusstsein erwähnen sie den „**Verbrecher mit kriminell geprägtem Ich und Über-Ich**“, womit im Wesentlichen der Gewohnheitsverbrecher – ohne Gewissen – gemeint ist. Davon unterscheiden sie die **situationsbedingten Delikte** der Normalen, die nicht mit tiefenpsychologischen Störungen der Täter erklärt werden können.

Aichhorn (1925), der die Psychoanalyse vor allem für die Erziehung jugendlicher Verwahrloster fruchtbar machte, beschreibt die **kriminell Verwahrlosten** als triebhafte Menschen **ohne Schuldbewusstsein** mit **defektem Über-Ich** und schwacher Ich-Kontrolle, die den Triebverzicht im Einklang mit der sozialen Realität erst noch lernen müssen.

Nach *Adler* (1930), der mit der sog. **Individualpsychologie** ein eigenständiges tiefenpsychologisches Modell begründete, lässt sich die Kriminalität auf das **Machtstreben** des Menschen zurückführen. Der aus dem Gefühl der eigenen Schwäche resultierende **Minderwertigkeitskomplex** führe zur **Überkompensation**, die zwar oft positive soziale Leistungen ermögliche, besonders bei verwöhnten, vernachlässigten oder benachteiligten Menschen aber auch dazu führen könne, dass sie durch Straftaten Beachtung finden wollen.

Eine neuer psychologischer Ansatz, der Ähnlichkeiten mit *Freuds* These vom Verbrecher aus Schuldbewusstsein aufweist, erklärt Kriminalität als **Anpassung an psychische Stresssituationen**, die aus dem Schuldgefühl wegen triebhafter Empfindungen entstehen und nach Bestrafung verlangen. Die gestresste Psyche erlebt durch die Tat ein Gefühl von Autonomie, Überlegenheit und Selbstbestätigung.⁴⁷

Diese und alle sonstigen tiefenpsychologischen Thesen, die in der weiteren Entwicklung vielfältig differenziert wurden, gehen zwar von einer **kausalen Determination des Seelenlebens** aus, sind jedoch einer **empirischen Prüfung** im Sinne des wissenschaftlichen Rationalismus **nicht zugänglich**. Die verwendeten Begriffe lassen sich nicht objektiv feststellen und sind nur beschränkt operationalisierbar. Die dargestellten Ansätze **erklären nicht**, unter welchen Bedingungen jemand kriminell, neurotisch oder normal wird, sondern **deuten oder interpretieren** nur retrospektiv aufgetretene Verhaltensweisen anhand universeller, vieldeutiger Vermutungen über psychische Wirkungsmechanismen.

25

⁴⁴ Überblick bei *Schneider* 1987, 471 ff.

⁴⁵ Vgl. *Lösel* 1993, 255 f.

⁴⁶ Dazu *Kaiser* 1997, 94 ff.

⁴⁷ *Rowe* 1996, 268 ff.; dazu *Kunz* 2004, § 19 Rn. 18 ff.

26 Psychoanalytische Theorien sind also **nicht ursachenerklärende Theorien** mit der Möglichkeit der Falsifikation, sondern nur **ergebnisbezogene Deutungsmodelle**. Selbst wenn sie aber als überprüfbare Hypothesen formuliert würden, ließen sie einen erheblichen Spielraum für die individuelle Verarbeitung unbewusster Mechanismen, so dass von einer strengen Determination nicht gesprochen werden könnte. Darüber hinaus bilden Begriffe wie Schuldbewusstsein, Strafbedürfnis, Projektion, Über-Ich und Gewissen durchaus Anknüpfungspunkte für absolute und relative Straftheorien. Eine gewisse praktische Bewährung, die unabhängig von der wissenschaftlichen Kontrollierbarkeit zu beurteilen ist, weist die Psychoanalyse durch psychotherapeutische Behandlungserfolge bei Neurotikern und Straffälligen auf. Sie ist allerdings nur für einen Teil der Straffälligen (ca. 30 %) geeignet, weil sie beträchtliche verbale Fähigkeiten und eine gewisse Motivation der Probanden voraussetzt.⁴⁸

27 1.2.2 Psychiatrische und psychologische Ansätze

Schon früh gab es Ansätze sowohl der Psychiatrie als auch der Psychologie, Kriminalität mit besonderen Persönlichkeitsmerkmalen des Individuums zu erklären. Psychiatrische Forschungen bezogen sich vor allem auf die Bedeutung von **Psychosen, Oligophrenien und Psychopathien** (→ Fall 4, Rn. 12 ff.),⁴⁹ während die Persönlichkeitspsychologie versuchte, kriminalitätsbegünstigende oder kriminalitätshemmende Eigenschaften vor allem in den Bereichen **intellektuelle Leistungsfähigkeit, Temperament** (insbes. Aggressivität, Impulsivität, Frustrationstoleranz), **Motivation** (z. B. Fähigkeit zum Belohnungsaufschub) und **Selbstbild** ausfindig zu machen.⁵⁰

Methodische Grundlage der (kriminal-)psychologischen **Persönlichkeitsforschung** bilden so genannte „Persönlichkeitsinventare“ (z. B. Minnesota Multiphasic Personality Inventory-MMPI; Freiburger Persönlichkeitsinventar-FPI⁵¹); diese werden induktiv mittels multivariater statistischer Verfahren gewonnen und bilden die Verteilung der verschiedenen Persönlichkeitsdimensionen in Skalen ab.⁵²

Die Erträge dieser Forschungen blieben jedoch begrenzt,⁵³ da psychische Abnormitäten nur in Einzelfällen als dominante Verbrechenursache herausgearbeitet werden konnten. Die untersuchten Persönlichkeitsbereiche erwiesen sich als wenig trennscharf und meist blieb offen, ob deren Ausprägungen Ursache oder Folge delinquenten Verhaltens waren. Zum Teil wiesen die Untersuchungen erhebliche methodische Defizite auf, wie fehlende Vergleichsangaben über die Normalbevölkerung, mangelnde Repräsentativität der Stichproben und uneinheitlich verwendete Begriffe (z. B. Psychopathie), wodurch die Aussagekraft persönlichkeitsorientierter Daten beeinträchtigt wurde. Insbesondere folgende Persönlichkeitseigenschaften kommen bei straffälligen Männern häufiger vor als bei Nichtstraffälligen: geringe Lebenszufriedenheit, erhöhte spontane Aggressivität, große Impulsivität mit Risikobereitschaft, geringe emotionale Empathie und schwaches Selbstkonzept.⁵⁴

28 Die früher vermutete generelle Überrepräsentation psychisch Kranker ist einer differenzierteren Betrachtung gewichen. Nicht mehr haltbar ist etwa die Annahme, **verminderte Intelligenz** bis hin zum **Schwachsinn** führe zu vermehrter Kriminalität, wohl aber lassen sich **typische Delikte Minderbegabter** feststellen, insbesondere Sexualdelikte (überwiegend gewaltlos) und Brandstiftung.⁵⁵ Die verschiedentlich ermittelte geringere Durchschnittsintelligenz registrierter Straftäter und Gefangener dürfte eher Ausdruck eines gesteigerten Entdeckungs- und Verfolgungsrisikos „dummer“ Täter als einer tatsächlichen Höherbelastung intelligenzgeminderter Personen im Vergleich zur Normalbevölkerung sein.⁵⁶

29 Neuere Erkenntnisse über die **Gewaltdelinquenz von Schizophrenen** sprechen dagegen für ein erhöhtes Risiko dieser Personengruppe nicht nur im Vergleich zu anderen psychisch Kranken, sondern auch zu Gesunden.⁵⁷ Allerdings ist auch insoweit zu beachten, dass die Wahrscheinlichkeit, auf einen schizophrenen Gewalttäter zu treffen, um ein Vielfaches geringer ist als die, Opfer allgemeiner Gewaltkriminalität von geistig gesunden Tätern

⁴⁸ Schwind 2005, § 6 Rn. 15.

⁴⁹ Vgl. Kaufmann 1971, 150 ff.; Schneider 1987, 382 ff.

⁵⁰ Überblick bei Göppinger 1997, 244 ff.

⁵¹ Amelang/Bartussek 2001, 159 ff.

⁵² Kunz 2004, § 19 Rn. 16; Meier 2005, § 3 Rn. 36.

⁵³ Göppinger 1997, 251.

⁵⁴ Meier 2005, § 3 Rn. 37 m. w. N.

⁵⁵ Nedopil 2000, 173 f.; zur Relevanz im Rahmen typischer Merkmalskonstellationen Günter 2004, 238 f.

⁵⁶ Günter 2004, 239 f.; Göppinger 1997, 232 f.

⁵⁷ Vgl. Nedopil 2000, 125; Göppinger 1997, 229; Endres 2000, 79; kritisch zu dieser Interpretation jedoch Venzlaff/Schmidt-Degenhard 2004, 145, 147.

zu werden und die Delinquenzrate Schizophrener in hohem Maße von dem konkreten Krankheitsbild sowie der Qualität ihrer Versorgung und Betreuung abhängig ist.⁵⁸ Deutlich zurückhaltender wird heute auch das in den 70er und 80er Jahren entwickelte und vor allem in der Kinder- und Jugendpsychiatrie favorisierte Konzept der **frühkindlichen Hirnschädigung**⁵⁹ beurteilt, da sich weder die vermutete exogene Verursachung noch ein Zusammenhang der Symptomatik mit delinquentem Verhalten sicher nachweisen ließ.

Unter dem Eindruck der empirisch gut gesicherten Erkenntnis, dass es eine kleine Gruppe mehrfach rückfälliger Straftäter gibt, auf die ein Großteil der schweren Delinquenz entfällt und deren Verhalten durch Strafe und Behandlungsmaßnahmen kaum beeinflussbar zu sein scheint, haben **persönlichkeitsbezogene psychiatrische Kriminalitätserklärungen** in letzter Zeit wieder erheblich an Bedeutung gewonnen.⁶⁰ Hier werden (ähnlich wie bei den Mehrfaktorenansätzen)⁶¹ psychopathologische und psychische Befunde sowie Merkmale des Sozialverhaltens kombiniert, während die Frage nach den eigentlichen Ursachen kriminalitätsbegünstigender oder -hemmender Persönlichkeitsmerkmale offen gelassen wird.⁶² Dahinter steht letztlich das Konzept der „**anti-**“ oder „**dissozialen Persönlichkeit**“, das dazu beitragen soll, besonders gefährliche Täter zu identifizieren. Kriminalität wird hier mit psychopathologischen Auffälligkeiten erklärt, wobei Rückfalltäter im Bereich der Gewalt-, Sexual- und Vermögenskriminalität im Zentrum stehen.⁶³ „Anti-“ bzw. „dissoziale“ Persönlichkeitsstörungen kommen bei Inhaftierten wesentlich häufiger vor als in der Normalbevölkerung; insbesondere bei mehrfachrückfälligen verurteilten Straftätern.⁶⁴ Die einschlägigen Forschungsergebnisse besitzen vor allem im Bereich der Prognose künftiger Delinquenz (→ Fall 6, Rn. 15 ff.) eine ganz erhebliche Aussagekraft.⁶⁵

30

Während die Klassifikationen dieser Persönlichkeitsstörungen in den Diagnoseschlüsseln ICD und DSM (→ Fall 4, Rn. 10 f.)⁶⁶ international verbreitet und die empirischen Erkenntnisse über rückfallbegünstigende Persönlichkeitsprägungen und die daraus abgeleiteten Risikoskalen wie der PCL-R von *Hare* 1991 oder der HCR 20 von *Webster/Eaves* 1995 Eingang in die klinische Prognosestellung gefunden haben,⁶⁷ ist die **kriminaltheoretische Rezeption problematisch**. Dahinter steht die Sorge vor einer Wiederbelebung des überwunden geglaubten unscharfen Psychopathiebegriffs und vor einem Nachlassen therapeutischer Anstrengungen bei der Zuschreibung vermeintlicher Behandlungsresistenz.⁶⁸ Indes darf nicht übersehen werden, dass die Diagnose einer antisozialen Persönlichkeit zuverlässiger als die des Psychopaths im Sinne *Kurt Schneiders* (1923) ist und nur für einen kleinen Ausschnitt der Gesamtkriminalität Erklärungskraft besitzt. Die in der Tat problematische Statik mancher neuer Prognoseinstrumente bedarf zweifellos der Ergänzung durch dynamische Risikoparameter, die zugleich Behandlungsperspektiven persönlichkeitsgestörter Rechtsbrecher eröffnen.⁶⁹

1.3 Sozialpsychologische Theorien

31

Sie bilden den Überschneidungsbereich zwischen den zuvor erörterten individualpsychologischen Kriminalitätserklärungen und den im folgenden Abschnitt dargestellten gesellschaftsorientierten Theorien (Rn. 49 ff.), indem sie die soziologischen Rahmenbedingungen der Delinquenzentstehung bei einzelnen Personen mehr oder weniger berücksichtigen, ohne dabei jedoch die Makroebene gesamtgesellschaftlicher Verhältnisse in den Blick zu nehmen. Da auch diese Theorien die Kriminalität als Folge individueller Entwicklungsprozesse begreifen, gehören sie noch zu den täterorientierten Erklärungsansätzen.⁷⁰

⁵⁸ *Nedopil* 2000, 124 ff.; zur verzerrenden Mediendarstellung *Venzlaff/Schmidt-Degenhard* 2004, 144.

⁵⁹ *Lempp* 1978.

⁶⁰ Vgl. *Kunz* 2004, § 19 Rn. 38, der das Erstarken persönlichkeitsbezogener Erklärungen auf eine geänderte Kriminalpolitik zurückführt, da sich die in die externe Verhaltenskorrektur gesetzten Erwartungen (gerade bei sozial auffälligen Mehrfachtätern) nicht erfüllten.

⁶¹ S. u. Rn. 72 ff.

⁶² *Nedopil* 2000, 241.

⁶³ *Kunz* 2004, § 19 Rn. 21.

⁶⁴ *Rössner* 2004, 391 ff.

⁶⁵ *Nedopil* 1997, 85 ff.

⁶⁶ Abgedruckt bei *Kunz* 2004, § 19 Rn. 23.

⁶⁷ Vgl. Fall 6 Rn. 15 ff.; *Nedopil* 2000, 244; 1997, 79 ff.

⁶⁸ *Kunz* 2004, § 19 Rn. 26, 28 f.

⁶⁹ *Nedopil* 1997, 90 f.

⁷⁰ Vgl. *P.-A. Albrecht* 2005, 29.

32 1.3.1 Lerntheorien

Die in verschiedenen Varianten vertretenen Lerntheorien gehen davon aus, dass abweichendes Verhalten genauso erlernt wird wie normgerechtes Verhalten. Unterschiedlich sind die Auffassungen darüber, wie der Lernvorgang grundsätzlich abläuft (klassische, operante Konditionierung, Beobachtungslernen) und welche zusätzlichen Bedingungen für das Lernergebnis von Bedeutung sind.

33 1.3.1.1 Ein sehr mechanistisches Verständnis von der Psychologie des Lernens liegt der Konditionierungstheorie von *Eysenck* zugrunde, nach der Gewissen und soziales Verhalten über Angstreaktionen nach dem Modell der „klassischen Konditionierung“ (Signallernen nach *Pawlow*) erlernt werden, während kriminelles Verhalten eine Folge misslungener Konditionierungsprozesse ist. *Eysenck* verbindet sodann diesen behavioristischen Ansatz (Angst vor Strafe als konditionierte Vermeidungsreaktion) mit den – von *C. G. Jung* beschriebenen – Persönlichkeitsdimensionen **Extraversion** und **Introversion**.⁷¹ Da Extravertierte hiernach weniger gut konditionierbar sind, müssten sie vermehrt kriminell werden. Empirische Untersuchungen haben aber gezeigt, dass sich allenfalls bei der kleinen Gruppe der „aggressiven Psychopathen“ Anhaltspunkte für diese Theorie finden, nicht aber bei den „normalen Kriminellen“.⁷² Darüber hinaus erscheint es fraglich, ob das – ursprünglich aus Beobachtungen am Tier abgeleitete – Prinzip des Behaviorismus, nach dem Verhalten unmittelbar von bestimmten Reizen ausgelöst wird, der Komplexität menschlichen Verhaltens gerecht wird;⁷³ auch wird der Einfluss anderer bedeutender Lernvorgänge (Modellernen, operante Konditionierung → Rn. 34 f.) und kognitiver Persönlichkeitsmerkmale vernachlässigt.⁷⁴

34 1.3.1.2 Einen Schritt weiter geht die **operante Konditionierung** nach dem Modell von *Skinner* (1953), der durch Tierversuche das Prinzip des „Lernens am Erfolg“ beschrieben hat, das jedoch beim Menschen nicht reflexartig, sondern willensgesteuert stattfinden soll. Da das Problemverhalten durch Belohnung erworben oder gefestigt wird, führt bereits das Unterlassen aversiver Stimuli bei erfolgreichen Straftaten (z. B. fehlende Strafe bei unentdeckter Delinquenz) zur Verstärkung delinquenter Verhaltensweisen. Umgekehrt versucht man in der Verhaltenstherapie, die häufig bei der Sozialtherapie von Strafgefangenen eingesetzt wird, durch Gegenkonditionierung, d. h. gezielte Belohnung sozial angepassten Verhaltens, das Erlernen legalen Verhaltens zu vermitteln. Kritisiert wird an dieser Theorie die unzureichende Erklärung der Erstdelinquenz, bei der es ja noch kein Bekräftigungslernen geben kann, sowie die zu starke Vereinfachung bei der Erfassung sozialer Lernvorgänge.⁷⁵

35 1.3.1.3 Differenzierter ist demgegenüber die **sozial-kognitive Lerntheorie** *Banduras* (1979), nach der (aggressive) Verhaltensweisen weniger durch persönliche Erfahrung als vielmehr stellvertretend durch Beobachtung des Verhaltens anderer und der sich daraus für diese Personen ergebenden positiven oder negativen Konsequenzen (**Lernen am Modell**) angeeignet werden. Besondere Bedeutung soll dabei den **Bezugspersonen** wie Eltern, Lehrern und Autoritäten in peer-groups sowie **Medienfiguren** zukommen. Im Unterschied zum Behaviorismus begreift der sozial-kognitive Ansatz den Lernvorgang nicht als bloß passive Prägung, sondern als einen aktiven Selbststeuerungsprozess, in dem der Lernende sein Verhalten im Hinblick auf eigene Verhaltensstandards und antizipierte Folgen „modelliert“.

Eine genauere Beschreibung oder gar empirische Überprüfung dieses insgesamt sehr komplexen Lernkonzepts ist dem sozial-kognitiven Ansatz allerdings bisher nicht gelungen.⁷⁶ Die sehr bekannt gewordenen Kinderexperimente mit der Clownpuppe Bobo hatten ausgesprochenen Laborcharakter und erbrachten letztlich nur den Nachweis, dass es unmittelbares Nachahmungsverhalten gibt.

36 1.3.1.4 Eine andere **behavioristische Lerntheorie**⁷⁷ stellt auf die These ab, dass **Aggressionen** Reaktionen auf vorausgehende **Frustrationen**, also auf Störungen zielgerichteter Aktivitäten seien.⁷⁸ Da sich die einfache **Frustrations-Aggressions-Hypothese** für die Kriminalitätsentstehung nicht nachweisen ließ, wird zunehmend auf die Bedeutung der Lebensgeschichte und langzeitiger Lerneinflüsse für frustrationsbedingte Aggressivität und Kriminalität abgestellt,⁷⁹ wodurch sich die Theorie multifaktoriellen Ansätzen annähert. Sie wird oft für die Erklärung innerfamiliärer Gewalt, insbesondere für Kindesmisshandlung, herangezogen.

⁷¹ Vgl. *Mannheim* 1974, 401 ff.; *Bock* 2000, Rn. 133.

⁷² Kritisch *Lösel* 1993 a, 534 f.

⁷³ *Egg* 2003, 48; *Bock* 2000, Rn. 134.

⁷⁴ *Schwind* 2005, § 6 Rn. 37; *Bock* 2000, Rn. 134; *Lösel* 1993 a, 535 f.

⁷⁵ *Lösel* 1993, 257.

⁷⁶ *Lösel* 1993, 260; *Kunz* 2004, § 20 Rn. 11.

⁷⁷ *Dollard u. a.* 1939.

⁷⁸ Dazu *Kaiser* 1996, § 58 Rn. 25.

⁷⁹ *Selg/Mees/Berg* 1997.

1.3.1.5 Die **Entwicklungstheorie des moralischen Urteils** von *Kohlberg* (1971) ist weniger eine Erklärung für Kriminalität oder Konformität als vielmehr ein Modell für rechtliche Sozialisation. Kriminalität wird dabei deskriptiv-normativ einem niedrigen Niveau der moralischen Entwicklung zugeordnet, meist dem vorkonventionellen Niveau mit naiv-egoistischer Orientierung und heteronomer Moral, die durch Gehorsam und Strafe geprägt wird. Das konventionelle und nachkonventionelle Niveau (Orientierung am Sozialvertrag, am Gemeinwohl und an ethischen Prinzipien) wird dagegen als Ziel der Kriminalpädagogik umschrieben.⁸⁰ **37**

1.3.1.6 Die **Theorie der differentiellen Assoziation** hat als Erste auf die besondere Bedeutung der sozialen Kontakte für das Erlernen von kriminellen Verhalten hingewiesen. Diese von *Sutherland* (1924) begründete und gemeinsam mit *Cressey* (zuletzt 1974) weiterentwickelte **soziologische Lerntheorie** besagt, dass ein kriminogener Lernvorgang dann einsetzt, wenn Assoziationen (Verbindungen, Kontakte) mit sozial abweichenden Personen oder Gruppen häufiger, länger, intensiver und früher stattfinden als mit gesetzeskonformen Personen oder Gruppen. **38**

Als wesentliche Aussagen sind zusammenzufassen:

- (1) Das kriminelle Verhalten wird in Interaktionen mit anderen Personen erlernt.
- (2) Der intensivste Lernprozess findet innerhalb von kleinen Gruppen statt (auch Erfahrungslernen).
- (3) Das Erlernte umfasst sowohl die Motive als auch die Techniken des abweichenden Verhaltens.

Die Theorie umfasst zwar ein breites Spektrum konformen und abweichenden Verhaltens (nicht erfasst werden z. B. Trieb- und Affekttaten), ist aber wegen der Vielfalt möglicher Assoziationen kaum empirisch prüfbar und lässt auch offen, welche Bedingungen dazu führen, dass „**kriminalitätsbegünstigende oder -verhindernde Kontakte**“ geknüpft werden; schließlich liefert sie keine Erklärung für das Entstehen von (Primär-)Kriminalität innerhalb der Kontaktgruppe.

Diese Vorbehalte gelten auch gegenüber den Fortentwicklungen des Ansatzes von *Sutherland* in Gestalt der **Theorien der differentiellen Identifikation** (*Glaser* 1956), welche die Bedeutung spezieller Identifikationsfiguren betont, und der **differentiellen Verstärkung**, mit der *Burgess/Akers* (1966) den eigentlichen Lernvorgang im Rahmen der Gruppenkontakte mit Hilfe des Prinzips des operanten Konditionierens (Belohnung oder Ausbleiben von Bestrafung als Lernstimulus) zu erklären versuchen. **39**

1.3.2 Theorie der Neutralisationstechniken **40**

In engem Zusammenhang mit den lerntheoretischen Ansätzen steht die Theorie der Neutralisationstechniken von *Sykes/Matza* (1957), die außerdem Bezüge zu den Subkulturtheorien (→ 2.1.5) aufweist. Sie geht zwar davon aus, dass jugendliche Straftäter grundsätzlich die allgemeinen gesellschaftlichen Werte und Normen anerkennen, jedoch dazu neigen, bei Begehung einer Straftat diese in irgendeiner Form zu „rechtfertigen“, so dass die von den Normen ausgehende Motivationswirkung neutralisiert wird. Diese Neutralisierung ermöglicht die Begehung von Straftaten ohne Beschädigung des eigenen Selbstbildes. Für das Erlernen der Neutralisierungstechniken wird auf *Sutherlands* Theorie der differentiellen Assoziation verwiesen.

Nach dieser Theorie gibt es fünf Typen von Neutralisierungstechniken: **41**

- (1) Die Leugnung der Verantwortlichkeit für die Tat, indem der Jugendliche die Tat dem Zufall oder ungünstigen Umwelteinflüssen zuschiebt;
- (2) die Leugnung, einen Schaden angerichtet zu haben, indem etwa bei Eigentumsdelikten darauf verwiesen wird, dem Geschädigten mache der Verlust der Sache nichts aus;
- (3) die Leugnung, einen anderen zum Opfer einer Straftat gemacht zu haben, indem dem Opfer Fehlverhalten untergeschoben wird, so dass die eigene Tat als „Strafe“ erscheint;
- (4) die Herabsetzung der an der Strafverfolgung beteiligten Personen;
- (5) die Berufung auf „höherstehende Maßstäbe“ wie etwa die ungeschriebenen Normen einer jugendlichen Subkultur.

Ungeklärt bleibt bei dieser Theorie die Frage, warum es zum Neutralisierungsprozess kommt. Erklären lässt sich dies nur dann, wenn man eine bereits vorhandene Motivation zur Begehung von Straftaten annimmt, die mindestens ebenso stark ist wie die von den Normen ausgehende Motivationswirkung. Über die Motivation zur Abweichung wird von der Theorie der Neutralisierungstechniken jedoch nichts gesagt. Ebenso bleibt ungeklärt, aus welchen Gründen welche Neutralisierungstechniken gewählt werden.

Neuerdings werden Mechanismen der Neutralisation herangezogen für die Erklärung kollektiver Gewaltaktionen, z. B. für die Ausschaltung des Tötungstabus während der nationalsozialistischen Gewalt Herrschaft oder für rechtsextremistische Gewalttätigkeiten gegen Ausländer. In beiden Fällen spielt die Dehumanisierung des Opfers und die Berufung auf rechtfertigende Ideologien eine entscheidende Rolle. **42**

⁸⁰ Vgl. *Pfeiffer* 1989, 10 ff.; skeptisch *Lösel* 1993, 262; *Kaiser* 1996, § 16 Rn. 4: Tautologie-Gefahr.

1.3.3 Kontrolltheorien

- 43 Die Kontrolltheorien⁸¹ fragen im Gegensatz zu den bislang besprochenen Theorien nicht danach, warum Menschen sich abweichend verhalten, sondern danach, warum Menschen sich konform verhalten. Diese umgekehrte Perspektive der Erklärung der Normbedürftigkeit ist u. a. vom psychoanalytischen Menschenbild *Freuds* beeinflusst. Sie versucht zu erklären, wie es kommt, dass viele Menschen nicht straffällig werden, obwohl auch sie den von den anderen Theorien postulierten kriminogenen Einflüssen ausgesetzt sind.
- 44 *Reckless* (1961) unterscheidet zwischen innerem Halt (Selbstkonzept) und äußerem Halt (Familie, Gruppen u. Ä.) des Einzelnen (deshalb auch **Halttheorie**). Ist der äußere Halt schwach, so muss der innere Halt nach *Reckless* entsprechend stärker sein, um den kriminellen Versuchungen standhalten zu können. Umgekehrt ist ein starker äußerer Halt in der Lage, ein ungünstiges Selbstkonzept auszugleichen. Der Mangel an innerem und äußerem Halt führt zur Straffälligkeit.⁸² Das Verhältnis, in dem innerer und äußerer Halt stehen und sich wechselseitig ausgleichen, bleibt allerdings weitgehend ungeklärt. Auch die Gründe für die Entstehung eines positiven bzw. negativen Selbstkonzeptes werden nicht hinreichend deutlich.
- 45 Nach *Hirschi*⁸³ begehen Menschen von Natur aus Straftaten, wenn sie nicht durch **Bindung an gesellschaftliche Konventionen** daran gehindert werden. *Hirschi* schlägt deshalb eine stärkere Differenzierung für äußeren und inneren Halt zur Erklärung konformen Verhaltens vor. Die Bindung des Einzelnen an die Gesellschaft wird mit vier Elementen erklärt:
- (1) **Emotionale Bindung** an andere Menschen (**attachment to others**), die sich in der Rücksichtnahme auf die Wünsche und Erwartungen der anderen ausdrückt;
 - (2) rationale **Kalkulation**, welche Risiken und Nachteile sich aus einer Straftat für die bislang erreichte Stellung des Individuums in der Gesellschaft ergeben (**commitment to achievement**);
 - (3) **Einbindung** in normkonforme Tätigkeiten wie Arbeit oder Armeedienst, die dem Einzelnen keine Gelegenheit gibt, sich abweichend zu verhalten (**involvement in conventional activities**);
 - (4) **Glauben** an die moralische Gültigkeit der gesellschaftlichen Regeln (**belief in the moral validity of rules**).
- Wenn eines oder mehrere dieser Elemente der Bindung an die Gesellschaft bei einem Menschen geschwächt sind oder gar nicht mehr existieren, steigt die Wahrscheinlichkeit, dass der Betreffende eine Straftat begeht.
- 46 Ausgehend von der empirischen Erkenntnis, dass Straftaten häufig spontan, strukturlos und in der Ausführung trivial sind, hat *Hirschi* zusammen mit *Gottfredson* die Kontrolltheorie zur **Theorie der „low self-control“** weiterentwickelt. Kennzeichen von Personen mit geringer Selbstkontrolle seien u. a. Impulsivität, Risikofreude sowie das Streben nach unmittelbarer und schneller Bedürfnisbefriedigung ohne Bedenken der Konsequenzen („concrete here and now orientation“).⁸⁴
- Grund für mangelnde Selbstkontrolle sei die in erster Linie auf einer inadäquaten Erziehung beruhende unwirksame und unangemessene Sozialisation. Diese fehlende Selbstkontrolle ist nach *Hirschi/Gottfredson* Wurzel sowohl für Straftaten als auch für andere Arten kurzfristiger Bedürfnisbefriedigung (These der Austauschbarkeit) und stellt eine stabile Größe dar, die sich nur über einen längeren Zeitraum hinweg ändere (Stabilitätsthese), so dass abweichendes Verhalten relativ vorhersehbar sei. Problematisch ist jedoch, dass das Konzept der „low self-control“ nicht kriminalitätsspezifisch ist, sondern auch andere hedonistisch motivierte Verhaltensweisen (Alkoholgenuss, Sex mit wechselnden Partnern etc.) moralisierend erfasst. Zudem kann Kriminalität von Personen, denen schon allein aufgrund ihrer Stellung häufig ein hohes Maß an Selbstkontrolle zuzuschreiben ist, nicht erklärt werden (z. B. Mittel- und Oberschichtsdelinquenz im Bereich des Wirtschaftslebens und bei Steuerdelikten).⁸⁵ Das Fehlen bzw. die Entwicklung von Selbstkontrolle stellt keinen völlig neuen theoretischen Ansatz in der Konzeption von *Hirschi* dar, sondern ist eine Konsequenz der Bedingungen für mangelnde bzw. vorhandene Bindung.
- 47 Der **Nachteil der Kontrolltheorie** liegt darin, dass allein mit dem Konzept der Bindung bzw. Kontrolle noch nicht erklärt wird, warum der Einzelne unter den genannten Bedingungen straffällig wird. Die Kontrolltheorie kann insoweit lediglich darauf verweisen, dass die Motivation, Straftaten zu begehen, eben eine Konstante im menschlichen Wesen sei.⁸⁶ Dem steht aber die Beobachtung entgegen,

⁸¹ *Reckless* 1961; *Hirschi* 1974.

⁸² *Reckless* 1961, 4 ff.

⁸³ *Hirschi* 1974, 16 ff.

⁸⁴ *Gottfredson/Hirschi* 1990.

⁸⁵ *Schneider* 2001, 57; *Meier* 2005, § 3 Rn. 89.

⁸⁶ *Hirschi* 1974, 31 ff.

dass zahlreiche Individuen trotz Fehlens konventioneller Bindungen nicht straffällig werden und dass sich das Legalverhalten von Personen mit vergleichbarem sozialem Umfeld (z. B. bei Geschwistern) ganz unterschiedlich entwickeln kann. Auch der kriminalitätsverstärkende Einfluss der Zugehörigkeit zu jugendlichen Banden lässt sich damit kaum erklären. *Hirschi* räumt diese Nachteile ein, bestreitet allerdings deren Relevanz für eine allgemeine Verbrechenstheorie.

Die von *Tittle*⁸⁷ entwickelte **Theorie der Kontrollbalance** geht davon aus, dass das Verhältnis zwischen dem Ausmaß an Kontrolle, die jemand über andere ausübt, und dem Ausmaß, in dem derjenige seinerseits der Kontrolle durch andere unterworfen ist, die Wahrscheinlichkeit, kriminelle Handlungen zu begehen, beeinflusst. Sowohl ein Kontrollüberschuss (Autonomie) als auch ein Kontrolldefizit bei extremer Kontrollunterworfenheit (Repression) sollen Devianz begünstigen, da diese dem Menschen hilft, Kontrollmängel auszugleichen bzw. Überschüsse zu nutzen. Mit diesem Ansatz lassen sich die Kriminalität der Mächtigen sowie Wirtschafts- und politische Straftaten gut erklären,⁸⁸ der Vorteil ist, dass er bei vielen unterschiedlichen Kriminalitätsstrukturen und -erscheinungen⁸⁹ (Kriminalität in der Partnerschaft, Kriegsverbrechen, Umweltverschmutzung etc.) greift.

1.3.4 Ökonomische Theorie (rational choice approach)

48

Den Versuch einer Übertragung volkswirtschaftlicher Erkenntnisse auf den Bereich der Kriminalitätstestehung unternimmt eine ökonomische Theorie, die Kriminalität als das Ergebnis einer **rationalen Kosten-Nutzen-Analyse** ansieht, in der die potentiellen Vorteile und Nachteile der Bedürfnisbefriedigung durch kriminelles Verhalten einerseits und legales Verhalten andererseits gegeneinander abgewogen werden.⁹⁰

Soweit als **Verbrechenskosten** vor allem die **Wahrscheinlichkeit und Empfindlichkeit einer möglichen Bestrafung** genannt werden, weist dieser Ansatz deutliche Bezüge zur Strafrechtstheorie der negativen Generalprävention (s. u. Rn. 98–100) auf; mit der Schuldvergeltungstheorie des philosophischen Idealismus (s. u. Rn. 83 f.) verbindet ihn die Vorstellung von der Vernünftigkeit menschlichen Handelns. Damit ist sein Anwendungsbereich jedoch von vornherein auf diejenigen Kriminalitätsfelder beschränkt, in denen ein ökonomisches Kalkül der Täter erwartet werden kann wie etwa in der Wirtschafts- und Umweltkriminalität sowie der organisierten Kriminalität.⁹¹ Auch wenn die Vertreter des „rational-choice“-Ansatzes zugestehen, dass der Rationalität des Entscheidungsprozesses durch die psychischen Fähigkeiten des jeweiligen Täters und Informationsdefizite Grenzen gesetzt sind, verbleibt immer noch ein erheblicher Rest „unvernünftiger“, planloser und gerade nicht vorausschauend durchgeführter Delinquenz. Selbst im Bereich der scheinbar rational handelnden Täter ist empirisch ungeklärt, ob nicht auch bei ihnen irrationale Motive eine entscheidende Rolle spielen (z. B. Ehrgeiz, Statusdenken, Familientradition, Rettung eines Unternehmens).⁹²

2. Gesellschaftsorientierte Theorien

2.1 Soziologische Theorien

49

Bei den soziologischen Kriminalitätstheorien ist zunächst zu beachten, dass sie vielfach nicht primär die Kriminalität von Individuen – durch Umwelteinflüsse – erklären wollen (**mikrosoziologischer Bereich**), sondern die Entstehung und Entwicklung der Kriminalität auf gesamtgesellschaftlicher Ebene (**makrosoziologischer Bereich**). Ihre Übertragbarkeit auf das Verhalten von Individuen oder kleinen Gruppen wird oft nicht ausdrücklich erörtert und ist nicht bei allen Theorien in gleichem Maße möglich. Sie sind also nicht schon dann falsifiziert, wenn sich Einflüsse auf individuelle Kriminalität nicht nachweisen lassen. Dennoch ist es sinnvoll zu prüfen, inwieweit die auf gesellschaftlicher Ebene wirksamen Einflüsse auch das Verhalten von Individuen determinieren.

⁸⁷ *Tittle* 1995.

⁸⁸ *Schneider* 2001, 58.

⁸⁹ *Kunz* 2004, § 22 Rn. 22 f.

⁹⁰ U. a. *Becker* 1993; *Cornish/Clarke* 1986.

⁹¹ Vgl. *Göppinger* 1997, 147.

⁹² Ähnlich *Kunz* 2004, § 24 Rn. 26 f.; *Bock* 2000, Rn. 193; *von Danwitz* 2004, Rn. 53 f.

2.1.1 Französische Schule

- 50 Am Anfang stand die **französische kriminalsoziologische Schule**,⁹³ deren Anhänger überwiegend und recht global die „Gesellschaft“ für Kriminalität verantwortlich machten, z. B. *Lacassagne* (1901): Die Gesellschaft hat die Verbrecher, die sie verdient. Das **Milieu** ist der Nährboden der Kriminalität. Oder *Tarde* (1893): Die mächtige Triebkraft aller gesellschaftlicher Phänomene einschließlich des Verbrechens ist die **Nachahmung**. „Tout le monde est coupable excepté le criminel“ (Jedermann ist schuldig – mit Ausnahme des Kriminellen). Schon früher hatte *Marx* – angeregt durch die Holzdiebstahlsgesetzgebung im Rheinischen Landtag (1842) – die politische Einseitigkeit der Strafgesetzgebung gerügt und später die kapitalistische Gesellschaftsordnung für die Entstehung vieler Verbrechen verantwortlich gemacht. Auch *Engels* führte in seinem Buch über „Die Lage der arbeitenden Klasse in England“ (1845) die Kriminalität auf die ökonomischen Verhältnisse des Kapitalismus zurück und sah besonders im Diebstahl eine – allerdings unfruchtbare – Form des Klassenkampfes und der Empörung der Arbeiter.⁹⁴

2.1.2 Theorie der strukturell-funktionalen Zusammenhänge

- 51 Als Grundlage für speziellere Theorien ist die – ausschließlich makrosoziologische – Theorie der strukturell-funktionalen Bedingtheit der Kriminalität von *Durkheim* (1895) anzusehen. Danach ist das Verbrechen die **normale Kehrseite** sozialer Regelungen, in denen sich die innere **Struktur der Gesellschaft** gegenüber Abweichungen manifestiert. Es trägt aber auch zur Erhaltung der gesellschaftlichen Struktur bei, hat also **funktionale Bedeutung**, weil die auf das Verbrechen folgende Strafe die bedrohten Kollektivgefühle intensiviert. Der Verbrecher ist also ein „regulärer Wirkungsfaktor des sozialen Lebens“. Nicht normal wäre jedoch ein sprunghaftes Ansteigen der Kriminalitätsrate. Eine solche Entwicklung wäre – ebenso wie höhere Selbstmordraten – Ausdruck einer verbreiteten **Anomie** (Normlosigkeit), resultierend aus der Unersättlichkeit menschlicher Bedürfnisse, deren Befriedigung bei raschem sozialen Wandel nicht mehr innerhalb der akzeptierten Regeln mit den vorhandenen Mitteln möglich ist.

2.1.3 Anomietheorie

- 52 *Merton* (1957) knüpft in seiner Anomie-Theorie an diesen Begriff an, führt jedoch die Anomie deutlicher als *Durkheim* auf die (nordamerikanische) **Gesellschaftsstruktur** zurück, nämlich auf die Kluft zwischen **kulturell bestimmten Zielen** und **sozialstrukturellen Mitteln** zu ihrer Verwirklichung. Normschwäche und damit abweichendes Verhalten ist danach eine Folge der Diskrepanz zwischen kulturell vorgegebenen oder übersteigerten Erwartungen (z. B. Wohlstand, Macht) und den individuell vorhandenen, rechtlich anerkannten Mitteln zur Zielerreichung (z. B. Arbeitskraft, Einkommen).

Da die Zugangschancen – zu legalen Mitteln – für Unterschichtsangehörige und Jugendliche geringer sind, wird die Anomie-Theorie gelegentlich zur Erklärung der zunehmenden **Diebstahlskriminalität Jugendlicher in der Wohlstandsgesellschaft** herangezogen. Schwerer erklärbar sind dagegen Gewalt-, Sittlichkeits-, Wirtschafts- und Verkehrskriminalität sowie die geringere Kriminalität der Frauen und Landbewohner.

- 53 Als mögliche **Reaktion des Individuums** auf die anomische Situation beschreibt *Merton* fünf Verhaltensmuster:

- (1) **Konformität**: Ziele und Mittel werden bejaht und ggf. dem sozialen Wandel angepasst.
- (2) **Ritualismus**: Ziele werden heruntergeschraubt oder aufgegeben, die institutionalisierten Mittel aber beibehalten (z. B. routinemäßige Mehrarbeit).
- (3) **Rückzug (Apathie)**: Ablehnung kultureller Ziele und institutioneller Mittel (Außenseiter der Gesellschaft, z. B. Landstreicher, Alkoholiker, Süchtige).
- (4) **Innovation**: Ziele werden akzeptiert, aber mit illegalen Mitteln angestrebt (z. B. Kriminalität).
- (5) **Rebellion**: Ziele und Mittel werden bekämpft (z. B. politisch motivierte Kriminalität).

⁹³ Vgl. *Göppinger* 1997, 25.

⁹⁴ Zur These der schrittweisen Eliminierung der Kriminalität in der sozialistischen Kriminologie der DDR vgl. *Kaiser* 1996, § 18 Rn. 16 ff.

Die entscheidende Frage, unter welchen Bedingungen etwa kriminelles Verhalten (Nr. 4, 5 evtl. auch 2, 3) oder legales Verhalten (Nr. 1) gewählt wird, lässt Merton weitgehend offen und verweist auf die unterschiedliche Sozialisation und das Rollenverhalten in bestimmten Situationen.

Den Mangel der Anomietheorie, keine Erklärung dafür geben zu können, warum (nur) manche Menschen auf sozialstrukturelle Schlechterstellungen gerade mit Kriminalität reagieren, teilt auch die in Deutschland im letzten Jahrzehnt populär gewordene These von der „**neuen Armut**“ als Ursache für den Anstieg der Jugendkriminalität. Auch in Kombination mit dem (unscharfen) Begriff der „**Desintegration**“, der auf *Heitmeiers* (1992) Erklärungsansatz für rechtsextremistisch motivierte Jugendgewalt zurückgeht und die Auflösung von sozialer An- und Einbindung kennzeichnen soll, ist der Hinweis auf die Armut als wesentliche Verbrechensursache eine problematische, empirisch keineswegs belegte⁹⁵ Vereinfachung weitaus komplexerer Zusammenhänge.

54

Letztlich ist die hier bedeutsame „**relative Armut**“, also der Abstand zu dem in der Gesellschaft vorhandenen Wohlstand, nichts anderes als die von *Merton* beschriebene Anomie, die ohne Heranziehung weiterer Sozialisationsfaktoren (z. B. Familie, Erziehungsstile, Ausbildung, soziale Bindung) nur geringen Erklärungswert für kriminelles Verhalten hat.⁹⁶

Eine weitreichende Determination individuellen Verhaltens kann daher nicht angenommen werden. Das gilt auch für die folgenden Theorien, die zum Teil nur spezielle Delinquenzbereiche betreffen, teilweise aber auch so abstrakt formuliert sind, dass sich exakte Bedingungen kaum nachweisen lassen und die empirischen Belege lückenhaft oder widersprüchlich sind.

55

2.1.4 Ökologische Theorie

Die ökologische Theorie der Chicago-Schule⁹⁷ betrifft vor allem die lokalen Entstehungsbedingungen der Kriminalität. Die Untersuchungen beziehen sich insbesondere auf jugendliche Banden und deren bevorzugte Aufenthaltsorte. Stadtkerne, Geschäftsviertel, Fabrikzonen und sonstige Gebiete mit reduzierter sozialer Kontrolle werden als „Brutstätten“ der Kriminalität (**delinquency areas**) angesehen.

56

In Deutschland begann die kriminalgeographische Forschung Ende der 70er Jahre mit den Bochumer Studien von *Schwind*, wobei Untersuchungen zur Kriminalitätsverteilung und daraus abgeleitete Folgen für die polizeiliche Einsatzplanung im Vordergrund standen.⁹⁸ Der Bedeutung der Wohnhausarchitektur als (Mit-)Ursache für die Entstehung von Kriminalität und den Möglichkeiten städtebaulicher Verbrechensprävention ist *Rolinski* (1980) nachgegangen. In jüngster Zeit hat der mögliche Zusammenhang zwischen Kriminalität und Zustand des Stadtbildes unter dem Schlagwort der „**broken windows**“-Theorie⁹⁹ wieder große, nicht nur auf die Fachwelt beschränkte Popularität erlangt. Dieser Ansatz geht davon aus, dass Verwahrlosungserscheinungen des öffentlichen Raumes (z. B. baulicher Verfall, Müll, Graffiti, Belästigungen durch aggressives Betteln oder Drogensüchtige) Normbrüche geradezu herausfordern. Noch bekannter sind die daraus in Amerika, namentlich in New York gezogenen kriminalpolitischen Konsequenzen einer „**zero tolerance**“-Strategie geworden, mit der rigoros gegen Bagatelldelinquenz und kleinste Ordnungsverstöße vorgegangen wird. Die anfängliche Euphorie über einen drastischen Kriminalitätsrückgang hat einer skeptischeren Betrachtung der Erfolgsursachen sowie der teilweise exzessiven polizeilichen Maßnahmen Platz gemacht; überwiegend Zustimmung haben dagegen auch hierzulande das grundsätzliche Ziel einer Rückgewinnung des öffentlichen Raumes und einzelne hierzu vorgeschlagene und praktizierte Maßnahmen gefunden.¹⁰⁰ Eine umfassende empirische Überprüfung der „broken windows“-These steht noch aus.¹⁰¹

57

2.1.5 Subkultur-Theorie

Die **Subkultur-Theorien** (*Whyte* 1943, *Cohen* 1955, *Miller* 1979) befassen sich ebenfalls mit der Genese jugendlicher Bandenkriminalität und mit der Analyse der inneren Bandenstruktur. Dabei wird vor allem auf die von den „Mittelschichtnormen“ abweichende Wertordnung und Sozialstruktur in den Slum-Gebieten und im übrigen „Bandenland“ hingewiesen. Die Bandenmitglieder handeln entsprechend ihrer „abweichenden Subkultur“ – z. B. Konfliktlösung durch Gewalt . . . – und verstoßen

58

⁹⁵ Vgl. *Kaiser* 1996, § 52 Rn. 12; *Meier* 1998, 1069 ff.

⁹⁶ *Meier* 1998, 1078 ff.

⁹⁷ *Thrasher* 1927; *Shaw/McKay* 1948; vgl. *Schwind* 2005, § 7 Rn. 15 ff.

⁹⁸ Überblick bei *Schwind* 2005, § 15 Rn. 11 ff.

⁹⁹ *Wilson/Kelling* 1982, 1996.

¹⁰⁰ Vgl. *Schwind* 2005, § 15 Rn. 36–40.

¹⁰¹ *Laue* 1999, 284 ff.

damit gegen die Mittelschichtnormen, verhalten sich also kriminell. Eine Determination der Unterschichtangehörigen ist jedoch nicht gegeben, da schon die Vertreter dieses Ansatzes erkennen mussten, dass ein Teil der Unterschichtangehörigen die Mittelschichtnormen akzeptiert und sich entsprechend verhält.

2.1.6 Kulturkonfliktstheorie

- 59** Die Kulturkonfliktstheorie wurde von *Sellin* (1938) entwickelt und vor allem am Beispiel der amerikanischen Einwandererphänomene verdeutlicht. Sie geht davon aus, dass in einer Gesellschaft **antagonistische Normensysteme** einzelner Gesellschaftsgruppen bestehen, welche die **Randgruppen** (z. B. Einwanderer und sonstige Minoritäten) in Normenkonflikte verstricken können, weil deren „Ordnung“ am ehesten von den Gesetzen abweicht. Diese Abweichungen können zu Kriminalität führen, und zwar umso mehr, je schärfer die Divergenzen und Zusammenstöße mit den Rechtsnormen, Gebräuchen und Werten der Wirtskultur sind.
- 60** Die Entstehung von Kriminalität aus dem Kulturkonflikt, der meist die strafrechtlichen Normen nur indirekt betrifft, ist allerdings nicht zwingend. Die teilweise widersprüchlichen amerikanischen Befunde zur Einwandererkriminalität schließen nicht aus, dass der Kulturkonflikt vernebelt, worum es eigentlich geht, nämlich beschränkte berufliche, ökonomische, politische und ökologische Chancen. In Deutschland wird die Kulturkonfliktstheorie deshalb überwiegend skeptisch beurteilt, zumal bei den Gastarbeitern der ersten Generation – im Gegensatz zu anderen Ausländergruppen (z. B. Asylbewerber, Durchreisenden) – keine höhere Kriminalitätsbelastung festgestellt wurde als bei der nach Alter und Geschlecht vergleichbaren deutschen Bevölkerung.¹⁰² Das spricht dafür, dass etwaige Kulturkonflikte anders als durch Kriminalität gelöst werden. Für die seit 1978 nachgewiesene deutliche Höherbelastung der **jungen Ausländer** gegenüber den gleichaltrigen Deutschen,¹⁰³ die größtenteils auf hier aufgewachsene Gastarbeiterkinder entfällt, werden eher Erklärungen aus anderen Theorien herangezogen, die sich auf die sozialstrukturelle Benachteiligung in den Bereichen Ausbildung, Beruf, Einkommen, Wohnung, Freizeit und soziale Kontrolle beziehen (Anomietheorie, Sozialisationstheorie, Theorie der differentiellen Assoziation, Labeling-Theorie).
- 61** Allerdings weisen die Unterschiede zwischen 1. und 2. Generation darauf hin, dass es bei der Kulturkonfliktstheorie weniger auf den äußeren Konflikt von Werten und Normen beim Zusammentreffen mit der fremden Kultur ankommt als vielmehr auf den **inneren Konflikt**,¹⁰⁴ der als Orientierungslosigkeit über die gültigen Werte und Normen bezeichnet werden kann. Die Gefahr einer daraus resultierenden kriminalitätsfördernden Zerrüttung des Wertgefüges wächst mit zunehmender Dauer des Aufenthaltes,¹⁰⁵ und sie trifft besonders die Ausländerkinder, die widersprüchlichen Sozialisationsanforderungen ausgesetzt sind und sich ständig zwischen den Wertvorstellungen der Eltern und denen der deutschen Umwelt entscheiden müssen.¹⁰⁶
- 62** Dieser spezifische Erklärungswert der Kulturkonfliktstheorie wird auch gestützt durch die noch höhere Kriminalitätsbelastung der **Asylbewerber**, insbesondere derjenigen aus der „dritten Welt“, deren kultureller Hintergrund noch stärker von den mitteleuropäischen Normen abweicht.¹⁰⁷ Nachdem deren Zahl infolge des Asylrechtskompromisses¹⁰⁸ seit Mitte 1993 beträchtlich zurückgegangen war, tauchten ähnliche Probleme bei den **jungen deutschstämmigen Spätaussiedlern** aus Osteuropa und der ehemaligen Sowjetunion auf. Die Untersuchung der Kriminalitätsbelastung von Aussiedlern gestaltet sich schwierig, da diese in der Polizeilichen Kriminalstatistik nicht gesondert erfasst werden, sondern in der Gruppe der „Deutschen“ aufgehen; lediglich in Bayern (1996), Niedersachsen (1998) und Nordrhein- Westfalen (2003) wird das Merkmal „(Spät-)Aussiedler“ in die Statistik aufgenommen. Erschwerend kommt hinzu, dass keine verlässlichen Angaben zur Bevölkerungszahl vorliegen. Verschiedene Studien – regional ausgerichtet – kamen zu teils unterschiedlichen Ergebnissen;¹⁰⁹ während die Belastung von Aussiedlern und Deutschen zunächst ähnlich hoch zu sein schien,¹¹⁰ kann inzwischen wohl übereinstimmend festgehalten werden, dass die Kriminalitätsbelastung im Lauf der neunziger Jahre angestiegen ist.¹¹¹ Besonders nach 1991 zugewanderte, jüngere Altersgruppen, die im Verlauf der Jahre Ausgrenzung in Form von sozialen Nachteilen und Eingliederungsproblemen erfuhren (die sie in der ersten Zeit nach der Einwanderung noch hinzunehmen bereit waren), zeigen eine erhöhte Belastung,¹¹² vor allem bei Vermögens-, Rohheits-, Gewalt-

¹⁰² Göppinger 1997, 124; Kaiser 1997, 348 f.

¹⁰³ Vgl. Schöch/Gebauer 1991, 49 f.; 53 f.; z. T. mehr als doppelt so hoch.

¹⁰⁴ Schneider 1987, 307.

¹⁰⁵ Kaiser 1996, § 57 Rn. 3; Schneider 1987, 307.

¹⁰⁶ Schöch/Gebauer 1991, 5.

¹⁰⁷ Schöch/Gebauer 1991, 45 ff., 56.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 16 a GG; Gesetz vom 28. 6. 1993 (BGBl. I, 1002).

¹⁰⁹ Überblick bei BMI, BMJ 2001, 323 ff.; Pfeiffer u. a. 2005, 49 ff.

¹¹⁰ Luff 2000, 190.

¹¹¹ Pfeiffer u. a. 2005, 49.

¹¹² Pfeiffer u. a. 2005, 49.

und Betäubungsmitteldelikten.¹¹³ Bei der Beurteilung der Aussiedlerkriminalität ist jedoch Zurückhaltung geboten, solange keine flächendeckenden Studien zur Verfügung stehen, um einem Kriminalisierungs- bzw. Stigmatisierungseffekt mit einhergehenden Ängsten und Unsicherheitsgefühlen in der Bevölkerung vorzubeugen.¹¹⁴ Auch bei diesen Gruppen zeigt sich freilich, dass die erwähnte Theoriekombination sinnvoll ist, um auch andere relevante Faktoren zu erfassen, insbesondere schichtbedingte Unterschiede, Sprachbarrieren, sozialstrukturelle Benachteiligung (Arbeit, Ausbildung), demographische Aspekte (Alter, Geschlecht) und Selektionsprozesse.¹¹⁵

2.2 Etikettierungstheorien

Im Gegensatz und in bewusster Abgrenzung zu den bisher dargestellten ätiologischen Theorien, die Kriminalität als Folge bestimmter anlage- oder umweltbedingter Merkmale des Rechtsbrechers verstehen, begreifen die „**Stigmatisierungs- oder Etikettierungsansätze**“ abweichendes Verhalten als das (Kunst-)Produkt gesellschaftlicher Definitions- und Zuschreibungsprozesse. Kriminalität ist demnach keine deskriptiv zu erfassende Qualität menschlichen Handelns, sondern eine bloß askriptive (Ausgrenzungs-)Kategorie. Die Etikettierungsansätze entstammen der sozialpsychologischen Theorie des **symbolischen Interaktionismus**,¹¹⁶ weil sie Kriminalität nur als Ergebnis eines Interaktionsprozesses zwischen dem Individuum und den Instanzen sozialer Kontrolle verstehen.

63

2.2.1 Theorie der sekundären Abweichung

Lemert (1951) geht in seiner Theorie der sekundären Abweichung zwar von der **reaktionsauslösenden primären Abweichung** (erste Straftat) aus, misst ihr jedoch kein besonderes Gewicht bei, da bei den meisten Menschen primäre Abweichungen nicht zu ernsthaften Konsequenzen in ihrem Lebenslauf führten, wenn sie nicht bestraft würden. Entscheidend sei daher die offizielle Reaktion. Sie setze den **Prozess der sekundären Abweichung** in Gang, in dem der Bestrafte zum Selbstschutz seine Rolle rechtfertige. Bei weiteren Straftaten und wiederholter Bestrafung nehme er eine immer feindseligere Haltung gegenüber der Gemeinschaft ein, um schließlich nach weiterer Stigmatisierung **endgültig den Status des Kriminellen („outlaw“) anzunehmen** und danach zu handeln. Später betont *Lemert* aber die Ambivalenz der sozialen Reaktion, die nicht nur Ausstoßung, sondern auch Hilfe bedeuten könne.

64

Eine Abwandlung von *Lemerts* Theorie ist die **Theorie der kriminellen Karriere**. Unter dieser kann man zunächst die Rollen- und Verlaufsmodelle von *Gibbons* und *Quensel* zusammenfassen. *Gibbons* (1968) beschreibt verschiedene kriminelle Rollen, die von der sozialen Schicht, der Sozialisation und anderen sozialen Variablen, aber auch von den Einflüssen der Definitionsorgane abhängig seien. *Quensel* hat ein Karrieremodell mit acht Phasen entwickelt, in dem „die delinquente Entwicklung als Folge eines sich wechselseitig hochschaukelnden Interaktionsprozesses zwischen dem Jugendlichen und seiner sozialen Umwelt unter Einfluss der staatlichen Sanktionsinstanz“¹¹⁷ verstanden wird.

65

Auch *Schneider* bekennt sich zu einem „gemäßigten Interaktionismus“, der die empirischen Forschungsergebnisse der multifaktoriellen Untersuchungen zugrunde legt, zugleich aber in Weiterführung von Lern- und Kontrolltheorien berücksichtigt, dass Devianz und Sozialkontrolle in einer dynamischen Wechselwirkung stehen.¹¹⁸ Das Karrieremodell von *Becker* (1963) nähert sich schon der radikalen Version des labeling-approach (s. u. Rn. 68), da er Sozialabweichung nicht als Eigenschaft einer Tat, sondern als Folge der Etikettierung durch andere bezeichnet und die Ursachenfrage weitgehend ausklammert. Am Beispiel des Marihuana-Rauchens entwickelt er jedoch die durch Abstempelung erzeugte neue Identität des Abweichers und die Möglichkeit, dass dieser dadurch in eine Fortsetzung seines abweichenden Verhaltens hineingedrängt werden könne, die sog. **self fulfilling prophecy** einsetzt.

Auf der Grundlage interaktionistischer Theorien entwickelt auch *Haferkamp* sein handlungstheoretisches Modell der kriminellen Karriere, das er kurz vor seinem frühen Tod zu einer multikausalen Theorie ausbauen wollte, die dem Einfluss des **Wertewandels** auf die Bedingungen kriminellen Handelns und auf die Strafsanktionen große Bedeutung beimessen sollte.¹¹⁹

66

¹¹³ *Schwind* 2005, § 25 Rn. 10 ff.

¹¹⁴ *Reich* 2005, 79.

¹¹⁵ *Schwind* 2005, § 7 Rn. 25; § 23 Rn. 38; zu speziellen Einflussfaktoren bei Spätaussiedlern § 25 Rn. 17 a.

¹¹⁶ Vgl. *Göppinger* 1997, 133.

¹¹⁷ *Quensel* 1970, 380.

¹¹⁸ *Schneider* 1987, 559 f.

¹¹⁹ *Haferkamp* 1989, 34 ff., 48 ff.

- 67 Diese Ansätze enthalten durchaus beachtenswerte Gesichtspunkte, doch steht ihre empirische Einlösung noch aus. Illustrierende Einzelfallschilderungen mögen für die Problemerkklärung nützlich sein, genügen aber nicht den Anforderungen wissenschaftlicher Kontrolle. Die Modelle beziehen sich in erster Linie auf Rückfalltäter und nicht auf die Mehrzahl der nur ein- oder zweimal auffälligen Gelegenheits-täter. Die Primärabweichung wird bei den meisten Modellen vernachlässigt. Das Gewicht und das Zusammenwirken der einzelnen Elemente des Interaktionsprozesses und die Gründe für die häufig vorkommende Beendigung einer Karriere sind noch unklar. Neuerdings wird das **Konzept der kriminellen Karriere** eher mit den **Lebenslauftheorien** (s. u. Rn. 80) verknüpft oder – ohne explizite theoretische Grundlage – bei **Kohortenuntersuchungen** (s. u. Rn. 75) zur Erfassung altersspezifischer Kriminalitätsentwicklungen und jugendlicher Intensivtäter herangezogen.¹²⁰

2.2.2 Labeling Approach

- 68 Der aus der nordamerikanischen Kriminologie (*Becker* 1963) stammende „labeling approach“ (Eti-kettierungs- oder Definitionsansatz) wurde in Deutschland vor allem von *Sack* in einer **radikal soziologischen Version** weiterentwickelt.¹²¹

Unter Berufung auf Ergebnisse der Dunkelfeldforschung geht er davon aus, dass **Straftaten normal** seien, und zwar nicht nur in der Gesellschaft (so *Durkheim*), sondern auch bei Individuen. Deshalb sei offizielle (d. h. registrierte) Kriminalität nicht eine besondere Eigenschaft einer Person, sondern das **Ergebnis eines Definitionsprozesses** durch die strafrechtlichen Kontrollinstanzen. Die Selektion aus der Gesamtmenge der begangenen Taten erfolge nicht gleichmäßig, sondern – wie die „offiziellen Statistiken“ zeigten – **verzerrend**, insbes. zum Nachteil unterer sozialer Schichten. Entscheidende Aufgabe der Kriminologie sei daher die **Analyse der Definitions- und Selektionsmechanismen** (sog. Kriminalisierung).

Der labeling approach klammert also die Frage nach den Ursachen der Kriminalität aus. Deshalb handelt es sich genau genommen **nicht** um eine **Verbrechenstheorie**, sondern eher um einen rechtssoziologischen „Ansatz“, der die **Anwendung und Genese strafrechtlicher und strafprozessualer Normen** analysiert.

- 69 Die völlige Vernachlässigung oder gar Ablehnung der „ätiologischen Kriminologie“, also der Frage, warum jemand kriminell wird, wäre allerdings nur dann gerechtfertigt, wenn die Kriminalität tatsächlich über alle Bevölkerungsgruppen gleich verteilt wäre; denn nur dann könnte man die registrierte Kriminalität ausschließlich als Definitionsprodukt betrachten. Die **Gleichverteilungsthese** ist jedoch durch zahlreiche Dunkelfelduntersuchungen **widerlegt**.¹²² Straffälligkeit ist statistisch normal nur in dem Sinne, dass fast alle Männer im Laufe ihres Lebens einige geringfügige Straftaten begehen. Bei Differenzierung nach Schwere und Häufigkeit der Delikte ist die Gesamtbelastung der registrierten Straftäter erheblich größer als die der nicht entdeckten Täter. Damit ist die empirische Basis des radikalen labeling-Ansatzes erschüttert: Wir können auf die Ursachenforschung in der Kriminologie nicht verzichten. Mit dieser Einschränkung behält der labeling-Ansatz seine Bedeutung als Forschungsprinzip für die empirische Kontrolle der **Gleichheit der Rechtsanwendung** im Straf- und Prozessrecht. Problematisch sind jedoch weitergehende Forderungen i. S. des **Abolitionismus**.

- 70 Legitim bleibt auch die Frage, die der labeling approach bereits auf der Ebene der **Normsetzung** stellt: Werden Gesetze von den herrschenden gesellschaftlichen Gruppen so gestaltet, dass sie tendenziell eher unterschichtspezifisches Verhalten kriminalisieren? Allerdings ist diese These empirisch nur schwer kontrollierbar. Es besteht die Gefahr unfruchtbarer ideologischer Diskussionen, die sich vor allem dann abzeichnen, wenn die wissenschaftstheoretische Basis des kritischen Rationalismus oder logischen Empirismus verlassen wird und stattdessen die *Kuhnsche* „**Paradigma-Theorie**“ propagiert wird.¹²³ Denn der Paradigma-Wechsel, bei dem geänderte Überzeugungen der Forschungsgemeinschaft zum Wandel der Methoden wissenschaftlicher Erkenntnis führen, erfolgt nicht nach objektivierbaren Kriterien, sondern eher nach der Art religiöser Konversionen.

- 71 Zuletzt wurde versucht, die Labeling-Theorie zu einer allgemeinen **Konflikttheorie** weiterzuentwickeln. Diese versteht Kriminalität und soziale Kontrolle als Mechanismen der Absorption von sozialem Konfliktpotential, bei

¹²⁰ Zusammenfassend *H.-J. Albrecht* 1993, 301 ff.

¹²¹ Seit 1968; zuletzt umfassend *Sack* 1978, 192 ff.

¹²² *Schöch* 1976, 211 ff.; *Kaiser* 1997, § 20, 3; a. A. offenbar *Sack* 1978, 299 ff., allerdings ohne präzise Ausführungen zu diesem Problem.

¹²³ So *Sack* 1972, 9.

dem Individuen und/oder Gruppen als Gegner ihre jeweiligen Ziele mit rechtlichen Mitteln durchzusetzen versuchen.¹²⁴ Auf der Ebene der Normgenese besteht allerdings im Kernbereich der Strafrechtsnormen weitgehender Konsens in der Gesellschaft, ja selbst unter den überführten Rechtsbrechern.¹²⁵ Deshalb eignet sich die Konflikttheorie lediglich in besonderen Fällen zur Erklärung, z. B. bei den Normen des Wirtschaftsstrafrechts. Auf der Ebene der sozialen Kontrolle, also bei der Normanwendung, sind zwar zahlreiche Konfliktsituationen möglich, z. B. zwischen Strafverfolgungsbehörden und Beschuldigten, jedoch ergeben sich aus der Konflikttheorie keine Hinweise darauf, wie soziale Konflikte zu entschärfen oder zu vermeiden wären.¹²⁶ Die neue kritische „**Strafrechtssoziologie**“ will unter Einbeziehung **sozialhistorischer Forschung** nachweisen, dass das Strafrecht selbst „gegen den Strich seines eigenen reaktiv begriffenen Verständnisses“ aktiv gestaltend auf Kriminalität und deren Kontrolle einwirkt.¹²⁷ Bisher fehlt es jedoch an überzeugenden Forschungsergebnissen hierzu.

3. Kombinationsansätze

72

Die begrenzte Reichweite und Einseitigkeit monokausaler Kriminalitätstheorien versuchen solche Erklärungsansätze zu überwinden, die delinquentes Verhalten als Folge des Zusammenwirkens verschiedenartiger sozialer wie individueller Einflussfaktoren deuten. Sie unterscheiden sich im Hinblick auf das Ausmaß ihrer theoretischen Durchdringung und die Spannbreite sowie Gewichtung der als maßgeblich eingestuften Verbrechensursachen. Die Idee einer multifaktoriellen Verbrechenserklärung ist keineswegs neu. Als Begründer des Vereinigungsgedankens kann *Ferri* (1896) gelten, der als Schüler *Lombrosos* 1876 in eigenen empirischen Untersuchungen neben anthropologischen Merkmalen auch soziale Faktoren berücksichtigte. Diese Konzeption hat *v. Liszt* auf theoretischer und kriminalpolitischer Ebene übernommen und mit seiner berühmt gewordenen **Anlage-Umwelt-Formel** (s. o. Rn. 4) zusammengefasst. In der Folgezeit wurde dieser Ansatz vor allem in den kriminologischen Werken der Juristen *Exner* (1949), *Mezger* (1951) und *Seelig/Bellavic* (1963) weitergeführt, danach mit jeweils selbständigen Akzenten von *Mannheim* (1965), *Kaufmann* (1971) und *Brauneck* (1974).

3.1 Empirisch ausgerichtete Mehrfaktorenansätze

Als Mehrfaktorenansätze oder „multifaktorielle“ Kriminalitätserklärungen werden heute zumeist solche Untersuchungen bezeichnet, die unter Verzicht auf eine übergreifende forschungsleitende Verbrechens- oder Kriminalitätstheorie eine Vielzahl persönlicher und sozialer Daten der zumeist jugendlichen Untersuchungspersonen auf einen statistischen Zusammenhang mit gezeigtem kriminellen oder konformem Verhalten hin überprüfen. Kennzeichnend für diese Forschungsrichtung ist deren Anwendungsorientiertheit, da die ermittelten Korrelationen die Basis für die Entwicklung statistischer Prognoseverfahren (→ Fall 6, Rn. 11 ff.) bilden. Nachdem hierfür zunächst methodisch weniger anspruchsvolle, gleichwohl aufwendige retrospektive Untersuchungsanordnungen gewählt wurden, ging man später zu z. T. prospektiven Kohortenstudien über; eine spezifisch deutsche Variante des multifaktoriellen Konzepts stellt die Jungtäter-Vergleichsuntersuchung von *Göppinger* dar, die quantitative Datensammlung mit qualitativer Persönlichkeitserforschung auf interdisziplinärer Grundlage zu verbinden versucht.¹²⁸

73

Grundlegend für die Entwicklung des Mehrfaktorenansatzes war die 40-jährige Forschungsarbeit des amerikanischen Ehepaars *Glueck*, das seit 1930 zahlreiche empirische Untersuchungen zur Ermittlung kriminogener Merkmalskombinationen durchgeführt hat. In der bekanntesten Forschungsarbeit, die 1950 unter dem Titel „**Unraveling Juvenile Delinquency**“ veröffentlicht wurde, untersuchten sie bei je 500 delinquenten und nichtdelinquenten Jungen insgesamt 402 Merkmale auf ihre Relevanz für Kriminalität. Trotz beachtlicher Erträge für die Prognoseforschung konnte freilich auch hier keine vollständige Determination der Kriminalität festgestellt werden.

74

Zur Überwindung der begrenzten Aussagekraft reiner Querschnittsuntersuchungen (Problem der Bestimmung des Ursache-Wirkungszusammenhangs) wurden seit Mitte der 60er Jahre weltweit **Kohortenstudien** durchgeführt, in denen man die Legalentwicklung bestimmter Geburts- oder Schuljahrgänge über einen längeren Zeitraum hinweg beobachtet hat. Besonders bekannt geworden sind die

75

¹²⁴ Zusammenfassend *Sack/Deichsel* 1993, 504.

¹²⁵ *Kaiser* 1997, § 14, 3.

¹²⁶ *Kaiser* 1997, § 14, 3.

¹²⁷ *Sack/Deichsel* 1993, 506.

¹²⁸ *Göppinger* 1997, 31 ff.; s. u. Rn. 76.

Philadelphia Birth Cohort Study von *Wolfgang* u. a. (1972) sowie die prospektiv angelegte **Cambridge Study** von *West* u. a. (1969, 1973), deren Ziel die rechtzeitige Erkennung und Behandlung von Personen war, die am Beginn einer kriminellen Karriere stehen (Strategie der selective incapacitation).

Als übereinstimmender Ertrag der Kohortenstudien¹²⁹ hat sich einerseits das Wissen um die **Episodenhaftigkeit** der ganz überwiegenden und fast ausschließlich männlichen Jugenddelinquenz ergeben; andererseits konnte die Existenz einer kleinen Gruppe hochbelasteter Täter nachgewiesen werden, denn 6,3 % der Jugendlichen eines Altersjahrgangs in Berlin begingen 39,7 % der registrierten Delikte der gesamten Kohorte,¹³⁰ in Philadelphia waren es sogar 61,7 % aller Delikte, die von 6,3 % der Kohorte begangen wurden.¹³¹ Ferner finden sich Hinweise auf die kriminalitätsfördernde Wirkung von Armut, Erziehungsdefiziten und kriminellem Elternhaus; einen Indizwert haben auch Verhaltensauffälligkeiten in der Schule sowie frühe und wiederholte Kriminalität. Eine zuverlässige Identifizierung künftiger **Intensivtäter** erlauben diese Merkmale jedoch nicht.

76 Von der ausschließlich statistischen Herangehensweise der Kohortenstudien unterscheidet sich der multifaktorielle Forschungsansatz von *Göppinger* durch eine zusätzliche Berücksichtigung von Einzelfallbefunden, die im Rahmen der **Tübinger Jungtäter-Vergleichsuntersuchung** von einem interdisziplinären Forschungsteam bei einer Häftlings- und einer Vergleichsstichprobe erhoben und nach der Methode der idealtypischen Begriffsbildung zu „kriminorelevanten und krimioresistenten Konstellationen“ verdichtet wurden.¹³² Das dabei entwickelte Konzept des „**Täters in seinen sozialen Bezügen**“ beinhaltet ein stark an der konkreten Täterpersönlichkeit orientiertes Kriminalitätsverständnis und soll als Grundlage einer „angewandten Kriminologie“ Konsequenzen für Prognose (→ Fall 6, Rn. 16) und Behandlung haben.

77 Den multifaktoriellen Ansätzen ist in der wissenschaftstheoretischen Diskussion der Vorwurf des „**Eklektizismus**“ gemacht worden, in dem zum Ausdruck kommt, dass es sich nicht um selbständige, geschlossene Theorien handelt, sondern um die **Vereinigung verschiedener Teilaspekte**. Das ist insoweit richtig, als sie der Erkenntnis Rechnung tragen, dass spezielle Theorien nur einen Ausschnitt möglicher Verbrechensursachen erfassen, weshalb durch Kombination differenzierter Hypothesen der Verengung des Blickfeldes entgegengewirkt und die Erklärungskraft kriminologischer Forschung gesteigert werden soll. Dennoch sind **multifaktorielle Ansätze nicht** – wie gelegentlich behauptet wird – **theorielos**, da hinter jeder Determinante eine sinnvolle Hypothese über die Ursachen der Kriminalität steht, die freilich nicht immer mit ausreichender Exaktheit formuliert wird. Problematisch ist insbesondere die Gewichtung der potentiellen Kriminalitätsfaktoren und deren Identifizierung als Ursache oder Wirkung. Im Übrigen beschränken sich multifaktorielle Forschungen oft auf reine Deskription ohne ätiologischen Anspruch. Auch insoweit verkennt der pauschale Vorwurf der „Produktion von Datenfriedhöfen“, dass beschreibende Studien durchaus eine sinnvolle Vorstufe für die Theoriebildung sein können und für die Herausarbeitung von Typologien unentbehrlich sind.¹³³ Wegen ihrer betont **empirischen Ausrichtung** haben die Mehrfaktorenansätze unser Wissen über die Wirklichkeit der Kriminalität beachtlich vermehrt und vielfach erst die „**Operationsbasis**“ für **Theoretiker** geschaffen.

3.2 Theorieverbindende Erklärungsansätze

78 Bei den statistischen Mehrfaktorenansätzen werden zwar auch soziale Daten berücksichtigt, spezifische gesellschaftliche Einflüsse und solche der Verbrechenskontrolle aber oft vernachlässigt. Deshalb und auch wegen des Theoriedefizits multifaktorieller Studien werden in neuerer Zeit Versuche unternommen, verschiedene bereits bestehende Kriminalitätstheorien in ein umfassenderes Erklärungsmodell zu integrieren.¹³⁴

3.2.1 Theorie unterschiedlicher Sozialisation und Sozialkontrolle

79 Ein Beispiel ist die von *Kaiser* vertretene Theorie unterschiedlicher Sozialisation und Sozialkontrolle, die das kriminologische Erfahrungswissen ordnen und unter Berücksichtigung der drei Grundbegriffe „**Verbrechen, Verbrecher, Verbrechenskontrolle**“ weiterentwickeln soll.¹³⁵ *Kaiser* stellt auch Verbindungen zum „**Lebensstil-Konzept**“ her, um für die Veränderbarkeit von „**normativen Orientierungen**“

¹²⁹ Vgl. zu Studien aus Deutschland *Schwind* 2005, § 8 Rn. 39 ff.

¹³⁰ *Weschke/Krause* 1984, 211 ff.

¹³¹ *Schwind* 2005, § 8 Rn. 33.

¹³² *Göppinger* 1997, 31 ff.; *Bock* 2000, Rn. 332 ff.

¹³³ *Schöch* 1993 b, 214 ff.

¹³⁴ *Schwind* 2005, § 8 Rn. 28 ff.; *Bock* 2000, Rn. 222 ff., jeweils mit Beispielen.

¹³⁵ *Kaiser* 1996, § 27 Rn. 8 ff.

und Handlungsmustern im Verlauf des Lebens in Auseinandersetzung mit der Umwelt“ offen zu bleiben.¹³⁶

Kaiser verbindet die Kontrolltheorie in der von *Hirschi* entwickelten Form (s. o. Rn. 45) mit einem allgemeinen Sozialisationskonzept, um zu erklären, wie Bindungen zustande kommen und wie sie aufrechterhalten und gefestigt werden. Nach der Theorie unterschiedlicher Sozialisation ist abweichendes Verhalten auf Defekte im Sozialisationsprozess zurückzuführen, die eine Internalisierung der gesellschaftlich anerkannten Werte, Normen und Orientierungen verhindern.¹³⁷ Unterschiedliche Sozialisationsprozesse, für die vor allem Lernvorgänge (i. S. der Lerntheorien, s. o. Rn. 32–39) in Familie, Schule, Arbeit/Beruf und Freizeit (u. a. peer groups) verantwortlich sind,¹³⁸ führen zu unterschiedlichen Bindungen an die herrschende Ordnung. Durch spätere Erfahrungen des Individuums sowie durch die externe Verhaltenskontrolle werden diese Bindungen beeinflusst. *Kaisers* Theorie teilt mit dem labeling approach das Interesse an der sozialen Reaktion, betrachtet die Kriminalstrafe aber nicht grundsätzlich als verdächtig, sondern als existentiell notwendig zur Erreichung von Verhaltenskonformität. Sie bietet damit für die kriminologische Forschung einen weiten, konstruktiven Bezugsrahmen, der die Verantwortlichkeit des Täters nicht ausschließt und für die externe Verhaltenskontrolle durch Resozialisierung und integrative Generalprävention offen ist.¹³⁹

3.2.2 Lebenslauftheorien

Die erstmals Ende der 80er Jahre formulierten Lebenslauftheorien begreifen Kriminalität als einen vorwiegend auf Interaktionen beruhenden Entwicklungsprozess im Lebenszyklus eines Menschen und betonen die Bedeutung des Wandels. Eine solche **Entwicklungskriminologie**,¹⁴⁰ die auf biographische Analysen angewiesen ist,¹⁴¹ versucht folglich zu klären, warum Menschen erstmalig deviant werden, ihre Delinquenz beibehalten und intensivieren und schließlich zu Konformität zurückkehren. Auch hier spielt die Ausprägung der sozialen Bindungen einer Person und die dynamische Wechselwirkung mit Kriminalität die entscheidende Rolle,¹⁴² daneben wird auf das antisoziale Potential des jeweiligen Individuums und den Einfluss situativer Momente hingewiesen.

80

Die entwicklungskriminologisch orientierte **Theorie der altersgestuften informellen Sozialkontrolle** geht auf die Daten der Unraveling Juvenile Delinquency-Studie des Ehepaars *Glueck* (s. o. Rn. 74) zurück, die *Sampson* und *Laub* neu ausgewertet haben.¹⁴³ Unter Zugrundelegung der sozialisationstheoretischen Vorstellung, dass zwischen dem Individuum und seinem sozialen Umfeld eine Wechselwirkung herrscht, gehen sie davon aus, dass Kriminalität die Folge geschwächter sozialer Bindungen ist. Relevant für diese Bindungen sind altersabhängig strukturelle Hintergrundfaktoren wie Armut, Familienzerrüttung, Berufsstabilität und eheliche Bindung. Die Entwicklung in den verschiedenen Lebensabschnitten verläuft nicht unbedingt kontinuierlich; die Pfade („trajectories“) und Übergänge („transitions“), die den Lebenslauf beschreiben, können zu sog. Wendepunkten („turning points“) führen, die eine Verhaltensänderung ermöglichen, so beispielsweise eine Eheschließung oder ein festes Arbeitsverhältnis.¹⁴⁴

Ausgangspunkt der Entwicklungstheorien sind somit – im Gegensatz zu *Hirschis* und *Gottfredsons* „Stabilitätspostulat“ – verschiedene phasenhafte Entwicklungsstadien; Diskontinuitäten und Wendepunkte werden ausreichend und gerade auch unter Einbeziehung der wechselseitigen Ursachenbeeinflussung berücksichtigt.

3.2.3 Schamtheorie

Ein komplexer Integrationsversuch findet sich auch in der Schamtheorie des australischen Kriminologen *Braithwaite* (1989), die individuelle und gesellschaftliche Phänomene berücksichtigt. Diese

81

¹³⁶ *Kaiser* 1996, § 44 Rn. 2.

¹³⁷ *Kaiser* 1996, § 27 Rn. 10 ff.

¹³⁸ *Kaiser* 1996, § 44 Rn. 4.

¹³⁹ *Kaiser* 1996, § 27 Rn. 16 ff.

¹⁴⁰ Zusammenfassend *Schneider* 1996, 399 f.

¹⁴¹ *Rössner* 1998, 339 ff. mit eindrucksvollen Beispielen.

¹⁴² *Rössner* 1998, 350 ff. weist neben dem „progressiven Ausgrenzungsgeschehen“ auch auf individuelle „persistente Schutzmechanismen“ hin.

¹⁴³ *Sampson/Laub* 1993.

¹⁴⁴ Dargestellt bei *Meier* 2005, § 3 Rn. 112; *Schneider* 2001, 63; *Kunz* 2004, 156.

Theorie vereint multifaktorielle ätiologische Ansätze (Sozialisations-Kontroll-, Anomie-, Lern- (vor allem in Ausprägung der Theorie der differentiellen Assoziation) und Subkulturtheorie) mit Elementen des labeling approach, wobei die gesellschaftliche Missbilligung gegenüber dem Straftäter („shaming“) zentrale Bedeutung erlangt: Je nach Ausprägung der kriminalitätsrelevanten Merkmale als „reintegrative shaming“ i. S. einer **Zeremonie der Wiedereingliederung** mit Hilfe von Verantwortungsübernahme und Wiedergutmachung oder als „stigmatization“ i. S. eines **gesellschaftlichen Degradierungsprozesses**, der die kriminelle Karriere forciert.¹⁴⁵

Maßgeblich für die Entfaltung der reintegrativen Wirkung des „shaming“ ist einerseits die wechselseitige Abhängigkeit der Individuen innerhalb des sozialen Beziehungsgefüges („interdependency“), andererseits der Zusammenhalt von kommunitaristischen Gesellschaftsstrukturen („communitarism“).¹⁴⁶ Problematisch an *Braithwaites* Konzept ist, dass sein Plädoyer für aktive Bürgerbeteiligung bei der Beschämung von Straftätern gefährlich ist, solange die sozialstrukturellen Bedingungen nicht kommunitaristisch ausgerichtet sind, da bis dahin der Stigmatisierungseffekt überwiegen wird.¹⁴⁷

3.2.4 Konstruktivistische Kriminalitätstheorie

Die von *Scheerer* und *Hess* vorgelegte konstruktivistische Kriminalitätstheorie¹⁴⁸ ist ein integratives Modell, in dem mögliche Erklärungsfaktoren für Delinquenz geordnet und harmonisiert werden sollen.¹⁴⁹ Die angestrebte allgemeine Kriminalitätstheorie, die alle Erscheinungsformen von Kriminalität erfassen soll, knüpft zunächst an einer ersten Makro-Ebene an („vom Risiko zu Kriminalität“), deren Bedingungen in Situationsdefinitionen transformiert werden, die für das Handeln auf der Mikro-Ebene bestimmend sind („Kriminalität als Handlung“), um so im dritten Schritt wieder auf eine (zweite) Makro-Ebene zu gelangen, indem individuelle Handlungen und Ereignisse der Mikro-Ebene in neue überindividuelle Erscheinungen auf Makro-Ebene transformiert werden.¹⁵⁰ Auf der Mikro-Ebene werden insbesondere Kontroll-, Anomie- und Subkulturtheorie sowie der Rational-Choice-Ansatz, die Theorie der differentiellen Assoziation und der Neutralisationstechniken in Kombination mit Grundelementen des labeling approach herangezogen; auf Makro-Ebene gilt das besondere Augenmerk dem Zusammenspiel krimineller Akteure und der Interaktion mit den verschiedenen „Kontroll-Instanzen“, das kollektivistische Phänomene (kriminalstatistische Befunde, Subkulturen etc.) erzeuge und letztendlich durch den „Alltagsmythos von der Kriminalität“ die soziale Ordnung stabilisiere. Allerdings sind der kumulativen Integrierbarkeit von Kriminalitätstheorien Grenzen gesetzt, da die einzelnen Theorien durch die Zusammenführung allgemeiner formuliert werden müssen, pointierte Grundannahmen verschwimmen und die Überprüfbarkeit wird verringert.¹⁵¹ Auf der anderen Seite ist eine integrierende Kombination oft auch nötig und viel versprechend, wenn es darum geht größere Ausschnitte der Kriminalität zu erfassen, auch hier kann eine exakte Formulierung der einzelnen Thesen die Überprüfbarkeit gewährleisten.¹⁵²

IV. Aufgabe 4: Lassen sich aus den Verbrechenstheorien bestimmte Konsequenzen für die Straftheorien ableiten?

82 Diese Frage ist schwer zu beantworten, weil sich die Kriminalitätstheorien i. d. R. nicht mit den Strafzwecken auseinander setzen. Hinzu kommt, dass sich aus empirischen Befunden oder Hypothesen nicht logisch zwingend bestimmte kriminalpolitische Entscheidungen ableiten lassen, da hierbei auch normative Elemente zu berücksichtigen sind. Solange die Vertreter der verschiedenen Verbrechenstheorien nicht selbst präzise zu den sanktionsrechtlichen Konsequenzen ihrer Konzeption Stellung nehmen, ist nur eine grobe **Trendanalyse** über die Nähe oder Distanz der Straftheorien zu einzelnen Verbrechenstheorien möglich. Im Folgenden sollen daher – trotz der damit verbundenen

¹⁴⁵ *Braithwaite* 1989; Zusammenfassung bei *Bock* 2000, Rn. 237–241.

¹⁴⁶ *Braithwaite* 1989, 98 ff., insbes. 99 mit graphischer Darstellung der Bedingungen und Wirkungsweisen.

¹⁴⁷ *Kunz* 2004, 169 f.

¹⁴⁸ *Hess/Scheerer* 1997, 83 ff.

¹⁴⁹ Dargestellt bei *Bock* 2000, Rn. 235 f.; *Meier* 2005, § 3 Rn. 125; *von Danwitz* 2004, Rn. 63 f.

¹⁵⁰ *Hess/Scheerer* 1997, 83, 95.

¹⁵¹ *Kunz* 2004, § 25 Rn. 6.

¹⁵² S. o. Rn. 77.

Verkürzung und Vereinfachung der Problematik – einige thesenartige Bemerkungen darüber formuliert werden, ob sich aus den Verbrechenstheorien stützende oder ablehnende Argumente für die einzelnen Strafzwecke ableiten lassen.¹⁵³

1. Absolute Straftheorien

Die absoluten Straftheorien sehen den Sinn der Strafe allein darin, „dass sie durch Auferlegung eines Übels die Schuld, die der Täter durch seine Tat auf sich geladen hat, in gerechter Weise vergilt, ausgleicht, sühnt“.¹⁵⁴ Obwohl die absoluten Straftheorien verschiedene rechtsphilosophische und ethische Begründungen erfahren haben,¹⁵⁵ die teilweise auch in den unterschiedlichen Bezeichnungen wie „Vergeltung“, „Sühne“, „Schuld-Sühne-Prinzip“ zum Ausdruck kommen, beruhen sie im Kern alle auf dem Gedanken des **Schuldausgleichs** („Schuldstrafe“). **83**

Schon die bisherigen Ausführungen über den Aussagegehalt der verschiedenen Verbrechenstheorien (s. o. Rn. 5 ff.) haben gezeigt, dass sich nach derzeitigem Erkenntnisstand zwar manche **Vorbehalte, aber keine zwingenden Einwände gegen** die individuelle Zurechnung von Straftaten nach dem **Schuldprinzip** ergeben. Auf der Grundlage des gesicherten kriminologischen Wissens über die Verbrechenstheorien kann also die Regelung der **Schuldfähigkeit** in § 20 StGB (s. o. Rn. 4 ff. und Fall 4) und der **Strafzumessung** in § 46 I 1 akzeptiert oder toleriert werden, wenn man die Formulierung, dass die Schuld des Täters die Grundlage der Strafzumessung sei, vor allem als Absage an ein rein spezialpräventives Strafrecht versteht, das die Reaktion der Gesellschaft völlig vom Schuldprinzip lösen will. Daraus folgt aber nicht, dass die absoluten Straftheorien von den Verbrechenstheorien besonders gestützt oder gar favorisiert würden. **84**

Eine Sonderstellung nahm *R. Lange* (1970) ein, der gerade die freie Lebensgestaltung und damit den Schuldvorwurf in den Mittelpunkt seiner philosophisch-anthropologischen Verbrechenserklärung (keine Verbrechenstheorie i. e. S.) stellt.

Im Übrigen lassen sich die ausdrücklichen oder konkludenten Stellungnahmen der Verbrechens-theoretiker zum Schuldprinzip auf einer Bewertungsskala von neutraler Reserve (z. B. bei den meisten Vertretern multifaktorieller Ansätze) bis zur pointierten Ablehnung (z. B. bei den Vertretern tiefenpsychologischer Theorien und bei den meisten Kriminalsoziologen) einordnen. **85**

Zur Klarstellung sei angemerkt, dass der „Verbrecher aus Schuldgefühl“ nach *Freud* zwar durch die Straftat psychische Entlastung sucht. Damit wird aber nicht etwa die Sühne als Strafzweck gerechtfertigt, sondern auf ein krankhaftes Verlangen hingewiesen, das einer Therapie mit anderen Mitteln als der Strafe bedarf. Ähnliches gilt für den aus einem Minderwertigkeitskomplex handelnden Verbrecher nach *Adler*, der durch ein Strafverfahren Beachtung finden will. **86**

Insgesamt ist die **Skepsis der Verbrechenstheorien gegenüber dem Schuldprinzip** darin begründet, dass die Erhellung von Verbrechensursachen die Straftat (teilweise) verstehbar macht. Diese Einsicht führt zur Reduzierung des Schuldvorwurfs und motiviert bei humanitärer oder sozialstaatlicher Grundhaltung zu Hilfe, Erziehung oder Verwahrung ohne sozialethische Missbilligung. Das Schuldprinzip als Mittel der rechtsstaatlichen Eingriffsbegrenzung bei primär präventiv legitimierter Strafe kommt diesen Überlegungen entgegen.¹⁵⁶ **87**

2. Spezialprävention

Kriminologen gelten aus den genannten Gründen traditionell seit der berühmten Marburger Antrittsvorlesung *v. Liszts*¹⁵⁷ als Vertreter **spezialpräventiver Strafzwecke** mit dem Ziel der Umwandlung des Strafrechts „in ein Besserungs- und Bewahrungsrecht, das besser als das Strafrecht, das sowohl klüger wie menschlicher als das Strafrecht wäre“.¹⁵⁸ Damit ist in groben Umrissen die Tendenz richtig gekennzeichnet. Soweit nicht utopische Konsequenzen – wie die „völlige Veränderung der Gesellschaft“ oder die „Abschaffung des Strafrechts“ – vertreten werden, führen alle Kriminalitätstheo- **88**

¹⁵³ Vgl. auch *Schöch* 1980, 148 ff.; *Hermann* 1992, 516 ff.; *Kaiser* 1996, §§ 30, 31.

¹⁵⁴ Vgl. *Roxin* 1997, § 3 Rn. 2 ff. m. w. N.

¹⁵⁵ Vgl. *Jescheck/Weigend* 1996, § 8 III.

¹⁵⁶ So die präventive Vereinigungstheorie *Roxins* 1997, § 3 Rn. 37 ff.

¹⁵⁷ *V. Liszt* „Der Zweckgedanke im Strafrecht“, 1882; vgl. 1905, 126 ff.

¹⁵⁸ *Radbruch* 1983, 265.

rien primär zur **Spezialprävention**, also zu dem Ziel, durch die staatliche Sanktion **weitere Delikte des Täters zu verhindern**.

- 89 Es wäre aber erstaunlich, wenn die verschiedenen Verbrechenstheorien, hinter denen ja nicht selten konträre Weltanschauungen oder Menschenbilder stehen, durchweg zu derselben Strafkonzepktion führen würden. Tatsächlich finden sich innerhalb der Hauptströmung „Spezialprävention“ verschiedene Differenzierungen, teilweise auch Ansätze mit generalpräventiven Akzenten oder auch solche, die zur Vereinigung mit dem Schuldprinzip tendieren.

2.1 Resozialisierung

- 90 Das Ziel der Resozialisierung – in der klassischen Strafwirklehre Besserung oder Erziehung genannt – lässt sich aus nahezu allen Verbrechenstheorien ableiten. Eine **Ausnahme** bilden hier nur diejenigen persönlichkeitsorientierten Theorien, die als Ursache der Kriminalität eine **unveränderbare Persönlichkeitsstruktur** ansehen, die sich nicht therapeutisch beeinflussen lässt.
- 91 Dazu gehört etwa die These vom geborenen Verbrecher, eine verallgemeinerte Psychopathiekonzepktion oder die in der Zwillings- und Adoptionsforschung vertretene These vom Verbrechen als Schicksal. Gerade die Ergebnisse der Zwillingsforschung mit beachtlichen Diskordanzquoten bei eineiigen Zwillingen zeigen aber, dass von einer völligen genetischen Determination und damit Unbeeinflussbarkeit kriminellen Verhaltens nicht ausgegangen werden kann. Bei allen übrigen biologischen, medizinischen oder psychologischen Theorien ist von einer – mit unterschiedlichen Akzenten betonten – Resozialisierungsfähigkeit des Straftäters auszugehen, sei es durch medizinische, durch psychotherapeutische, durch sozialtherapeutische oder durch sozialpädagogische Maßnahmen.
- 92 Bei den **soziologischen und sozialpsychologischen Theorien** dürften die praktischen Konsequenzen zwar überwiegend im makrosoziologischen sozial- und kriminalpolitischen Bereich liegen. Soweit sie sich aber auf die Sanktionsebene transformieren lassen, steht eindeutig die Resozialisierung als Strafwirk im Mittelpunkt. Ansatzpunkte dafür lassen sich insbes. bei der Theorie der differentiellen Assoziation (*Sutherland*), aber auch bei der Anomietheorie und den verschiedenen Kontrolltheorien aufzeigen (s. o. Rn. 38 f., 43 ff., 52 f.). Auch die **interaktionistischen Theorien**, soweit sie das Anliegen verfolgen, die stigmatisierende Wirkung strafrechtlicher Sanktionen durch **Diversion** so gering wie möglich zu halten, kann man hier einordnen.¹⁵⁹

2.2 Sicherung

- 93 Der Strafwirk der Sicherung soll den Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten des Täters durch **sichere Verwahrung** gewährleisten. Der „unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher“ soll – mit den Worten *v. Liszts* – „durch Strafknechtschaft auf unbestimmte Zeit unschädlich gemacht werden“.¹⁶⁰ Damit wird deutlich, dass die Sicherung der zentrale Strafwirk für die oben erwähnten Theorien ist, die von einer Unbeeinflussbarkeit „krimineller Anlagen“ ausgehen.¹⁶¹ Daneben müsste er aber von allen Verbrechenstheorien als **Ultima Ratio** oder als **Ergänzung zur Resozialisierung** akzeptiert werden. Allerdings ist das Gewicht dieses Strafwirks umso geringer, je variabler die Verbrechenursachen nach der Konzepktion der Theorie sind, je günstiger also die Chancen von Verhaltensänderungen durch ambulante therapeutische, sozialpädagogische oder soziale Maßnahmen eingeschätzt werden.
- 94 Konzepktionen, die einen totalen Verzicht auf sichere, geschlossene Anstalten propagieren, sind utopisch und nach dem Aussagegehalt der zugrunde liegenden Verbrechenstheorien nicht zu rechtfertigen. Denn von keiner ernsthaft diskutierten Kriminalitätstheorie wird die Auffassung vertreten, dass sich alle Kriminalitätsursachen durch ambulante Behandlung vollständig beseitigen lassen. Zumindest zur Sicherstellung der Behandlung ist also der Freiheitsentzug in manchen Fällen unentbehrlich.

2.3 Individuelle Abschreckung

- 95 Nach diesem Strafwirk soll der Täter durch die Strafe einen **Denkzettel** erhalten und dadurch von künftigen Straftaten abgehalten werden. Obwohl dabei primär an die **Gelegenheitstäter** gedacht ist, die keiner Resozialisierung oder Sicherung bedürfen,¹⁶² also an die Mehrzahl aller Straftäter, finden sich in den Verbrechenstheorien nur wenige Anhaltspunkte für einen Einsatz dieses Strafwirks bei der Kriminalitätsbekämpfung.

¹⁵⁹ Kritisch *Steinert* 1993, 10; zur abolitionistischen Perspektive *Hermann* 1992, 526.

¹⁶⁰ *V. Liszt* 1905, 170.

¹⁶¹ Insbesondere einige kriminalbiologische Theorien; *Hermann* 1992, 528 f.

¹⁶² Vgl. *v. Liszt* 1905, 172.

Bei den psychologischen Lerntheorien finden sich unter dem Begriff des sog. „aversiven Stimulus“ (Tadel, negativer Verstärker) und bei der verhaltenstherapeutischen „Konditionierung“ Ansätze für eine Stützung der Denkfunktion der Strafe. Eine gewisse Funktion kommt der Abschreckungswirkung der Strafe auch in der Kontrolltheorie von *Hirschi* zu, nach der die rationale Abwägung der sich aus der Straftat ergebenden Risiken und Nachteile (commitment) ein wesentliches Element der Bindung ist. Nach der soziologischen Lerntheorie von *Sutherland* ließen sich u. U. Formen der individuellen Abschreckung unter die „kriminalitätsverhindernden Assoziationen“ subsumieren. 96

Die verhältnismäßig geringe Bedeutung der individuellen Abschreckung im Rahmen der Kriminalitätstheorien dürfte vermutlich damit zusammenhängen, dass dieser Strafzweck überwiegend auf rationale, ihre Entscheidungen abwägende Persönlichkeiten abgestellt ist, während die Verbrechenstheorien weitgehend deterministisch konzipiert sind und von einer intensiveren Therapiebedürftigkeit ausgehen. 97

3. Generalprävention

Die Generalprävention stellt nicht auf die Wirkung der Strafe beim Täter ab, sondern auf die Verhinderung von Straftaten anderer und ihre Wirkung auf die „Allgemeinheit“. 98

Nach der „Theorie des psychologischen Zwangs“ v. *Feuerbachs* sollte die **gesetzliche Strafdrohung** so streng sein, dass kriminelle Neigungen von vornherein unterdrückt werden. Heute erwartet man neben dieser Androhungsprävention generalpräventive Wirkungen auch durch den Urteilsspruch (Urteilsprävention) und die Vollstreckung der Strafe (Vollstreckungsprävention, → Fall 7, Rn. 27).

Zu beachten ist ferner, dass der Begriff „**Verteidigung der Rechtsordnung**“, mit dem die Generalprävention jetzt gesetzlich umschrieben wird (§§ 47 I, 56 III, 59 I Nr. 3 StGB), sowohl die **Abschreckung anderer** (negative oder spezielle Generalprävention) als auch die „**Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung**“ (positive Generalprävention oder Integrationsprävention) umfasst.¹⁶³ 99

Diese Konzeption der Strafe wird teilweise von *Durkheims* Theorie der strukturell-funktionalen Zusammenhänge gestützt, denn das Verbrechen kann nur in Verbindung mit der Strafe seine gesellschaftserhaltende, funktionale Bedeutung erlangen. Auch die Anomietheorie *Mertons* kann man hier einordnen, da im Ziel-Mittel-Konflikt hauptsächlich bei mangelnder Normgeltung illegale Mittel verwendet werden.¹⁶⁴ 100

Die Zusammenhänge zwischen Generalprävention und tiefenpsychologischen Theorien, die in der Sündenbocktheorie zunächst eher assoziativ zum Ausdruck kommen, sind eingehend von *Haffke*¹⁶⁵ i. S. einer tiefenpsychologischen Fundierung der Generalprävention dargestellt worden. Dabei stützt er sich insbes. auf *Reiwald*, aber auch auf *Freud* und *Alexander/Staub*.¹⁶⁶

Im Übrigen finden sich kaum brauchbare Anhaltspunkte für die Theorie der Generalprävention, und zwar auch nicht bei den soziologischen Theorien, die auf gesellschaftliche Normen Bezug nehmen (z. B. Anomietheorie, Kulturkonfliktstheorie); denn diese Theorien beziehen sich nicht auf die Funktion der Strafe, sondern auf den Inhalt der Normen.

4. Vereinigungstheorien

Den Vereinigungstheorien, die sich darum bemühen, die verschiedenen Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen,¹⁶⁷ stehen wohl die **multifaktoriellen Ansätze** am nächsten, obwohl sich dazu keine ausdrücklichen Stellungnahmen in der Literatur finden. Wer die Vielfalt der Verbrechensursachen betont, wird vermutlich auch bei den Strafzwecken eine mehrdimensionale Konzeption befürworten. 101

In diesem Sinne ist auch die Bemerkung *Kaisers*¹⁶⁸ zu verstehen, dass die Theorie differentieller Sozialisation und Sozialkontrolle Verantwortlichkeit und Gewissen nicht ausschließe. Allerdings dürfte das Gewicht stärker als nach den herkömmlichen Vereinigungstheorien bei der Spezialprävention liegen. Dem entspräche etwa die Konzeption des Alternativentwurfs zum Strafgesetzbuch (§§ 2, 59 AE), wonach die Schuld nur eine nach oben hin begrenzende Funktion hinsichtlich der nach präventiven Gesichtspunkten zu bemessenden Strafe haben sollte. 102

¹⁶³ BVerfGE 45, 187 ff.; BGHSt 24, 40, 44 ff.; 24, 64, 66.

¹⁶⁴ *Hermann* 1992, 531.

¹⁶⁵ *Haffke* 1976, 87 ff.

¹⁶⁶ Vgl. *Haffke* 1976, 92 ff., 146 ff.

¹⁶⁷ *Jescheck/Weigend* 1996, § 8 V.

¹⁶⁸ *Kaiser* 1996, § 27 Rn. 11, 13.

103 5. Abolitionismus

Die interaktionistischen Theorien, insbesondere die Anhänger der Labeling-Theorie, betonen überwiegend die kriminalitätsverstärkende Wirkung strafrechtlicher Sanktionen. Nachdem zunächst die Diversion im Mittelpunkt der kriminalpolitischen Forderungen stand (→ Fall 15, Rn. 5, 48f.), wird neuerdings stärker ein strafrechtsnegierender **Abolitionismus** (= Abschaffung, Aufhebung) vertreten.¹⁶⁹ Während es dieser „alternativen“ kriminalpolitischen Strömung ursprünglich hauptsächlich um die Abschaffung der Freiheitsstrafe ging, steht jetzt die Abschaffung des Strafrechts im Mittelpunkt. Die „kritische Kriminologie im Aufbau- und Kontaktstudium der Universität Hamburg“ steht dieser Richtung ziemlich nahe.¹⁷⁰ Dahinter steht eine Radikalkritik staatlicher Verbrechenskontrolle und die Sorge, jede Verbesserung des Strafrechts könne ihm eine neue Legitimation durch den Schein größerer Vernünftigkeit verleihen. Informelle Formen der Konfliktschlichtung oder zivilrechtliche Vergleiche sollen das Strafrecht entbehrlich machen.¹⁷¹

Dabei wird allerdings zu wenig beachtet, dass das Strafrecht schon in den Reformen der letzten Jahrzehnte als Ultima Ratio sozialer Konfliktlösung konzipiert wurde und dass es schon bisher beträchtliche Spielräume für alternative Reaktionen lässt (z. B. Strafantragsrecht, Sühneversuch in Privatklageverfahren nach § 380 StPO, Täter-Opfer-Ausgleichs-Projekte in Vorverfahren u. Ä.). Nicht „Legitimation von systematischer staatlicher Schmerzzufügung“¹⁷² ist das aktuelle Thema der Kriminalpolitik,¹⁷³ sondern Reduzierung von Verbrechensangst und Vermeidung von Selbstjustiz durch möglichst zurückhaltenden Gebrauch staatlicher Sanktionen („Reduktionismus“ oder „Minimalismus“).¹⁷⁴ Die Sozialromantik der nachbarschaftlichen Schlichtungsidee verschließt die Augen vor allen Formen der schweren Kriminalität, vor Wirtschafts- und Umweltdelikten,¹⁷⁵ aber auch vor der massenhaften Alltagskriminalität, zu der etwa Einbrüche in Wohn- und Geschäftsräume, Pkw-Diebstahl, Vandalismus und Gewaltdelikte gegen Personen auf öffentlichen Straßen gehören.

¹⁶⁹ Scheerer 1991, 287 ff.; Sack 1993 b, 421; Steinert 1993, 12 f.

¹⁷⁰ Vgl. Scheerer 1990, 255 ff.

¹⁷¹ Kritisch aus rechtsstaatlicher Sicht Schobloch 2002, 249 ff.

¹⁷² So Steinert 1993, 13.

¹⁷³ Kritisch auch Kaiser 1997, § 14, 5.

¹⁷⁴ Vgl. Schüler-Springorum 1991, 281 f.; Schöch 1993, 245 ff.; Schobloch 2002, 253 ff.

¹⁷⁵ Zutreffende Kritik bei Kaiser 1997, § 14, 5.

2. Kindesmisshandlungsfall

Kriminologische Grundbegriffe: Verbrechen – Verbrecher – Verbrechenskontrolle – Verbrechensoffer – Gerichtszuständigkeit – Sachverständigenrolle – Chromosomenmissbildungen – Persönlichkeitsstörung – Kriminalprognose

Grundlage: Kriminologische und jugendstrafrechtliche Fallanalyse

Sachverhalt: I. Der 19-jährige Hilfsarbeiter A kommt gegen 19.00 Uhr nach Hause. Er hat bis in die Abendstunden auf dem Bau gearbeitet und anschließend mit Kollegen noch mehrere Glas Bier getrunken. Als er sich nach dem Abendessen für eine Stunde schlafen legen will, hört er sein 14 Monate altes Kind schreien. Trotz aller Besänftigungsversuche durch seine Frau endet das Geschrei nicht. Schließlich geht A selbst in den nur durch eine dünne Tür abgetrennten Nebenraum der 2-Zimmer-Wohnung, um für Ordnung zu sorgen. Er nimmt das Kind aus dem Bett und schüttelt es, worauf es noch lauter schreit. Trotz des Widerspruchs seiner Frau schlägt er das Kind daraufhin mehrmals mit der flachen Hand und erheblicher Wucht an den Kopf und auf den Körper. Da dies nichts nützt und da wegen des Lärms die Nachbarn bereits an die Wand klopfen, gerät A in einen Zustand wütender Raserei, wobei er mit einem Kleiderbügel auf das Kind einschlägt, bis ihn schließlich seine Ehefrau mit Hilfe der Nachbarn, die schon die Polizei verständigt hatten, von dem Kind wegzerren kann.

II. Es kommt zur Hauptverhandlung. Zwar verweigert die Ehefrau des A die Aussage, doch aufgrund der gutachtlichen Äußerungen des medizinischen Sachverständigen S bezüglich der Verletzungen des Kindes und aufgrund der Aussagen der Nachbarn hält das Gericht den oben dargestellten Sachverhalt für erwiesen. Nach den Feststellungen des S haben die Schläge mit der flachen Hand, und insbesondere mit dem Kleiderbügel, bei dem Kind eine leichte Gehirnerschütterung, schwere Blutergüsse am ganzen Körper sowie eine Fraktur des linken Unterarmes herbeigeführt. Außerdem lassen verschiedene bereits vernarbte Wunden darauf schließen, dass es sich bei der Misshandlung nicht um ein einmaliges Ereignis gehandelt hat. Dafür sprechen auch die Aussagen der Nachbarn, die schon öfter Lärm und Kindergeschrei aus der Wohnung des A gehört hatten, sich aber „um des Hausfriedens willen“ nicht hatten einmischen wollen. Der Blutalkoholgehalt des A lag nach der Schätzung des S bei 1,1–1,3 ‰.

Bei der Einlassung des nicht vorbestraften A zu seiner Person stellt sich heraus, dass er früher von seinen Eltern selbst häufig geprügelt und geschlagen wurde, insbesondere vom Vater, wenn dieser Streit mit seiner Ehefrau hatte. Zur Sache gibt A weiter an, er sei nicht „roh und gefühllos“, wie der Anklagevertreter es ihm vorgeworfen habe. Er habe nur „die Nerven verloren“. Dies passiere ihm auch meist nur dann, wenn er zuvor getrunken habe. Mit seiner Ehefrau verstehe er sich im Grunde ganz gut, obwohl beide vor einem Jahr vor allem wegen des Kindes geheiratet hätten. Aufgrund der beengten räumlichen Verhältnisse komme es jedoch immer wieder zu Reibereien und Auseinandersetzungen.

Der auf Antrag des Verteidigers des A beigezogene psychiatrische Sachverständige P stellt in dem von ihm zur Frage des Reifegrades des A zu erstellenden Gutachten fest, dass A „zweifelloso nicht die Reife und das Verantwortungsbewusstsein eines durchschnittlichen 19-Jährigen“ habe. Zu einem erheblichen Teil sei dies jedoch nach seiner Beurteilung auch auf eine psychopathische Charakterstruktur mit aggressiver Tendenz zurückzuführen, die sich besonders unter enthemmendem Alkoholeinfluss aktualisiere. Er habe bei der Messung der Hirnströme des A Anzeichen festgestellt, die sich allgemein bei Verbrechern fänden. Dies stehe im Einklang mit dem Ergebnis einer erst kürzlich von britischen Psychiatern an 38 wegen Kindesmisshandlung verurteilten Eltern vorgenommenen Untersuchung, bei welcher sich gleichartige Befunde ergeben hätten. Ferner habe er bei A eine unterdurchschnittliche Intelligenz festgestellt. A habe somit nach seiner Beurteilung eine starke kriminelle Energie, die zu einem erheblichen Teil auf Veranlagung beruhe. Dafür spreche auch die Tatsache, dass bereits der Vater des A offenbar zu aggressivem Verhalten und Prügeleien geneigt habe.

Der Verteidiger des A erhebt scharfen Protest gegen diese Äußerungen des P, die seines Erachtens nicht mehr zum Gutachten gehörten, welches sich lediglich zur Frage der Reife des A zu äußern habe.

Der Vertreter der Jugendgerichtshilfe führt im Gegensatz zu P die Verhaltensweise des A in erster Linie auf die sozialen Umstände wie Enge der Wohnung, Ehesituation und die mangelhafte Erziehung des A zurück, ist aber im Ergebnis mit P der Ansicht, dass A in seiner Persönlichkeitsentwicklung nicht einem Erwachsenen gleichzustellen sei. Dabei handele es sich jedoch lediglich um eine Reifungsverzögerung.

III. In der Beratung äußert die Schöffin B Bedenken gegenüber den Äußerungen des P. Aufgrund ihrer Erfahrungen als Sozialarbeiterin stimme sie eher der Beurteilung durch die Jugendgerichtshilfe zu. Schöffe C

meint demgegenüber, ein so brutales Verhalten, wie es A gezeigt habe, könne man nicht einfach auf die von der Gerichtshilfe aufgeführten Umstände zurückführen. Unter ähnlichen Bedingungen müsse eine Vielzahl von Menschen leben, die trotzdem nicht in so gravierender Weise straffällig würden. Er pflichte daher eher dem P bei. Dass bestimmte Erbanlagen für kriminelles Verhalten verantwortlich sein könnten, zeige im Übrigen doch auch die von Wissenschaftlern an rechtskräftig verurteilten Mördern nachgewiesene Chromosomenmissbildung XYY. Auch könne sich das Gericht nicht einfach über P, der ein anerkannter Psychiater sei, hinwegsetzen und sich eigene Sachkunde anmaßen.

Aufgaben:

1. Wieso hat der Staatsanwalt vor dem Jugendschöffengericht Anklage erhoben? Hätte er auch vor einem anderen Gericht öffentliche Klage erheben können?
 - 1.1 Welches Recht wird das Gericht anwenden und aufgrund welcher Überlegungen?
2. Kann das Gericht von den gutachtlichen Feststellungen des P abweichen? Gehören die Äußerungen des P, soweit sie sich mit dem Vorliegen einer psychopathischen Charakterstruktur bei A befassen, noch zum Gutachten?
3. Nehmen Sie gutachtlich Stellung zu den Äußerungen des P und des Vertreters der Jugendgerichtshilfe.
4. Wegen welchen Delikts wird das Gericht den A verurteilen?
5. Welche Gesichtspunkte sind bei der Prognosebeurteilung des A zu berücksichtigen?

- 1 **Zur Problemstellung:** 1. Auf kaum einem anderen Gebiet sind Kriminologie und Recht so verzahnt wie im Jugendstrafrecht. Um eine Jugendstrafe zu verhängen, müssen beim Jugendlichen „schädliche Neigungen“ hervorgetreten sein, wenn man von der Schwere der Schuld einmal absieht (§ 17 II JGG). Der Begriff der „schädlichen Neigungen“ ist allerdings umstritten; er meint eine Rückfallgefahr für erhebliche Straftaten.¹ § 105 I Nr. 1 JGG setzt zur Anwendung des Jugendstrafrechts auf einen Heranwachsenden voraus, dass dieser nach Persönlichkeit und unter Berücksichtigung der Umweltbedingungen bei Begehung der Tat in seiner sittlichen und geistigen Entwicklung einem Jugendlichen gleichstand, um nur zwei Beispiele zu nennen. Diese und eine Reihe von anderen Vorschriften erfordern die Verwertung kriminologischer Erkenntnisse durch den Richter.
- 2 Zwar sollen Richter und Staatsanwälte im Jugendstrafverfahren erzieherisch befähigt und in der Jugenderziehung erfahren sein (§ 37 JGG); in vielen Fragen werden sie dennoch auf den **Sachverständigen** angewiesen bleiben. Dabei stellt sich stets die Frage, inwieweit das Gericht fähig ist, das Gutachten, dessen Ergebnis oft vom wissenschaftlichen Standpunkt des Sachverständigen abhängig ist, kritisch zu würdigen.
- 3 2. Unabhängig davon, mit welchen Problemen sich der Kriminologe gerade beschäftigt und welcher Forschungsrichtung er folgt, immer wird er es mit den Grundbegriffen der Kriminologie „Verbrechen“, „Verbrecher“ und „Verbrechenskontrolle“ zu tun haben, häufig überdies mit dem „Verbrechensopfer“. Ausgangspunkt jeglicher kriminologischen Forschung ist seit jeher das „**Verbrechen**“. Was unter diesem Begriff zu verstehen ist, hängt von Raum, Zeit und Inhalt des jeweiligen sozialkulturellen Sozialsystems ab. Immer aber dient er der Gesellschaft als Mittel zur Verhaltenskontrolle. Daher betont man zunehmend den Konstruktcharakter des Verbrechens,² obwohl nicht unklar sein kann, dass jeder Zuschreibung eines Verbrechens ein entsprechendes soziales Ereignis zugrunde liegt. Gleichgültig, ob man einen legal-formalen oder materiellen Verbrechensbegriff vertritt, immer und überall werden die als kriminell beurteilten Handlungen von Menschen begangen. Die Erforschung des „Verbrechens“ lässt sich daher von jener des „**Verbrechers**“ nicht trennen. Die Frage, wer der „Verbrecher“ sei und wie er sich vom Nichtkriminellen unterscheide, steht deshalb im Mittelpunkt des Interesses, solange es kriminologische Forschung gibt. *Lombrosos* Vermutung, dass es den „geborenen Verbrecher“ gebe, wurde immer wieder aufgegriffen: zuerst durch die Konstitutions- und Zwillingforschung, zuletzt durch die Untersuchung von Chromosomenanomalien, auf die diese Lösungsskizze exemplarisch eingeht. Freilich hat die Kritik seit langer Zeit auf die Verengung des Blickfeldes durch Fokussierung auf den „fremden anderen“ und auf die darauf bezogene „Erfindung des Ver-

¹ Schaffstein/Beulke 2002, 154 ff., 158; Meier/Rössner/Schöch 2003, 207; Streng 2003, 205 ff.; Böhm/Feuerhelm 2004, 221; ferner unten Fall 5, Rn. 9 ff. m. w. N.

² Siehe etwa Meier 2003, 9, 29.

brechers“ sowie auf die Kriminalität des Normalbürgers und des Alltagslebens hingewiesen. Dadurch wurde trotz aller Übertreibung die Bedeutung der Täterorientierung in der herkömmlichen Kriminologie relativiert und im Ganzen zurückgedrängt. Deshalb pflegt man heutzutage die Vielgestaltigkeit des Verbrechens nach Ausprägung und Entstehungsgründen hervorzuheben, was zwar die Frage nach der Erklärung nicht erleichtert, wohl aber die Überzeugungskraft der Interpretation zu steigern vermag.

An die Frage nach den Ursachen kriminellen Verhaltens schließt sich unmittelbar die seiner Kontrolle an: Welche Maßnahmen und Mittel sind geeignet und zweckmäßig, den Rechtsbrecher wieder zur Gesellschaft hin- oder zurückzuführen? Eine Beantwortung dieser Frage hängt nicht zuletzt von der Beurteilung zukünftigen Verhaltens des Delinquenten ab, also von einer **Prognose**. Wichtige Anwendungsfälle der Kriminalprognose finden wir im Erwachsenenstrafrecht in § 56 I StGB (Strafaussetzung zur Bewährung), §§ 57 If. StGB (bedingte Entlassung aus dem stationären Vollzug) und in §§ 61 ff. StGB. Im Jugendstrafrecht fordern die §§ 5, 17 ff. und 88 ff., im Strafverfahrensrecht § 112 III StPO eine prognostische Entscheidung.³

Mit der Wandlung und Ausweitung des Verbrechensbegriffs ist die Beantwortung der Frage nach dem Verbrecher ungenauer und unsicherer geworden als je zuvor. Mit jeder Neukriminalisierung einer Verhaltensweise wird ein potentieller „Verbrecher“ im materiellen Sinne geschaffen. Gegenstand der Forschung muss daher auch die **Verbrechenskontrolle** sein, allerdings nicht beschränkt auf die isoliert gestellte Frage nach der Normgenese. Strafrechtliche Sozialkontrolle meint alle gesellschaftlichen Einrichtungen, Strategien und Sanktionen, welche die Verhaltenskonformität im strafrechtlich geschützten Normbereich bezwecken. Welche Rückwirkungen die Prozesse der Sozialkontrolle auf das Bild vom „Verbrechen“ und „Verbrecher“ haben, zeigt sich schon daran, dass sich Öffentlichkeit, Strafrechtspflege und Forschung vor allem mit jenem Teil der Rechtsbrecher beschäftigen, der in den „Maschen“ dieser Sozialkontrolle „hängen bleibt“ und **registriert** wird.⁴ Dies bedeutet freilich zugleich, die Fragen nach den Mechanismen des Anzeigeverhaltens sowie nach Umfang und Struktur der Dunkelfeldkriminalität nicht zu vernachlässigen.

Weil den Selektions- und Sanktionsprozess in erster Linie das Opfer als Anzeigerstatter einleitet, gestalten seine Einstellung und sein Verhalten das allgemeine Bild vom „Verbrecher“ entscheidend mit. Zum vierten wichtigen Forschungsgegenstand der Kriminologie zählt daher das **Verbrechensopfer**. Überdies erscheint es wegen der erlittenen Einbußen in seiner Rechtssphäre und seiner Leiden als besonders schutz- und hilfebedürftig. Deshalb hat dieses Problemfeld in der Gegenwart in Wissenschaft und Praxis wachsende Beachtung gefunden.⁵ Man denke nur an den Täter-Opfer-Ausgleich (vgl. §§ 10 Abs. 1 Ziff. 7; 45 Abs. 2 II 2 JGG).

Zur Erläuterung, Vertiefung und gutachtlichen Stellungnahme:

Aufgabe 1: Wieso hat der Staatsanwalt vor dem Jugend-schöffengericht Anklage erhoben? Hätte er auch vor einem anderen Gericht öffentlich Klage erheben können?

1. Eine Zuständigkeit des Jugendgerichts in Jugendschutzsachen nach § 26 I GVG scheidet aus, da A im strafrechtlichen Sinne nicht Erwachsener, sondern Heranwachsender ist (§ 1 II JGG).
2. Nach § 108 I JGG sind für Verfehlungen Heranwachsender jedoch grundsätzlich die Jugendgerichte zuständig, so dass hier das sachlich zuständige Gericht den §§ 39 ff. JGG zu entnehmen ist.
- 2.1 Zuständigkeit des Jugendrichters gem. § 108 I, II i. V. m. § 39 JGG.

Die Anklage wird einerseits vor dem Jugendrichter erhoben, wenn materiell **Jugendstrafrecht** Anwendung findet und nur Erziehungsmaßregeln, Zuchtmittel oder nach § 6 JGG zulässige Nebenstrafen und -folgen, nicht aber Jugendstrafe zu erwarten sind (§ 39 I JGG). Unterstellt, A wäre über § 105 JGG nach Jugendstrafrecht abzuurteilen, käme wegen der Schwere seiner Verfehlungen jedoch zumindest Jugendstrafe in Betracht. Damit scheidet die Zuständigkeit des Jugendrichters für den Fall aus, dass materielles Jugendstrafrecht zur Anwendung kommt. Wenn andererseits die **Anwendung allgemeinen Strafrechts** auf Heranwachsende zu erwarten steht, ist der Jugendrichter nach § 108 II JGG allerdings

³ Zu den einzelnen Prognoseverfahren Fälle 5, 6, 7 sowie 12 und 13.

⁴ Zum Ganzen *Kaiser* 1996, 400 ff., 529 f.

⁵ Zur Viktimologie *Jung* 1993 c, 582 ff. sowie Fall 3.

insoweit zuständig, als nach § 25 GVG der Strafrichter zu entscheiden hat. Gem. § 25 Nr. 2 GVG ist dies nur dann der Fall, wenn keine Freiheitsstrafe über zwei Jahren zu erwarten ist. Selbst im Hinblick auf die Erheblichkeit der Verfehlung des A ist jedoch eine höhere Strafe unwahrscheinlich.

Somit ist bei Anwendung von allgemeinem Strafrecht der Jugendrichter zuständig, wohingegen bei der Anwendung von materiellem Jugendstrafrecht die Zuständigkeit des Jugendschöffengerichts begründet wäre. Deshalb ist zu klären, ob gem. § 105 JGG materielles Jugendstrafrecht anzuwenden ist oder nicht.

Aufgabe 1.1: Welches Recht wird das Gericht anwenden und aufgrund welcher Überlegungen?

1. § 105 I Nr. 2 JGG (Jugendverfehlung): Scheidet ohne weiteres aus.

2. § 105 I Nr. 1 JGG:

- 8 Die Anwendung von § 105 I Nr. 1 würde von vornherein ausscheiden, wenn der vorliegende Rückstand in der sittlichen und geistigen Entwicklung nicht auf einer **Reifungsverzögerung**, sondern auf unbehebbarer Veranlagung beruhte.⁶ Eine Veranlagung läge aber nach den Ausführungen des P zu einem „nicht unerheblichen Teil“ vor. Selbst wenn man hier von der Richtigkeit dieser Diagnose einmal ausgeht, hat damit auch P den Entwicklungsrückstand nicht vollständig auf Veranlagung zurückgeführt, so dass die Möglichkeit einer Nachreifung nicht ausgeschlossen ist. Im Rahmen des § 105 I Nr. 1 JGG ist maßgebend, ob in dem heranwachsenden Täter noch in größerem Umfang Entwicklungskräfte wirksam sind. Dagegen ist es nicht entscheidend, ob der Täter noch nicht das Bild eines 18-Jährigen bietet.
- 9 Nach Auffassung des BGH ist das materielle Jugendstrafrecht nur auf den unfertigen, noch formbaren Menschen zugeschnitten.⁷ Dabei beruft sich der BGH auf den Gesetzeswortlaut (keine „Entwicklung“ bei unbehebbar angeborenen infantilen Zügen) und den Zweck der Norm. Solange aber die Möglichkeit einer Nachreifung besteht – was im Übrigen selbst bei Schwachsinn bis zum 25. Lebensjahr für möglich gehalten wird –, ist die Entwicklung des Heranwachsenden nicht abgeschlossen und damit eine Anwendung von Jugendstrafrecht nicht verwehrt. Anderes gilt nach Ansicht des BGH allerdings dann, wenn in Fällen des Schwachsinn nur die entfernte Möglichkeit einer Nachreifung zwischen dem 30. und 40. Lebensjahr besteht. Denn dabei handelt es sich nicht mehr um die Entwicklung eines jugendlichen Unreifen zum Erwachsenen, sondern darum, dass der Schwachsinn weniger stark in Erscheinung tritt. Eine derart negative Prognose ist aber praktisch allenfalls in krassen Fällen von Schwachsinn usw. möglich.⁸
- 10 Im Übrigen sprechen hier auch die **Umweltbelastung** des A (durch die ungünstige Wohn- und Familiensituation) und Erziehungsmängel dafür, dass A nicht nur aus Veranlagung in seiner sittlichen Entwicklung zurückgeblieben ist. Nach dem BGH⁹ erfordert der das Jugendstrafrecht beherrschende Erziehungsgedanke, dass Jugendstrafrecht stets anzuwenden ist, wenn sich nicht mit Sicherheit feststellen lässt, ob § 105 I Nr. 1 JGG eingreift. Dem ist zwar für die Mehrzahl der Fälle zuzustimmen. Gleichwohl bleibt der Grundsatz in dubio pro reo zu beachten. Nicht immer ist das materielle Jugendstrafrecht auch das mildere Recht (vgl. § 18 JGG). Daher hat das Gericht zu prüfen, zu welcher Sanktion es bei Anwendung von Jugend- und Erwachsenenstrafrecht kommen würde. Es muss dann im konkreten Einzelfall das mildere Recht anwenden.¹⁰ Da hier keiner der Ausnahmefälle vorliegt, in der die erwachsenenstrafrechtliche Sanktion die mildere ist, ist A gem. § 105 I Nr. 1 JGG nach Jugendstrafrecht abzurteilen.

2.2 Zuständigkeit des Jugendschöffengerichts gem. § 108 i. V. m. § 40 JGG

- 11 Infolgedessen ist grundsätzlich gem. §§ 108 I, 40 JGG das Jugendschöffengericht zuständig, sofern nicht die Zuständigkeit der Jugendkammer nach §§ 41, 108 III JGG gegeben ist. Eine Zuständigkeit der Jugendkammer nach § 41 I Nr. 1 JGG scheidet hier aus, da A kein im Katalog des § 74 II VG aufgeführtes Delikt begangen hat, das die Schwurgerichtszuständigkeit für Erwachsene begründen könnte. Für die Zuständigkeit der Jugendkammer nach den §§ 40 II, 41 I Nr. 2 JGG ist Voraussetzung, dass der Vorsitzende des Jugendschöffengerichts dieser die Sache vor Eröffnung der Hauptverhandlung zur Übernahme vorlegt. Dies kommt nach Nr. 2 der Richtlinien zu den §§ 39, 41 JGG namentlich dann in Betracht, wenn wegen der großen Zahl der Beschuldigten oder Zeugen das Verfahren von einem

⁶ BGH NJW 1989, 1490; zur Kritik an der Regelung des § 105 I Nr. 1 JGG Fall 5 und *Böhm/Feuerhelm* 2004, 57 ff.

⁷ BGHSt 22, 41, 43; *Schaffstein/Beulke* 2002, 6, 55 ff.; *Meier/Rössner/Schöch* 2003, 90 ff.; *Streng* 2003, 24 ff.

⁸ Vgl. *Brunner/Dölling* 2002, § 105 Rn. 13; *Eisenberg* 2004, § 105 Rn. 27.

⁹ BGHSt 12, 116.

¹⁰ *Schaffstein/Beulke* 2002, 75 f.; dazu auch *Böhm/Feuerhelm* 2004, 52, 63 ff. u. *Streng* 2003, 45.

Berufsrichter allein nicht sachgemäß erledigt werden kann, während rechtliche Schwierigkeiten oder das besondere Aufsehen, das eine Tat erregt hat, die Übernahme nicht zu begründen vermögen.¹¹ Sollte sich das Gericht daher wegen des Umfangs der Sache überfordert fühlen, könnte das Verfahren über §§ 40 II, 41 I Nr. 2 JGG in die Zuständigkeit der Jugendkammer fallen. Da ein derartiges Vorgehen nach § 40 II JGG aber erst nach Erhebung der Anklage vor dem Jugendschöffengericht von dessen Vorsitzenden in die Wege geleitet werden kann, ist die Möglichkeit des Vorliegens der Übernahmevoraussetzung für die Entscheidung des Staatsanwalts, vor welchem Gericht er Anklage zu erheben hat, ohne Bedeutung.

Damit könnte der Staatsanwalt im gegebenen Fall an der Erhebung der Anklage zum Jugendschöffengericht nur noch dadurch gehindert sein, dass nach § 108 III JGG die Zuständigkeit der Jugendkammer begründet ist. Da aber bei dem vorliegenden Sachverhalt eine Freiheitsstrafe von mehr als vier Jahren, insbesondere im Hinblick auf die Ersttätereigenschaft des A, nicht zu erwarten ist, sind hier die Voraussetzungen des § 108 III JGG nicht erfüllt. Es bleibt also bei der Zuständigkeit des Jugendschöffengerichts. Der Staatsanwalt hätte vor keinem anderen Gericht Anklage erheben können.

Aufgabe 2: Kann das Gericht von den gutachtlichen Feststellungen des P abweichen? Gehören die Äußerungen des P, soweit sie sich mit dem Vorliegen einer psychopathischen Charakterstruktur bei A befassen, noch zum Gutachten?

Der **Sachverständige** hat nach geltendem Recht im Prozess – wie auch die Jugendgerichtshilfe (§ 38 JGG) – lediglich die **Stellung eines „sachverständigen Gehilfen“ des Gerichts**.¹² Er soll das Wissen und die Lebenserfahrung des Gerichts auf einem besonderen Fachgebiet ergänzen und im tatsächlichen Bereich Entscheidungsmaterial aufbereiten. Aus seiner Gehilfenstellung folgt, dass seine Feststellungen in keiner Weise verbindlich sind, obwohl das Gericht die von der besonderen Sachkunde getragenen so genannten „Befundtatsachen“¹³ in der Regel seiner Entscheidung zugrunde legen wird, während dies bei den das Gutachten vorbereitenden Nebentatsachen, den so genannten „Zusatztatsachen“, nicht der Fall sein muss.¹⁴ Hinsichtlich Letzterer ist der Sachverständige lediglich Zeuge. Dies ist er hier auch, soweit er zum Vorliegen einer psychopathischen Charakterstruktur bei A und deren Ursachen Stellung nimmt. Denn es handelt sich hierbei nur um Zusatztatsachen, weil der psychopathische Charakter des A lediglich Voraussetzung für die Beurteilung seiner Reife ist.

Im jugendgerichtlichen Verfahren ist zu beachten, dass sowohl Richter und Staatsanwalt als auch die Jugendschöffen erzieherisch befähigt sein, also insoweit ebenfalls besondere eigene Sachkunde mitbringen sollen (vgl. § 37 bzw. für die Jugendschöffen § 35 II 2 JGG). Während ein Verstoß gegen die bloße Ordnungsvorschrift des § 37 JGG die Revision nicht begründen kann,¹⁵ stellt die Nichteinhaltung des § 35 I 1 JGG, wonach die Jugendschöffen ausschließlich auf Vorschlag des Jugendwohlfahrtsausschusses zu wählen sind, nach der Rspr. des BGH¹⁶ einen absoluten Revisionsgrund i. S. d. § 338 Nr. 1 StPO dar. Denn es handelt sich bei § 35 II JGG um eine zwingende Norm, deren Sinn es ist, sicherzustellen, dass als Jugendschöffen wirklich nur Persönlichkeiten herangezogen werden, die erzieherisch befähigt und in der Jugenderziehung erfahren sind.

Auf die Ausführungen des P zur Frage des Reifegrades des A und der möglichen kriminellen Veranlagung wird das Gericht hier also umso weniger angewiesen sein, als es über eigene Sachkenntnis verfügt.

Aufgabe 3: Nehmen Sie gutachtlich Stellung zu den Äußerungen des P, des C und des Vertreters der Jugendgerichtshilfe.

¹¹ Brunner/Dölling 2002, §§ 39–41 Rn. 34; Eisenberg 2004, § 41 Rn. 6.

¹² BGHSt 9, 293.

¹³ Vgl. BGHSt 18, 107.

¹⁴ Vgl. BGHSt 22, 268, 271.

¹⁵ Kritisch Böhm/Feuerhelm 2004, 80f.; ferner Eisenberg 2004, § 37 Rn. 15; Brunner/Dölling 2002, § 37 Rn. 5; Schaffstein/Beulke 2002, 197.

¹⁶ JZ 1976, 791.

- 14 Der Sachverständige P stützt sich bei seinen Ausführungen zur kriminellen Veranlagung des A hauptsächlich auf die von ihm festgestellten Hirnstrombilder. Diese allein besagen jedoch noch nichts. Ausschlaggebend für die Diagnose des P ist allenfalls, dass der von ihm festgestellte Befund nach der von ihm zitierten Untersuchung der britischen Mediziner den Schluss auf die biologisch bedingte kriminelle **Veranlagung** zulässt. Demzufolge bleibt zu überprüfen, ob die genannte Untersuchung die von P gezogenen Schlussfolgerungen gestattet.

1. Zur Forschungsmethodik und zu den Schlussfolgerungen der Untersuchung

- 15 1.1 Es handelt sich bei den 38 untersuchten Personen nicht um eine **repräsentative** Auswahl registrierter Täter der Kindesmisshandlung. Dieser Sachverhalt schränkt von vornherein die Aussagekraft der Befunde ein.
- 16 1.2 Selbst wenn es sich aber um eine repräsentative Auswahl handelte, ließen sich keine Schlüsse auf „den“ Täter der Kindesmisshandlung ziehen, da nur **offiziell registrierte** Täter untersucht wurden.¹⁷ Es liegt nahe, dass diese Personen u. a. gerade deshalb registriert wurden, weil sie besonders auffällige Persönlichkeitsprofile aufwiesen. Dieser Einwand gilt auch dann, wenn es **plausibel** erscheint, dass „Prügeleltern“ – in Anbetracht der oft mit äußerster Grausamkeit begangenen Quälereien an ihren Kindern – eine psychopathische Persönlichkeitsstruktur haben. Im Jahr 2004 wurden von der Polizei bundesweit (einschl. der neuen Bundesländer) 3042 Fälle von Kindesmisshandlungen erfasst.¹⁸ Doch ist zu berücksichtigen, dass in diesem Bereich ein enormes Dunkelfeld besteht. Aufgrund von „vagen“ Schätzungen werden nur etwa 5 % der Kindesmisshandlungen angezeigt.¹⁹ Denn von außen ist nicht immer leicht zu erkennen, was noch maßvolle Züchtigung und was schon Misshandlung darstellt, auch scheiden die Kinder i. d. R. als Anzeigerstatter aus. Von Ärzten und Kliniken werden aus unterschiedlichen Gründen (z. B. weil sie Schutzbehauptungen glauben, sich an ihre Schweigepflicht gebunden fühlen oder sich um den Verlust ihres Patientenstammes sorgen) nur ganz offensichtliche und eklatante Fälle der Polizei gemeldet. Hinzu kommt die Einstellung vieler Behörden, nur zögernd in den Intimbereich der Familie einzugreifen.
- 17 Dies gilt nicht nur für die Kindesmisshandlung, sondern auch für die sonstigen Fälle von **Gewalt in der Familie**²⁰ wie etwa die Vergewaltigung in der Ehe oder den sexuellen Missbrauch von Kindern. Liegt damit einerseits zumindest nahe, dass trotz langfristiger Abnahme der Gewaltakzeptanz in der Gesellschaft – nicht zuletzt infolge von Verdrängung und Bagatellisierung – der überwiegende Teil der Misshandlungen ungestraft von Tätern begangen werden kann, die sich im Übrigen unauffällig und angepasst verhalten, so erscheint es nicht unproblematisch, wenn andererseits, falls solche Taten einmal gerichtsbekannt werden, in der Öffentlichkeit oft eine drastische Bestrafung gefordert wird. Die Vorschläge der so genannten Antigewaltkommission zur Eindämmung von Kindesmisshandlungen zielten in ihren Endgutachten auf eine gesetzgeberische Missbilligung elterlicher Züchtigungen schlechthin, wobei leichtere Fälle nicht strafrechtlich sanktioniert werden sollten. Allgemein sollte danach bei Gewalt in der Familie der Grundsatz „Hilfe vor Strafe“ verstärkte Bedeutung gewinnen.²¹ Derartigen Empfehlungen begann der Gesetzgeber allmählich zu folgen. Obgleich er bereits mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz v. 16. 7. 1997²² § 1631 I BGB neu gefasst und entwürdigende Erziehungsmaßnahmen als unzulässig verboten hatte, hat der Bundestag darüber hinausgreifend durch Gesetz zur **Ächtung der Gewalt in der Erziehung** und zur Änderung des Kindschaftsunterhaltsrechts²³ v. 6. 7. 2000 beschlossen, in § 1631 II BGB den Kindern ein „Recht auf gewaltfreie Erziehung“ einzuräumen sowie „körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen“, auch solche zum Zwecke der Erziehung, für „unzulässig“ zu

¹⁷ Vgl. *Kaiser* 1996, 529 f., 739, 785.

¹⁸ PKS 2004, 25.

¹⁹ Aufgrund der niedrigen Anzeigebereitschaft streut – je nach Schweregrad und Befragtengruppe – der Anteil angezeigter Misshandlungsfälle zwischen 3 % und 20 %; vgl. I. PSB 2001, 486, 494 f. Zur Verbreitung und zu weiteren kriminalstatistischen Daten vgl. *Bussmann* 2000, 437 f.; zu strafrechtsdogmatischen, kriminologischen und kriminalpolitischen Aspekten der Kindesmisshandlung *Schwind/Baumann u. a.* 1990, 72 ff., 87 ff. u. *Schwind* 2005, 203, 211, 377 f.

²⁰ Dazu *Lösel/Selg* 1990, 93 ff.

²¹ Ausführlich *Schwind/Baumann u. a.* 1990, 157–170; *Schwind* 2005, 212.

²² BGBl. I, 2942.

²³ BT-Drucks. 14/3781; ähnlich in der Tendenz und zur Reformgeschichte eingeh. *Bussmann* 2000, 385 ff., 395 f., 443 ff.; ähnl. in der Richtung auch die britische Gesetzgebung; vgl. FAZ Nr. 13 v. 10. 1. 2005 unter Beschränkung auf Misshandlungen, die sichtbare Folgen wie Blessuren, Schrammen, Schwellungen hinterlassen.

erklären.²⁴ Ferner sollen gemäß § 16 I Satz 3 SGB (Achtes Buch) Jugendhilfebehörden Wege aufzeigen, wie Konfliktsituationen in der Familie gewaltfrei gelöst werden können. Um den vermuteten „Kreislauf der Gewalt“ zu unterbrechen, lässt sich der Gesetzgeber von der vermeintlich empirisch gestützten Annahme leiten, dass Opfer elterlicher Gewalt später vermehrt selbst Gewalt anwenden. Doch die beanspruchte empirische Basis ist nicht so sicher, dass sie die gesetzliche Folgerung eindeutig rechtfertigt. Denn selbst dann, wenn die gesetzgeberische Begründung zutrifft, dass 37 % der Jugendlichen, die häufig misshandelt wurden, auch selbst über eigene Gewaltanwendung berichteten, so ist doch nicht minder richtig, dass 63 % der jungen Menschen anders gehandelt haben, also nicht den mechanistisch gedachten Zwängen des „Kreislaufes“ erlegen sind. Dann aber erscheint der unterstellte Lernprozess weniger stark und determinierend, als Teile des Schrifttums und auch der Gesetzgeber angenommen haben. Obwohl die gesetzliche Änderung kaum dem Bereich „symbolischer Gesetzgebung“ entrinnen dürfte, lässt sich freilich unabhängig davon das Postulat gewaltfreier Erziehung begründet vertreten, nur eben nicht mit den behaupteten und hier angefochtenen „Rechtstatsachen“.

1.3 Zwar lassen sich mittels Messungen der Hirnströme abnorme Charakterstrukturen feststellen. Der Schluss auf eine **kriminelle** Persönlichkeitsstruktur ist aber – entgegen der Ansicht des P – nach dem heutigen Stand der Wissenschaft nicht zulässig. Schließlich sind nicht alle Kriminellen seelisch abnorm, und nur ein kleiner Teil aller seelisch Abnormen wird überhaupt straffällig. Anstelle des in der Wissenschaft weithin angefochtenen und diskreditierten Begriffs der Psychopathie (→ Fall 5) pflegt man heute von sog. Persönlichkeitsstörungen zu sprechen,²⁵ ohne jedoch schon damit die vielfach beklagte Begriffsverwirrung in der Kennzeichnung von anti- oder dissozialen Persönlichkeiten beseitigt zu haben.

18

2. Zur strafrechtlich-kriminologischen Bedeutung von Chromosomenmissbildungen

2.1 Sinngemäß dasselbe lässt sich zu der von C angeführten Chromosomenanomalie sagen. Die Grundannahme, dass Kriminelle sich von Nichtkriminellen in ihren Persönlichkeitsmerkmalen unterscheiden, ist so alt wie die Frage nach dem Verbrechen und Verbrecher. Sie ist kennzeichnend für die traditionelle, maßgeblich von der Psychiatrie beeinflusste Kriminologie. *Lombrosos* These vom geborenen Verbrecher²⁶ setzte sich fort in der konstitutionsbiologischen Auffassung *Kretschmers*,²⁷ den erbbiologischen Untersuchungen an Zwillingen²⁸ und der Psychopathenlehre *Schneiders*.²⁹ Mit den modernen Genuntersuchungen wurden die Forschungen in dieser Richtung weitergeführt. Dabei wurde u. a. festgestellt, dass ein zusätzliches Y-Chromosom, d. h. also eine sog. XYY-Konstitution, in der Durchschnittsbevölkerung unter den Knabengeburt nur etwa in 1 % aller Fälle auftritt, während dieses Syndrom unter den als besonders gefährlich geltenden Kriminellen, die sich in Sicherungsverwahrung befinden, ca. 1 % einnimmt.³⁰

19

2.2 Bei der Bildung von Verbrechertypologien und deren Abgrenzung von Nichtkriminellen nach Persönlichkeitsmerkmalen wird jedoch allgemein von der traditionellen Kriminologie nicht genügend berücksichtigt, dass die von ihr untersuchten Personen nur polizeilich bekannt gewordene Täter und häufig auch Rückfällige waren, weshalb die so gewonnenen Ergebnisse empirisch nicht verallgemeinerungsfähig sind. Sie beruhen letztlich auf der Grundannahme bzw. dem Wunsch, dass der Kriminelle der „Andere“ sei, der sich deutlich nach objektiven Kriterien von dem Nichtkriminellen unterscheiden lasse. Ausfluss dieser Überzeugung ist auch die Suche nach dem sog. Mörderchromosom (XYY-Chromosomenmissbildung), die noch vor wenigen Jahren Schlagzeilen machte. Die Tatsache, dass

20

²⁴ Zur Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB und Strafbarkeit gem. § 223 StGB eingeh. *Beulke* 2003, 32 ff. anhand des neueren Schrifttums. Mit Entscheidung v. 10. 11. 2004 hat das AG Burgwedel (AZ 64 Ds 3643/04) eine 42-jährige Mutter unter dem Vorbehalt der Verurteilung zu einer Geldstrafe von 100 € verurteilt, da sie ihre kleine Tochter heftig geohrfeigt hatte. Die Kleine Strafkammer des LG Hannover hat die Berufung der Angeklagten durch Beschluss als unzulässig verworfen.

²⁵ Vgl. *Göppinger* 1997, 233 f.; zum heutigen Stand der Diskussion siehe die von *Schöch/Jehle* 2004 herausgegebenen Tagungsbeiträge zur forensischen Psychiatrie, insbes. zu Persönlichkeitsstörungen, von *Nedopil, Herpertz* und *Rössner* S. 347–411 mit eingeh. Erörterung der Symptomatik und der entsprechenden Diagnoseinstrumente.

²⁶ *Lombroso* 1876.

²⁷ *Kretschmer* 1921.

²⁸ S. o. Fall 1 Rn. 20.

²⁹ *Schneider* 1923, 1950.

³⁰ *Schwind* 2005, 103 f. sowie die Arbeiten von *Kinzig* 1996 u. *Laubenthal* 2004, die allerdings dazu keinerlei Angaben enthalten.

einige verurteilte Mörder diese Chromosomenaberration aufweisen, lässt freilich nicht, wie C meint, den Schluss auf deren Ursächlichkeit für das kriminelle Verhalten der Betroffenen und damit auf Anlagebedingtheit der (Gewalt-)Kriminalität zu. Nach neueren Untersuchungen wird sogar die Annahme vertreten, dass XYY-Männer weniger aggressiv als vergleichbare XY-Männer sind; auch lassen die Zahl derjenigen Menschen, bei denen eine solche Chromosomen-Konstellation vorliegt, die aber nicht straffällig werden, und ferner die Zahl derjenigen Kriminellen, die keine solchen Merkmale aufweisen, die „Chromosomentheorie“ eher als Indikator für die Grundüberzeugung ihrer „Erfinder“ denn als wissenschaftlich ernst zu nehmende Aussage erscheinen.³¹

- 21** 2.3 Die von P zur Begründung einer kriminellen Veranlagung vorgebrachten Argumente sind also nicht stichhaltig. Auch unterdurchschnittliche Intelligenz ist nach dem heutigen Wissensstand kein kriminovalenter Faktor, abgesehen davon, dass eine solche Aussage allenfalls mit statistischer Wahrscheinlichkeit, nicht aber anhand eines Einzelfalles begründet werden könnte. Ferner lässt sich die Tatsache, dass bereits der Vater des A zu Gewalttätigkeiten neigte, eher für eine Schädigung in As Persönlichkeitsentwicklung ins Feld führen denn als Indiz für „vererbte kriminelle Energie“.

Aufgabe 4: Wegen welchen Delikts wird das Gericht A verurteilen?

- 22** Das Gericht wird A nach § 225 StGB verurteilen. Die von A bestrittene „Gefühllosigkeit“ braucht keine dauernde Charaktereigenschaft zu sein; es ist gleichgültig, dass sie nur unter Alkoholeinwirkung hervortritt.³²

Aufgabe 5: Welche Gesichtspunkte sind bei der Prognosebeurteilung des A zu berücksichtigen?

- 23** Da nach den obigen Ausführungen unter III. das Gericht nicht von einer kriminellen Veranlagung des A ausgehen kann, werden die bisherigen Lebensbedingungen des A wie Erziehung, berufliche Situation, Ehe- und Wohnverhältnisse usw. für die Diagnose herangezogen. Hierauf wird sich die Prognose gründen.³³ Es handelt sich um Fälle, für die insbesondere die Frage der Strafaussetzung zur Bewährung nach § 21 JGG von Bedeutung ist (Fälle 6 und 8).

- 24** 1. Für zukünftiges straffreies Verhalten des A sprechen daher folgende Faktoren:

1.1 A ist nicht vorbestraft.

1.2 Wie A selbst vortrug, habe er nur „die Nerven verloren“ und auf sein Kind eingeschlagen, weil er von der Arbeit übermüdet nach Hause kam und deshalb etwas schlafen wollte, daran aber durch sein im Nebenzimmer der hellhörigen 2-Zimmer-Wohnung schreiendes Kind gehindert wurde, das trotz aller Besänftigungsversuche nicht zu beruhigen war. Die Tat resultierte also aus einer situativ bedingten Überforderung durch berufliche und familiäre Verhältnisse, insbesondere aus der Enge der Wohnung heraus.

1.3 Zugunsten des A ist ferner zu berücksichtigen, dass durch eine Nachreifeung, die selbst nach den Ausführungen des Sachverständigen P nicht auszuschließen ist, eine Besserung herbeigeführt werden kann.

- 25** 2. Negativ zu bewerten ist demgegenüber Folgendes:

2.1 Wie die bereits vernarbten Wunden des Kindes und die Aussagen der Nachbarn vermuten lassen, ist es schon mehrfach zu ähnlichen Kindesmisshandlungen seitens des A gekommen, was eine positive Prognose erschwert.

2.2 Auch wird sich die Intensität der Misshandlungen, die eine Gehirnerschütterung, schwere Blutergüsse am ganzen Körper und eine Unterarmfraktur zur Folge hatten, sehr zu Lasten des A auswirken, da es derart erhebliche Verletzungen eines Kleinkindes mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln zu verhindern gilt.

2.3 Darüber hinaus spricht gegen eine positive Prognose im Falle des A dessen niedrige Reizschwelle bzw. geringe Belastbarkeit, die sich darin gezeigt hat, dass A allein durch das Schreien seines Kindes in einen derartigen Zustand der Raserei geriet, dass er völlig unbeherrscht so lange auf sein Kind einschlug, bis ihn seine Ehefrau mit Hilfe der Nachbarn davon abbringen konnte.

³¹ Kaiser 1996, 700 ff.; Kürzinger 1996, 77 ff.; Göppinger 1997, 216 f., Schwind 2005, 102 ff.

³² BGHSt 3, 109; Tröndle/Fischer 2004, § 225 Rn. 9.

³³ Kaiser 1996, 956; Göppinger 1997, 447 ff.; Schwind 2005, 184 ff.; eingeh. Fall 6.

3. Großmutterfall

Verbrechenswirklichkeit – Verbrechensopfer – Verbrechensfurcht – Massenmedialer Einfluss – Gewaltdarstellung – Medienkriminalität – Dunkelfeldforschung – Opferbefragung, Anzeigeerstattung und Kriminalstatistik – Stellung des Verletzten im Strafverfahren – Viktimodogmatik – Täter-Opfer-Ausgleich – Mediation – Opferentschädigung, Opferhilfe und Selbsthilfe – Jugendschutz – Prävention durch Video-Überwachung

Grundlage: Fallanalyse mit kriminologischem Schwerpunkt

Sachverhalt: Die 68-jährige E wohnt in einem Villenvorort A der Großstadt B. Aufgrund ihrer täglichen Zeitungslektüre und des abendlichen Fernsehens glaubt sie, die Zeiten seien so unsicher geworden, dass man sich des Abends und Nachts nicht mehr auf die Straße, geschweige in öffentliche Anlagen begeben könne. Ihr Enkel S, 20 Jahre alt und Student der Rechte, ist völlig anderer Auffassung. Denn ihm ist von Überfällen in der Nachbarschaft der Wohnung seiner Großmutter nichts bekannt. Auch meint er, dass ältere Frauen keineswegs häufiger Opfer von Verbrechen als andere Personen würden. Er beruft sich dabei auf die Befunde der modernen Dunkelfeldforschung.

E jedoch fühlt sich als vermögende Frau und wegen ihres hohen Alters besonders durch kriminelle Übergriffe gefährdet. Sie weist vor allem auf die zahllosen Zeitungsmeldungen hin, soweit sich diese mit der Kriminalitätsentwicklung befassen. Besonderen Eindruck hat ihr ein Bericht aus Leipzig gemacht. Danach beobachten Fernsehkameras auf öffentlichen Plätzen und Bahnhöfen das dortige Geschehen. Polizeibeamte sitzen vor den Bildschirmen und achten auf die Sicherheit der Bevölkerung. E hält es deshalb für zweckmäßig, zumindest eine Privatversicherung gegen Einbruchdiebstahl abzuschließen. Sie glaubt, sich auf diese Weise gegenüber den offensichtlich häufiger werdenden Verbrechen erfolgreich vor Vermögensverlusten schützen zu können.

Aufgaben:

1. Ist die Verbrechensfurcht der E begründet? Nehmen Sie zu den vertretenen Meinungen, ihrer Bedeutung und dem dazu vorliegenden kriminologischen Wissen Stellung.
2. Wie sind Inhalt, Umfang und Funktion der massenmedialen Berichterstattung über das Verbrechen im Vergleich mit den Befunden empirischer Forschung einzuschätzen?
3. Welche kriminologische Bedeutung hat insbesondere die Gewaltdarstellung im Fernsehen, und wie ist die präventive Funktion des § 131 StGB einzuschätzen?
4. Wie beurteilen Sie die Video-Überwachung von öffentlichen Plätzen unter den Gesichtspunkten der Prävention und der Kriminalpolitik?
5. Wie sind die privaten Vorkehrungen und Selbstschutzmaßnahmen der Bürger gegenüber etwaigen Verbrechen zu bewerten? Welche Hinweise und Tendenzen lassen sich ihnen entnehmen?

Zur Problemstellung: 1. Was wir vom Verbrechen wissen und wie zuverlässig unsere Kenntnis ist, bildet seit langem den Gegenstand wissenschaftlicher Kontroverse. Dabei geht es hier weniger um die Frage, ob sich dieser Gegenstand hauptsächlich deshalb dem erfahrungswissenschaftlichen Zugang entzieht, weil sich der Verbrechensbegriff nach Zeit und Raum wandelt (dazu oben Fall 2). Vielmehr handelt es sich um die Frage, worauf wir unser Wissen stützen und wie wir verlässliche Erkenntnis erlangen. Wir treffen also auf einen Anwendungsfall des neueren wissenschaftstheoretischen Streites um „die soziale Konstruktion von Wirklichkeit“. Der Schwerpunkt dieses Falles liegt danach in dem Problem der **unterschiedlichen „Konstruktion“ der Verbrechenswirklichkeit und ihren möglichen Folgerungen für Kriminologie und Kriminalpolitik.**

Es geht einerseits darum zu ermitteln, was und wie genau wir etwas von Umfang, Struktur und Bewegung des Verbrechens wissen. Andererseits handelt es sich um die Frage, welche Kenntnis die Bevölkerung darüber hat und welche Konsequenzen sie daraus zieht, etwa welche Rückwirkungen ihr Wissen auf Verbrechensfurcht und Strafverlangen (Punitivität) sowie auf private oder amtliche Verbrechensvorbeugung hat. Um diese Fragen zureichend erörtern zu können, muss man eine Reihe weiterer Aspekte einbeziehen. Dazu gehört vor allem die Prü-

fung, mit welchen Verfahrensweisen man die Wirklichkeit des Verbrechens feststellen kann, und ferner, wie man die mögliche Kluft zwischen dieser Realität und der Einstellung der Bevölkerung erklärt. Dabei gewinnt die Frage Bedeutung, welche Rolle die massenmediale Darstellung des Verbrechens in Bild und Schrift spielt. Diese Problemstellung hat sich in den letzten Jahren derart verdichtet, dass man bereits begründet von einer „**Medienkriminalologie**“ spricht.¹ Das fortbestehende Schutzbedürfnis gegenüber Stigmatisierung durch Presse und Internet hat sich neuerdings im Ausland durch die öffentliche Auflistung von Kinderschändern ergeben, wodurch gelegentlich eine moderne Art von Hexenjagd ausgelöst wurde, die bis zum Selbstmord eines angeprangerten früheren Sexualtäters geführt hat.²

- 2 Da heute weitgehend Übereinstimmung darüber besteht, dass die kriminalstatistischen Instrumente, sei es als Polizei-, Rechtspflege- oder Vollzugsstatistik, vor allem Informationen über die Tätigkeit der mit ihrer Erhebung befassten Behörden liefern und damit auch durch deren Handlungsmuster geprägt werden, kann die Kriminalstatistik jeweils immer nur einen Teil der Kriminalität verlässlich anzeigen. Der andere Teil, welcher der Zahl nach überwiegt, kommt den Instanzen der strafrechtlichen Sozialkontrolle nicht zur Kenntnis; er bleibt im Dunkeln. Dieses „Dunkelfeld“ gilt noch immer als die „Crux“ der Kriminalstatistik.
- 3 Doch verschafft seine Erforschung weitere und z. T. **andere Indikatoren für die Verbrechenswirklichkeit**, wie die **Ergebnisse der modernen Täter- und Opferbefragungen** erkennen lassen. Wie vage, juristisch ungenau und mitunter wenig verlässlich jene Daten über die erfragte Kriminalität auch sein mögen – obwohl auch hier die Wissenschaft im letzten Jahrzehnt erhebliche Fortschritte erzielt hat –, ihre Bedeutung darf nicht unterschätzt werden. Denn Dimensionen der Verbrechenswirklichkeit, die herkömmlich allenfalls spekulativ erfasst werden konnten, bereichern nunmehr unser Wissen über das Verbrechen, verdeutlichen aber zugleich die Vielschichtigkeit des Gegenstandes.
- 4 Daher erscheint es fraglich, ob sich Verbrechensdaten der Dunkelfeldforschung und der offiziellen Kriminalstatistik überhaupt in eine relevante Beziehung (z. B. als Dunkelziffer), geschweige partiell zur Deckung bringen lassen. Der Zweifel beruht auf dem Sachverhalt, dass die **Daten** beider Forschungswege **auf verschiedenen Ebenen** liegen. Genauer: Sie werden in zeitlich verschiedenen Stadien eines Definitionsprozesses bei Personen gewonnen, die ganz unterschiedliche Rollen erfüllen. Täter, Opfer, Informanten, Polizeibeamte, Staatsanwälte und Richter sehen aufgrund ihrer verschiedenen Perspektiven Ereignisse, die man als Verbrechen beurteilt, nicht notwendig gleich, sondern begreifen sie häufig unterschiedlich. Die selektive Wahrnehmung äußert sich auch in der Darstellung der Medien bis hin zur sog. Medienkriminalität.³

Entsprechend den divergierenden Vorstellungen und dem unterschiedlichen Zugang zur empirischen Erfassung von Verbrechen gewinnt man nämlich verschiedene Informationen und Deliktisbilder. Diese kann man je nach Methode – Dokumentenanalyse (PKS), Opferbefragung oder Einstellungsbefragung – entweder als „objektiv-reale“ oder als „subjektive“ oder „gefühlte Kriminalität“ begreifen,⁴ obwohl sie streng genommen einander überlappen, durchdringen und beeinflussen, sich also in Aussagekraft und Objektivität nur graduell unterscheiden. Denn selbst die PKS ist von Subjektivität nicht frei, insofern sie sich ganz überwiegend aus Privatanzeigen speist. Gleichwohl lassen sich die Unterschiede in Erfassung und Perzeption, und d. h. in der **Konstituierung von Verbrechenswirklichkeit**, nicht verkennen,⁵ wie nicht zuletzt die massenmedial vermittelten und weithin realitätsfernen Strukturen der Verbrechensfurcht verdeutlichen. Diese hat in der Gegenwart international wachsende Beachtung erfahren, obgleich sie schon seit den 60er-Jahren thematisiert wird. Wegen der vornehmlich massenmedial beeinflussten Selektivität der Wahrnehmung von Kriminalität in ihrer Funktion für die Steigerung von **Verbrechensfurcht** und Punitivität bis hin zur zerstörerischen Dramatisierung hat dieser medienkriminalologische Zusammenhang verstärktes Forschungsinteresse gefunden.⁶ Vor allem sind es die vermuteten kriminalpolitischen Konsequenzen, die zur Einbettung der Verbrechensfurcht in den Deutungszusammenhang der Lebensängste und allgemeinen Unsicherheitsgefühle sowie darüber hin-

¹ Walter 1999, 348 ff.; 2000, 10 ff.

² Vgl. FAZ Nr. 186 v. 12. 8. 2000 („Ausgestellt. Name und Schande: Täter am Pranger der Medien“); Bad. Z. Nr. 185 v. 12. 8. 2000 („Durch Zeitung schon genug bestraft. Milde gegen Sexualtäter“).

³ Hierzu besonders lehrreich *Hoffmann-Riem* 2000, 191 ff., 199 ff., 216 ff., aus der Sicht des Medienrechtlers und mit den Erfahrungen des Justizpolitikers.

⁴ Vgl. Walter 1998, 119 ff.

⁵ Dazu Kaiser 1996, 299 ff., 355 ff.

⁶ Siehe Walter 1999, 348 ff.

aus zur Dekonstruktion von Verbrechensfurcht und Strafverlangen Anlass geboten haben. Zu denken ist hier insbes. an Gefahren exzessiver Reaktionen durch Stigmatisierung („name and shame“) und Lynchjustiz wie z. B. gegenüber Kinderschändern in den USA, ferner in Australien, England, Belgien, Italien, Luxemburg und Südkorea. Dennoch lässt sich an den Tatsachen der Existenz und auch des temporären Anstiegs der Verbrechensfurcht nicht rütteln.⁷

Daher bleiben **die verschiedenen Betrachtungsweisen für die Frage nach der Verbrechenswirklichkeit bedeutsam**, und zwar unabhängig von den möglichen methodischen Mängeln bei Erhebung und Einordnung von Handlungen nach juristischen Kategorien (Probleme der Verlässlichkeit und Gültigkeit der Forschungsdaten). Denn was der Bürger als Verbrechen wahrnimmt, erlebt und erleidet, ist für ihn „Realität“. Hieran knüpft er Konsequenzen, selbst wenn die juristische Beurteilung dem Alltagswissen widerspricht. Keiner Rechtsordnung kann es daher gleichgültig sein, wie die Bevölkerung über die Durchsetzung von Strafrechtsnormen und die eigene Sicherheit denkt.⁸ Dabei mögen die Befunde der Befragungsforschung kriminalgeographisch, strukturell und tendenziell weithin mit den offiziellen Verbrechensdaten, aber auch mit den kriminalpolitischen und kriminalstrategischen Absichten zur Deckung gelangen, so dass sich die Einrichtungen der Verbrechenskontrolle in ihrem Handlungsstil bestätigt und ermutigt sehen. Jedoch ist auf der anderen Seite genauso denkbar, dass das erfragte Dunkelfeld der Kriminalität so groß und wichtig erscheint, dass hieraus kriminalpolitische Folgerungen gezogen werden müssen, wenn man nicht unerwünschten Entwicklungen zur Selbst-, Privat- und Prangerjustiz Vorschub leisten will.

5

Das Verdienst der modernen Dunkelfeldforschung liegt also weniger darin, dass sie aufgrund überlegener Erhebungs- und Messwerkzeuge ein genaueres Wissen als die Dokumentenanalyse verschaffen würde, was die Nutzung der Kriminalstatistik völlig gegenstandslos machte. Vielmehr handelt es sich um die Erfassung quantitativ und qualitativ anderer Dimensionen der Verbrechensrealität. Erst beide Verfahrensweisen – Dokumentenanalyse anhand der Kriminalstatistik und Befragung im Rahmen der Dunkelfeldforschung – vermitteln uns ein komplexes Bild über das Verbrechen, das der Realität wahrscheinlich näher kommt und das zu zeichnen mit jedem der Erhebungsinstrumente allein unmöglich wäre.⁹

6

3. **Vor allem** hat die Opferbefragung als ein Aspekt moderner viktimologischer Forschung ergeben, dass und wie sehr **das Bild der herkömmlichen Kriminalität**, außerhalb der Wirtschafts- und Verkehrsdelinquenz, **von dem Willen und der Initiative des Opfers zur Anzeigerstattung abhängig ist**.¹⁰ Denn über 90 % der Strafverfahren auf den Gebieten der Eigentums- und Vermögensdelinquenz werden durch private Anzeige eingeleitet,¹¹ und in mehr als drei Vierteln dieser Fälle ist der Anzeigerstatter mit dem Opfer identisch; die Polizei wird überwiegend reaktiv tätig. Die soziale Konstruktion der Verbrechenswirklichkeit wird dadurch zwar nicht ausschließlich, aber doch entscheidend mitbestimmt. Das Opfer übernimmt situativ und zeitlich begrenzt Funktionen eines informellen Agenten der strafrechtlichen Sozialkontrolle. Die Umfrageforschung verdeutlicht den Zusammenhang von Opferlage und Anzeigerstattung. Dessen Tragweite reicht bis zur Kriminalstatistik und Inanspruchnahme von Versicherungen. Nur bei Kapitalverbrechen wie (naturgemäß) den vorsätzlichen Tötungen sowie bei Überwachungs- und Kontrolldelikten, wozu u. a. Wirtschaftsstraftaten, Rauschgiftdelikte, Straßenverkehrsstaten und Umweltdelikte zählen, geht die Initiative mehr von anderen Privatpersonen, vor allem aber unmittelbar von Polizei und Justiz aus. Hier bestimmt die Intensität polizeilicher Kontrolle die Entdeckungshäufigkeit; die Polizei wirkt proaktiv. Dennoch bleibt der Befund bedeutsam, dass das offiziell bekannte Kriminalitätsbild durch Initiative und Selektionsmacht des Opfers entscheidend mitgestaltet wird. Dieser Sachverhalt sowie die dem Opfer zugeschriebene Funktion allgemeiner Steigerung von Verbrechensfurcht und Punitivität gilt allerdings manchen Vertretern kritischer Kriminologie als anstößig.¹²

7

⁷ Vgl. *Kury u. a.* 1998, 26 ff.; eine eingeh. Bestandsaufnahme zur Kriminalitätsfurcht als Forschungsgegenstand bieten *Heinz/Spieß* 2001, 147–191 m. N.

⁸ Dazu eingeh. *Schwarzenegger* 1992 m. N.

⁹ Dazu *Sack* 1993, 105.

¹⁰ Siehe *Kürzinger* 1978.

¹¹ *Heinz* 1993, 29.

¹² Vgl. *Sack* 1994, 144 f., 148 ff. u. *Simon* 2002, 11, 30 f.

- 8 Die Selektionsmacht des Opfers würde noch erweitert werden, wenn man die verfahrensrechtlichen Dispositionsbefugnisse des Verletzten verstärkte. Im Hinblick auf den erwünschten **Täter-Opfer-Ausgleich**,¹³ der zugleich Gedanken der Diversion aufnimmt, wurde einst angeregt, ein allgemeines Sühneverfahren einzuführen.¹⁴ In der Gegenwart freilich pflegt man solche Verfahrensmöglichkeiten zunehmend unter dem Begriff der **Mediation**¹⁵ oder auch der **Restorative Justice**¹⁶ zu erörtern. Eine derartige Regelung soll insbesondere für jene Delikte gelten, die aus einem zwischenmenschlichen Konflikt stammen und an deren Strafverfolgung ein geringeres öffentliches Interesse besteht. Eine solche Problemlösung verschafft dem Opfer Möglichkeiten, durch seine Vergleichsbereitschaft auf die Einstellung des Strafverfahrens hinzuwirken. Darüber hinausgreifend suchen Mediationsmodelle das Schlichtungsverfahren durch informelle Konfliktregelungen auszubauen.¹⁷
- 9 Weitere den Täter-Opfer-Ausgleich betreffende Ansätze und Experimente beziehen sich auf Alternativen zur Freiheitsstrafe wie z. B. auf **Wiedergutmachung** als selbständige Sanktion,¹⁸ gemeinnützige Arbeit¹⁹ und Bewährungsauflagen sowie vereinzelt auf Täter-Opfer-Begegnungen und Wiedergutmachungsleistungen im Rahmen des Strafvollzugs. Allerdings ist der im Strafvollzug befindliche Täter zu materieller Entschädigung und persönlichen Hilfen nur selten in der Lage. Daran hat auch die Ausgleichsmöglichkeit nach dem Opferanspruchsicherungsgesetz (OASG) praktisch nichts geändert.²⁰ Trotz der staatlichen Opferentschädigung in Geld bleibt hier noch immer genügend Raum für die **Tätigkeit privater Initiativen**. Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die privatrechtlichen **Vereinigungen der Opferhilfe**: So gewährt z. B. der „Weiße Ring“ erhebliche finanzielle Unterstützungen für bedürftige Verbrechenopfer; freilich trifft ihn der Vorwurf, seiner „Hinwendung zum Opfer“ entspreche eine „Abkehr vom Täter“.
- 10 Eine „**opferbezogene Strafrechtspflege**“ hat neben der Behebung von Primärschäden, welche die Viktimisierung unmittelbar mit sich bringt, in Ermittlungs- und Strafverfahren sicherzustellen, dass der Verletzte nicht ein zweites Mal zum Opfer gemacht wird (sog. sekundäre Viktimisierung). Grenzen für die Ausgestaltung der Position des Verletzten ergeben sich hierbei vor allem aus den Verteidigungsmöglichkeiten des Beschuldigten, die durch den Ausbau der Stellung des Verletzten nicht geschwächt werden dürfen. Das Erste Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren (sog. **Opferschutzgesetz**)²¹ regelt u. a. die Anschlussberechtigung des Opfers als Nebenkläger bei schwerwiegenden Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter, das grundsätzliche Akteneinsichtsrecht des Verletzten, dessen Befugnis, sich schon bei der ersten Zeugenvernehmung durch die Polizei eines Rechtsanwalts als Beistand zu bedienen,²² und die Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes des Verletzten in der grundsätzlich öffentlichen Hauptverhandlung sowie die Möglichkeit, aus der Straftat erwachsene Schadensersatzansprüche in größerem Maße als bisher bereits im Strafverfahren geltend zu machen.
- 11 4. Das über die **viktimologische Forschung** erlangte Wissen ist nicht nur für unsere Kenntnis über die Verbrechenrealität belangvoll. Es könnte auch darüber hinaus für Resozialisierung und Prävention wichtig sein. Denn, so wird vermutet, eine Bevölkerung mit nur geringem „Sicherheitsgefühl“ wird Ziel und Möglichkeiten der Resozialisierung von Rechtsbrechern lediglich engen Spielraum zubilligen, hingegen alle Erwartungen auf generalpräventive Strategien richten. Empirische Untersuchungen haben allerdings ergeben, dass zwischen Kriminalitätsfurcht und Strafbedürfnis nur ein schwach ausgeprägter Zusammenhang besteht.²³ Sanktionseinstellungen hängen ganz überwiegend von der Weltanschauung ab und sind deshalb gegenüber Variablen, die Persönlichkeitsmerkmale oder persönliche Erfahrungen und Empfindungen betreffen, also auch Kriminalitätsfurcht, relativ stabil.²⁴ Gleichwohl bleiben **viktimodogmatische Bestrebungen** fragwürdig, einzelne Tatbestände im Besonderen Teil des StGB dahin gehend restriktiv auszulegen, so dass der Strafrechtsschutz dort versagt wird, wo das Opfer weder schutzwürdig noch schutzbedürftig erscheint. Schutzbedürftigkeit soll hierbei dann nicht vorliegen, wenn das Opfer Mitverantwortung für die Tat trägt, insbesondere ihm mögliche und zumutbare Selbstschutzmaßnahmen nicht trifft. Eine solche Gesetzesinterpretation kann nämlich nur dann eine Chance auf Verständnis beim Bürger finden, wenn dabei Opferbelange und Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit nicht unterschätzt werden.

¹³ Vgl. §§ 46 a StGB, 153 a, 155 a StPO, 10 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 und 45 Abs. 2 Satz 2 JGG.

¹⁴ Rieß 1984, C 88 ff.; allgemein zum Stand der Diskussion über den Täter-Opfer-Ausgleich Dölling 1998; Schöch 1999, 278 ff.; Kilchling 2000; Walther 2000, 68 ff.; krit. P.-A. Albrecht 2005, 204 ff.

¹⁵ Zusp. Kerner 2002, 1252 ff.

¹⁶ Vgl. dazu Meier 2004, 115 ff. m. N.

¹⁷ Vgl. Jung 1998, 913 ff.; Kerner (Fn. 15), Rn. 15 ff., 28 ff., 45 ff.

¹⁸ Dazu Walther 2000, 157 ff.

¹⁹ Vgl. Feuerhelm 1997; sowie Fall 11.

²⁰ Siehe dazu Nachw. von Arnold 2000, 171–180 (178 f.).

²¹ Vgl. M. Kaiser 1992.

²² Hierzu auch BVerfGE 38, 112 ff.

²³ Boers 1991, 327 ff.; Schwarzenegger 1992, 289, 292, 296: Kein Einfluss auf Einstellung gegenüber Abschreckung, moderater Einfluss auf Einstellung gegenüber Bestrafung und Unschädlichmachung als Strafzwecke.

²⁴ Boers 1991, 333.

Einen Aspekt dazu veranschaulicht die sich verbreitende Neuerung, an wichtigen Orten einer Stadt, die durch eine hohe Kriminalitätsrate gekennzeichnet sind, mit Hilfe von Fernsehkameras künftigen Verbrechen vorzubeugen. Eine derartige **Prävention durch Videoüberwachung** erweckt wegen des Versuchs, **soziale Verhältnisse nahezu vollständig sichtbar zu machen**, nicht nur Befürchtungen i. S. *Orwells* „1984“, sondern lässt auch die Frage nach dem Dunkelfeld im Bereich totaler Transparenz gar nicht mehr als sinnvoll aufkommen. Gleichwohl bleibt, abgesehen von den totalitären Implikationen, fraglich, ob die Herstellung gesteigerter Sichtbarkeit im Ergebnis wirklich die Kriminalitätsrate senkt und nicht nur den Tatort verlagert. Immerhin wird man das erhöhte Präventionsbedürfnis nicht übersehen dürfen.²⁵ Es entsteht dadurch, dass Mobilität, Urbanisierung sowie Anonymität sozialer Verhältnisse und damit der Abbau informeller Sozialkontrolle Anlass geben, die dadurch reduzierte Intensität der Verbrechenskontrolle mit Hilfe zusätzlicher Präventionsmittel wieder zu erhöhen.

Es verwundert nicht, dass eine Epoche des registrierten und erlebten Kriminalitätsanstieges, die mit einer Zeit der Strafrechtserneuerung zusammentraf, zu der **Annahme** verleitete, die **Reform des Strafrechts habe auch den Verbrechenszuwachs verursacht**. Dabei wurde jedoch übersehen, dass Entstehung und Entwicklung des Verbrechens in der Komplexität des gegebenen soziokulturellen Zusammenhanges nicht isoliert betrachtet werden können, genauso wenig wie das übrige Sozialverhalten. Dem entspricht, dass das Strafrecht zur Steuerung und Prävention im Rahmen sozialer Kontrolle nur eine Teilaufgabe zu erfüllen vermag, dass es in seiner Durchsetzungskraft weitgehend abhängig bleibt von der Funktionstüchtigkeit der ihm vorgelagerten sozialen Normensysteme der Moral und Sitte, diese wiederum vermittelt durch den Sozialisationsprozess.

5. Zur Vermittlung der Sozialisationsinhalte, insbesondere der Werte, Normen, Standards und Orientierungen, tragen aber nicht nur Familie und Schule bei, sondern auch die sog. Massenmedien.²⁶ Freilich ist die **Beeinflussung durch Presse, Fernsehen und Film** unterschiedlich intensiv, je nachdem, wie sicher und verfestigt die vorhandene Wertorientierung beim Betroffenen schon ist und wie häufig von den massenmedialen Angeboten Gebrauch gemacht wird. Welches Gewicht dem Einfluss der Massenmedien beigemessen wird, gelangt sowohl in der Medienkompetenz der Nutzer als auch in der **Medienkontrolle** durch die Organe der Selbstkontrolle, die Jugendschutzgesetze und ferner den strafrechtlichen Jugendschutz zum Ausdruck. Obwohl derartige Einrichtungen und Eingriffe mitunter als Zensur und Bevormundung erlebt werden, und auch der Jugendschutz wegen seiner nur punktuellen Abwehrmöglichkeiten umstritten ist, bezieht sich die Kontroverse doch weniger auf das „Ob“ als auf das „Wie“. Denn dass generell der massenmedialen Beeinflussung erhebliche Bedeutung eingeräumt wird, zeigen nicht nur die hohen Ausgaben für Wahlpropaganda und Marktwerbung, sondern sowohl die Überzeugung totalitärer Staaten von der Wirksamkeit einer äußerst selektiven Informationspolitik als auch die neueren Bestrebungen demokratischer Staaten für eine Internetkontrolle bezüglich Pornographie und Rechtsextremismus.²⁷

Wird man bei allem Streit über die Rolle der Massenmedien sich noch darüber verständigen können, dass zumindest bei Vorliegen bestimmter Randbedingungen die Beeinflussung von Einstellungen und vielleicht auch Handlungsbereitschaften möglich ist, wird heute kaum noch angezweifelt, dass es **keine monokausale Verknüpfung** zwischen Medieneinfluss und Verhalten gibt.²⁸ Entsprechendes gilt auf der Einstellungsebene für die Verbrechensfurcht.

Muss man also den Einfluss der Massenmedien schon sozialisationstheoretisch als beachtlich einschätzen, so kann das „Ob“ nicht mehr in Frage stehen, sondern nur noch das „Wie“. Die Frage danach äußert sich im vorliegenden Fall in zwei Richtungen:

- einmal in der Bedeutung massenmedialer Darstellung des Verbrechens für die Einschätzung von Kriminalität, Rechtsbrecher und Verbrechensoffer durch die Bevölkerung, insbesondere für die Erzeugung von Verbrechensfurcht und Punitivität, und
- zum anderen in der Steuerungskraft und Präventionsfunktion von Strafrechtsnormen, die u. a. die Gewaltdarstellung verbieten oder einengen wollen (vgl. § 131 StGB).

²⁵ Zur grundrechtlichen, strafprozessualen und polizeirechtlichen Problematik *Hefendehl* 2000, 270 ff.; zusf. *Gras* 2003; ferner *Boers* 2004, 12 ff. zu dem Projekt „Polizeiliche Videoüberwachung in Bielefeld“.

²⁶ Dazu *Walter* 1999, 348 ff.

²⁷ Zur Medienwirkungsforschung und zum Jugendmedienschutz *Kaiser* 1996, 466 ff.; *Jung* 1993, 345 ff.; *Hoffmann-Riem* 2000, 191 ff. sowie *Schwind* 2005, 286 ff., jew. m. N.

²⁸ *Boers* 1991, 154; *Jung* 1993, 349; *Wassermann u. a.* 1990, 786.

Zur Erläuterung, Vertiefung und gutachtlichen Stellungnahme:

I. Aufgabe 1: Ist die Verbrechensfurcht der E begründet? Nehmen Sie zu den vertretenen Meinungen, ihrer Bedeutung und dem dazu vorliegenden kriminologischen Wissen Stellung.

- 17** 1. Eine Bejahung dieser Frage – die allerdings dem Eingeständnis gleichkäme, dass unsere Verbrechenskontrolle versagt hätte – könnte sich aus den **Daten der Polizeilichen Kriminalstatistik** ergeben.
- 18** 2004 wurden der Polizei 6 633 156 Straftaten bekannt. Damit wurden bezogen auf je 100 000 Einwohner der Bundesrepublik 8037 Straftaten begangen (einschl. neue Bundesländer).²⁹ Mit 22,9 % stellt der einfache Diebstahl den Hauptanteil, gefolgt von dem schweren Diebstahl mit 21,8 %, Sachbeschädigung mit 10,9 % und Betrug mit 14,2 %. **Gewaltdelikte** haben – trotz z. T. hoher Steigerungsraten in den letzten Jahren – ihrer Zahl nach noch immer eine geringe Bedeutung an der Gesamtkriminalität.³⁰
- So betrug der Anteil der leichten Körperverletzungen an der Gesamtzahl der erfassten Fälle 4,8 %, jener der schweren und gefährlichen Körperverletzungen 2,0 %, jener der Raubdelikte 0,9 %, der Vergewaltigungen 0,1 % und jener von Mord und Totschlag weniger als 0,1 %.
- 19** Die räumliche Verteilung der Kriminalität zeigt dabei ein starkes **Stadt-Land-Gefälle** mit einer mehrfach höheren Belastung der Großstädte. Auf je 100 000 Einwohner wurden 2004 in Großstädten ab 500 000 Einwohnern 14 303 Delikte registriert; in Gemeinden mit weniger als 20 000 Einwohnern betrug die Häufigkeitszahl dagegen „nur“ 4705. Auf die Städte konzentrieren sich vor allem Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung sowie verschiedene Begehungsmodalitäten von Raub und Diebstahl, während in ländlichen Gebieten naturgemäß Delikte wie Brandstiftung, Wilderei und Großviehdiebstahl sowie Umweltschutzdelikte überrepräsentiert sind.³¹
- 20** Seit 1963, also in gut vier Jahrzehnten, hat sich die registrierte Kriminalität in den alten Bundesländern etwa verdreifacht (ohne Straßenverkehrsdelikte). Im Vergleich zu anderen westeuropäischen Staaten befindet sich die **Bundesrepublik Deutschland damit insgesamt im oberen Feld des Kriminalitätszuwachses**. Eine Ähnlichkeit zeigt sich dabei in der unterschiedlichen Entwicklung einzelner Deliktformen.³²
- 21** Neben dem außergewöhnlichen Anstieg der Rauschgiftkriminalität in den Jahren 1967 bis 1971 und 1979 bis 1980 sind es vor allem der schwere Diebstahl (Zuwachs 1963–1990: 476 %), die Raubdelikte (422 %) und die Sachbeschädigung (362 %), deren überproportionaler Zuwachs Sorge bereitet, ferner Straftaten gegen die persönliche Freiheit (700 %), vorsätzliche Brandstiftung (295 %) und Urkundenfälschung (207 %). Außerdem sind die Straftaten gegen die Umwelt zu nennen, für die von 1973 bis 1990 eine Steigerungsrate von 823 % festzustellen ist. Im Laufe der 90er-Jahre hat sich ihre Zahl noch weiter erhöht.³³
- 22** **Ähnlich** sind die Verläufe bei den einzelnen Straftaten, wenn man die **Verurteiltenstatistik** zugrunde legt. Allerdings spiegelt sich wegen vermehrter justizieller Verfahrenseinstellungen die polizeistatistische Entwicklung nur abgeschwächt wider. Immerhin hat sich die **Gesamtzahl aller Verurteilungen** (ohne Straßenverkehrsdelikte) **von 1963–2003 verdoppelt**. Noch beachtlicher erscheinen die Zuwachsraten einzelner Deliktformen. Die höchsten Steigerungsraten ergeben sich hier bis 1990 bei den Urkundsdelikten (265 %), der vorsätzlichen Brandstiftung (171 %), den Raubdelikten (148 %), den Straftaten gegen die persönliche Freiheit (113 %) sowie beim Mord und Totschlag (92 %). Bis 2003 wuchsen die Verurteilungen insgesamt um weitere 25 %.³⁴

Die im Vergleich zur Polizeistatistik bei den einzelnen Delikten höheren oder niedrigeren Zuwachswerte erklären sich dabei z. T. durch eine Veränderung der Aufklärungsziffer (so bei Raub, vorsätzlicher Brandstiftung, Sachbeschädigung, einfachem und schwerem Diebstahl). Hinzu kommen u. a. die Möglichkeit der unterschiedlichen Subsumierung eines Sachverhalts unter einen Tatbestand durch Polizei und Gericht, eine sich ändernde Anklage- und Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften (z. B. durch Diversion) sowie geänderte Beweismöglichkeiten für Polizei und Staatsanwaltschaft.

²⁹ PKS 2004, 3 ff.

³⁰ PKS 2004, 31.

³¹ PKS 2004.

³² *Kaiser* 1996, 447; *Schneider* 2004, 463 f.: Ende der 90er-Jahre im europäischen Vergleich partiell überdurchschnittlich.

³³ PKS 1989, 189 ff., 239; 1990, 197 ff.; 1999, 212; 2003, 218.

³⁴ Strafverfolgungsstatistik 1963; 1990; 2003, 12 f.; 1. PSB 2001, 29.

2. Eine treffsichere Interpretation von Umfang, Struktur und Entwicklung der Kriminalität darf aber **nicht allein** von den Ergebnissen der **Kriminalstatistik** ausgehen, da in ihr die nicht entdeckten oder aus anderen Gründen nicht zur Anzeige gelangten Delikte unberücksichtigt bleiben. **23**

Dem statistischen Anstieg muss auch kein realer Zuwachs an Straftaten in demselben Umfang zugrunde liegen. Eine hohe Sensibilität gegenüber Eigentums- und Sexualdelikten sowie eine erhöhte Definitionsbereitschaft zur Stigmatisierung von Gewalttätigkeiten lassen die Anzeigeschwelle sinken und die Zahl der registrierten Straftaten steigen. Sie beeinflussen so die „sichtbar“ gewordenen Fakten der statistischen Aussagen über Struktur und Umfang der Kriminalität.³⁵

Um eine genauere Einsicht in beides zu erlangen, wird man die **Befunde der Dunkelfeldforschung** heranziehen. Nach Opferbefragungen besteht ein von Delikt zu Delikt stark variierendes Dunkelfeld, wobei die Dunkelzifferrelationen bei Gewaltdelikten fast durchweg höher liegen als bei (vollendeten) Diebstählen. Im Langzeitvergleich treffen wir nicht selten, wie z. B. im Fall der USA, auf gegenläufige Entwicklungen von Daten der Polizeistatistik oder der Verbrechensfurcht auf der einen Seite und solchen der Opferbefragung auf der anderen Seite.

Die Kriminalstatistik gibt daher nicht nur ein verkleinertes, sondern auch ein partiell verzerrtes Bild der wirklichen Kriminalität wieder. Die **Anzeigebereitschaft** ist bei Eigentumsdelikten durchschnittlich höher als bei Gewaltstraftaten, so dass die Statistik bei Eigentumsdelikten deren tatsächliche quantitative Bedeutung gut widerspiegelt, während Gewaltstraftaten in Wirklichkeit erheblich zahlreicher sind. Die Anzeigebereitschaft ist ferner bei vollendeten Delikten höher als bei nur versuchten sowie bei schweren Taten höher als bei leichten.³⁶ **24**

Die **Gründe für die Nichtanzeige** von erlittenen oder beobachteten Delikten ergeben sich aus Motivanalysen, die im Rahmen der Dunkelfeldforschung durchgeführt werden. Diese liefern folgende international übereinstimmende Ergebnisse: Hauptmotive für die Nichtanzeige ist die Geringfügigkeit des erlittenen Schadens und des Bemühens um Selbstregulierung, an zweiter Stelle folgt die vermutete Aussichtslosigkeit der Anzeige (d.h. die mutmaßliche Ineffektivität der Strafverfolgung), wobei in Europa im Gegensatz zu den USA der erstgenannte Grund mit deutlichem Abstand vor dem zweiten rangiert. Alle weiteren Gründe spielen nur eine untergeordnete Rolle. Umstritten ist allerdings der Einfluss von Sachversicherungen auf die Anzeigeerstattung.³⁷ **25**

Bei all diesen Befunden ist jedoch zu bedenken, dass es sich bei den empirischen Untersuchungen jeweils nur um „Momentaufnahmen“ nach Raum und Zeit handelt, die ohne langfristige Beobachtungen nicht unvermittelt zur Grundlage kriminalpolitischer Entscheidungen gemacht werden können.

3. Bei der hohen Anzahl jährlich begangener Straftaten darf überdies nicht unbeachtet bleiben, dass sich unter ihnen Delikte befinden, bei denen sich die Opfereigenschaft verflüchtigt, die Einzelperson also nicht betreffen.³⁸ Zu denken ist vor allem an Wirtschafts- und Weiße-Kragen-Kriminalität, Betriebskriminalität und Ladendiebstahl (2004 rd. 35 % aller Diebstähle) sowie an Rauschgiftdelikte. Wie viele Menschen jährlich Opfer einer Straftat werden, lässt sich nicht genau feststellen. Die Polizeistatistik hat 2004 insgesamt 807 574 Opfer registriert.³⁹ **26**

Bei der Stuttgarter Opferbefragung berichtete etwa ein Drittel der Befragten, im Laufe ihres Lebens schon einmal Opfer einer Straftat geworden zu sein.⁴⁰ Neuere Befragungen nach etwaigen **Viktimisierungserfahrungen** ergaben, dass innerhalb eines Fünfjahreszeitraums ein knappes Drittel der befragten Bundesbürger Verbrechensopfer geworden war.⁴¹

Die **Wahrscheinlichkeit, Opfer einer Straftat zu werden**, hängt dabei von verschiedenen Voraussetzungen ab. Bekannt ist, dass vor allem Gewaltdelikte oft Beziehungsverbrechen sind, d.h. irgendeine soziale Beziehung zwischen Täter und Opfer bestand.⁴² Teilweise nachweisen ließ sich ferner ein Zusammenhang zwischen Sozial-, Status- und Persönlichkeitsmerkmalen und der individuellen Opferdisposition. Von Bedeutung sind besonders Geschlecht und Alter des Opfers. **27**

³⁵ Kaiser 1996, 380 ff.

³⁶ Heinz 1993, 30; eingeh. dazu 1. PSB 2001, 71 ff.

³⁷ Bejahend Heinz 1993, 28, 32; ferner Kaiser 1996, 555 f.

³⁸ Kaiser 1996, 539 f.

³⁹ PKS 2003, Tab. 91, Anhang.

⁴⁰ Stephan 1976, 171, 182.

⁴¹ Kury u. a. 1992, 391; 1998, 29.

⁴² PKS 1999, 61; 1. PSB 2001, 30 f., 70 ff.

28 Für Raubüberfälle, vor denen sich E vor allem zu fürchten scheint, ergibt sich für 2004 folgendes Bild: 68,2 % aller Opfer eines vollendeten Raubes waren Männer, 11,7 % der Opfer waren 60 und mehr Jahre alt, 50,8 % 21- bis 60-jährig.⁴³ Berücksichtigt man, dass bei einer Gesamtbevölkerung von 82 Millionen Bundesbürgern fast 18 Millionen (21,8 %) 60 Jahre und älter sind, so zeigt sich damit **keine besonders erhöhte Opferanfälligkeit der älteren Bevölkerungsgruppen**. Auch sind Frauen seltener Opfer von Raubtaten als Männer.

Eine **Ausnahme** bildet naturgemäß der **Handtaschenraub**: 94 % der Opfer sind weiblichen Geschlechts, 61 % über 60 Jahre alt.⁴⁴ Bei jährlich 5897 Fällen von Handtaschenraub (und etwa 60 000 Raubtaten insgesamt) stellt dieses Delikt allerdings nur einen geringen Anteil an der Gesamtkriminalität.

29 Opferbefragungen kamen zu ähnlichen Ergebnissen. Danach sind Männer opferanfälliger als Frauen;⁴⁵ Personen im Alter bis zu 30 Jahren werden erheblich öfter Opfer von Straftaten als ältere.⁴⁶

30 Nicht sichern ließ sich dagegen ein Zusammenhang zwischen **sozialer Schicht** und Opferdisposition. *Schwind u. a.*⁴⁷ kommen zwar zu dem Ergebnis, dass Mittel- und Oberschicht im Verhältnis zu den unteren Schichten überrepräsentiert sind. Die Polizeiliche Kriminalstatistik von Schleswig-Holstein⁴⁸ – die einzige Statistik, die (bis 1982) Angaben dieser Art enthält – gelangt für Gewaltdelikte hingegen zu dem Schluss, dass sich die Schulbildung der Opfer nicht von jener der Gesamtbevölkerung unterscheidet. Ein signifikanter Zusammenhang zwischen geringer Schulbildung und erhöhter Opferneigung ergibt sich allenfalls bei der Misshandlung von Schutzbefohlenen.⁴⁹ *Stephan* hält bei Eigentumsdelikten individuelle, persönliche Merkmale sowie Alter, Geschlecht und Familienstand für wichtiger für die Opferdisposition als Sozial- und Statusmerkmale. Der Zusammenhang dürfte darin bestehen, dass Personen mit diesen Sozial-, Status- und Persönlichkeitsmerkmalen sich eher in sozialen Bereichen aufhalten, wo sie Opfer von Delikten werden können.⁵⁰

31 Diesen Erkenntnissen entspricht jedoch keineswegs die Verbrechensfurcht der verschiedenen Bevölkerungsschichten. Denn die **Sorge, Opfer zu werden**, ist vor allem eine **Funktion der Kriminalitätswahrnehmung**.

Nach der Stuttgarter Opferbefragung empfanden nur 30 bis 40 % der Befragten – je nach erfragtem Delikt – überhaupt keine Sorge, Opfer zu werden. In demselben Rahmen bewegte sich der Prozentsatz derer, die sich „ein bisschen“ Sorge machten. Frauen hatten mehr Furcht als Männer, Opfer von Gewalthandlungen zu werden. Diese Furcht ist nach der Polizeilichen Kriminalstatistik⁵¹ allerdings nur bei Sexualdelikten unter Gewaltanwendung, dem Handtaschenraub sowie bei Raubüberfällen auf Banken und auf Geschäfte begründet. Jüngere Leute und Angehörige der untersten sozialen Schichten befürchteten eher, Opfer einer Straftat zu werden. Dagegen hielten ältere Menschen – neben jungen Frauen und den unteren Schichten – die Kriminalität eher für ein bedeutsames Problem als jüngere Befragte.⁵² Hinsichtlich älterer Menschen und Frauen ergibt sich somit das sog. „Kriminalität-Furcht-Paradoxon“.⁵³

32 Sowohl die Kriminalitätsfurcht als auch die Einschätzung der Entwicklung der Kriminalität werden außer von Sozial- und Statusmerkmalen von individuellen psychischen Merkmalen wie allgemeiner Ängstlichkeit, Unsicherheit, Pessimismus und Irritierbarkeit bestimmt. Weiter sind die sozialen und kulturellen Rahmenbedingungen bedeutsam; dies erklärt auch, dass in den neuen Bundesländern die Kriminalitätsfurcht zunächst höher war, zumal die dortige Kriminalitätsslage das Niveau der alten Bundesländer leicht überflügelte.⁵⁴ Gleichwohl bleibt die Verbrechensfurcht ein wichtiger Indikator für die Kriminalität.

Nach alledem besteht eine erhöhte Opferanfälligkeit der E nicht.

II. Aufgabe 2: Wie sind Inhalt, Umfang und Funktion der massenmedialen Berichterstattung über das Verbrechen im Vergleich zu den Befunden empirischer Forschung einzuschätzen?

33 Die Frage nach den **Wirkungen der Massenmedien** konzentrierte sich im Bereich der Kriminalitätsdarstellung früher auf das Problem, in welchem Umfang Gewaltdarstellungen im Fernsehen zum Anstieg von Gewaltdelikten und einer zunehmenden Brutalisierung der Deliktsbegehung beitragen.

⁴³ PKS 2004, 8, 57 f.

⁴⁴ PKS 2004, 148; sowie 1. PSB 2001, 30.

⁴⁵ *Kury* 1991, 290.

⁴⁶ *Kreuzer/Hürlimann* 1992, 42.

⁴⁷ 1975, 216.

⁴⁸ 1982, 80 ff.

⁴⁹ PKS Schleswig-Holstein 1982, 80.

⁵⁰ *Stephan* 1976, 300 f.

⁵¹ PKS 2003, Tabelle 91; s. auch 1. PSB 2001, 38 f.

⁵² *Stephan* 1976, 339 ff.

⁵³ Näher *Boers* 1991, 57; siehe auch *Kerner u. a.* 1990, 443; kritisch-ablehnend jedoch *Kury u. a.* 1998, 28 ff.

⁵⁴ PKS 2003, 50; ferner 1. PSB 2001, 55.

Inwieweit sich dagegen ein durch die Massenmedien vermitteltes, unrealistisches Bild von Kriminalität auf Reaktionen gegenüber Normverletzungen auswirkt, ist erst in jüngerer Zeit zum Forschungsgegenstand geworden. Zwar sind Massenmedien neben persönlicher Erfahrung und institutionalisierten Sozialisations- und Kontrollinstanzen wie Familie, Schule, Polizei und Justiz nur eine Quelle zur Vermittlung von Wissen über Kriminalität. Doch kommt dieser Kommunikationsform herausragende Bedeutung zu. Faktenwissen über Art und Ausmaß begangener Straftaten, über die Situation im Strafvollzug sowie über Möglichkeiten der Verbrechensvorbeugung und -kontrolle wird der Öffentlichkeit fast ausschließlich über die massenmediale Berichterstattung vermittelt. Wegen seiner großen Reichweite, der intensiven Nutzung und des hohen Unterhaltungswerts kommt dem Fernsehen unter allen Massenkommunikationsmedien eine besondere Stellung zu. Es ist auch für emotionale Reaktionen wie z. B. Kriminalitätsfurcht am effektivsten, während bei der Bestärkung von Überzeugungen dies die Printmedien sind. Die Wirkung der Medien ist derart groß, dass es sogar zu sog. Kriminalitätswellen kommen kann (subjektive Eindrücke von epidemieartigem Auftreten bestimmter Delikte ohne solide Tatsachengrundlage).⁵⁵ Ein weiteres Indiz für den Einfluss der massenmedialen Verbrechensdarstellung auf die Kriminalitätswahrnehmung bietet die Feststellung, dass die Entwicklung des Kriminalitätsanstiegs im eigenen Wohngebiet positiver eingeschätzt wird als im gesamten Bundesgebiet, ein Befund, der seit Mitte der 70er-Jahre immer wieder bestätigt worden ist.

Inhaltsanalytische Untersuchungen ergaben, dass die Darstellung von Kriminalität in Fernsehsendungen mit der alltäglichen Realität nur wenig gemein hat.⁵⁶ Im Fernsehen dargebotene Kriminalität ist vor allem Gewaltkriminalität. Die statistisch bedeutsame Massenkriminalität – kleinere Eigentums- und Vermögensdelikte, Verkehrsdelikte – wird dagegen vernachlässigt. Geschildert wird damit jene Art von Kriminalität, vor der nach Umfrageergebnissen und Einstellungsuntersuchungen die größte Furcht besteht.

34

Als Beispiel sei die Sendung „Aktenzeichen XY-ungelöst“ genannt. In ihren kleinen, auf Akten der Kriminalpolizei beruhenden Spielfilmen werden vor allem Gewaltdelikte wie Mord, Totschlag und Raub gezeigt. Der Anteil dieser Delikte an der Gesamtkriminalität betrug 2003 gerade 1%.⁵⁷ Auch in den täglichen Nachrichtensendungen ist die Darstellung von Gewaltkriminalität deutlich überrepräsentiert.

Ähnlich ist es bei der **Berichterstattung über Verbrechen** durch die Presse. Rund ein Drittel der Kriminalitätsmeldungen bezieht sich auf Gewaltdelikte, obwohl diese nur 2% aller Delikte ausmachen, mit denen sich die Polizei im Jahr zu befassen hat.⁵⁸ Dabei besteht zwischen seriösen und Boulevardzeitungen kein Unterschied. In Lokalteilen, insbesondere von kleinstädtischen und ländlichen Zeitungen, wird jedoch nur zu 1 bis 2 Prozent von Raub- und Wirtschaftsdelikten, dafür bis zu 60% von Diebstahlsdelikten berichtet. Für den sozialen Nahbereich ist also die Berichterstattung wesentlich realitätsnäher.

35

Im Übrigen wird selten danach gefragt, unter welchen Bedingungen es zu delinquentem Verhalten kommt. Ferner wird Folgeproblemen wie Strafverfahren, Strafvollzug und Resozialisierung wenig realitätsgemäße Aufmerksamkeit gewidmet. Die Darstellung erschöpft sich in der Schilderung der Straftat und deren Aufklärung, wobei in der Regel die Perspektiven der staatlichen Kontrollorgane übernommen werden. Kriminalität im Fernsehen ist ein persönliches, kein soziales Problem. Sie entspringt persönlichen Konflikten und kann nicht auf sozialstrukturelle oder ökonomische Mängel bzw. Benachteiligungen zurückgeführt werden. Eine dermaßen verkürzte und verzerrte Darstellung widerfährt auch dem Täter: Er gilt als unfair, unsympathisch, rücksichtslos, egoistisch, gewalttätig und hochkriminell. Sein weiteres Schicksal nach seiner Überführung ist uninteressant. Das Opfer findet wenig Beachtung.⁵⁹ Dieses Bild wird nicht nur in Unterhaltungssendungen, sondern auch in Berichten und Nachrichten gezeichnet; es entspricht mehr Kriminalromanen als der wissenschaftlich gefestigten Kenntnis. Eine etwas realistischere Darstellung erfolgt – in Grenzen – gerade noch in den Minderheitsprogrammen.⁶⁰

36

Vermutlich unterstützt und legitimiert eine derartige Darstellungsweise Handlungsstrategien und Instanzen formeller Sozialkontrolle, indem sie die in der Bevölkerung vorhandenen Alltagstheorien über Kriminalität verfestigt. Eine auf Fehlinformationen beruhende Verbrechensfurcht unterbindet je-

37

⁵⁵ Dazu *Schneider* 1991 a, 302; 1992 a, 182 ff.

⁵⁶ Vgl. *Schneider* 1991 a, 306 f.; dazu auch 1. PSB 2001, 337 ff.

⁵⁷ PKS 2003, 30.

⁵⁸ *Boers* 1991, 149; *Dölling* 1998, 141 ff.; *Baumann* 2000.

⁵⁹ *Kaiser* 1996, 540 f.

⁶⁰ Zum Ganzen *Schneider* 1991 a, 307; *Jung* 1993, 346.

doch die rationale Auseinandersetzung mit dem Straftäter.⁶¹ Der Ruf nach repressiven Maßnahmen und härteren Sanktionen gegenüber Straftätern ist geeignet, andere Ansatzpunkte und den Einsatz anderer Mittel zur Verhinderung von Kriminalität sowie Innovationen im Strafvollzug zu beeinträchtigen oder zu verhindern. Dass auch das Anzeigeverhalten der Bevölkerung und darüber der soziale Druck auf die Polizei, bestimmte Deliktsarten stärker zu verfolgen, durch die massenmediale Berichterstattung beeinflusst werden, konnte bislang allerdings noch nicht sicher nachgewiesen werden.⁶²

- 38 Ob jedoch Richtlinien für die Darstellung von Kriminalität im Fernsehen, die für ein realistischeres Bild von Straftätern und von Umfang und Bedingungen der Kriminalität sorgen sollen, durchgesetzt werden können, ist fraglich. Herausgeber und Produzenten der Massenmedien sind auf Erfolg beim Publikum angewiesen, der anscheinend am ehesten durch eine dramatisierende, sensationelle Berichterstattung über einzelne spektakuläre Kriminalfälle sowie durch überinterpretierte oder aus dem Zusammenhang gerissene Ergebnisse erreicht wird.
- 39 Mit einem weiteren Aspekt massenmedialer Berichterstattung hatte sich das Bundesverfassungsgericht zu befassen. In seiner Entscheidung im Lebach-Fall entschied es sich bei der **Abwägung von Rundfunkfreiheit und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht** des Straftäters für dessen Resozialisierung.⁶³ Das fortbestehende Bedürfnis nach Schutz gegenüber Stigmatisierung durch Presse und Internet hat sich im Sommer 2000 besonders in England durch eine öffentliche Auflistung von Kinderschändern ergeben, wodurch eine Art Hexenjagd ausgelöst wurde, die bis zum Selbstmord eines angeprangerten früheren Sexualtäters geführt hat.

III. Aufgabe 3: Welche kriminologische Bedeutung hat insbesondere die Gewaltdarstellung im Fernsehen, und wie ist die präventive Funktion des § 131 StGB einzuschätzen?

- 40 1. Die Bedeutung von Gewaltdarstellungen im Fernsehen beschäftigte Öffentlichkeit, Forschung und den Gesetzgeber vor allem unter dem Gesichtspunkt, inwieweit Gewaltdarstellung Aggressivität und damit (Gewalt-)Kriminalität auslösen kann. Vorgegangen war eine Anzahl von psychologischen Experimenten und vereinzelt soziologischen Feldforschungen. Diese Untersuchungen kamen allerdings zu widersprüchlichen Ergebnissen,⁶⁴ teilweise abhängig von der jeweiligen Theorie zur Erklärung von Aggressivität, welche der Forscher zu überprüfen suchte.
- 41 Vereinfacht lassen sich folgende Thesen unterscheiden:
- Nach der **Katharsisthese** hat das Ansehen von Gewaltdarstellung eine Ersatz- und Ventilfunktion und führt damit zum Abbau aggressiver Regungen. Diese auf der Freudschen Triebtheorie beruhende Hypothese konnte in dieser Allgemeinheit jedoch nicht bestätigt werden.
 - Nach der **Stimulationsthese** dagegen führt das Betrachten von aggressiven Handlungen zu einem Lernprozess, der zur Nachahmung anregt. Die erlernte aggressive Verhaltensweise wird dabei noch nach einem längeren Zeitraum beibehalten.
 - Die **Inhibitionsthese** besagt, dass die Beobachtung aggressiven Verhaltens beim Beobachter Aggressionsangst auslöse, die sich hemmend auf die Aggression der Zuschauer auswirke.
 - Die **Habitualisierungsthese** schließlich geht davon aus, dass die ständige Konfrontation mit Gewaltdarstellungen zu einer Gewöhnung und Abnahme der Sensibilität gegenüber Gewalt führt.⁶⁵
- 42 Sichere **Erkenntnisse** über den Einfluss von Gewaltdarstellungen auf aggressives Verhalten bestehen jedoch nicht. Gegen die meisten psychologischen Laborexperimente auf diesem Gebiet sind erhebliche methodische Bedenken zu erheben. Festhalten lässt sich allerdings, dass Gewaltdarstellung sicher nicht die einzige und auch nicht die Hauptursache für aggressives Verhalten ist. Jede Theorie, die Gewaltdarstellungen eine allgemeine Wirkung – sei sie aggressionsfördernder oder -hemmender Art – zuschreibt, wird damit unhaltbar. Gefragt werden kann daher nur, unter welchen augenblicklichen persönlichen und sozialen Bedingungen Gewaltdarstellungen das Aggressionsverhalten des Beobachters zu beeinflussen vermögen.
- 43 Zwar liegen Hinweise dafür vor, dass Art und Weise der Gewaltdarstellungen beim Zuschauer zu- meist dann, wenn sie beim Betrachter auf entsprechende Bedingungen stoßen, eine aggressionsstimu-

⁶¹ Jung 1993, 347.

⁶² Heinz 1993, 30f.

⁶³ BVerfGE 35, 202 ff., und BVerfG v. 24. 1. 2001, Rn. 72 und 80.

⁶⁴ Remschmidt u. a. 1990, 200.

⁶⁵ Zu den einzelnen Thesen s. Schwind 2005, 282 ff.

lierende Wirkung besitzen. Unter den Zusatzbedingungen spielt die familiäre Sozialisation eine besondere Rolle. In diesem Zusammenhang kommen dem Bildungsstand, der Schichtzugehörigkeit und dem Erziehungsverhalten der Eltern wesentliche Bedeutung zu. Niedriger Bildungsstand, Unterschichtzugehörigkeit und rigides, aber auch permissives Erziehungsverhalten begünstigen erfahrungsgemäß vermehrten und unkontrollierten Medienkonsum und lassen andererseits kaum Möglichkeiten hinreichender Verarbeitung zu. Lässt sich damit auch eine monokausale Beziehung zwischen Fernsehgewalt und abweichendem Verhalten nicht nachweisen,⁶⁶ so kann man doch davon ausgehen, dass massenmediale Gewaltdarstellungen höchstwahrscheinlich langfristig Werthaltungen umzuprägen vermögen und sie ferner unter ganz bestimmten Randbedingungen sogar prädisponierte Personen kurzfristig zur Nachahmungskriminalität reizen können.⁶⁷

Überdies hat sich seit den 90er-Jahren das **Internet** wachsend zu einem **Problemfeld der Medienkriminalität** entwickelt. Vor allem Sex- und Gewaltdarstellungen, einschließlich Kinderpornographie, extremistische Propaganda und Anleitungen zum Bombenbasteln, werden verbreitet. Entsprechendes gilt etwa für die Auflistung und Stigmatisierung von Pädophilen im Internet als Kehrseite und exzessiver Ausdruck gesteigerten Schutzbedürfnisses. Wohl hat das Multimediagesetz vom 21. 7. 1997⁶⁸ manche Unsicherheiten über die Verantwortlichkeiten für die Internetangebote beseitigt. Aber eine effektive Medienkontrolle gestaltet sich noch immer schwierig,⁶⁹ wie neuerdings namentlich rechts-extremistische Propagandadelikte veranschaulichen. Sog. „Schwarze Listen“, die u. a. vom Bundeskriminalamt zur Kontrolle zusammengestellt wurden, kursierten zeitweise in entsprechenden Kreisen alsbald als Geheimitipp, so dass das Kontrollsystem denen in die Hände spielte, die es eigentlich zu bekämpfen suchte.

44

2. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Zurückhaltung der Massenmedien bei der Darstellung von Gewalt zwar geboten, die Einführung des § 131 StGB, der die Verherrlichung von Gewalt kriminalisiert, dagegen verfehlt. Der Straftatbestand wurde vom Gesetzgeber trotz der unsicheren Erkenntnis der Wirkungsforschung mit der Begründung eingeführt, dass allein schon die Möglichkeit einer Gefahr für Personen, die nicht „normal“ angepasst seien, die Kriminalisierung rechtfertige.⁷⁰ Dieser Vorschrift begegnen aber nicht nur kriminologische Bedenken. Gegen sie wurden auch erhebliche verfassungsrechtliche Einwände vorgebracht. Gerügt werden nicht nur Verstöße gegen die Presse-, Rundfunk-, Film- sowie die Informationsfreiheit nach Art. 5 I GG, sondern auch die Unbestimmtheit dieser Norm. Was unter Begriffen wie „grausam und unmenschlich“ oder „Gewaltverharmlosung“ zu verstehen ist, bleibt der Definition durch die Praxis vorbehalten. Diese scheint sich jedoch in Zurückhaltung zu üben: Waren 2004 den Strafverfolgungsbehörden 238 Fälle bekannt geworden und konnten davon 218 aufgeklärt werden,⁷¹ so wurden in dem vorausgehenden Jahr gerade 36 Fälle abgeurteilt, wobei es zu 22 Verurteilungen und 14 Einstellungen kam.⁷² Bei der 1985 erfolgten Verschärfung des § 131 StGB durch Art. 3 des Gesetzes zur Neuregelung des Jugendschutzes in der Öffentlichkeit wurde die mangelnde Justitiabilität und Praktikabilität zwar erkannt,⁷³ gleichwohl die schon vorher bestehende Häufung schwer fassbarer normativer Merkmale noch vergrößert.⁷⁴ Es bleibt somit und auch nach dem SexÄG 2003 trotz der geringfügigen Novellierung für § 131 StGB praktisch nur eine „symbolische Funktion“⁷⁵ – ein mageres Ergebnis.

45

IV. Aufgabe 4: Wie beurteilen Sie die öffentliche Video-Überwachung unter den Gesichtspunkten der Prävention und der Kriminalpolitik?

⁶⁶ Jung 1993, 349.

⁶⁷ Remschmidt u. a. 1990, 200 ff.; zum suchtartigen Konsum von gewaltdarstellenden Horror-Videos und gleichzeitigem Versagen der Eltern eines 14-jährigen Gewalttäters instruktiv LG Passau NStZ 1996, 601 ff.

⁶⁸ BGBI I, 1870.

⁶⁹ Vgl. Schwind 2005, 288 ff., 292 ff.

⁷⁰ BT-Drucks. VI/3521, 6.

⁷¹ PKS 2003, Tab. 01, Anhang Bl. 7 u. 13.

⁷² Strafverfolgungsstatistik 2003, 22 f.

⁷³ BT-Drucks. 10/2545, 17, 21.

⁷⁴ Wassermann u. a. 1990, 785 f.

⁷⁵ Jung 1993, 349; ähnlich Lackner/Kühl 2004, § 131 Rn. 1: „Hauptbedeutung der Vorschriften in der plakativen Missbilligung“; Weigend 2002, 35 ff., 46.

- 46 1. **Sozialkontrolle** ist eine Notwendigkeit jeder Gesellschaft. Fehlt sie, ist die Gesellschaft in ihrem Bestand gefährdet. Wozu selbst ein temporäres Versagen der Kontrolleinrichtungen führen kann, zeigte der Stromausfall im Juli 1977 in New York. Dessen Folgen kommentierte die Presse später unter dem Titel „Die Nacht der Rache für die Zukurzgekommenen“. Es stellt sich daher nicht die Frage nach dem „Ob“, sondern nur nach dem „Wie“ und vor allem, mit welcher Intensität Sozialkontrolle betrieben werden soll. Dabei geht es um das Problem, inwieweit eine effektive Kriminalitätsbekämpfung mit umfassender Sozialkontrolle erkauf werden darf.
- 47 Die vor den Systemumbrüchen in Ostmitteleuropa realsozialistischen Staaten, in denen Kriminalität als systemfremdes Relikt kapitalistischer Wertvorstellungen angesehen wurde, strebten die Ausrottung von Delinquenz notgedrungen mit alternativen Kontrolltechniken an, die sich weit in den informellen und außerstrafrechtlichen Bereich erstreckten. Wird abweichendes Verhalten als Fremdkörper eines Gesellschaftssystems betrachtet, ist es unumgänglich, den Abweicher als (sozial-)pathologischen Fall oder politischen Feind zu stigmatisieren und zu Sanktionen wie Einweisung in Krankenanstalten oder Drogenbehandlung zu greifen. Im Vergleich zum „Westen“ wurden – unterstützt durch einen geringeren Urbanisierungsgrad – niedrigere Kriminalitätsraten durch ein umfassendes System von Sozialkontrolle erreicht, das der individuellen Entfaltungsfreiheit nur noch wenig Raum ließ. Nach westlicher Auffassung erscheint dieser Preis der Sicherheit als zu hoch, der demgegenüber unbefriedigende Zustand steigender Verbrechensraten humaner und erträglicher.
- 48 2. Eine **Video-Überwachung** wie in Leipzig, Hamburg, Köln, Mannheim sowie vor allem in vielen britischen Großstädten verspricht zwar örtlich begrenzt größere Sicherheit, insbesondere eine Steigerung des Sicherheitsgefühls der Bevölkerung, unterliegt aber der Gefahr, dass sie nicht auf die reine Verbrechenskontrolle beschränkt bleibt, sondern Teil einer unerwünschten allgemeinen Verhaltenskontrolle wird. Selbst nach Ansicht der Polizei sind Missbrauchsmöglichkeiten nicht auszuschließen,⁷⁶ zumindest unter totalitären Bedingungen.
- 49 Daneben stoßen die Einflussmöglichkeiten durch präventive Polizeitätigkeit schnell auf Grenzen. Wo die primäre, informelle Sozialkontrolle versagt, vermag die Polizei kaum mehr als eine kompensatorische Stützfunktion zu leisten. Ihren Präventionsstrategien sind technische und organisatorische Schranken gesetzt, die nur um den Preis polizeistaatlicher Methoden und immenser sozialer Kosten überschritten werden können. Erwägenswert bleibt unter präventiven Gesichtspunkten daher allenfalls eine auf besonders gefährdete Orte bezogene intensive Verhaltenskontrolle.
- 50 Um präventive Kraft entfalten zu können, müssten die genauen Standorte der Kameras allgemein bekannt sein. Hier lassen sich Parallelen zu automatischen Ampelüberwachungsanlagen im Straßenverkehr ziehen. Trotz allgemeiner Kenntnis von der Existenz solcher Anlagen wird nach wie vor eine Unzahl von Rotlichtsündern photographisch registriert, überwiegend ortsfremde Fahrer, welche die Kreuzungen, an denen tatsächlich Anlagen vorhanden sind, nicht kennen. Auf der anderen Seite würde die Kenntnis der Standorte vielfach zu einer bloßen Tatortverlagerung führen. Aus präventiven Gründen sinnvoll erscheint daher nur die Überwachung von solchen Orten, die aufgrund baulicher oder anderer Verhältnisse günstige Gelegenheiten für Kriminalität bieten (z. B. U-Bahnhof).
- 51 Von der Präventivwirkung der Video-Überwachung würde freilich ein großer Anteil der Kriminalität nicht erfasst. Der Kontrolle unterliegen in der Regel solche Taten, die unter den Begriff „Straßenkriminalität“ fallen.⁷⁷ Dies gilt auch dann, wenn die Installation der Kameras mit repressiven Erwägungen, gestützt auf §§ 100 a, I, Nr. 10, 161, 163 StPO, begründet wird. Auf die Problematik einer vollkommenen Aufhellung des Dunkelfeldes und totaler Transparenz sozialer Verhältnisse wurde schon hingewiesen. Einer effektiveren Strafverfolgung schwerer Delikte stünde sie allerdings nicht entgegen. Die Video-Kontrolltechnik würde jedoch die Polizei, da sie vermehrt als Anzeigerstatter auftritt, mit erheblich größerer Selektionsmacht ausstatten und nicht ohne Auswirkungen auf die Kriminalstatistik sowie damit auf Kriminalitätseinschätzung und Verbrechensfurcht bleiben.

⁷⁶ Zur Grundrechtsproblematik sowie strafprozess- und polizeirechtlichen Zulässigkeit kritisch *Hefendehl* 2000, 188 f., sowie *Gras* 2003, 228 ff., 261 ff., 272 ff. und *Boers* 2004, 5 ff.

⁷⁷ Weitergehend *Hefendehl* 2000, 272.

Werden aber trotz der genannten Gefahren Überwachungstechniken wie in Leipzig in Erwägung gezogen, sollten sie jedenfalls auf eine kleine Anzahl von besonders gefährdeten Örtlichkeiten beschränkt bleiben.⁷⁸ **52**

V. Aufgabe 5: Wie sind die privaten Vorkehrungen und Selbstschutzmaßnahmen der Bürger gegenüber etwaigen Verbrechen zu bewerten? Welche Hinweise und Tendenzen lassen sich ihnen entnehmen?

Zum Schutz vor Verbrechen greifen Teile der Bevölkerung zunehmend zur Selbsthilfe, vor allem dann, wenn ihnen die Effektivität der polizeilichen Verbrechensbekämpfung zu gering erscheint. Dabei ist zwischen legaler Selbsthilfe und Selbstjustiz zu unterscheiden. **53**

1. Durch **Selbstjustiz** angemäße Verbrechenskontrolle zeichnet sich dadurch aus, dass Bürger die staatlichen Funktionen der Verbrechensaufklärung, Aburteilung und Vollstreckung der Sanktionen selbst wahrnehmen. Anprangerungen in Selbstbedienungsläden, an Laternenpfählen und neuerdings im Internet, ferner Bürgerinitiativen in Form von Bürgerwehren oder Maßnahmen, die an Lynchjustiz grenzen, liefern dafür anschauliche Beispiele.⁷⁹ Diesen Formen privater Verbrechensabwehr begegnen nicht nur rechtsstaatliche Bedenken. Die auf das bloße Sicherheitsinteresse Einzelner gegründete Privatisierung der Kriminalitätskontrolle führt zu einer reinen Umverteilung des Opferrisikos und birgt oft die Quelle neuer Kriminalität in sich. **54**

2. Davon sind **legitime Selbstschutzmaßnahmen** und Vorkehrungen abzugrenzen,⁸⁰ begonnen mit dem Wegzug aus gefährdeten Stadtteilen, dem Anbringen von Alarmanlagen oder dem Beitritt zu Selbstschutzorganisationen, die im Wege der Selbsthilfe oder Selbstverteidigung die ihnen anvertrauten Rechtsgüter schützen. Solche Organisationen sind vor allem aus den USA bekannt.⁸¹ Am verbreitetsten ist Vermeideverhalten (gegenüber bestimmten Orten, öffentlichen Verkehrsmitteln und Personengruppen), das allerdings von über der Hälfte der Bevölkerung beklagt wird.⁸² **55**

Ein weiteres Mittel zur Abwehr von Risiken, der Abschluss von **Sachversicherungen**, hat allerdings mittelbar zum Anstieg der Diebstahlsrate beigetragen. Denn um die Versicherungssumme zu erhalten, muss der Geschädigte in der Regel Anzeige bei der Polizei erstatten. Diese weiß jedoch, dass das Opfer normalerweise kein besonderes Verfolgungsinteresse hat, da die Versicherung für den Schaden einsteht. Die Polizei betrachtet sich daher als Büttel der Versicherungen und gibt der Aufklärung anderer, schwerwiegender Delikte den Vorrang. Die Verfolgungsintensität im Bereich der Eigentums-kriminalität lässt nach, die Aufklärungsrate sinkt⁸³ (2004 beim Diebstahl unter erschwerenden Umständen gerade noch 13,9%), was zur Folge hat, dass wegen des geringen Risikos, entdeckt zu werden, der Anreiz zur Begehung und damit die absolute Zahl solcher Delikte wächst. Dies führt mitunter dazu, dass es in manchen Städten unmöglich ist, bestimmte Diebstahlsrisiken zu versichern. **56**

Damit die Opfer nicht gänzlich leer ausgehen, übernimmt wie in den USA schließlich der Staat den Ausfall der Sachversicherer. Es kommt zu einer Sozialisierung der Verluste: die Schäden werden letztlich der Allgemeinheit aufgebürdet. Diese Schwächung der Verbrechenskontrolle und die Überbürdung der Opferrisiken auf die Gesellschaft erscheint bedenklich. Denn die Zurücknahme der sozialen Verteidigungslinie führt zur Mobilisierung von Selbstschutz und Selbstjustiz sowie zur Politikverdrossenheit und damit zur Gefährdung eines geordneten Staatswesens überhaupt.⁸⁴ Gelegentlich neu entwickelte gemischt privat-öffentliche Organisationsformen der Sicherheitspartnerschaft allein können die Mängel nicht ausräumen und den Ausgleich gewährleisten.⁸⁵ **57**

⁷⁸ Zustimmung, obwohl wegen der Entwicklungstendenzen skeptisch *Hefendehl* 2000, 273, 277; ferner *Kasperzak* 2000; und *Gras* 2003, 274, zum Leipziger Projekt S. 236, 263 f., 270.

⁷⁹ Vgl. *Kaiser* 1996, 557 f.; Nachw. ferner oben zu Rn. 1 und 4 mit den Fn. 2 und 7.

⁸⁰ Zu den verschiedenen Richtungen der privaten Verbrechenskontrolle *Jung* 1993 b, 409. Zur „Prävention als Bürgertugend“ und zum „privaten Selbstschutz“ *Hoffmann-Riem* 2000, 120 ff.

⁸¹ Vgl. *Kunz* 1983, 973 ff.

⁸² *Boers* 1991, 313.

⁸³ PKS 2004, 64.

⁸⁴ *Kaiser* 1996, 225, 555 ff., 816 f., m. w. N.

⁸⁵ *Obergfell-Fuchs* 2000, 372 f., 378, 382; weit. Hinw. bei *Hoffmann-Riem* 2000, 136.

Darüber hinaus können Selbsthilfemaßnahmen und Selbstschutzorganisationen nur von finanziell stärkeren Bevölkerungsschichten getragen werden. Dies gilt namentlich für die besonders geschützten Wohngebiete (sog. „gated communities“). Daher stehen die unteren rechtstreuen Schichten bei dieser Form der Verbrechensabwehr ungeschützt da als zuvor, obwohl sie zumindest bei der klassischen Kriminalität einen großen Teil der Opfer stellen.⁸⁶ Man warnt deshalb nicht unbegründet vor der Privatisierung staatlicher Kontrolle, in der sich eine „Refeudalisierung der öffentlichen Sicherheit“ ausdrückt.⁸⁷

⁸⁶ *Kaiser* 1996, 557.

⁸⁷ Vgl. *Obergfell-Fuchs* 2000, 17 m. N.

4. Exkulpationsfall

Täterpersönlichkeit und **Schuldfähigkeit**, verminderte Schuldfähigkeit und Schuldunfähigkeit – Grundbegriffe der forensischen Psychiatrie – Kompetenz des Sachverständigen – Agnostizismusstreit – Maßregeln der Besserung und Sicherung

Grundlage: Praktischer Fall mit erfundenen Variationen (vgl. FAZ v. 14. 3. und 17. 3. 1977; Der Spiegel Nr. 13 v. 21. 3. 1977, 111; BGH 5 StR 734/77, Urteil vom 18. 7. 1978, unveröffentlicht).

Sachverhalt: Die geschiedene 30-jährige A hat ihre drei Kinder im Alter von 8, 5 und 3 Jahren in der Badewanne ertränkt. Die außergewöhnliche Tat und die Äußerungen der A über den Tatverlauf und ihre Motivation legen es nahe, die Schuldfähigkeit der A zu prüfen.

Aufgaben:

1. Erläutern Sie die gesetzlichen Merkmale und die Konzeption der §§ 20, 21 StGB.
2. Hat die Änderung der §§ 20, 21 StGB im Jahr 1975 zu dem seinerzeit befürchteten „Dammbruch“ bei Ex- und Dekulpationen und zu einer Überfüllung der Maßregelvollzugsanstalten geführt? Was bedeutet in diesem Zusammenhang der Begriff der „Einheitslösung“?
3. Welche Probleme stellen sich bei der Anwendung der sog. „psychologischen“ Merkmale und was bedeutet in diesem Zusammenhang der sog. Agnostizismusstreit?
4. Welche Relevanz könnten folgende Einlassungen der A nach der Tat unter dem Aspekt der Schuldfähigkeit haben? (Ihre Überlegungen sollen nicht das Gutachten eines Sachverständigen ersetzen, sondern nur die eigene Auseinandersetzung des Juristen mit den auftauchenden Problemen vorbereiten.)
 - 4.1 Sie habe seit Monaten die Stimme ihrer verstorbenen Großmutter gehört, die ihr befohlen habe, die Kinder endlich vom Elend dieser Welt zu erlösen.
 - 4.2 Sie habe aus Verzweiflung über ihre Situation schon seit einiger Zeit häufiger und am Nachmittag vor der Tat eine Flasche Whisky getrunken. Danach sei alles ohne Widerstand abgelaufen. An Einzelheiten der Tat könne sie sich nicht mehr erinnern.
 - 4.3 Sie sei in der Volksschule mehrfach sitzen geblieben, habe dann die Sonderschule besucht und keinen Beruf erlernen können. Nach der Scheidung habe sie sich ständig überfordert gefühlt und sei mit dem Leben nicht mehr fertig geworden. Sie habe deshalb für die Kinder keinen anderen Ausweg gesehen.
 - 4.4 Sie habe, nachdem sie monatelang dagegen gekämpft und sich vor der Entscheidung gefürchtet habe, wenige Stunden vor der Tat einen rechtskräftigen Gerichtsbeschluss erhalten, in dem ihrem geschiedenen Mann das Recht zugesprochen worden sei, die Kinder an jedem Samstagnachmittag – notfalls mit Hilfe des Gerichtsvollziehers – zu sich zu nehmen. Darüber sei sie so verzweifelt und erregt gewesen, dass sie mit den Kindern aus dem Leben habe scheiden wollen. Als sie die toten Kinder gesehen habe, sei sie jedoch zu sich gekommen und zu Nachbarn gerannt.
 - 4.5 Sie habe selbst jahrelang als Scheidungswaise unter dem Besuchsrecht ihres Vaters gelitten und schließlich vor jeder Begegnung mit ihrem Vater Angst gehabt. Ihren Kindern habe sie um jeden Preis dieses Schicksal und das Hin- und Hergerissensein zwischen den Eltern ersparen wollen.

Zur Problemstellung: Probleme der Schuldfähigkeit gehören bereits zur Ausbildung im Pflichtfach Strafrecht. Sie sollten jedoch in der Wahlfachgruppe vertieft werden, da sie einen Einblick in die Psychiatrie, eine der wichtigsten Grunddisziplinen der Kriminologie, ermöglichen und auch im Jugendstrafrecht und bei den Sanktionen relevant werden (→ Fälle 7, 10, 16). Ein gewisses Verständnis für die psychiatrisch-psychologischen Grundlagen ist erforderlich, weil der Richter für die rechtlichen Entscheidungen über die Schuldfähigkeit zuständig ist und dafür die Verantwortung trägt. 1

I. Aufgabe 1: Erläutern Sie die gesetzlichen Merkmale und die Konzeption der §§ 20, 21 StGB.

- 2 1. In fast allen neueren Rechtsordnungen wird die subjektive Zurechnung strafbaren Verhaltens von der Schuldfähigkeit abhängig gemacht. Die theoretische Streitfrage, ob es sich bei der Schuldfähigkeit um eine der Schuld vorgelagerte Schuld Voraussetzung oder um ein selbständiges Element innerhalb des Schuldbegriffes handelt, ist für die forensische Praxis irrelevant.
- 3 Im deutschen Strafrecht gelten Kinder bis zum vollendeten 14. Lebensjahr generell als schuldunfähig (§ 19 StGB). Jugendliche vom vollendeten 14. Lebensjahr bis zum vollendeten 18. Lebensjahr sind bedingt schuldfähig, d. h. es muss in jedem Fall besonders festgestellt werden, ob der Jugendliche „zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“ (§ 3 JGG). Bei volljährigen Personen über 18 Jahren geht das Gesetz davon aus, dass sie im Normalfall schuldfähig sind, denn in § 20 StGB werden die Voraussetzungen der Schuldfähigkeit nicht positiv formuliert, sondern die **Schuldunfähigkeit** als Ausnahme von der Regel definiert („Ohne Schuld handelt, wer . . .“). Die Schuldfähigkeit – dieser Begriff bedeutet dasselbe wie der frühere gesetzliche Ausdruck Zurechnungsfähigkeit – muss deshalb nur geprüft werden, wenn der konkrete Sachverhalt Zweifel nahe legt.¹
- 4 Bestehen Anhaltspunkte für eine Einschränkung oder gar Aufhebung der Schuldfähigkeit, ist regelmäßig die Hinzuziehung eines **psychiatrischen oder psychologischen Sachverständigen** geboten, da das Gericht abgesehen von einfach gelagerten Trunkenheitsfällen mit geringer Blutalkoholkonzentration nicht die nach § 244 Abs. 4 StPO erforderliche Sachkunde zur Beurteilung der psychischen Verfassung des Täters zur Zeit der Tat besitzen wird.² Die Häufigkeit der Begutachtung variiert wiederum mit der Deliktsart. Bei Aburteilungen wegen eines Tötungsdelikts wurden 1983/84 in Niedersachsen in 65 % der Fälle psychowissenschaftliche Gutachten eingeholt.³ Generell scheint in der Praxis die Entscheidung über die Anforderung eines Gutachtens vor allem vom Gewicht der begangenen Straftat und weniger von psychopathologischen Auffälligkeiten abzuhängen. In der Regel ist bei Psychosen oder hirnorganischen Erkrankungen ein Psychiater hinzuzuziehen; bei Affekten, Persönlichkeitsstörungen, Neurosen und sexueller Devianz kommen auch Psychologen in Betracht. Grundsätzlich liegt die Auswahl der Fachrichtung aber auch bei den nicht krankhaften Zuständen im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts.⁴ In der Praxis dominieren bei Tötungsdelikten als Hauptgutachter die Fachärzte für Neurologie und Psychiatrie (75,9 %) vor den Rechtsmedizinern (20,1 %), Psychologen (2,9 %) und sonstigen Ärzten (1,1 %), während die Psychologen bei den Zusatzgutachten am häufigsten vertreten sind.⁵
- 5 2. Die Voraussetzungen der Schuldunfähigkeit nach § 20 und der erheblich verminderten Schuldfähigkeit nach § 21 sind „**zweistufig**“ geregelt. Auf der ersten Stufe bzw. im sog. ersten „**Stockwerk**“ der Schuldfähigkeitsbestimmungen geht es um das Vorliegen psychischer Störungen beim Täter, für die das Gesetz die vier Kategorien „**krankhafte seelische Störung, tiefgreifende Bewusstseinsstörung, Schwachsinn und schwere andere seelische Abartigkeit**“ verwendet. Im zweiten Stockwerk wird geprüft, ob die festgestellten psychopathologischen Zustände auch Auswirkungen auf die **Einsichtsfähigkeit** (intellektuelle Komponente) oder **Steuerungsfähigkeit** (voluntative Komponente) des Täters hatten. Diese Normkonzeption wird vielfach noch als „**biologisch-psychologische Methode**“ bezeichnet.⁶ Da es sich jedoch weder bei den Eingangsmerkmalen der §§ 20, 21 um ausschließlich biologisch definierbare Befunde handelt noch die Beurteilung der zweiten Stufe allein nach psychologischen Kriterien erfolgt, sondern eine primär juristisch-wertende Betrachtung erfordert (s. u. II.), sollte stattdessen die genauere Bezeichnung als „**psychisch-normative Methode**“ verwendet werden.⁷

Vom Standpunkt der normativen Schuldlehre wäre es durchaus konsequent gewesen, wenn der Gesetzgeber eine **einstufige Methode** gewählt hätte, die bei den Beratungen im Sonderausschuss „Strafrecht“ des Bundestages auch erwogen wurde. § 20 hätte dann gelautet: „Ohne Schuld handelt, wer unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.“ Obwohl bei einer solchen rein normativen Konzeption, wie sie z. B. beim unvermeidbaren Verbotsirrtum verwirklicht wurde,⁸ die **Einzelfallgerechtigkeit** jedenfalls theoretisch besser realisiert werden könnte, hat sich der Gesetzgeber aus **Rechtssicherheitsgründen** für die Anknüpfung der

¹ *Schreiber/Rosenau* 2004, 60.

² Vgl. BGH NStZ 2000, 437; *Detter* 1998, 57 f.

³ *Verrel* 1995, 60 ff.; heute dürfte der Anteil bei über 90 % liegen.

⁴ BGHSt 34, 355, 357.

⁵ *Verrel* 1995, 93, 97.

⁶ Vgl. *Lackner/Kühl* 2004, § 20 Rn. 1, auf die begriffliche Ungenauigkeit hinweisend.

⁷ *Jescheck/Weigend* 1996, § 40 III 1 Fn. 19; *Schreiber/Rosenau* 2004, 60.

⁸ Vgl. dazu und zum Verhältnis von § 17 zu § 20 S/S-*Lenckner/Perron* 2001, § 20 Rn. 4, 27 m. w. N.

Schuldfähigkeitsbeurteilung an das Vorliegen bestimmter psychischer Defekte entschieden.⁹ Da mit den gesetzlichen Merkmalen jedoch praktisch alle forensisch relevanten Störungen erfasst werden können, beseitigt diese Objektivierung der Schuldfähigkeitsbestimmungen keineswegs die Schwierigkeiten, die sich bei der Beurteilung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit im Einzelfall ergeben (s. u. III.). Der Streit darüber, ob der Katalog der in § 20 genannten psychischen Beeinträchtigungen analogiefähig oder abschließend ist, dürfte jedenfalls in Anbetracht der Weite der Merkmale, insbesondere der schweren anderen seelischen Abartigkeit, nicht praxisrelevant sein.¹⁰

3. Die §§ 20, 21, die seit 1975 gelten, sollten trotz der Neuformulierung der Eingangsmerkmale – im Mittelpunkt stand die Aufnahme der „schweren anderen seelischen Abartigkeit“ – keine neuen Normen setzen, sondern der Entwicklung der Rechtsprechung zu § 51 a. F. Rechnung tragen.¹¹ 6

Die Rspr. hatte schon seit längerem den klassischen **klinisch-psychiatrischen Krankheitsbegriff**, nach dem Krankheit nur beim Vorhandensein eines körperlichen Prozesses vorliegen sollte und der insbes. von der Schule *Kurt Schneiders* vertreten wurde,¹² aufgegeben, weil die u. U. gravierenden psychischen Auswirkungen schwerer Neurosen, Psychopathien und Triebstörungen nicht adäquat erfassbar waren. Als „krankhafte seelische Störungen“ (§ 51 a. F.) sollten alle Störungen der Verstandestätigkeit sowie des Willens-, Gefühls- oder Trieblebens in Betracht kommen,¹³ also u. a. „eine naturwidrige geschlechtliche Triebhaftigkeit“.¹⁴ „Willensschwäche oder sonstige reine Charaktermängel“¹⁵ sollten aber nicht ausreichen; vielmehr sollten nur Störungen berücksichtigt werden, die **Krankheitswert** haben,¹⁶ die sich also ebenso schwer auswirken wie Psychosen.

Diese Konzeption wurde als „juristischer Krankheitsbegriff“ bezeichnet,¹⁷ weil sie auf die organisch-somatische Basis, den Nachweis oder zumindest die Postulierbarkeit einer körperlichen Ursache der seelischen Störung, verzichtete. Mit der Neuregelung sollte durch die Aufnahme der „schweren anderen seelischen Abartigkeit“ für diese Fälle eine adäquate Lösung gefunden und gleichzeitig die „krankhafte seelische Störung“ auf somatisch-pathologisch begründbare seelische Störungen beschränkt werden.¹⁸ 7

Allerdings wäre es verfehlt, aus der Entstehungsgeschichte des „juristischen Krankheitsbegriffes“ abzuleiten, dass es sich um eine juristische Hilfskonstruktion für psychiatrisch-psychologisch unhaltbare Wertungen handle. Vielmehr folgte die Rechtsprechung und damit die jetzige Fassung des § 20 der neueren psychiatrischen Krankheitslehre, die den rein somatisch-psychiatrischen Krankheitsbegriff durch einen klinisch-syndromatologischen Krankheitsbegriff ersetzt hat, der auf der Wahrnehmung psychopathologischer Syndrome beruht und diese nach bestimmten Konventionen, insbesondere nach Qualität und Schweregrad der Störung, als krankhaft bezeichnet.¹⁹ Durch diese Erweiterung der Eingangsmerkmale ist die juristische Klassifizierung der seelischen Störung weniger problematisch geworden; dafür liegen die gravierenden Probleme jetzt bei der Beurteilung der Befunde auf dem „psychologischen Stockwerk“.

Andererseits wurde aber schon bei der Entstehung der heutigen gesetzlichen Konzeption kritisiert, dass sie überhaupt noch an der körperlichen Begründbarkeit psychischer Störungen ausgerichtet wurde.²⁰ Tatsächlich hat dieses Kriterium in der medizinischen Krankheitslehre und Diagnostik inzwischen an Bedeutung verloren und wird aufgrund neuerer empirischer Erkenntnisse sogar in Frage gestellt. So wird die Formulierung der vier Eingangsmerkmale als „nur noch historisch verständlich“ bezeichnet und empfohlen, sie durch eine einheitliche, normativ orientierte Umschreibung des geforderten Ausmaßes einer psychischen Störung zu ersetzen.²¹ Das würde eine Annäherung an die seinerzeit erwogene einstufige Konzeption der §§ 20, 21 bedeuten. Jedenfalls offenbart diese Entwicklung, dass die terminologische Orientierung der gesetzlichen Schuldfähigkeitsvoraussetzungen an medizinischen Leitbildern nicht zwingend der **unterschiedlichen Funktion** dieser beiden Krankheitsbegriffe gerecht wird.²² 8

⁹ Vgl. *Jescheck/Weigend* 1996, § 40 III 1.

¹⁰ *Schreiber/Rosenau* 2004, 60.

¹¹ Vgl. zur Reformgeschichte *Rasch/Konrad* 2004, 63 ff.; *Venzlaff* 2000, 69 f.

¹² Vgl. *Göppinger* 1997, 222 f. m. w. N.

¹³ BGHSt 14, 30 ff.

¹⁴ Vgl. auch BGHSt 23, 190: Fall Bartsch.

¹⁵ BGHSt 14, 30, 33.

¹⁶ BGH JR 1958, 305, 307; zur heutigen Bedeutung des Begriffs s. u. Rn. 22.

¹⁷ *Schreiber/Rosenau* 2004, 62 f.

¹⁸ *S/S-Lenckner/Perron* 2001, § 20 Rn. 10.

¹⁹ Vgl. *Göppinger* 1997, 223; ähnlich *Rasch/Konrad* 2004, 51 f.: strukturell-sozialer Krankheitsbegriff.

²⁰ Eingehend *Schreiber/Rosenau* 2004, 61 ff.; *Rasch/Konrad* 2004, 48 ff.

²¹ *Nedopil* 2000, 20.

²² Kritisch zur Angleichung des durch die verschiedenen Tatbestandsmerkmale gebildeten „juristischen Krankheitsbegriffs“ an denjenigen der Medizin *Nedopil* 2000, 10.

- 10 4. Eingeleitet durch die Neufassung der §§ 20, 21 und begünstigt durch die geschilderte Akzentverschiebung in der Psychiatrie, tritt die nach medizinischen Kategorien erstellte Diagnose gegenüber der Bewertung der **Intensität** und **Tatrelevanz** der Störung immer mehr in den Hintergrund. So formuliert die Rechtsprechung nicht nur bei der Beurteilung „schwerer anderer seelischer Abartigkeiten“ regelmäßig, dass es hierzu einer Ganzheitsbetrachtung der Persönlichkeit des Täters und ihrer Entwicklung bedürfe, die auch das Charakterbild und die zur Last gelegten Taten einschließlich der diesen zugrunde liegenden Motive einbeziehen müsse.²³

Vor diesem Hintergrund relativiert sich die Funktion der psychiatrischen bzw. psychologischen **Störungsklassifikationen**, die innerhalb der letzten 20 Jahre auch in der forensischen Psychiatrie erhebliche Bedeutung erlangt haben. Dabei handelt es sich um systematische Zusammenstellungen von Krankheitsbildern, die anhand von Kriterienkatalogen operationalisiert wurden und dadurch auch mittels standardisierter Erhebungsverfahren überprüfbar sind. Auf diese Weise soll die Objektivität und Vergleichbarkeit psychiatrischer Diagnosen erhöht und eine bessere Verständigung unter Fachleuten ermöglicht werden.²⁴ Am verbreitetsten sind heute die durch die Weltgesundheitsorganisation (WHO) entwickelte Diagnoseschlüssel **ICD-10** (International Classification of Diseases, 10. Revision)²⁵ und das von der American Psychiatric Association herausgegebene **DSM-IV** (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fourth Edition).²⁶

- 11 Eine anhand dieser Klassifikationen gestellte Diagnose kann und soll nicht unmittelbar über die Zuordnung der Störung zu den Eingangsmerkmalen der §§ 20, 21 entscheiden. Für die aktuellen Versionen der Diagnoseschlüssel folgt das schon daraus, dass sie mit dem fast vollständigen Verzicht auf eine ursachenabhängige Zuordnung der Störungen einschließlich der Unterscheidung zwischen Psychosen und Neurosen gerade die Kategorisierungen aufgeben, auf denen die heutige gesetzliche Regelung beruht.²⁷ Die „biologischen“ Tatbestandsmerkmale stellen **Rechtsbegriffe** dar, zu deren Ausfüllung es auch einer normativen Betrachtung bedarf. Dazu sind konkrete Feststellungen zum Ausmaß der vorhandenen Störung und ihren Auswirkungen auf die Tat erforderlich, die mit der bloßen Diagnose nicht getroffen sind.²⁸ Andererseits soll eine sich anhand der Kriterien von ICD-10 oder DSM-IV ergebende Diagnose „in der Regel auf eine nicht ganz geringfügige Beeinträchtigung“ hinweisen.²⁹ Zumindest die grundsätzliche Zuordnung der psychiatrisch-psychologischen Diagnosen zu den Tatbestandsmerkmalen des „biologischen Stockwerks“ ist heute im Wesentlichen unbestritten, auch wenn die medizinische Terminologie einem ständigen Wandel unterworfen ist.

Die folgende Zusammenstellung verwendet abweichend von ICD-10 die tradierten Begriffe der klassischen Psychiatrie wie die der „exogenen“ und „endogenen Psychose“ sowie der „Neurose“, da sie einerseits sowohl im psychiatrischen Schrifttum³⁰ als auch in der Kommunikation zwischen Sachverständigen und Gericht weiterhin Verwendung finden und andererseits die Formulierung des Gesetzes auf der mit diesen Begriffen verbundenen psychiatrischen Konzeption beruht.³¹

12 (1) Krankhafte seelische Störungen

Hierunter fallen diejenigen Defekte, die nach dem überkommenen psychiatrischen Verständnis als „Krankheit“ angesehen werden, also alle auf einer nachweisbaren oder wenigstens vermuteten körperlichen Ursache beruhenden psychischen Störungen.

a) Zur ersten Gruppe, den sog. **exogenen Psychosen**, gehören u. a.:

- Psychische Störungen nach Hirnverletzungen, -infektionen und -erkrankungen (z. B. Hirntumoren oder Enzephalitis)
- senile und präsenile Psychosen (z. B. arteriosklerotische Demenz oder Alzheimer-Krankheit)
- Alkohol-, Drogen- oder Medikamentenintoxikation; der Alkoholrausch stellt medizinisch eine reversible Intoxikationspsychose dar. Teilweise wird jedoch der Rauschzustand wegen vergleichbarer Auswirkungen als tief

²³ Vgl. BGHSt 37, 397; BGH NStZ 1999, 395 mit Anm. *Winckler/Foerster* und BGH NStZ 2001, 243 mit Anm. *Nedopil*.

²⁴ Vgl. *Nedopil* 2000, 81 ff.

²⁵ Vgl. die deutsche Übersetzung des psychiatrischen Kapitels von *Dilling/Mombour/Schmidt/Schulte-Markwort* 2005.

²⁶ Vgl. die deutsche Übersetzung von *Saß/Wittchen/Zaudig* 2001; *Saß/Wittchen/Zaudig/Houben* 2003.

²⁷ Sehr kritisch zu dieser Entwicklung *Rasch/Konrad* 2004, 47 f.; ähnlich *Schreiber/Rosenau* 2004, 64.

²⁸ BGHSt 37, 397; 401; BGH NStZ 1997, 383.

²⁹ BGH StV 1997, 630; BGH StV 1998, 342.

³⁰ Z. B. *Nedopil* 2000, 137 ff.; *Rasch/Konrad* 2004, 268 ff.

³¹ Eine Übersicht anhand der aktuellen Terminologie des ICD-10 findet sich bei *Rasch/Konrad* 2004, 52 ff.

greifende Bewusstseinsstörung bezeichnet, ohne dass dieser rein begriffliche Streit praktische Konsequenzen hätte.³² Quantitativ gesehen ist der Alkohol die „kriminologisch bedeutsamste Droge.“³³

- Alkohol- und Drogenpsychosen; im Unterschied zu den „normalen“ Intoxikationen und süchtigen Persönlichkeiten handelt es sich hier um die psychotischen Folgezustände von Alkohol- bzw. Drogenabhängigkeit wie z. B. das Alkoholdelir oder Korsakow-Syndrom (Desorientiertheit, Gedächtnisstörungen)
- intellektuelle Minderbegabungen mit organischer Ursache (z. B. bei intrauteriner, geburtstraumatischer oder frühkindlicher Hirnschädigung)
- vorübergehende organische Psychosen (wie etwa Psychosen infolge von Stoffwechseldefekten oder epileptische Verwirrtheits- oder Dämmerzustände)

b) Zur Gruppe der Störungen mit postulierter somatischer Ursache, den sog. **endogenen Psychosen**, rechnet man:

- schizophrene Psychosen (Geisteskrankheit), oft in paranoider (wahnhafter), katatoner (bewegungsabnormer) oder hebephrener (läppisch-alberner) Form
- affektive Störungen bzw. (phasische) Psychosen (teilweise als Gemütskrankheit oder Zyklotomie bezeichnet), wobei zwischen monopolar-zyklischem (Depression oder Manie) und bipolar-zyklischem Verlaufstyp unterschieden werden kann
- paranoide Syndrome (anhaltende wahnhafte Störungen; auch als psychogene Reaktion möglich, s. u. (4)).

(2) Tiefgreifende Bewusstseinsstörungen

13

Mit diesem Begriff werden die sog. „normalpsychologischen“, d. h. nicht organisch bedingten Trübungen oder Einengungen der Wahrnehmungs- und Erlebnisfähigkeit aufgrund **akuter Belastungsreaktion** bezeichnet:

- affektive Erregungs- und Ausnahmezustände (häufig; s. u. IV. 4)
- Übermüdungs-, Erschöpfungs- und Dämmerzustände (selten)

(3) Schwachsinn

14

Da Intelligenzdefekte mit bekannter körperlicher Ursache bereits zu den „krankhaften seelischen Störungen“ zählen, werden mit diesem Merkmal, das § 20 als Unterfall der „schweren seelischen Abartigkeit“ aufführt, angeborene Intelligenzschwächen ohne Organbefund erfasst.³⁴ Der medizinischen Nosologie (Krankheitslehre) ist diese Differenzierung fremd, dort werden intellektuelle Beeinträchtigungen einheitlich als Schwachsinn oder auch Oligophrenien bezeichnet.³⁵ Üblicherweise wird nach den Schweregraden der Behinderung zwischen Deblilität, Imbezillität und Idiotie unterschieden (s. u. IV.3).

(4) Schwere andere seelische Abartigkeit

15

Mit diesem Oberbegriff hat der Reformgesetzgeber die in ihrer rechtlichen Bewertung seinerzeit so umstrittenen psychischen Auffälligkeiten erfasst, die nach bisherigem Erkenntnisstand³⁶ nicht auf einem organischen Prozess beruhen und nicht unter das 2. und 3. Eingangsmerkmal subsumiert werden können.³⁷ Bei den im Folgenden aufgezählten psychischen Defekten, insbesondere den Persönlichkeitsstörungen, Neurosen und psychogenen Reaktionen, handelt es sich nicht um trennscharfe Diagnosebegriffe, vielmehr ist die Abgrenzung im Einzelfall problematisch und nicht zuletzt vom wissenschaftlichen Standort des Sachverständigen abhängig.³⁸

- **Persönlichkeitsstörungen**, früher meist als Psychopathien bezeichnet, beschreiben in ihren Temperaments- und Charaktermerkmalen besonders auffällige Persönlichkeitsstrukturen, die sich vor allem durch ein tiefgreifend abnormes, meist dissoziales Verhaltensmuster auszeichnen, das andauernd ist, bereits in Kindheit oder Jugend beginnt und sich im Erwachsenenalter manifestiert. Hieraus resultiert eine starke forensische Relevanz.³⁹ Für die Betroffenen selbst sind mit der Störung erhebliche subjektive Leiden und deutliche Leistungseinschränkungen verbunden. Es werden mehrere Idealtypen unterschieden, die sich in Anlehnung an DSM-IV in drei Gruppen einteilen lassen: So beschreiben die paranoiden, die schizoiden und die schizotypischen Störungen eher befremdende und exzentrische Persönlichkeiten, die dissozialen, Borderline- und histrionischen (hysterischen) Störungen markieren dramatische und emotionale Persönlichkeiten, während die selbstunsicheren, die abhängigen und zwanghaften (anankastischen) Störungen unsichere und ängstliche Persönlichkeiten kennzeichnen.⁴⁰
- **Neurosen** (neurotische Störungen) stellen erlebnisbedingte psychische Fehlentwicklungen dar, die in der frühen Kindheitsentwicklung verwurzelt sind und die sich in seelischen und/oder körperlichen Symptomen manifestieren (z. B. Angst- und Zwangsneurosen, psychosomatische Erkrankungen, sexuelle Funktionsstörungen).⁴¹

³² Vgl. S/S-Lenckner/Perron 2001, § 20 Rn. 13, 16.

³³ Rasch/Konrad 2004, 223; zur Rolle des Alkohols bei Tötungsdelikten Verrel 1995, 77.

³⁴ Vgl. S/S-Lenckner/Perron 2001, § 20 Rn. 18.

³⁵ Vgl. Rasch/Konrad 2004, 274 ff.

³⁶ Skeptisch Nedopil 2000, 20, 151 im Hinblick auf biologische und neurophysiologische Besonderheiten bei bestimmten – vor allem dissozialen – Persönlichkeitsstörungen.

³⁷ Vgl. S/S-Lenckner/Perron 2001, § 20 Rn. 19.

³⁸ Vgl. Streng 2002, Rn. 689.

³⁹ Instruktiv BGHSt 42, 385 ff. m. kritischer Anm. Kröber und Dannhorn NStZ 1998, 80 ff.

⁴⁰ Vgl. Nedopil 2000, 149 ff.

⁴¹ Vgl. Venzlaff 2000, 217 ff.; Nedopil 2000, 137.

- **Belastungsreaktionen** (abnorme Erlebnisreaktionen, psychogene Reaktionen) bezeichnen Anpassungsstörungen in Bezug auf spätere außergewöhnliche Belastungen, wie sie z. B. als reaktive Depressionen bei schicksalhaften Konflikten in der Familie, in einer Partnerbeziehung oder im Berufsleben⁴² auftreten können.
- **Sexuelle Verhaltensabweichungen und Störungen**, die oft auch als Triebstörungen oder Perversionen bezeichnet werden (z. B. Fetischismus, Sadismus).
- **Alkohol-/Drogen-/Medikamentenabhängigkeit** (auch als Sucht oder Missbrauch bezeichnet) ist eine besondere Form der Persönlichkeitsveränderung. Problematisch sind in diesem Zusammenhang die nicht stoffgebundenen Süchte.⁴³ In ICD-10 und DSM-IV werden sie in Abgrenzung zu den stoffgebundenen Süchten als eigene Kategorie der abnormen Gewohnheiten und Störungen der Impulskontrolle betrachtet. Dennoch ist ihre Bedeutung für die Schuldfähigkeit umstritten. Zu ihnen zählt man u. a. das „pathologische Spielen“,⁴⁴ die „pathologische Brandstiftung“ (Pyromanie) und das „pathologische Stehlen“ (Kleptomanie).⁴⁵ Trotz ihrer Aufnahme in ICD-10 und DSM-IV wird weitgehend bestritten, dass diesen Begriffen überhaupt ein einheitliches Syndrom zugrunde liegt.⁴⁶

- 16 Der Begriff „**seelische Abartigkeit**“ muss als unglücklich bezeichnet werden.⁴⁷ Er weckt Assoziationen zu sexuellen Perversionen, betont zu einseitig die Nähe zur Psychopathie und legt die Unheilbarkeit der Störungen nahe. Er provoziert leicht Vorurteile und führt gelegentlich sogar zu Umgehungsversuchen durch wohlmeinende Sachverständige (z. B. Einordnung als krankhafte seelische Störung). Dadurch wird für den Richter die Zuordnung zu den Eingangsmerkmalen des § 20 verschleiert, die für die Einschätzung der „psychologischen“ Folgewirkungen von Bedeutung sein kann.⁴⁸ Besser erscheint der Begriff „vergleichbar schwere seelische Störung“⁴⁹ oder „Persönlichkeitsanomalie“.⁵⁰

II. Aufgabe 2: Hat die Änderung der §§ 20, 21 StGB im Jahr 1975 zu dem seinerzeit befürchteten „Dambruch“ bei Ex- und Dekulpationen und zu einer Überfüllung der Maßregelvollzugsanstalten geführt? Was bedeutet in diesem Zusammenhang der Begriff der „Einheitslösung“?

- 17 Aus der Strafverfolgungsstatistik für die alten Bundesländer ergibt sich, dass Beeinträchtigungen der Schuldfähigkeit bei den nach allgemeinem Strafrecht verurteilten Tätern in der Gerichtspraxis bis heute eine Ausnahme darstellen. So hat sich die Anwendungshäufigkeit des § 20 in den Jahren nach 1975 sogar deutlich reduziert und lag über ein Jahrzehnt konstant bei ca. 0,05 % der Abgeurteilten. Erst seit Ende der 80er-Jahre hat sich dieser Anteil erhöht, zunächst auf 0,08 % (1996–1998), später auf 0,09 % (1999–2003), womit aber der höchste zeitlich vor der gesetzlichen Neuerung datierende Wert (0,11 % im Jahr 1971) noch immer nicht wieder erreicht ist.⁵¹ Der Anteil der Dekulpierten an den Verurteilten ist dagegen von 1,1 % (1973) auf 2,9 % (2003) gestiegen, also beinahe um das Dreifache seit der Reform. Allerdings ist dies das Ergebnis einer kontinuierlichen Entwicklung über die letzten drei Jahrzehnte hinweg, so dass von einem unmittelbar durch die Neuregelung ausgelösten „**Dambruch**“ bei **Ex- und Dekulpationen** nicht gesprochen werden kann. Wahrscheinlich beruht dieser Anstieg eher auf der Zunahme der durch Drogen oder Alkohol bedingten psychischen Veränderungen der Täter als auf der häufigeren Dekulpation wegen „schwerer anderer seelischer Abartigkeit“.⁵²
- 18 Auch bei der Anordnung von **Maßregeln nach den §§ 63, 64 StGB** ist kein Dambruch festzustellen. Zwar hat sich der Anteil der in eine psychiatrische Anstalt überwiesenen Abgeurteilten an den Exkulpierten bereits unmittelbar nach der Reform deutlich erhöht (von 34,5 % 1973 auf 53,5 % 1975), jedoch ist dies im Zusammenhang mit der gleichzeitig reduzierten Anwendungshäufigkeit des § 20 zu sehen. Die absolute Zahl der Betroffenen hat sich in den Jahren nach 1975 nicht erhöht. Erst zu Beginn der neunziger Jahre wurde gegenüber Schuldunfähigen zunehmend häufiger von der Möglichkeit des § 63 Gebrauch gemacht, im Jahr 2003 bei nun fast drei Vierteln dieser Gruppe (73,1 %). Dagegen sind die Dekulpierten von dieser Maßnahme nach einer zwischenzeitlich sogar rückläufigen Entwicklung heute wieder so häufig wie vor der Reform betroffen (2003: 1,6 %; 1973: 1,7 %). Insgesamt wurde in den letzten Jahren (2000–2003) in den alten Bundesländern jeweils gegen ca. 750 Personen

⁴² Vgl. *Rasch/Konrad* 2004, 278; *Nedopil* 2000, 137.

⁴³ *Nedopil* 2000, 92, 160 ff.; *Rasch/Konrad* 2004, 291, 301 ff.

⁴⁴ Vgl. dazu BGH NStZ 1989, 113.

⁴⁵ Hierzu aus empirischer Sicht *Foerster/Knöllinger* 2000, 457 ff.

⁴⁶ Kritisch z. B. *Nedopil* 2000, 161 ff.; *Rasch/Konrad* 2004, 301 ff.

⁴⁷ *Schreiber/Rosenau* 2004, 69.

⁴⁸ *S/S-Lenckner/Perron* 2001, § 20 Rn. 5.

⁴⁹ §§ 20, 21 AE-StGB.

⁵⁰ *Rasch/Konrad* 2004, 71.

⁵¹ *Stat. Bundesamt*, Strafverfolgung (bis 2003), zuletzt Tab. 2.2, 2.3, 5.6, 5.7; *Schöch* 2005 a.

⁵² *Rasch/Konrad* 2004, 76 f.; *Schöch* 2005 a.

eine Maßregel nach § 63 verhängt. Nur vorübergehend verändert hat sich der Anteil der Exkulpierten, gegen den eine Maßregel nach § 64 verhängt wurde. Er liegt nach einer zwischenzeitlichen deutlichen Erhöhung, die 1993 mit 14,5 % ihren Höhepunkt fand, mit nun 4,5 % (2003) sogar unter dem Ausgangswert von 1975 (6,7 %). Der Anteil der Dekulpierten, die in eine Entziehungsanstalt eingewiesen wurden, ist dagegen seit der Reform, wenn auch langsam und mit Schwankungen, von 0,8 % (1975) auf 4,0 % (2003) angestiegen. Wichtigste Ursache hierfür dürfte aber die zunehmende Verbreitung der Drogensucht sein.⁵³

Insgesamt bestätigt diese Entwicklung die Richtigkeit der Entscheidung des Gesetzgebers, den Vorschriften zur Ex- und Dekulpation eine einheitliche Struktur zu verleihen. Ursprünglich war befürchtet worden, dass die geplante gesetzliche Anerkennung des „juristischen Krankheitsbegriffs“ über das neue Eingangsmerkmal der „schweren anderen seelischen Abartigkeit“ zu einer sprunghaften Zunahme („Dammbruch“) der Freisprüche wegen Schuldunfähigkeit führen könnte. Deshalb sah die **differenzierende Lösung** des StGBE 1962 – wie übrigens viele ausländische Rechte⁵⁴ – für die Schuldunfähigkeit eine engere Fassung vor als für die verminderte Schuldfähigkeit. Die „schweren seelischen Abartigkeiten“ sollten nur schuld mindernd berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber hat sich dennoch zur sog. „**Einheitslösung**“ entschlossen, um auch hier den Schuldgrundsatz unmissverständlich zu realisieren.⁵⁵ Die §§ 20, 21 stimmen in der Gesetz gewordenen Fassung in ihrem „biologischen“ Stockwerk überein, die Unterscheidung zwischen Ex- und Dekulpation erfolgt ausschließlich über die auf der zweiten Stufe vorzunehmende Wertung, ob der Täter zur Zeit der Tat aufgrund der Störung unfähig (§ 20) oder erheblich vermindert befähigt (§ 21) war, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

19

III. Aufgabe 3: Welche Probleme stellen sich bei der Anwendung der normativen Merkmale, und was bedeutet in diesem Zusammenhang der sog. Agnostizismusstreit?

1. Das Vorliegen einer oder mehrerer psychischer Merkmale⁵⁶ führt nur dann zur Ex- oder Dekulpation, wenn dadurch die Fähigkeit aufgehoben oder beeinträchtigt war, „das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln“. Da mit der fehlenden **Einsichtsfähigkeit** in § 20 ein Sonderfall des unvermeidbaren Verbotsirrtums geregelt wurde, besitzt diese Alternative neben § 17 keine eigenständige Bedeutung.⁵⁷ Es reicht aus, wenn eine der beiden Fähigkeiten beeinträchtigt ist, so dass die Rechtsfolge der §§ 20, 21 nicht gleichzeitig auf mangelnde Einsichts- und Steuerungsfähigkeit gestützt werden kann. Nur wenn sich bei der Prüfung ergibt, dass der Täter trotz einer auf der „biologischen“ Ebene vorhandenen Störung einsichtsfähig war, ist zu fragen, ob seine **Steuerungsfähigkeit** aufgehoben oder reduziert war. Allerdings kommt der Ausschluss der Einsichtsfähigkeit nur selten vor, z. B. bei schwerwiegenden intellektuellen Einbußen oder bei psychotischen Realitätsverkennungen. In den meisten Fällen geht es also nur um den Ausschluss oder die erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit.⁵⁸

20

2. Im sog. „**Agnostizismusstreit**“ geht es zunächst um die mit dem Indeterminismusproblem (→ Fall 1, Rn. 3 ff.) zusammenhängende Frage, ob empirisch begründete Aussagen der Psychiatrie oder Psychologie zur **Einsichts- und Steuerungsfähigkeit** überhaupt möglich sind.⁵⁹

21

„Agnostizismus“ ist die philosophische Lehre von der Unerkennbarkeit des übersinnlichen Seins. Die **Agnostiker** gehen in unserem Zusammenhang davon aus, dass bei der Entscheidung über die Schuldfähigkeit eine empirische Aussage über die Handlungsfreiheit des Täters verlangt werde, weil strafrechtliche Schuld nach der bekannten Leitentscheidung des BGH auf der Annahme der Willensfreiheit und der freien Selbstbestimmung des Menschen beruhe.⁶⁰ Von *Kurt Schneider*, dem wohl einflussreichsten Vertreter des psychiatrischen Agnostizismus, stammt die nachdrücklich begründete Aussage, dass die Frage nach der Einsichts- und Bestimmungsfähigkeit im

⁵³ Vgl. zu Erklärungsansätzen für die vermehrte Anwendung der §§ 63, 64 *Schöch* 2004, 394.

⁵⁴ Vgl. *Lenckner* 1972, 157 ff.

⁵⁵ *Schreiber/Rosenau* 2004, 62 m. w. N.

⁵⁶ Störungskumulationen sind in der Praxis recht häufig (vgl. *Verrel* 1995, 107: 41,6 %), werden aber in der psychiatrischen Literatur eher beiläufig behandelt, vgl. *Nedopil* 2000, 82, 100: „Komorbidität“.

⁵⁷ *S/S-Lenckner-Perron* 2001, § 20 Rn. 4, 27.

⁵⁸ *Rasch/Konrad* 2004, 73.

⁵⁹ Vgl. *Göppinger* 1997, 242 ff.; *Schreiber/Rosenau* 2004, 74 ff.

⁶⁰ BGHSt 2, 194, 200 f.

Einzelfall wissenschaftlich nicht beantwortet werden könne.⁶¹ Die **Gnostiker** halten teilweise empirische Aussagen über den Freiheitsgrad des Handelns für möglich (indeterministische Gnostiker). Überwiegend sind sie jedoch der Auffassung, der Indeterminismus sei keine unverzichtbare Voraussetzung des Schuldbegriffs, weshalb empirische Aussagen über die Wirkungen psychischer Störungen auf das Bedingungsgefüge des Handelns als Basis für die Beurteilung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit möglich seien (empirisch-sozialer Verantwortungsbegriff).⁶²

Die Einwände der Agnostiker gehen heute weitgehend ins Leere. In der neueren strafrechtlichen Literatur wird zunehmend die Ansicht vertreten, dass Aussagen über die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit – jedenfalls im einzelnen Fall – keine Feststellung der Willensfreiheit verlangen.⁶³ Auch neue naturwissenschaftliche Erkenntnisse im Bereich der Hirnforschung, die die Willensfreiheit an sich in Frage stellen⁶⁴ und auf deren Grundlage ein neurophysiologischer Determinismus vertreten wird,⁶⁵ vermögen hieran nichts zu ändern.⁶⁶ Versteht man „Schuld als unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit“⁶⁷ oder als „Zurückbleiben hinter dem Verhalten, das vom Bürger unter normalen Bedingungen erwartet werden kann“,⁶⁸ so geht es um ein **sozial-vergleichendes Schuldurteil**, bei dem nur die prinzipielle normative Ansprechbarkeit und Steuerungsfähigkeit vorausgesetzt wird, deren Fehlen in den Fällen des § 20 durch empirischen Vergleich festgestellt werden kann.⁶⁹ Selbst wenn man aber am individuellen „Andershandelnkönnen“ aufgrund vorausgesetzter Willensfreiheit festhält, kann die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit durch den Sachverständigen empirisch beurteilt werden, weil es vergleichend um das „Zurückbleiben hinter dem Maß an Rechtsgesinnung und Willenskraft“ geht, „das von dem durchschnittlichen Staatsbürger erwartet wird“ (**generelles Können des Durchschnittsmenschen**).⁷⁰ Die hierfür erforderlichen empirischen Vergleiche sind auch vom agnostischen Standpunkt aus möglich und sinnvoll.

22 Die verbleibenden **Wertungsprobleme** beim Grad der individuellen Abweichung vom Durchschnittsmenschen beruhen nicht auf der Unlösbarkeit der Freiheitsfrage, sondern tauchen immer bei der normativen Bewertung medizinischer Befunde auf, z. B. bei der Beurteilung der Erwerbs- oder Berufsunfähigkeit, der Fahrtauglichkeit oder der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen einer normalen Krankenschreibung.⁷¹ Auch die psychischen Merkmale des ersten Stockwerks lassen sich nicht ohne Wertungen feststellen, wie bereits die Begriffe „**tiefgreifende** Bewusstseinsstörung“ und „**schwere** seelische Abartigkeit“ zeigen. Zwar wird hier heute überwiegend nicht mehr vom „**Krankheitswert**“ der Störung gesprochen (s. o. Rn. 6), jedoch besteht Einigkeit, dass durch diese Begriffe ein gegenüber der krankhaften seelischen Störung **gleichwertiges** Maß an Belastung und Beeinträchtigung für das Leben des Täters gefordert wird.⁷²

Darüber hinaus führt die Einheitslösung (s. o. Rn. 19) dazu, dass der Sachverständige in allen Fällen die **Intensitätsfrage beantworten muss**, denn auch bei den krankhaften seelischen Störungen und beim Schwachsinn führt nur ein Teil der Fälle quasi automatisch zum Schuldausschluss (z. B. akute Schizophrenie). Es gibt also im Bereich der Schuldfähigkeitsbegutachtung kaum relevante Aussagen, die sich wie ein medizinischer Befund ausschließlich mit naturwissenschaftlichen Methoden feststellen lassen. Wenn deshalb bei der psychiatrischen und psychologischen Begutachtung über die psychischen Merkmale und die individuelle Motivationsstruktur hinaus eine Aussage über das Ausmaß der Beeinträchtigung des Täters im Vergleich zu Durchschnittsmenschen oder anderen Straftätern erwartet wird, so handelt es sich prinzipiell um nichts anderes als bei den sonstigen Schritten der Begutachtung. Auch für die Bestimmung der schuldangemessenen Strafe ist eine Schweregraduierung des Ausmaßes der Störung im Bereich des § 21 und darunter geboten.⁷³

⁶¹ K. Schneider 1961.

⁶² Vgl. Venzlaff 2000, 73; Rasch/Konrad 2004, 74 f., 51 f.: strukturell-sozialer Krankheitsbegriff.

⁶³ Übersicht bei Lackner/Kühl 2004, vor § 13 Rn. 26.

⁶⁴ Einen Überblick zum Meinungsstand gibt Schiemann 2004, 2056 ff.

⁶⁵ Roth 2003, 536 ff.; Singer 2003, 12, 58 f.; s. o. Fall 1, Rn. 10.

⁶⁶ Mosbacher 2005, 61.

⁶⁷ Roxin 1997, § 19 Rn. 36-46.

⁶⁸ Schreiber/Rosenau 2004, 57.

⁶⁹ Roxin 1997, § 19 Rn. 42.

⁷⁰ Jescheck/Weigend 1996, § 39 III; ähnlich SK-Rudolphi 2003, § 20 Rn. 4 f., 25 f.

⁷¹ Venzlaff 2000, 74; ähnlich Schreiber/Rosenau 2004, 75.

⁷² S/S-Lenckner/Perron 2001, § 20 Rn. 14, 22 m. w. N.; in diesem Sinne auch Schreiber/Rosenau 2004, 72.

⁷³ Schöch 1983, 333 ff.; vgl. auch BGHSt 26, 312; BGH NStZ 1984, 548.

Vom Sachverständigen wird also keine juristisch-normative Aussage erwartet, sondern eine **empirisch-vergleichende Einschätzung**.⁷⁴ Dagegen ist es eine normative Frage – für die allein der Richter verantwortlich ist –, ob die psychischen Störungen ein solches Ausmaß erreicht haben, dass die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit als ausgeschlossen oder erheblich vermindert anzusehen ist. Für die **Rechtsfrage**⁷⁵ der **Einsichts- und Steuerungsfähigkeit** bzw. des Ausmaßes ihrer Beeinträchtigung ist – entgegen einer vielfach zu beobachtenden Gerichtspraxis – der Grundsatz „**in dubio pro reo**“ **nicht anwendbar**, sondern nur für die zugrunde liegenden Tatsachenfeststellungen.⁷⁶ Der Richter muss sich darüber im Klaren sein, dass alle Äußerungen des Sachverständigen zur Anwendbarkeit des § 20 oder § 21 ihm die Letztentscheidungsverantwortung nicht abnehmen, sondern nur Hilfen bei der gemeinsamen Suche nach **psychiatrisch-juristischen Konventionen** sein können, ohne die eine einigermaßen einheitliche Konkretisierung der §§ 20, 21 in der Gerichtspraxis nicht möglich wäre.⁷⁷

Das Zusammenwirken von psychowissenschaftlichen Sachverständigen und Gerichten bei der Schuldfähigkeitsbeurteilung entspricht allerdings vielfach nicht der **gesetzlich vorgesehenen Kompetenzabgrenzung**, die den Richter zu einer kritischen Würdigung des Sachverständigengutachtens und eigenverantwortlichen Beurteilung der Schuldfähigkeit des Täters verpflichtet.⁷⁸ Empirische Untersuchungen belegen, dass die Gerichte den Stellungnahmen der Sachverständigen zu den §§ 20, 21 nahezu einhellig folgen.⁷⁹ Die von ihnen geforderte **inhaltliche Auseinandersetzung** mit den Gutachten **erfolgt selten**.⁸⁰ Bedenklich ist die Praxis insbesondere vor dem Hintergrund der immer wieder festgestellten **Fehler und Mängel psychiatrischer Gutachten**.⁸¹ Während sich die forensische Psychiatrie jedoch seit einiger Zeit – vor allem mit Hilfe der erwähnten Diagnoseschlüssel (s.o. Rn. 10 f.) – darum bemüht, die Gutachtenqualität durch **Objektivierung und Vereinheitlichung der Befunderhebung** zu steigern,⁸² sind von juristischer Seite bislang keine Ansätze erkennbar, die Richter durch eine entsprechende **Weiterbildung** oder gar Spezialisierung zu einer kompetenteren Bewertung der Gutachten zu befähigen.⁸³

23

IV. Aufgabe 4: Welche Relevanz könnten die oben genannten Einlassungen der A nach der Tat unter dem Aspekt der Schuldfähigkeit haben?

1. In der ersten Fallvariante macht A geltend, sie habe auf Befehl ihrer verstorbenen Großmutter gehandelt. Akustische Halluzinationen in Form des Stimmenhörens sind ein typisches, aber kein notwendiges Symptom für die paranoide Form der **Schizophrenie**⁸⁴ und damit für eine krankhafte seelische Störung. Zwar dürfte die Kriminalitätsbelastung der Schizophrenen bei Eigentums- und Vermögensdelikten etwas niedriger sein, als es ihrem Bevölkerungsanteil entspricht,⁸⁵ jedoch deuten mehrere empirische Untersuchungen auf ein bei diesen Patienten deutlich erhöhtes Risiko der Begehung von Gewalttaten hin.⁸⁶ Besonders bei schwersten Gewaltdelikten ohne erkennbare Motive ist an paranoide Schizophrenie als Täter zu denken. Die Taten erscheinen oft äußerst brutal und grausam. Die Krankheit verläuft meist in Schüben. Der Kranke verliert den Kontakt mit der normalen Welt und denkt in einer fremdartigen, wahngefüllten Welt. Intelligenz und Gedächtnis sind zunächst nicht notwendig gestört, jedoch erscheint das Denken schizophrener Patienten häufig zerfahren und inkohärent.⁸⁷ Wegen der Zerstörung der Sinngesetzlichkeit des Handelns erfolgt – außer in wenigen Grenzfällen bei beginnender oder abklingender Schizophrenie – fast durchweg Exkulpation nach § 20 wegen fehlender Einsichtsfähigkeit und bei Tötungsdelikten in der Regel auch eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63.⁸⁸

24

⁷⁴ Kaiser 1996, § 82 Rn. 20.

⁷⁵ Lackner/Kühl 2004, § 20 Rn. 20.

⁷⁶ Lackner/Kühl 2004, § 20 Rn. 23.

⁷⁷ Vgl. Schreiber/Rosenau 2004, 83 ff.; Kaiser 1996, § 82 Rn. 8.

⁷⁸ Vgl. BGHSt 7, 239; 8, 118.

⁷⁹ Heim 1986, 53; Verrel 1995, 123 und Dölling 1998, 1349: Übernahmequoten z. T. über 90 %.

⁸⁰ Vgl. dazu Verrel 1995, 128 ff.; Dölling 1998, 1350 ff.

⁸¹ Vgl. Heim 1986.

⁸² Vgl. dazu Nedopil 1988, 117 ff.; Saß/Wiegand 1990, 349 ff.; Verrel 1995, 48 ff.

⁸³ Teilweise skeptisch Streng 2002, Rn. 757.

⁸⁴ Venzlaff/Schmidt-Degenhard 2004, 142; Nedopil 2000, 121.

⁸⁵ Göppinger 1997, 228 f.; skeptisch wegen häufiger Nichtverfolgung Nedopil 2000, 127.

⁸⁶ Überblick bei Nedopil 2000, 124 ff.

⁸⁷ Vgl. Nedopil 2000, 120 ff.; Rasch/Konrad 2004, 256 f.

⁸⁸ Dazu Verrel 1995, 108, 112, 171; differenzierend Nedopil 2000, 128 f.

- 25 Die Heilungsaussichten sind in den letzten Jahren durch die **Pharmakotherapie mit („klassischen“) Neuroleptika** relativ günstig geworden; eine bedeutsame Erweiterung der Therapiemöglichkeiten stellen die so genannten „atypischen“ Neuroleptika dar, die insbesondere bei chronisch Erkrankten die Ansprechbarkeit für psycho- und sozialtherapeutische Maßnahmen erhöhen.⁸⁹ Bei ca. einem Drittel der Erkrankten kommt die Erstmanifestation nach einer Episode zur vollständigen Ausheilung. Bei einem weiteren Drittel kommt es nach wechselhaften Schüben zu gewissen Risiduen, die soziale Kontakte erschweren können. Bei dem verbleibenden Drittel kommt es zu einem chronischen Verlauf, der oft eine Dauerbehandlung und -betreuung erforderlich macht.⁹⁰
- 26 2. Die von A angegebene Alkoholmenge spricht für einen mittel- bis hochgradigen **Alkoholrausch**, also eine reversible **exogene Psychose**, die als **krankhafte seelische Störung** i. S. der §§ 20, 21 gilt. Obwohl die für alle exogenen Psychosen typische Bewusstseinsstörung hier nur vorübergehender Natur ist, sollte der Alkoholrausch nicht mehr unter das Merkmal „tiefgreifende Bewusstseinsstörung“ subsumiert werden.⁹¹
- 27 Ein schematisches Vorgehen nach der Höhe der **Blutalkoholkonzentration (BAK)** ist wegen der ganz unterschiedlichen Auswirkungen auf Personen und in verschiedenen Tatsituationen unmöglich. Insbesondere bei starker Alkoholgewöhnung oder -toleranz hat selbst eine BAK von 3 Promille und mehr nicht zwingend größere Ausfallerscheinungen zur Folge, während sie bei Personen ohne diese Merkmale bereits tödliche Wirkung haben kann. Unter erheblicher Kritik im forensisch-psychiatrischen und juristischen Schrifttum⁹² war in der Rechtsprechung trotzdem zwischenzeitlich versucht worden, die Annahme erheblich verminderter Steuerungsfähigkeit als „kaum widerlegbare“ Folge einer BAK von 2,0 Promille und mehr zu postulieren. Gegenüber der durch einen „wissenschaftlich gesicherten statistischen Erfahrungssatz“ verbürgten Bedeutung der Blutalkoholkonzentration sollten andere psychopathologische Faktoren nur ganz ausnahmsweise von Bedeutung sein.⁹³ Hintergrund dieser Rechtsprechung dürften nicht zuletzt Praktikabilitäts Gesichtspunkte gewesen sein.⁹⁴ Im Rahmen eines Anfrageverfahrens (§ 132 III GVG) sind die Strafsenate des BGH aber inzwischen übereinstimmend zu der Feststellung gelangt, dass ein gesicherter medizinisch-statistischer Erfahrungssatz über die alleinige Bedeutung der Blutalkoholkonzentration für die Annahme einer Dekulpation nicht existiert.⁹⁵
- 28 Als **Faustregel mit beschränktem Indizwert** behält die von der Rechtsprechung entwickelte Leitlinie, nach der bei einer Blutalkoholkonzentration **ab 2 ‰ Dekulpation und ab 3 ‰ Exkulpation** zu prüfen (nicht automatisch zu bejahen) ist, eine gewisse Bedeutung.⁹⁶ Je höher die gemessene BAK, je kürzer die Zeit zwischen Tat und Blutentnahme und je alkoholungewohnter der Täter ist, desto größer wird der Indizwert der BAK eingeschätzt.⁹⁷ Allerdings können die Indizwerte im Einzelfall – insbesondere bei Erschöpfung oder nach Einnahme von Schlaf- oder Beruhigungstabletten – auch erheblich niedriger liegen. Im Hinblick auf die Überschreitung einer höheren Hemmschwelle bei Delikten gegen das Leben nimmt die Rechtsprechung bei Tötungsdelikten und anderen schwerwiegenden Gewalttaten gegen Leib und Leben einen um 10 % höheren unteren Schwellenwert an, also 2,2 ‰ für § 21 StGB und 3,3 ‰ für § 20 StGB.⁹⁸ Falls eine Blutalkoholbestimmung nicht mehr möglich ist, kommt eine Begutachtung mit gewissen Einschränkungen auch aufgrund der feststellbaren Trinkmenge und/oder der sonstigen Symptome der Rauschtat in Betracht. Dabei erfolgt eine möglichst exakte Rekonstruktion und Würdigung des Tatgeschehens und des Verhaltens vor und nach der Tat unter den Aspekten Persönlichkeitsfremdheit der Tat, Sinnlosigkeit des Rauschverhaltens und Erinnerungslücke.
- 29 Bei dem Tötungsdelikt der A können einige dieser Kriterien sowie ein relativ hoher Blutalkoholgehalt vorliegen, doch ist eine sorgfältige Prüfung durch einen Sachverständigen unentbehrlich. Der oft behaupteten Erinnerungslücke, die schwer nachprüfbar ist, darf dabei nicht die entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Die Praxis neigt bei hohem Blutalkoholgehalt oft vorschnell zur Exkulpation bzw. Annahme eines Vollrauschdeliktes. Sinnvoller erscheint eine Orientierung an den für die Affektbeurteilung entwickelten Kriterien: **Verminderte Schuldfähigkeit**, wenn der Alkoholrausch im Gefüge der Tat nur den Rang eines katalysierenden Faktors

⁸⁹ Venzlaff/Schmidt-Degenhard 2004, 143 f.

⁹⁰ Nedopil 2000, 122.

⁹¹ Schreiber/Rosenau 2004, 65; Foerster 2004, 200; Rasch/Konrad 2004, 54, 227; s. o. Rn. 12.

⁹² Nachweise bei BGH NStZ 1996, 592 ff.

⁹³ BGHSt 37, 231 ff.

⁹⁴ Vgl. besonders Salger 1988, 379: „einfache und schnelle“ sowie „rechtlich unbedenkliche“ Bewältigung eines „Massenproblems“.

⁹⁵ BGHSt 43, 66 ff.; Anfragebeschluss BGH NStZ 1996, 592 ff.

⁹⁶ Vgl. Tröndle/Fischer 2004, § 20 Rn. 19 ff. m. w. N.

⁹⁷ Nedopil 2000, 103.

⁹⁸ BGHSt 37, 231, 235; BGH BA 2001, 186.

hat (**enthemmende Alkoholwirkung**), **Schuldunfähigkeit** nur beim sog. „**pathologischen Rausch**“, also in den selteneren Fällen, in denen der Rauschzustand die Erlebniskontinuität in der Art eines **Ausnahmestandes** durchbricht.⁹⁹

Die relative Großzügigkeit der Praxis beruht vermutlich auch auf der Möglichkeit der „Auffangbestrafung“ wegen eines Vollrauschdelikts (§ 323 a) oder wegen des erfüllten Deliktstatbestandes nach den Grundsätzen der *actio libera in causa*; dennoch sind Fälle denkbar, in denen es zur Strafflosigkeit kommt.¹⁰⁰

Die **Unterbringung in einer Entziehungsanstalt** (§ 64) ist sowohl bei § 20 als auch bei § 21 möglich. Sie setzt aber einen Hang zum Alkohol und die Gefahr weiterer erheblicher Straftaten infolge des Hanges voraus und erfolgt daher nicht regelmäßig. Bei A ist sie wegen des schon seit einiger Zeit bestehenden Alkoholmissbrauchs jedenfalls ernsthaft zu prüfen. Seit der Entscheidung des BVerfG vom 16. 3. 1994 darf die Unterbringung über § 64 II (Ausschluss bei Aussichtslosigkeit) hinaus auch dann nicht angeordnet werden, wenn keine „hinreichend konkrete Aussicht eines Behandlungserfolges“ besteht.¹⁰¹ Bei A als Problemtrinkerin mit relativ kurzer Alkoholiker-Karriere bestehen jedoch gute Behandlungsaussichten. In besonderen Fällen kann wegen der dem Alkoholismus zugrunde liegenden Persönlichkeitsstörungen oder wegen der persönlichkeitszerstrenden Folgen des Alkoholismus auch die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63) in Betracht kommen.

30

3. Mehrfaches Sitzenbleiben in der Volksschule, Sonderschulbesuch und die übersteigerte Reaktion auf eine Überforderung sind Symptome für eine **Minderbegabung**, die als **Schwachsinn** i. S. der §§ 20, 21 zu prüfen ist. Von allen psychologischen Merkmalen bereitet der Schwachsinn (Oligophrenie) in der Praxis die geringsten Schwierigkeiten, weil sich der Grad des Schwachsinn leicht mit Hilfe testpsychologischer Untersuchungen feststellen lässt und für die Beurteilung die statistische Norm der Durchschnittsintelligenz zur Verfügung steht.¹⁰² Allerdings darf sich die Beurteilung eines minderbegabten Menschen nicht auf die Feststellung eines niedrigen IQ beschränken, sondern muss auch soziale Fertigkeiten und Teilleistungsschwächen berücksichtigen.¹⁰³

31

ICD-10 und DSM-IV unterscheiden verschiedene Grade des Schwachsinn: Die Idiotie (IQ unter 20–25), die Imbezillität (IQ 20–ca. 50), die Debilität (leichte Minderbegabung, IQ 50–ca. 70). Die schweren und mittleren Grade des Schwachsinn führen stets zur Exkulpation, doch werden sie in der forensischen Praxis kaum relevant, da entsprechende Personen wegen ihrer Pflegebedürftigkeit meist früh in Anstalten untergebracht werden. Bei Debilen kommt fast immer § 21, selten § 20 zur Anwendung.

32

Bei A dürfte vorbehaltlich einer exakten testdiagnostischen Erfassung angesichts des bisherigen Lebenslaufes möglicherweise ein leichter Fall der Minderbegabung vorliegen, so dass höchstens § 21 in Betracht kommt. Neben einer geminderten Strafe käme dann bei fortbestehender Gefahr erheblicher Straftaten die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63) in Betracht. Die Resozialisierungsaussichten sind in solchen Fällen eher ungünstig, da sich die Minderbegabung kaum beeinflussen lässt.¹⁰⁴ Manchmal gelingen aber durch Verhaltenstherapie erstaunliche Leistungen hinsichtlich der sozialen Anpassung und der Lebensbewältigung.¹⁰⁵ Bei A als einmaliger Konflikttäterin besteht jedoch eine derartige Gefahr von vornherein nicht.

33

4. Die Tötung im Zustand höchster Erregung und Verzweiflung über einen Gerichtsbeschluss spricht für eine **Affekttat**, die als **tiefgreifende Bewusstseinsstörung** i. S. der §§ 20, 21 relevant werden kann. Auch Suizid(versuche) oder erweiterte Suizide sind bei Affekttaten nicht selten, so dass die Wahrscheinlichkeit für eine organische Depression (s. o. Rn. 12) gering ist.

34

Affekttaten werfen schwierigste Diagnoseprobleme auf, weil hier eine einmalige Lebenssituation oft ohne Tatzeugen rekonstruiert werden muss und nicht wie bei den sonstigen psychischen Auffälligkeiten eine Kontrolle anhand der Biographie oder aktueller Verhaltensstörungen möglich ist. Bei einem Viertel aller Verfahren wegen Tötungsdelikten werden affektive Beeinträchtigungen angenommen,¹⁰⁶ bei anderen Delikten erheblich seltener.

Affekte sind Gefühlsregungen besonderer Stärke (z. B. Wut, Angst, Schreck, Verzweiflung), die das Bewusstsein in unterschiedlichem Maße einengen können, also **normalpsychologische Erscheinungen**, bei denen es entscheidend auf das **Ausmaß der Bewusstseinsverengung** ankommt, insbesondere auf den Verlust der bewussten Beziehung zur Umwelt.¹⁰⁷

35

⁹⁹ Ähnlich *Rasch/Konrad* 2004, 225 ff., allerdings skeptisch bezüglich der Affektkriterien und des „pathologischen Rausches“.

¹⁰⁰ Vgl. z. B. *Roxin* 1997, § 20 Rn. 55 ff.; *Wessels/Beulke* 2004, Rn. 415–421.

¹⁰¹ BVerfGE 91, 1.

¹⁰² *Rasch/Konrad* 2004, 274 ff.

¹⁰³ *Nedopil* 2000, 172.

¹⁰⁴ *Nedopil* 2000, 175 f.

¹⁰⁵ Vgl. *Göppinger* 1997, 233.

¹⁰⁶ *Verrel* 1995, 77.

¹⁰⁷ Vgl. *Schöch* 1983, 342 mit typischen Befundkriterien.

Da es bei Affekttaten also um Ausnahmehandlungen psychisch meist gesunder Personen geht, wird bis heute kontrovers diskutiert, in welchen Merkmalen und auf welcher Ebene sich ein solches Verhalten von den normalen Reaktionsmustern eines Menschen unterscheiden muss, wenn es zur Anerkennung einer relevanten Reduzierung des Steuerungsvermögens führen soll. Wie bei keiner anderen Fallgruppe der Schuldfähigkeitsbeurteilung greifen hier **empirische und normative Gesichtspunkte** ineinander, ohne dass ihr Rangverhältnis geklärt wäre. So wird beklagt, dass sich juristische und psychiatrische Erörterungen mitunter in gegenseitigen Bezugnahmen ohne Erkenntnisgewinn erschöpfen.¹⁰⁸

Mit großer Resonanz in der Literatur und Rechtsprechung hat Saß auf der Basis einer Literaturübersicht einen Katalog weitgehend anerkannter **Kriterien zur Kennzeichnung eines Affekts** zusammengestellt.¹⁰⁹ Für eine Affekttat sprechen danach u. a. eine spezifische Vorgeschichte und Tatanlaufzeit, konstellative Faktoren (Alkohol, Medikamente, Übermüdung), eine psychopathologische Disposition der Persönlichkeit, ein abrupter, elementarer Tatablauf ohne Sicherungstendenzen, ein charakteristischer Affektaufbau und -abbau, ein Folgeverhalten mit schwerer Erschütterung sowie eine Einengung des Wahrnehmungsfeldes und der seelischen Abläufe.¹¹⁰ Umgekehrt ist z. B. bei vorhandenen Vorbereitungshandlungen der Tat, bei aggressiven Handlungen in der Tatanlaufzeit, einer zielgerichteten Gestaltung des Tatablaufs, einem lang hingezogenen Tatgeschehen oder einem komplexen Handlungsablauf in Etappen die Annahme eines Affekts unwahrscheinlicher.¹¹¹ Diese Kriterien können und sollen aber eine umfassende Bewertung des jeweiligen Einzelfalls nicht ersetzen.¹¹² Kritisiert wird zudem, dass es sich weitgehend um „alltagspsychologische Umschreibungen“ handle, die einer fachlichen Auseinandersetzung nicht dienen könnten.¹¹³ Dies lädt zwar gerade Juristen zu ihrer Anwendung ein, begründet aber auch die **Gefahr von Kompetenzüberschreitungen**. Juristen neigen dazu, die Merkmale in Annäherung an die ihnen vertraute Subsumtionstechnik abzuhaken¹¹⁴ und dabei die integrative Zusammenschau der wechselseitigen Bedingensebenen außer Acht zu lassen.¹¹⁵ Wenn psychiatrische Sachverständige sich auf sie berufen, bestehe die Gefahr einer unreflektierten vorweggenommenen Beweiswürdigung.¹¹⁶ Letztlich ist es eine **juristisch-normativ** zu beantwortende Frage, mit welchem Maß an emotionaler Belastung ein psychisch gesunder Mensch umgehen können muss.¹¹⁷

Entsprechend hat sich die Rechtsprechung auch mit der Frage beschäftigt, welche Bedeutung einem vom Täter selbst **verschuldeten** Affektzustand zukommt. Inzwischen hat sich hier die Auffassung durchgesetzt, wonach ein für den Täter vorherseh- und verhinderbarer Affektdurchbruch die Anwendung der §§ 20, 21 nicht ausschließen, dafür aber bei § 21 zur Versagung der fakultativen Strafmilderung führen kann.¹¹⁸ In der Literatur wird dagegen u. a. eine Anwendung der Grundsätze der *actio libera in causa* diskutiert.¹¹⁹ Bezüglich des **unverschuldeten Affekts** hat der BGH wiederholt anerkannt, dass dieser die Schuldfähigkeit ausschließen könne;¹²⁰ er hat dies jedoch stets auf seltene Ausnahmefälle beschränkt.¹²¹ In der Regel handelt es sich dabei um das Zusammenwirken von hochgradigem Affekt und – unvorhersehbarer – alkoholischer Enthemmung.¹²² Auch von psychiatrischer und psychologischer Seite wird die Möglichkeit eines bewusstseinsausschließenden Affektes höchst restriktiv beurteilt.

36 Berücksichtigt man die besondere Bedeutung des Merkmals „**tiefgreifende**“ Bewusstseinsstörung i. S. der **Gleichwertigkeit** mit krankhaften seelischen Störungen¹²³ (s. o. Rn. 10), so wird deutlich, dass **Schuldunfähigkeit** nur dann anzunehmen ist, wenn der Affekt wie bei einer akuten Schizophrenie **über den Täter hereinbricht**. *Rasch* hat die Kriterien dieses Ausnahmezustandes folgendermaßen

¹⁰⁸ Vgl. *Nedopil* 2000, 194.

¹⁰⁹ *Saß* 1983, 557 ff., 562; darauf aufbauend *Salger* 1989, 201 ff.

¹¹⁰ *Saß* 1983, 562.

¹¹¹ *Saß* 1983, 567.

¹¹² *Saß* 1993, 214, 216 f.

¹¹³ *Ziegert* 1993, 43, 46 ff.; *Rasch/Konrad* 2004, 271.

¹¹⁴ *Blau* 1989, 123.

¹¹⁵ *Nedopil* 2000, 197.

¹¹⁶ *Rasch/Konrad* 2004, 271; *Nedopil* 2000, 194, 197.

¹¹⁷ *Ziegert* 1998, 91 ff.: „Juristische Affekttheorie“.

¹¹⁸ BGHSt 35, 143 ff.; BGH NStZ 1997, 232 und 333.

¹¹⁹ Z. B. *Roxin* 1997, § 20 Rn. 18.

¹²⁰ BGHSt 3, 194; 7, 325; 11, 20; zusammengefasst bei *Dallinger*, MDR 1974, 721.

¹²¹ BGH bei *Dallinger*, MDR 1953, 146 „Affektsturm“; BGH NStZ 1997, 232 = StV 1997, 295 (Zusammenwirken von Affekt und alkoholischer Enthemmung); empirische Daten bei *Kaiser* 1996, § 82 Rn. 24 m. w. N.

¹²² BGH StV 1994, 13; BGH NStZ 1997, 232; BGHR § 20, Ursachen, 1 m. w. N.; BGHR § 20, Bewusstseinsstörung, 9.

¹²³ *S/S-Lenckner/Perron* 2001, § 20 Rn. 14 f.

umschrieben: „unvermitteltes quasi rechtwinkliges Einsetzen, herausfallend aus der Erlebniskontinuität, ohne jedes Vorzeichen“. ¹²⁴ Der BGH hat einmal die Formulierung „wie ein Blitz aus heiterem Himmel“ gewählt. ¹²⁵ In der Regel liegt in solchen Fällen die entscheidende Reizauslösung beim Opfer. ¹²⁶

Bei A dürfte eher eine sich langsam aufschaukelnde Entwicklung über längere Zeit vorgelegen haben, also ein typisches Merkmal für sonstige Affekthandlungen, die allenfalls zur verminderten Schuldfähigkeit führen. Es fehlt auch die typische Provokation oder Tatauslösung durch das Opfer. Zu untersuchen wären noch konstellative Faktoren und das Zusammentreffen mit psychopathologischen Dispositionen der Persönlichkeit, die aber ebenfalls nur in Ausnahmefällen zur Schuldunfähigkeit führen können. Der BGH hat in der o.a. Entscheidung (5 Str 734/77 vom 18. 7. 1978) einen schuldausschließenden Affekt bezweifelt, weil zwischen Affektimpuls (Gerichtsbeschluss) und Affekthandlung mehrere Stunden lagen und weil der Gerichtsbeschluss die Angeklagte nicht unvorbereitet getroffen habe. Mit den für die Manifestation des Affektes bedeutsamen sog. konstellativen Faktoren ¹²⁷ (hier: Psychopharmaka-Einfluss) oder einer psychopathologischen Persönlichkeitsdisposition (hier neurotische Störung ¹²⁸) setzt sich der BGH nicht auseinander.

Wird bei Affektdelikten § 21 angewendet, so kann die Strafe gemildert werden (§ 49 I), während sonstige Affektkonstellationen im Rahmen der Strafzumessung schuld mindernd berücksichtigt werden können. Bei Mord scheidet wegen der absoluten Strafdrohung des § 211 die Strafmilderung wegen eines nicht unter § 21 fallenden Affekts aus, jedoch kommt in diesen Fällen beim Heimtücketatbestand nach der sog. Rechtsfolgenlösung des Großen Senats des BGH die analoge Anwendung des § 49 I in Betracht, da als „außergewöhnliche Umstände, aufgrund welcher die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint“, ¹²⁹ bisher nur affektähnliche Konstellationen anerkannt wurden. Wenn § 20 angewandt wird, so bleiben Affektdelikte in der Regel ohne jede Sanktion, da die Gefahr weiterer Straftaten meist gering ist und damit Maßregeln ausscheiden. Dies ist ein weiterer Grund für die zurückhaltende Anwendung des § 20 durch die Rechtsprechung bei Affektdelikten.

5. Die Tötung der Kinder aus übersteigerter Sorge und die Berufung auf ihr eigenes Schicksal als Scheidungskind weisen auf eine erlebnisbedingte psychische Fehlentwicklung der A hin, also eine **Neurose**, die im Rahmen des § 20 als „**schwere andere seelische Abartigkeit**“ zu prüfen ist (s. o. Rn. 15). Der vorwiegend durch die psychoanalytische Schule geprägte Begriff wird in ICD-10 nicht mehr verwendet, ¹³⁰ vielmehr wird dort von „neurotischen Störungen“ gesprochen. Obwohl bei der Herausbildung derartiger Persönlichkeitsstörungen meist auch anlagebedingte Charakterzüge und damit **psychopathische Elemente** eine Rolle spielen, dürften die Akzente nach den Angaben der A im vorliegenden Fall eher bei der späteren Entwicklung und Erlebnisverarbeitung liegen. Eine zweidimensionale Betrachtung würde aber am Ergebnis nichts ändern, zumal der neuere Begriff Persönlichkeitsstörung (s. o. Rn. 15) auch Grenzfälle umfasst, z. B. bei affektiven Störungen oder kombinierten Persönlichkeitsstörungen. ¹³¹

Die diagnostische Erfassung der Neurose ist teilweise von theoretischen Konzeptionen und vom Schulenstreit innerhalb der Psychiatrie und Psychologie abhängig. Vor allem einseitig ausgerichtete Tiefenpsychologen und Psychoanalytiker neigen gelegentlich dazu, zahlreiche Delikte i. S. ihrer Deutungsmodelle darzustellen und als neurotische Störung zu interpretieren (→ Fall 1, Rn. 23–27). Allerdings ist es in der Psychiatrie heute weitgehend anerkannt, dass es Formen der Neurose gibt, die als schwere seelische Störungen zu bezeichnen sind, z. B. spezifische Phobien, andere Angststörungen. Schwierig ist jedoch die Diagnose, da die neurotischen Symptome sehr differenziert sind. ¹³²

Da der Ausdruck „schwer“ i. S. einer Vergleichbarkeit mit der krankhaften seelischen Störung zu interpretieren ist, ¹³³ muss es sich um Neurosen handeln, die sich so schwer auswirken, dass sie den

¹²⁴ *Rasch* 1967, 84.

¹²⁵ BGHSt 11, 20, 25; BGH bei *Holtz*, MDR 1977, 459.

¹²⁶ *Schöch* 1983, 342.

¹²⁷ Die als „konstellativ“ bezeichneten Faktoren (z. B. Alkoholisierung, Übermüdung, körperliche Schwäche) sind allerdings nicht konstellativ wirksam; vielmehr können diese direkten Einfluss auf psychische Leistungsfähigkeit und Bewusstseinslage haben, vgl. *Foerster/Venzlaff* 2004, 231.

¹²⁸ Vgl. dazu *Rasch/Konrad* 2004, 272; *Verrel* 1995, 108 f.

¹²⁹ BGHStGrS 30, 105 ff.

¹³⁰ Kritisch *Rasch/Konrad* 2004, 284 f.

¹³¹ Vgl. *Rasch/Konrad* 2004, 58 f., 277 ff.

¹³² *Nedopil* 2000, 138 ff.

¹³³ Der früher verbreitete Begriff des „Krankheitswertes“ (vgl. *S/S-Lenckner/Perron* 2001, § 20 Rn. 22 m. w. N.) ist missverständlich und wird heute kaum mehr verwendet (vgl. BGH NStZ-RR 1998, 174); eingehend dazu *Schreiber/Rosenau* 2004, 72.

Psychosen gleichzustellen sind. Bei Neurosen, Belastungsreaktionen und Persönlichkeitsstörungen gelangt die Rechtsprechung sehr selten zur vollständigen Exkulpation nach § 20 StGB. Diese restriktive Haltung wird von der Mehrzahl der Psychiater unterstützt.¹³⁴ Eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit wird dagegen nicht ganz selten angenommen, wenn die **Kontinuität der Lebensentwicklung** unterbrochen und die **individuelle Lebensgestaltung und Persönlichkeit** durch zwanghafte und starre Vorstellungen oder Verhaltensweisen **verfremdet** ist. Bedeutsam ist auch hier oft die Kombination mit Alkohol, Affekt oder Persönlichkeitsstörung.¹³⁵ Die genannten Voraussetzungen könnten bei A möglicherweise vorliegen.

- 42** Neben einer nach § 21 gemilderten Strafe kommt als Maßregel die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus¹³⁶ in Betracht, die nach § 67 I, IV i. d. R. vor der Strafe vollzogen und auf diese angerechnet wird (sog. Vikariieren). Wird statt dieser Maßregel eine Freiheitsstrafe verhängt, kommt gem. § 9 StVollzG auch eine Verlegung des Gefangenen in eine sozialtherapeutische Anstalt in Betracht. Die Behandlungsaussichten mit sozialtherapeutischen Methoden sind bei primär neurotischen Störungen günstiger als bei dominanter Persönlichkeitsstörung; teilweise wird aber auch die weitgehende Ähnlichkeit des Verlaufs und der therapeutischen Möglichkeiten betont.¹³⁷

¹³⁴ Z. B. Foerster 1989, 86; Nedopil 2000, 144, 157 f.

¹³⁵ Zur Komorbidität Nedopil 2000, 100; Rasch/Konrad 2004, 243; Venzlaff 2000, 234 f.; Streng 2004, 614 ff.

¹³⁶ § 63; zur Entscheidungspraxis Verrel 1995, 38, 170 f.

¹³⁷ Nedopil 2000, 141 f., 154 f.

5. Hangtäterfall

Diagnose und Verhaltensprognose der **Täterpersönlichkeit** – Schädliche Neigungen – Intensivtäter und kriminelle Karriere – Dissoziale Persönlichkeitsstörung – Psychopathie – Schuldfähigkeit – Rückfallverschärfung – **Hangtäterschaft** – Sexualdelinquenz – Sachverständigenbegutachtung – Resozialisierung – Kastration – Medikamentöse Behandlung – Sozialtherapie – **Maßregeln der Besserung und Sicherung** – Lockerungen des Vollzuges – Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer

Grundlage: Kombinierte Fallanalyse mit kriminologischem Schwerpunkt

Sachverhalt: Der nichtehelich geborene, unterdurchschnittlich begabte A wuchs unter ungünstigen familiären Verhältnissen auf. Die spätere Ehe seiner Mutter war infolge der Trunksucht des Stiefvaters bald völlig zerrüttet. Die dem A zuteilgewordene Erziehung muss als lieblos und äußerst nachlässig bezeichnet werden. Während der Schulzeit schwänzte er oftmals den Unterricht und blieb einmal sitzen. Im Rahmen einer Freiwilligen Erziehungshilfe kam er für einige Zeit in ein Erziehungsheim, aus dem er mehrmals entwich. Eine ordentliche Berufsausbildung hat A nicht erfahren. Er ist zur Arbeit überhaupt negativ eingestellt. Deshalb verlor er öfter seine Arbeitsstelle und war manchmal längere Zeit arbeitslos.

Im Alter von 16 Jahren wurde A erstmals nachweislich bei Mopeddiebstählen erappt. Trotz des gegen ihn verhängten Jugendarrestes wurde er als 17-Jähriger erneut straffällig, indem er kurz nacheinander zusammen mit anderen Jugendlichen mehrere PKW aufbrach und daraus Kameras und ähnliche Gegenstände entwendete, durch deren Verkauf er zu Geld kommen wollte. Wegen fortgesetzten schweren Diebstahls wurde A zu einer Jugendstrafe von neun Monaten verurteilt, die das erkennende Gericht vor allem mit den in den Diebstählen zum Ausdruck gekommenen schädlichen Neigungen des A begründete. Die Vollstreckung der Strafe setzte das Gericht zur Bewährung aus. Es erteilte A für die Dauer der Bewährungszeit u. a. die Weisung, einer geregelten Arbeit nachzugehen. Wegen mehrfachen und gröblichen Verstoßes gegen diese wie auch die übrigen Weisungen wurde, nachdem der deswegen verhängte Ungehorsamkeitsarrest erfolglos geblieben war, die Aussetzung widerrufen, so dass A die Jugendstrafe verbüßen musste. Kurz nach seiner Entlassung aus der Jugendstrafanstalt brach A erneut in ein Geschäft ein und entwendete neben einer Geldkassette etliche leicht veräußerbare Gegenstände. Er wurde deswegen zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt, die er vollständig verbüßte. Knapp einen Monat in Freiheit stieg der inzwischen 22 Jahre alte A mit zwei „Kumpanen“ in mehrere Villen ein. Dabei erbeutete er Geld und Wertgegenstände von mehreren tausend Euro. Das Gericht erkannte nunmehr auf eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten, die er ebenfalls restlos zu verbüßen hatte.

Nach seiner Entlassung wurde der jetzt 25-Jährige abermals rückfällig. Ihm kam nachts beim Vorbeigehen an einem Pelzgeschäft die Idee, dass es ein Leichtes wäre, das Schaufenster einzuwerfen und sich so zumindest einen der dort ausgestellten wertvollen Pelze anzueignen, um ihn später zu Geld zu machen. Diesen Gedanken setzte er auch sofort in die Tat um.

Wegen dieses Delikts steht A unter Anklage. In der Hauptverhandlung äußert sich der psychiatrische Sachverständige dahin gehend, dass es sich bei A um einen willensschwachen, gemütsarmen Psychopathen handle, von dem – abgestellt auf den Zeitpunkt der Hauptverhandlung – mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit weitere Straftaten zu erwarten seien. Was die Fähigkeit des A anbelange, das Unrecht seiner Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, lägen keine Anzeichen dafür vor, dass sie nicht gegeben oder erheblich eingeschränkt gewesen sei. Auf der Grundlage dieses Gutachtens beantragt der Staatsanwalt, A zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren zu verurteilen und daneben die Sicherungsverwahrung des Angeklagten anzuordnen, da dieser als Hangtäter einzustufen sei.

Im Vollzug der Sicherungsverwahrung lernt A den seit zwei Jahren wegen zahlreicher Sexualdelikte untergebrachten B kennen. Dieser erzählt ihm, dass im Rahmen einer Überprüfung der Möglichkeit einer bedingten Entlassung aus der Sicherungsverwahrung ein sexualpsychologisches Fachgutachten zur Frage, ob noch immer erhebliche Gefahren von ihm ausgingen, eingeholt worden sei. Ihm selbst habe man mit der ablehnenden Entscheidung über die bedingte Entlassung nur das Schlussergebnis des Gutachtens mitgeteilt. Er jedoch sei am vollen Wortlaut des Gutachtens interessiert, da er sich u. a. mit der Möglichkeit einer Kastration beschäftige. Eine solche habe er nämlich in Erwägung gezogen, sich allerdings bis jetzt noch nicht dazu durchringen können. A meint, wenn B das ganze Gutachten haben möchte, solle er einfach einen Antrag auf Überlassung einer vollständigen Abschrift stellen.

Nachdem B sich schließlich einer medikamentösen Behandlung unterzogen hat – von einer Kastration hatte er wegen des beträchtlichen Risikos Abstand genommen –, vertritt der Sachverständige die Ansicht, es könne jetzt immerhin mit einiger Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass B keine weiteren Sexualdelikte mehr begehe. Daraufhin beabsichtigt der Anstaltsleiter, B zunächst unter Aufsicht und später als Freigänger zur Außenbeschäftigung zuzulassen.

Aufgaben:

1. Wie hat das Gericht die Schuld des A zu beurteilen, wenn es aufgrund des Sachverständigengutachtens annimmt, dass es sich bei A um einen willensschwachen, gemütsarmen Psychopathen handelt?
2. Kommt bei A die Unterbringung in der Psychiatrischen Krankenanstalt in Betracht?
3. Darf das Gericht bei A die Sicherungsverwahrung anordnen?
4. Nehmen Sie auf der Grundlage des heutigen Forschungsstandes zum Problem des Hangtäters und zur Anwendung der Sicherungsverwahrung Stellung.
5. Wie unterscheiden sich die gesetzlichen Begriffe „Hang zu erheblichen Straftaten“ (§ 66 I Nr. 3 StGB) und „schädliche Neigungen“ (§ 17 II JGG)?
6. Könnte Sicherungsverwahrung auch dann angeordnet werden, wenn A bei Begehung der letzten Tat das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet gehabt hätte?
7. Kann B Einsicht in das sexualpsychologische Gutachten verlangen? Wäre die Kastration überhaupt zulässig und im vorliegenden Fall auch notwendig?
8. Kann B zur Außenbeschäftigung und später zum Freigang zugelassen werden? Wer hat ggf. darüber zu entscheiden?

Zur Problemstellung:

- 1 1. Zwar sind die Strafzwecke im StGB nicht normiert (Fall 1), dennoch kann man dem Strafgesetz entnehmen, dass seine Strafandrohungen in erster Linie die Allgemeinheit vor der Begehung von Straftaten abhalten (generalpräventive Funktion) und die Schuld des Täters ausgleichen sollen (vgl. § 46 StGB). Obwohl wir über die **Wirkungsweise des Strafrechts** empirisch wenig Verlässliches wissen, kann man vermuten, dass die genannten Aufgaben zur Beeinflussung von potentiellen Rechtsbrechern und für die Reaktion bei so genannten Ersttätern ausreichen.¹ Schwieriger hingegen ist die **Frage hinsichtlich der Mehrfach-, Serien- und Intensivtäter** zu beantworten. Zahlreiche Typologierungs- und Klassifikationsversuche haben sich empirisch um Klärung und überdies kriminalpolitisch um Relevanz bemüht, allein bislang mit wenig Erfolg.
- 2 2. Prüfen wir zunächst die **Polizei-, Strafverfolgungs- und Strafvollzugsstatistik**. Sie bieten hierzu die folgenden **Anhaltspunkte**:

Im Jahre 2004 wurden bei mehr als der Hälfte der polizeilich aufgeklärten Fälle Personen ermittelt, die bereits in Zusammenhang mit einer anderen Straftat als tatverdächtig in Erscheinung getreten waren. Zu diesen zählten überdurchschnittlich besonders Scheckbetrüger, Ladendiebe, Rauschgifthändler und Räuber. Bezogen auf die Gesamtzahl der Tatverdächtigen (2 384 268) war jedoch lediglich ein reichliches Drittel schon als **Mehrfachtäter** polizeilich aufgefallen, wobei Männer (44,6 %) erwartungsgemäß häufiger als Frauen (27,9 %) bereits früher polizeilich in Erscheinung getreten waren.²

Verurteilt wurden nach allgemeinem Strafrecht 2003 allerdings nur 634 735 Straftäter. Davon waren 298 485 **vorbestraft** (das sind 47,8 %; bei den klassischen Delikten, d.h. ohne Straßenverkehrsstraftaten lag die Quote der Vorverurteilten **um 52 %**; bei 15 884 Verurteilten fehlten jedoch Angaben zur Vorverurteilung). 80 811 Verurteilte wiesen nur eine Vorstrafe auf, 45 617 zwei Vorstrafen, 55 910 drei oder vier Vorstrafen und 116 147 fünf oder mehr Vorverurteilungen.³
- 3 985 Abgeurteilte waren wegen **Wiederholungsgefahr** gem. § 112 a I Nr. 2 StPO in Untersuchungshaft. Aber nur bei 66 Straftätern wurde Sicherungsverwahrung angeordnet.⁴

Unter den 62 594 **Gefangenen**, die 2003 Freiheitsstrafe zu verbüßen hatten oder sich in Sicherungsverwahrung befanden, waren 39 187 vorbestraft. Davon hatten 25,8 % eine, 36,7 % zwei bis vier und 37,5 % fünf oder mehr Vorverurteilungen aufzuweisen. Insgesamt waren **62,4 %** derjenigen, die sich im Vollzug einer Freiheitsstrafe oder der Sicherungsverwahrung befanden, **vorbestraft**.⁵

Bei 7606 betrug der **Wiedereinlieferungsabstand** zur vorausgehenden Entlassung ein Jahr oder weniger, bei weiteren 6344 ein bis zwei Jahre.
- 4 Nach der **Rückfallstatistik** des Bundeszentralregisters wurden die verurteilten jungen Männer bei einem Risikozeitraum von 5 Jahren und von diesen besonders jene, die eine unbedingte Jugendstrafe voll zu verbüßen hatten, am häufigsten rückfällig (88 %).⁶ Überwiegend erfolgte der Rückfall innerhalb der ersten sechs Monate nach der

¹ Vgl. *Schöch* 1992, 243 ff.; 1996, 298 f., 326.

² PKS 2004.

³ Strafverfolgungsstatistik 2003, 384 f.

⁴ Strafverfolgungsstatistik 2003, 302 f., 332 f.

⁵ Statistisches Jahrbuch 2004, 77.

⁶ Rückfallstatistik 1990, 8; *Kerner* 1993 a, 434; *Heinz* 2004 a, 35.

Strafverbüßung, wobei das Rückfallintervall zunehmend kürzer wurde. Doch lässt sich ein Trend zu schwereren Delikten oder zur Spezialisierung nur selten erkennen; auch findet sich die Neigung zu gleichartiger Rückfälligkeit (Verbrecherperseveranz) nur ausnahmsweise. Insgesamt betrug die **Rückfallquote** mit rund 50 % knapp die **Hälfte aller zu einer Freiheitsstrafe Vorverurteilten**.⁷ Je früher die erste Straftat registriert wurde, je kürzer die Delikte aufeinander folgten und je häufiger mit einer Strafsanktion geantwortet wurde, desto intensiver verfestigte sich die kriminelle Karriere.⁸ Jedoch trifft nicht weniger zu, „dass im Schnitt 90 bis 95 % der rechtskräftig gerichtlich Verurteilten schon nach der ersten Verurteilung jedenfalls offiziell mit Straftaten aufhören. Eine kriminelle Karriere nach Justizkontakt bleibt also statistisch die deutliche Ausnahme.“

Dies entspricht ganz allgemein dem aktuellen Wissensstand der Entwicklungskriminologie,⁹ wonach bei allen nach der Verbrechensintensität unterschiedenen Tätergruppen die Straffälligkeit im Verlauf des Lebens abnimmt und verschwindet, obschon zu verschiedenen Zeitpunkten.

Eine unmittelbare Aussage über die **Wirksamkeit der Sanktionen für die Rückfallverhütung** lässt sich den Statistiken allerdings nicht entnehmen. Diese spiegeln allenfalls die Tendenz der Gerichte wider, mit zunehmender Zahl von Vorstrafen härtere Sanktionen zu verhängen,¹⁰ ohne freilich damit stets den Abbruch der kriminellen Karriere zu bewirken. Dabei fallen die entsprechenden Sanktionen oft in einen Zeitraum, in dem der Höhepunkt der kriminellen Karriere bereits überschritten ist. Überdies werden die gefährlichen Intensivtäter in den meisten Fällen nicht von diesem Sanktionsmuster erfasst. Obwohl sie mehr und schwerere Straftaten begehen als intermittierende, d. h. unregelmäßig handelnde Rechtsbrecher oder Neigungstäter, werden sie vergleichsweise seltener sanktioniert. Geringere Sichtbarkeit ihrer Delinquenz und höhere Bestrafungsimmunität, namentlich auf dem Gebiet der Wirtschaftsdelinquenz, aber auch durch eine Art von „Doppelleben“,¹¹ führen in nur wenigen Fällen zur Verurteilung. Damit entgehen sie aber auch häufiger den für Rückfällige vorgesehenen Kriminalstrafen.

Demgemäß zeigen sämtliche hier relevante Statistiken – angefangen von der Polizei bis hin zum Strafvollzug – allmählich zunehmend ein **hohes Maß an Beständigkeit und Selbstrekrutierung der als Rechtsbrecher identifizierten Klientel**. Zu diesem Befund tragen freilich Art und Struktur der strafrechtlichen Kontrollstrategien (Ermittlungstechniken, Datenspeicherung, Strafzumessung) bezüglich der offiziell bekannt gewordenen Rechtsbrecher und deren Taten erheblich bei. Demgegenüber haben die bislang überwiegend unentdeckten Straftäter weiterhin gute Chancen, im Dunkelfeld zu bleiben und sich der Strafverfolgung zu entziehen.

3. Wie man den Rückfall vermeiden oder nennenswert einschränken kann, ist also eine **wichtige Aufgabe**. Sie gilt seit langer Zeit als die „Crux“ **der Kriminalpolitik**.¹² Deshalb treten zu den erwähnten Strafzwecken die Aufgaben der Rückfallverhütung und des Schutzes der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftaten hinzu. Diese Ziele sollen durch Resozialisierung der Straftäter und, falls nicht anders möglich, durch deren Verwahrung erreicht werden (Individualprävention). Auch die Bewährungshilfe ist dem Ziel der Resozialisierung verpflichtet. Ferner hat der Strafvollzug der Wiedereingliederung der Gefangenen und dem Schutz der Allgemeinheit zu dienen (§ 2 StVollzG).¹³

Für Täter, bei denen die allgemein angedrohte Strafe und deren Vollstreckung für die Rückfallverhütung offensichtlich wirkungslos bleibt, sieht das Strafgesetzbuch neben Strafschärfungen (vgl. § 46 II StGB) Maßregeln vor. **Um sowohl der unterschiedlichen Gefährdung als auch der Sozialgefährlichkeit des Rückfälligen Rechnung zu tragen**, stellt es eine **Reihe von Maßnahmen zur Verfügung**, welche der Absicht nach auf die Persönlichkeit des Rechtsbrechers abgestimmt und auf dessen kriminelle Karriere bezogen sind. Je nach Typus des Rückfalltäters, den das Gesetz dabei vor Augen hat, bewegt es sich in der Wertung zwischen „Schuld“ und „Schicksal“. Vor allem durch Einwirkung auf den Täter soll dieser resozialisiert und dadurch zugleich die Gesellschaft gesichert werden. Ob eine derartige Sanktionsstrategie allerdings der kriminologischen Wirklichkeit und den kriminalpolitischen Bedürfnissen gerecht wird, ist noch immer fraglich, zumal das Strafrecht aufgrund seines nur punktuellen Eingriffsvermögens die komplexe Lebenssituation des Verurteilten nach der Strafverbüßung kaum konstruktiv beeinflussen und gestalten kann.

4. Diese Problematik äußert sich bereits im Jugendstrafrecht. So verhängt der Richter **Jugendstrafe nach § 17 II JGG**, 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.

⁷ Rückfallstatistik 1990, 7; Heinz 2004 a, 35.

⁸ Kerner 1993 a, 436.

⁹ Vgl. Sampson/Laub 2004, 555, 588.

¹⁰ Kerner 1992, 376 ff.; Heinz 2004 a, 37, 41.

¹¹ Vgl. dazu Stelly/Thomas 2004, 73 f.; weitergeh. Schumann 2004, 229, 236, 240 f.

¹² Vgl. Jescheck/Weigend 1996, 5.

¹³ Dazu Arloth/Lückemann 2004, § 2 Rn. 2 ff.; Calliess/Müller-Dietz 2005, § 2 Rn. 1 ff.; Schwind/Böhm 1999, § 2 Rn. 7; Schöch 1992 b, 137.

- 10 Schädliche Neigungen zeigt ein Jugendlicher, bei dem erhebliche Anlage- oder Erziehungsmängel die Gefahr begründen, dass er ohne Durchführung einer längeren Gesamterziehung die Gemeinschaftsordnung durch weitere Straftaten stören wird.¹⁴ Nach dem BGH¹⁵ müssen die Anlage- und Entwicklungsschäden so schwer sein, dass deren Beseitigung sinnvoll nur in einem länger dauernden Strafvollzug versucht werden kann. Ungünstige Diagnose und negative Sozialprognose treffen also hier zusammen.
- 11 Wie anfechtbar allerdings der Begriff „schädliche Neigungen“ ist, zeigen empirische Untersuchungen. Nach diesen wurde festgestellt, dass zwischen einer Gruppe, bei welcher „schädliche Neigungen“ bejaht, und einer anderen, bei welcher ihr Vorliegen verneint wurde, aufgrund von Tat- und Verhaltensmerkmalen keine Unterschiede zu ermitteln waren. Die beiden Gruppen unterschieden sich nur durch die Tatschwere und die Rückfälligkeit. Dies zeigt, wie sehr die Diagnose „schädliche Neigungen“ vom vorrangigen Reaktionsbedürfnis, nämlich Jugendstrafe anzuordnen, sowie vom Straftatendenken abhängt. Daher wird erwogen, in Anlehnung an BGHSt 16, 261, vor allem auf die „Gefährdung der Persönlichkeitsentwicklung“ und die „Befürchtung weiterer Straftaten“ abzustellen, hingegen auf den Begriff des „anlagebedingten“ Mangels zu verzichten. Auch wird die Streichung der „schädlichen Neigungen“ deshalb gefordert, weil dieses Merkmal die Sanktionierungsintensität erhöhe.¹⁶
- 12 Im **inneren Widerspruch** zu solch negativer Sozialprognose und dem darauf gestützten Erfordernis des „länger dauernden Strafvollzuges“ steht, dass das Gericht eine Jugendstrafe bis zu einem Jahr dann zur Bewährung aussetzt, wenn zu erwarten ist, dass der Jugendliche auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs einen rechtschaffenen Lebenswandel führen wird (§ 21 I JGG). Insofern ist wiederum eine **positive Prognose** notwendig. Der hier auftretende Widerspruch ist auch nicht durch die Annahme eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses auflösbar, es sei denn, dass man der heutigen Praxis folgend die Strafaussetzung als den Regelfall annimmt. Demgemäß kritisiert die „Denkschrift über die kriminalrechtliche Behandlung junger Volljähriger“,¹⁷ dass der Gesetzgeber die Aussetzung der Strafvollstreckung über § 17 II JGG an dieselben Voraussetzungen wie die vollstreckbare Jugendstrafe geknüpft habe. Entsprechend dem unterschiedlichen Gefährdungsgrad sei jedoch zu differenzieren. Deshalb verkenne die Koppelung des Bewährungsverfahrens nach den §§ 21 f. JGG mit der Verhängung der Jugendstrafe die Eigenständigkeit des ambulanten Bewährungsverfahrens. Als Alternative zu den bisherigen §§ 21 und 27 JGG wird daher vorgeschlagen, „ein Verfahren der Bewährung in Freiheit“ einzuführen.
- 13 Es erscheint deshalb nicht verwunderlich, dass die **Rückfall- und Widerrufsrates** bei jugendlichen und heranwachsenden Bewährungsprobanden bislang so **hoch** liegt.¹⁸
- Die hohe Rückfallquote von etwa zwei Dritteln der Fälle bei jugendlichen Bewährungsprobanden, die jener beim stationären Jugendvollzug nur wenig nachsteht, lässt nicht nur die beschränkte Einwirkungskraft der Bewährungshilfe erkennen, sondern weist auch auf das vielschichtig gelagerte Konfliktpotential der jungen Straffälligen im sozialen Nahraum hin. Dieses aber kann man mit den Mitteln des Jugendstrafrechts, die durchweg zu spät und nur punktuell eingreifen, kaum noch beeinflussen. Zumindest bedürfte es hier der Intensivierung der Bewährungshilfe und einer höheren Kommunikationsdichte zwischen Bewährungsprobanden und Bewährungshelfer.
- 14 Die Mängel sind wohl nur durch weitere Verwissenschaftlichung von Diagnose sowie Prognose, und d. h. durch eine verbesserte Persönlichkeitsbeurteilung einerseits und die Intensivierung der Bewährungshilfe andererseits, auszuräumen. Dahin zielen denn auch die neueren Reformbestrebungen.¹⁹ Nachdem also bei der Sanktionsfindung festgestellt wird, dass Weisungen und Auflagen allein nicht genügen und daher als „Ultima Ratio“ auf die Jugendstrafe zurückgegriffen werden muss (vgl. §§ 5 II, 17 II JGG), wendet das Gericht über die Aussetzung zur Bewährung dieselben Auflagen und Weisungen doch an (§ 23 I JGG). Dass daneben der (obligatorische) Bewährungshelfer in der Lage sein kann, die notwendige „erzieherische Einwirkung“ (§ 21 I JGG) bzw. die in Auslegung zu § 17 II JGG geforderte „längere Gesamterziehung“ zu leisten, darf bezweifelt werden.
- 15 5. Im Bereich des Erwachsenenstrafrechts unterscheidet man in der Strafrechtswissenschaft grundsätzlich **zwei Gruppen von Rückfalltätern**:²⁰
- **Neigungstäter** mit wiederholten Vortaten, die sich die früheren Verurteilungen **nicht haben zur Warnung dienen lassen**, aber noch nicht auf die Verbrecherlaufbahn festgelegt sind. Dem steht erstlich nicht entgegen,

¹⁴ Ferner BGHSt 11, 169; BGH StV 1992, 431; *Brunner/Dölling* 2002, § 17 Rn. 11; *Diemer/Schoreit/Sonnen* 1995, § 17 Rn. 11; *Schaffstein/Beulke* 2002, 154.

¹⁵ BGHSt 18, 208, 210.

¹⁶ Dazu *Begemann* 1991, 45; *Schaffstein/Beulke* 2002, 158; *Meier u. a.* 2003, 216 ff.

¹⁷ *Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte* 1977, 17 ff.

¹⁸ *Kaiser* 1996, 1009; *Schaffstein/Beulke* 2002, 171 f.; *Heinz* 2004 a, 35.

¹⁹ Fall 11 u. Fall 14.

²⁰ *Jescheck/Weigend* 1996, 5 f.; kritisch *Baumann/Weber/Mitsch* 2003, 37 ff.

dass sich ein innerer, kriminologisch fassbarer Zusammenhang zwischen den Taten kaum sichern lässt. Zwar ist in solchen Fällen die Möglichkeit einer Rückfallverschärfung gem. § 48 StGB a. F. entfallen, jedoch bleibt unverändert die allgemeine Strafverschärfung nach Maßgabe des § 46 II StGB möglich. Von ihr wird i. d. R. auch Gebrauch gemacht. Darüber hinaus werden bei diesen Tätern – mit Ausnahme der fakultativen Führungsaufsicht (§ 68 I StGB) – besondere Maßregeln der Besserung und Sicherung (noch) nicht für erforderlich erachtet.

- **Gewohnheitsverbrecher** mit einem fest eingewurzelten **Hang zu schweren Straftaten**. Beim Hangtäter geht das Gesetz davon aus, dass eine Resozialisierung durch Anwendung der Freiheitsstrafe allein nicht mehr möglich ist, und ordnet deshalb die Sicherungsverwahrung an (§ 66 StGB).

Hangtäter ist, wer aufgrund seiner eingewurzelten, auf charakterlicher Veranlagung bestehenden oder durch Übung erworbenen intensiven Neigung Rechtsbrüche von besonderer Erheblichkeit begeht.²¹ Verschuldet braucht der Hang nicht zu sein.²²

Auf diese Weise scheiden die sog. Kleinkriminellen, die kleinen Rückfalldiebe und -betrüger auch dann aus, wenn sie aufgrund eines Hanges gehandelt haben.²³

Substantiell handelt es sich jedoch bei solcher wertenden Typologisierung um die **Unterscheidung nach dem Grad gesteigerter Sozialgefährlichkeit**, der sich letztlich nur anhand von Rückfallschwere, -häufigkeit und -geschwindigkeit objektivieren lässt. **16**

6. Nicht auf Rückfalltäter beschränkt ist die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) bei den in ihrer Persönlichkeit gestörten oder **dissozialen Rechtsbrechern**.²⁴ Nichtkrankhafte seelische Störungen wie Psychopathien, Neurosen und Triebanomalien spielen gerade in der Rückfallkriminalität als kriminovalente Faktoren eine bedeutende Rolle. **17**

7. Die terminologischen Unschärfen und Überschneidungen sowie das **Ungenügen der bisherigen Definitionsversuche** rühren zu einem großen Teil daher, dass zur Kennzeichnung und Abgrenzung keine empirisch begründeten, sondern wertende Begriffe gebraucht werden und dass man ferner bei ihnen durchweg vom erwünschten Reaktionsbedürfnis her argumentiert. Deutlich wird dies besonders bei den Rechtsbegriffen der „schädlichen Neigungen“ und dem „Hang zu erheblichen Straftaten“, aber auch bei dem psychiatrischen Begriff der „Psychopathie“. Dieser sollte aus generalpräventiven Gründen eine zu weit gehende Exkulpation ebenso wie eine zu starke Belastung der psychiatrischen Krankenanstalten mit sog. abnormen Persönlichkeiten verhindern. In der Gegenwart sucht die forensische Psychiatrie den fraglichen Begriff zu vermeiden,²⁵ verwendet jedoch die von dem Amerikaner *Hare* entwickelte „Psychopathy-Checklist“. **18**

Dem Begriff der **Psychopathie**²⁷ liegt die Vorstellung zugrunde, es gäbe eine abnorme Persönlichkeitsstruktur, die im Regelfall weder als krank noch als krankhaft beurteilt werden kann, durch welche aber die Anpassungsfähigkeit wesentlich beeinträchtigt ist. Nach Schrifttum und Rspr. kann die Psychopathie daher nur in seltenen Fällen eine „schwere seelische Abartigkeit“ sein und damit zur Anwendung der §§ 20, 21 StGB führen.²⁸ Für einen derartigen Rückfalltäter kommen als Maßnahmen grundsätzlich die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder die Sicherungsverwahrung in Betracht. Dabei lassen sich mehrere Maßnahmen gleichzeitig anordnen (§ 72 StGB). **19**

Obwohl die nach **§ 63 StGB** erforderliche Gefährlichkeitsprognose nur in etwa 10 % aller einschlägigen Fälle bejaht wird und in der Mitte der 50er-Jahre die Unterbringung in ein psychiatrisches Krankenhaus noch weit mehr als doppelt so häufig angeordnet wurde wie heute, **bietet die Praxis Anlass zu Bedenken**. Denn immerhin befanden sich am 31. 3. 2003 insgesamt 5118 Straftäter aufgrund einer Einweisung nach § 63 StGB in einer psychiatrischen Klinik.²⁹ Allein im Jahr 2003 ordneten die Gerichte in 876 Fällen, darunter 340 vermindert Schuldfähige, eine Unterbringung nach § 63 StGB an.³⁰ Danach hat zahlenmäßig die Unterbringung in einem psychia-

²¹ S/S-Stree 2001, § 66 Rn. 19–38; Lackner/Kühl 2004, § 66 Rn. 13 f.; Tröndle/Fischer 2004, § 66 Rn. 18 f.; BGHSt 24, 16.

²² Zum Ganzen auch Hanack 1992, § 66 Rn. 84–143.

²³ Lackner/Kühl 2004, § 66 Rn. 14.

²⁴ Hierzu Dessecker 2004, 207 ff., 210 ff.; Rössner 2004, 39 ff.

²⁵ Herpertz 2004, 369 f.

²⁶ Dazu bes. krit. Strasser 2005, 46 ff., der den angeblich „biologischen Modetrend unter dem Terminus ‚Psychopathie‘“ dem „neuen Ordnungsdenken“ und den vorherrschenden „naturalistischen und posthumanistischen Ansätzen“ zuschreibt.

²⁷ Dazu Göppinger 1997, 233 f.

²⁸ Vgl. OLG Hamm NJW 1977, 1499.

²⁹ Strafvollzugsstatistik 2003, 26; zu den stationären „Maßregeln zwischen Expansion und Konjunktur“ Jehle 1998, 1201–1217 (1209 ff.).

³⁰ Strafverfolgungsstatistik 2003, 303.

trischen Krankenhaus eine erheblich größere Bedeutung gewonnen als die Sicherungsverwahrung (am 31. 3. 2003 insgesamt 306 Verwahrte).

- 20** In all diesen Fällen treten zu den bekannten Behandlungsproblemen bei psychisch Kranken in geschlossenen Anstalten Schwierigkeiten hinzu, die mit der Charakteristik dieser Maßregel zusammenhängen. Denn am Sicherungsgedanken orientierte, haftähnliche Bedingungen erschweren die therapeutischen Möglichkeiten;³¹ dies selbst bei jenen psychisch kranken Tätern, die nach § 20 StGB wegen Schuldunfähigkeit eingewiesen wurden und die sich von den übrigen Insassen regelmäßig lediglich durch die Tatsache ihrer Straffälligkeit unterscheiden.³²
- 21** Bei dem Personenkreis, der nach § 21 StGB eingewiesen wird, also Straffällige mit Psychopathien, Neurosen, Triebstörungen oder geistigen und charakterlichen Behinderungen, fehlen hingegen in der psychiatrischen Anstalt die therapeutischen und rehabilitativen Möglichkeiten zur wirksamen Einflussnahme.³³ Im Übrigen ist nicht zu verkennen, dass gegenwärtig die in die psychiatrische Krankenanstalt Eingewiesenen, soweit sie nicht resozialisierbar und nicht heilbar erscheinen, die Anstaltsarbeit erheblich belasten.
- 22** Vor allem bei den Untergebrachten, die aufgrund verminderter Schuldfähigkeit eingewiesen sind, bietet die Kriminalprognostik Anlass zur Kritik. Die Beurteilung, ob der Zweck der Unterbringung erfüllt und eine Entlassung möglich ist, beruht regelmäßig auf den Erfahrungen des behandelnden Anstaltsarztes. Dieser aber scheut sich nicht selten, die Verantwortung für eine Entlassung zu übernehmen. Die Strafvollstreckungskammern wiederum, die gem. § 67e StGB jährlich über die Fortsetzung der Unterbringung beschließen müssen, stützen sich fast immer auf das Gutachten des Anstaltsarztes. Ein unabhängiger Gutachter wurde aber herkömmlich kaum hinzugezogen.³⁴ Dies und die oft fehlenden äußeren Voraussetzungen für eine (bedingte) Entlassung wie die Verfügbarkeit von Übergangs- und Pflegeheimen sowie die entsprechende Aufnahmebereitschaft der Familie des Untergebrachten führten zu einer überlangen, manchmal lebenslangen Verwahrung. Daher verwundert es nicht, dass dieser Sachverhalt Hospitalisierungsschäden, ferner Verbitterung und Entfremdung mit sich bringt. Er kann daher weder vom Zweck der Besserung noch jenem der Sicherung gerechtfertigt werden.³⁵
- 23** Neben den begrenzten therapeutischen Möglichkeiten der Anstalten bringt die Anordnung der Unterbringung noch weitere Probleme. So fand P.-A. Albrecht³⁶ in seiner Untersuchung von 115 Fällen von nach § 63 StGB in ein psychiatrisches Krankenhaus Eingewiesenen, dass Angehörige der Unterschichten im Vergleich sowohl zu ihrer Verteilung in der Gesamtbevölkerung als auch im Verhältnis zur sonstigen Schichtverteilung von Insassen der psychiatrischen Krankenhäuser erheblich überrepräsentiert waren. Worauf dieses Phänomen beruht, möglicherweise Überbelastung und Überforderung der Unterschichtfamilien oder anderweitige Unterbringung von Angehörigen höherer Schichten, ist allerdings nicht geklärt.
- 24** Eine Analyse der Delikts- und Diagnosestruktur, die der Unterbringung zugrunde lag, lässt in vielen Fällen nicht zu, die Eingewiesenen unter dem Gesichtspunkt einer generellen Sozialgefährlichkeit für Jahre zu verwahren.³⁷ Die Gerichte müssten daher wohl im Einzelfall genauer prüfen, ob mit der Unterbringung nicht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 62 StGB) verletzt wird. Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht³⁸ ausgeführt, dass die möglicherweise gefährdete Allgemeinheit immer in ausreichendem Maße mit dem Freiheitsrecht des Betroffenen in Ausgleich betrachtet werden muss, wobei die Anforderungen mit zunehmender Dauer der Maßregel steigen. Wie allerdings der Sachverhalt, der dem entschiedenen Fall zugrunde liegt, verdeutlicht, wird mit den Maßregeln freiheitsentziehender Art oftmals noch immer recht unbefangen umgegangen. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus kommt daher nur dann in Betracht, wenn die Schuldunfähigkeit bzw. die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit durch einen länger andauernden und nicht nur vorübergehenden Zustand i. S. v. §§ 20, 21 StGB hervorgerufen wurde.³⁹ Nur dann kann der Zweck der Unterbringung auch erreicht werden, erkrankte Menschen oder Menschen, die an vergleichbar schweren seelischen Störungen leiden, von einem solchen dauernden Zustand zu heilen oder sie in ihrem Zustand zumindest zu pflegen. Allerdings gilt die

³¹ Rasch/Konrad 2004, 103 ff.

³² Albrecht 1978, 109; zum Ganzen eingehend Fall 4.

³³ Leygraf 1988, 165 f.

³⁴ Albrecht 1978, 122. Die Notwendigkeit und Bedeutung solcher Kontrolle äußerte sich erneut beim Verzicht auf einen externen Gutachter im Falle weiterer Vollzugslockerung des im Maßregelvollzug Untergebrachten F. Schmökel. Dieser verbüßte eine 14-jährige Freiheitsstrafe und war fünfmal entwichen. Aufgrund seiner Gewalttaten während der Flucht anlässlich einer Ausführung im Herbst 2000 erregte er große Unruhe und beachtliches Aufsehen, löste eine 7 Mill. DM teure Fahndungsaktion mit zeitweilig 2000 Beamten in Brandenburg und Sachsen aus und hielt die Öffentlichkeit 14 Tage lang in Atem; vgl. FAZ Nr. 250 v. 27. 10. 2000, Nr. 260 v. 8. 11. 2000, Nr. 287 v. 9. 12. 2000 und Nr. 289 v. 12. 12. 2002.

³⁵ Albrecht 1978, 124. Wenn allerdings die öffentliche Sicherheit erheblich gefährdet ist wie im Fall des entwichenen Gewalttäters Schmökel (Fn. 34), ist kaum eine Verfassungsbeschwerde zu erwarten und daher auch keine Entscheidung des BVerfG, sondern bestenfalls wie im Fall Schmökel ein Ermittlungsverfahren gegen die verantwortlichen Anstaltsärzte sowie das weitere Vollzugs- bzw. Klinikpersonal wegen fahrlässiger Tötung, Gefangenbefreiung (staatsanwaltschaftliche Einstellung des Verfahrens, FAZ Nr. 111 v. 15. 5. 2002) oder auch politische Konsequenzen durch Rücktritt des zuständigen Staatssekretärs.

³⁶ 1978, 107 ff.

³⁷ Albrecht 1978, 109 ff.

³⁸ BVerfGE 70, 297, 311; zur Problematik eingehend Dessecker 1997, 12 f.

³⁹ BGH NSZ 1993, 181; Dessecker 2004, 207 ff., 210 ff.

Überwindung der sog. Longstay-Verwahrung etwa durch „herabgesetzte Behandlungsangebote“ gegenüber den bisher „Unbehandelten“ noch immer als aktuelle Aufgabe forensischer Psychiatrie.⁴⁰

Gegen die Sicherungsverwahrung als extreme Maßregel des strafrechtlichen Sanktionensystems werden vor allem verfassungsrechtliche **Bedenken** (Art. 1 I GG) geltend gemacht. Wer seine Freiheit nur wegen des Sicherungsbedürfnisses der Gesellschaft verliere, werde zum bloßen „Mittel zum Zweck“ missbraucht. Diese Ansicht verkennt jedoch, dass der Freiheit des Einzelnen die Sozialbindung immanent ist.⁴¹ Sowohl das Institut der Sicherungsverwahrung als solches wie deren Vollzug sind daher von der h. M. als verfassungsgemäß anerkannt.⁴²

25

Einem zweiten Problem versuchte der Gesetzgeber durch eine Umgestaltung der Sicherungsverwahrung zu begegnen. Empirische Untersuchungen hatten ergeben, dass Sicherungsverwahrung überwiegend gegen Personen angeordnet wurde, deren Kriminalität sich im minderschweren Bereich bewegte und die keine so große Gefahr für die Gesellschaft darstellten, dass ihre Verwahrung gerechtfertigt gewesen wäre.⁴³ Der Gesetzgeber entschloss sich daraufhin, den Charakter dieses Instituts stärker herauszuarbeiten. Um die passiven, älteren Rückfalltäter mit zwar vielen, doch kleineren Vermögensdelikten von der Unterbringung auszunehmen, wurde mit der Regelung des § 66 n. F. StGB angestrebt, das Schwergewicht auf die bedrohlichen, aktiven Hangtäter mit schwerer Kriminalität zu legen.⁴⁴ Ob diese Bestrebung gelungen ist, bleibt allerdings fraglich.⁴⁵ Immerhin haben die Zahl der jährlich zu Sicherungsverwahrung verurteilten und jene der in Sicherungsverwahrung befindlichen Personen bis 1998 erheblich abgenommen. Hingegen ist dafür die Zahl der Anordnungen von Führungsaufsicht (§ 68 StGB) – wie beabsichtigt – entsprechend angestiegen.

8. So **bleiben** nach Aufhebung der Maßregellösung des § 65 StGB a. F. durch Art. 2 StVollzÄG v. 20. 12. 1984 und nach Abschaffung des § 48 StGB a. F. durch das 23. StrÄndG 1986 die **Maßregeln** der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB), die Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) sowie die Anordnung der Führungsaufsicht (§ 68 StGB) **umstritten**.⁴⁶

26

Insgesamt kann man nicht übersehen, dass **das legitime kriminalpolitische Bestreben**, auf Rückfall- und Intensivkriminalität wirkungsvoll zu reagieren, **und die erfahrungswissenschaftlichen Modelle** zur Erklärung der entsprechenden Täterentwicklung (Psychopathie, dissoziale Persönlichkeitsstörung, kriminelle Karriere) sich **noch nicht befriedigend haben zur Deckung bringen lassen**. Wahrscheinlich ist ein solches Bemühen überhaupt unmöglich, weil die Zielsetzungen von kriminalpolitischem Präventionsbedürfnis und erfahrungswissenschaftlichem Erkenntnisinteresse zu verschiedenen sind.

27

Falls es Wissenschaft und Strafrecht gelänge, durch Diagnose, Prognose und zweckmäßige Behandlung den in hohem Maße rückfallgefährdeten Personenkreis frühzeitig zu erfassen und auf ihn erfolgreich einzuwirken, so wäre dies für die Verbrechensverhütung, aber auch für die konkreten Einzelschicksale von erheblicher Bedeutung. Gleichwohl sind die nähere empirische Bestimmung des Rückfalltäters ebenso wie die gezielt individualpräventive Reaktionspolitik auf die Rückfallkriminalität bislang wenig erfolgreich geblieben. Die statistischen Zahlen belegen dies. Deshalb ist das Konzept der persönlichkeitspezifischen Sozialgefährlichkeit des Gewohnheitsverbrechers oder Hangtäters verstärkt angezweifelt worden. Namentlich kritische Kriminologen wenden sich gegen die Differenzierung in Gelegenheits- und Mehrfachdelinquenten sowie gegen die vermeintliche „Ausgrenzung“ von Rückfalltätern.⁴⁷ Sie stehen jedoch der Erscheinung und den Gefahren der Rückfallkriminalität, ihrer Erklärung und Behandlung sowie dem Schutz der potentiellen Opfer hilflos gegenüber.

28

9. Trotz aller Vorbehalte und Kritik hat man von dem **Befund** auszugehen, dass es eine Gruppe von Rechtsbrechern gibt, die immer wieder straffällig werden und so eine regelrechte Karriere hinter sich bringen. Hervorzuheben sind dabei die so genannten Intensivtäter, die in einem begrenzten Zeitabschnitt mehrfach kriminell in Erscheinung treten. Diese Mehrfachdelinquenten unterscheiden sich von den so genannten intermittierenden, d. h. nur gelegentlich deliktisch handelnden Rückfalltätern durch eine besonders hohe Sozialgefährlichkeit aufgrund von Art, Schwere und Häufigkeit des Rechtsbruchs.⁴⁸ Dabei entfällt auf die kleine Gruppe der Intensivtäter ein überproportional hoher Anteil an allen begangenen Straftaten, obschon nur ein Teil davon überhaupt bekannt wird.

29

⁴⁰ Vgl. *Kaiser/Schöch* 2003, 284 m. N.

⁴¹ *Jescheck/Weigend* 1996, 86, 814; *S/S-Stree* 2001, § 66 Rn. 3.; *Lackner/Kühl* 2004, § 66 Rn. 1.

⁴² BVerfGE 2, 118; BVerfG NJW 2004, 739, 750; *Laubenthal* 2004, 708, 723 ff.

⁴³ *Kaiser/Schöch* 2003, 287 ff., jew. m. w. N.

⁴⁴ *Lackner/Kühl* 2004, § 66 Rn. 14.

⁴⁵ Kritisch *Kinzig* 1996, 344, 378 f., 588 ff.; a. A. *Kern* 1997, 181 ff., 185 und *Blau* 1998, 776.

⁴⁶ Zum heutigen Sach- und Streitstand *Dessecker* 2004, 385 ff., 395 ff.

⁴⁷ Vgl. *Kerner* 1993 a, 433 f.

⁴⁸ Hierzu *Kaiser* 1996, 525.

- 30** Nach der Tübinger Langzeituntersuchung, die vor mehr als 30 Jahren begonnen wurde, weisen wiederholt Straffällige, zum Teil lange bevor sie straffällig werden, ein auffälliges Sozialverhalten auf, das als Vorbote krimineller Entwicklung gedeutet wird. Im Vergleich zu Normalbürgern lässt sich das alltägliche Verhalten von wiederholt auffälligen Menschen auf die Formel vom „ungebremsten Leben im Augenblick“ bringen.⁴⁹ Durchweg lässt sich bei ihnen eine „strukturlose Freizeitgestaltung“ nachweisen. Als entscheidend wird der Unterschied in der Fähigkeit angesehen, feste persönliche Bindungen einzugehen.
- 31** Diese Untersuchungsergebnisse beruhen auf breit angelegten multidisziplinären Erhebungen.⁵⁰ Sie decken sich weitgehend mit anderen europäischen und amerikanischen Forschungen.⁵¹ Soweit auf die unterschiedliche Bindungsfähigkeit abgestellt wird, wofür sich beweiskräftige Befunde anführen lassen, können die Forschungsergebnisse **im Lichte der so genannten Bindungstheorie** gedeutet werden. In fast allen entwicklungs-kriminologischen Ansätzen, zu denen auch die sog. Lebenslauftheorien gehören,⁵² werden Sozialisation, informelle Sozialkontrolle und Bindungsaspekte als relevant betrachtet.⁵³ Die Hervorhebung des strukturlosen Freizeitverhaltens als Vorbote der Kriminalität entspricht ebenfalls verbreitetem kriminologischen Wissen, wird allerdings hier nicht nur vermutet, sondern durch die Tübinger Untersuchung empirisch erhärtet.
- 32** 10. Zusammenfassend lässt sich zum **Rückfalltäter** feststellen, dass er in seinen sozialen Bezügen stark gestört erscheint, zumal sein soziales Umfeld problembelastet ist, dass er ferner ein anderes Bezugssystem und andere Verhaltensmuster als die Mehrheit der Bevölkerung aufweist und überdies mit seiner kriminellen Karriere bereits früh begonnen hat. Umgekehrt kennen wir typische Bedingungen, die den Abbruch delinquenter Verlaufsformen bei Erwachsenen offenkundig fördern: festes Arbeitsverhältnis oder beruflicher Aufstieg, Stabilisierung der finanziellen Lage, Wohnungs- und Milieuwechsel, Abbruch delinquenzbegünstigender Kontakte, Familiengründung und Einschränkung des Alkoholverbrauchs.⁵⁴ Fraglich ist jedoch, ob sich diese Befunde auch auf die Kriminalität des allgemein unauffälligen Normalbürgers, also auf die rückfälligen Verkehrs-, Umwelt- und Wirtschaftsdelinquenten übertragen lassen. Außerdem wird gelegentlich – obschon unbegründet – die Delinquenz der Täter mit einem sog. Doppelleben eingewandt.⁵⁵ Wenig geklärt ist ferner die Verknüpfung von formeller mit informeller Sozialkontrolle, einschl. der Folgewirkungen von Kontrollinterventionen.⁵⁶

Zur Erläuterung und gutachtlichen Stellungnahme:

I. Aufgabe 1: Wie hat das Gericht die Schuld des A zu beurteilen, wenn es aufgrund des Sachverständigengutachtens annimmt, dass es sich bei A um einen willensschwachen, gemütsarmen Psychopathen handelt?

- 33** 1. Aufgrund seiner psychopathischen Charakterstruktur könnte A ohne Schuld gehandelt haben, oder seine Schuldfähigkeit könnte aus diesem Grunde erheblich vermindert gewesen sein. Dann müsste sich die bei A diagnostizierte Psychopathie einer der Kategorien zuordnen lassen, die nach §§ 20, 21 StGB zum Ausschluss oder zur Minderung der Schuldfähigkeit führen können. Von den im Gesetz genannten drei Merkmalsgruppen kann hier „eine schwere andere seelische Abartigkeit“ in Betracht kommen (Fall 4). Deshalb ist zu klären, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen das Vorliegen einer Psychopathie für die zu entscheidende Frage bedeutsam ist.
- 34** 2. Der Begriff der Psychopathie ist außerordentlich weit gespannt, seine Bestimmung unverändert im Fluss. Psychopathien fallen unter den weiten Begriff der abnormen Persönlichkeit; man kann sie definieren als angeborene, wenn auch veränderbare Persönlichkeitsvarianten, welche die soziale Anpassungsfähigkeit beeinträchtigen.⁵⁷ Der Begründer der Psychopathenlehre, der Heidelberger Psychiater *Kurt Schneider*, verstand zuletzt unter

⁴⁹ Göppinger 1983, 136, 170; zur Nachuntersuchung *Maschke* 1990, 47 ff.; *Stelly/Thomas* 2004, 65 ff., 75 ff.

⁵⁰ Vgl. *Kerner u. a.* 1995, 127 ff., und *Schumann u. a.* 1998, 1109 ff.

⁵¹ Vgl. *Farrington* 1997, 361 ff.

⁵² Dazu *Sampson/Laub* 1995, 143 ff.; 2003, 555; *Stelly/Thomas* 2004, 30 ff., 38 f.

⁵³ Vgl. *Kerner* 1998, 169 f.; 2004, 41 f.; *Kaiser* 1999, 186 m. N.

⁵⁴ *Zusf. Kerner* 1998, 141 ff.

⁵⁵ So etwa von *Schumann* 2004, 229, 236; zur Problematik ferner *Stelly u. a.* 2004, 30 ff., 38 f.

⁵⁶ Überschätzung der Stigmatisierungseffekte bei *Schumann* 2004, 240 f.; offener und differenzierter demgegenüber *Stelly u. a.* 2004, 38 ff.

⁵⁷ So der StGBE 1962, 141.

psychopathischen Persönlichkeiten Menschen, die an ihrer Abnormität leiden oder unter deren Abnormität die Gesellschaft leidet.⁵⁸ Die hervorstechenden Eigenschaften der einzelnen Psychopathentypen sind allerdings psychologisch und in ihrer kriminologischen Relevanz sehr verschieden. Dabei lässt sich eine Wertung kaum vermeiden. Deshalb fallen auch die Ergebnisse so unterschiedlich aus, wie Untersuchungen über den Anteil von Psychopathen bei Straffälligen gezeigt haben. Selbst unter relativ gleichartiger Population (mehrfach Rückfällige) wurden je nach Erhebung unterschiedlich hohe Anteile festgestellt. Sie bewegten sich zwischen 40 und 100%.⁵⁹ Die Diagnostik ist danach unsicher und wenig zuverlässig. Deshalb verwenden die neueren Versionen der internationalen Klassifikation von Krankheiten, Verletzungen und Todesursachen der Weltgesundheitsorganisation den Begriff nicht mehr.⁶⁰ Anstelle dessen pflegt man von „dissozialer Persönlichkeitsstörung“ oder „Dissozialität“ zu sprechen,⁶¹ ohne jedoch dadurch schon die angestrebte Begriffsklarheit und diagnostische Eindeutigkeit zu gewinnen.⁶²

Der Begriff der **Psychopathie** ist also wegen der Definitionsschwierigkeiten, der von ihm ausgehenden Stigmatisierungswirkungen, des gelegentlich uferlosen, unkritischen Gebrauchs sowie aufgrund seiner fehlenden Implikationen zur Behandlung sehr **umstritten**. Er wird daher in der Gegenwart weitgehend abgelehnt. Da ihn aber forensische Psychiatrie und strafrechtliche Praxis – obschon mit Einschränkungen – noch immer gebrauchen,⁶³ muss im Einzelfall konkret begründet werden, was genau unter „psychopathisch“ zu verstehen ist.⁶⁴ 35

3. Gesetzliche Regelung und wissenschaftliche Auslegung suchen diesen Schwierigkeiten Rechnung zu tragen. In der Neufassung der §§ 20, 21 StGB hat der Gesetzgeber die Fälle schwerer (anderer) seelischer Abartigkeit in den Schuldunfähigkeitskatalog des § 20 StGB aufgenommen. Damit ist er über den Strafgesetzentwurf 1962 hinausgegangen, der für die Gruppe solcher Abnormitäten lediglich die Folge verminderter Schuldfähigkeit vorgesehen hatte. Nach der dem Gesetzgebungsverfahren vorausgegangenen Anhörung von Sachverständigen wurde jedoch erkennbar, dass bei nur etwa 2% der Fälle von Psychopathien das Erscheinungsbild sich denen der Psychosen mit Krankheitswert nähert. Solche Fälle haben aber bereits nach altem Recht zur Annahme der Schuldunfähigkeit geführt. Für die Anwendung des § 20 StGB folgt daraus, dass bei den anlagebedingten psychischen Normabweichungen, die zum Begriff der Psychopathie gehören, die Annahme der **Schuldunfähigkeit selten und in Ausnahmefällen geradezu extremen Zustandsbildern vorbehalten** bleiben muss. 36

Andere, weniger schwere, aber immerhin auch nicht ganz unbeträchtliche Normabweichungen, welche die Anpassungsfähigkeit des Täters berühren, können indessen die Frage verminderter Schuldfähigkeit i. S. d. § 21 StGB aufwerfen. Bei diesem Rechtsbegriff handelt es sich um einen Unterfall der Schuldunfähigkeit. Das Unterscheidungsmerkmal zwischen Schuldunfähigkeit und verminderter Schuldfähigkeit besteht in der Schwere der krankhaften oder krankheitswerten Normabweichung im psychopathologischen Sinne.⁶⁵ Ein Krankheitswert der Psychopathie liegt auch hier im Regelfall vor.⁶⁶ Nach Auffassung des BGH ist es überdies rechtsfehlerhaft, einer ausgeprägten Psychopathie für die Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nur deshalb keine Bedeutung beizumessen, weil sie keinen „Krankheitswert“ hat. Doch muss sie in der Gewichtung ihres Schweregrades an einer krankhaften seelischen Störung zu messen sein.⁶⁷ Sie darf nach dem BGH⁶⁸ nicht allein aus dem Lebenslauf, sondern muss aus einer „Ganzheitsbetrachtung“ der Täterpersönlichkeit hergeleitet werden. Dabei 37

⁵⁸ Schneider 1971, 17.

⁵⁹ Vgl. Göppinger 1997, 234.

⁶⁰ Vgl. Lösel 1993 a, 532 f.; zu den heutigen psychiatrischen Störungsklassifikationen und dem Diagnoseschlüssel eingehend Fall 4 Rn. 10 ff.

⁶¹ Vgl. Göppinger 1997, 233 f.; Saß 1998, 4, 7; Rasch 1999, 261 ff.; Rössner 2004, 391 ff.

⁶² Kritisch besonders Kinzig 1996, 343, 593; zuversichtlicher Rössner 2004, 394 ff., 399 ff., 406 ff.

⁶³ Vgl. Kinzig 1996, 343.

⁶⁴ Schneider 1971, 30 ff.; Göppinger 1997, 233 f.; Rasch 1999, 154, 261 ff. Um den Definitionsschwierigkeiten zu entinnen, benutzt zwar die forensische Praxis auch in Deutschland zunehmend die Anglizismen „psychopathy“ und „psychopath“, ohne jedoch schon dadurch stets an größerer Klarheit und Eindeutigkeit zu gewinnen; zuversichtlicher Rössner 2004, 406 ff., unter Bezugnahme auf die „Psychopathie-Checklist“ nach Hare; dazu krit. bis ablehnend Strasser 2005, 46 f.

⁶⁵ Vgl. OLG Hamm NJW 1977, 1499; Näheres oben Fall 4.

⁶⁶ S/S-Lenckner 2001, § 20 Rn. 19.

⁶⁷ NJW 1989, 918.

⁶⁸ StV 1988, 384.

gelten Entwicklung, Charakterbild und Tat in ihren konkreten Zusammenhängen als untrennbar miteinander verbunden. Für die Beurteilung der Schuldfähigkeit ist neben dem Ausprägungsgrad der vorliegenden Störung auch der Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit entscheidend.⁶⁹

- 38 Danach fällt also nur im Extremfall die Psychopathie unter die schweren anderen seelischen Abartigkeiten.⁷⁰ Außer dieser Komponente muss ferner noch die psychologische Voraussetzung der fehlenden (§ 20 StGB) oder eingeschränkten (§ 21 StGB) Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit treten, um die Schuld des Täters auszuschließen oder zu mindern.

Wie sich allerdings die relativ wenigen Psychopathien, denen strafrechtliche Relevanz i. S. d. §§ 20, 21 StGB beigemessen wird, von den übrigen Psychopathien genau unterscheiden, ist durch empirische Untersuchungen bisher nicht objektiviert worden und bleibt, abgesehen von der unterschiedlichen Rückfallintensität, noch ungeklärt. Die Hauptschwierigkeit hierfür dürfte angesichts der Diagnosespielräume in den subjektiven Einschätzungen zu suchen sein. Im Falle der Exkulpation müsste aufgrund vergleichender Bewertung die Psychopathie von solcher Erheblichkeit sein, dass das Persönlichkeitsgefüge in gleicher Weise in Mitleidenschaft gezogen wird wie bei den Psychosen, obschon kein organischer Defekt nachweisbar oder auch nur postulierbar ist.⁷¹

- 39 4. Im vorliegenden Fall stellte der Sachverständige zwar fest, dass A ein willensschwacher, gemütsarmer Psychopath ist. Die Begutachtung lässt aber nicht erkennen, ob und zu welchem Grade die Psychopathie des A schon Krankheitswert hat. Sollte zumindest eine solche, nicht ganz unbeträchtliche Normabweichung vorliegen, so wäre eine verminderte Schuldfähigkeit zu prüfen. Andernfalls könnte das Gericht gar nicht in Betracht ziehen, dass A ohne Schuld oder mit erheblich geminderter Schuldfähigkeit gehandelt hätte. Doch Anhaltspunkte für die Annahme, dass eine schwere oder nicht ganz unbeträchtliche Normabweichung mit Krankheitswert vorgelegen hat und überdies durch sie auch die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit des A ausgeschlossen oder erheblich vermindert war – was der Sachverständige ausdrücklich verneint –, fehlen. A ist daher in vollem Umfang schuldfähig.

II. Aufgabe 2: Kommt bei A die Unterbringung in der Psychiatrischen Krankenanstalt in Betracht?

- 40 1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus setzt nach § 63 StGB u. a. voraus, dass jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit oder der verminderten Schuldfähigkeit begangen hat und dass von ihm infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind. Wie jedoch bereits zu I. ausgeführt worden ist, fehlt es hier an diesen Voraussetzungen. Anhaltspunkte für den in § 63 erforderlichen Zustand (i. S. d. §§ 20, 21 StGB) liegen nicht vor, und zwar auch dann nicht, wenn das Gericht im Anschluss an das Sachverständigengutachten eine psychopathische Charakterstruktur des A annimmt.
- 41 2. Selbst dann, wenn man bei A aufgrund der Psychopathie zur verminderten Schuldfähigkeit gelangte und ferner die nach § 63 I geforderte Sozialgefährlichkeit erheblichen Grades als fortbestehend unterstellte, erschiene kriminalpolitisch die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei A verfehlt. Denn die hier verfügbaren Behandlungsmittel sind nicht geeignet, um durch Heilung die Resozialisierung des A zu bewirken, geschweige unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in angemessener Zeit.⁷² Zur Klärung wird das Gericht in der Hauptverhandlung den Sachverständigen über den Zustand des A und dessen Behandlungsaussichten vernehmen (§ 246 a StPO).

III. Aufgabe 3: Darf das Gericht bei A die Sicherungsverwahrung anordnen?

- 42 1. Die obligatorische Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 I StGB setzt formell voraus, (1) dass der Täter vor dem zur Aburteilung stehenden Rechtsbruch bereits zweimal wegen eines vorsätzlichen Delikts zu einer Freiheitsstrafe – dazu zählt auch die Jugendstrafe⁷³ – von jeweils

⁶⁹ Rasch 1991, 67 ff., 355 f.

⁷⁰ Tröndle/Fischer 2004, § 20 Rn. 37 ff.; Lackner/Kühl 2004, § 20 Rn. 11.

⁷¹ Vgl. S/S-Lenkner 2001, § 20 Rn. 19–23.

⁷² Siehe dazu oben Rn. 22 ff.

⁷³ Vgl. BGH StV 1992, 63.

mindestens einem Jahr **verurteilt** worden ist, wobei nach § 66 IV S. 3 StGB eine frühere Tat außer Betracht bleibt, wenn zwischen ihr und der folgenden Tat mehr als 5 Jahre verstrichen sind und er

- (2) vor der Begehung der neuen Tat insgesamt mindestens **zwei Jahre Freiheitsstrafe verbüßt** bzw. sich im Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung befunden hat (§ 66 I Nrn. 1 und 2 StGB).⁷⁴
- (3) Erforderlich ist ferner, dass die Verfehlung, deretwegen der Täter sich **jetzt** zu verantworten hat, eine **vorsätzliche Straftat** ist und er außerdem
- (4) zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt wird.

Im Fall von § 66 II StGB dagegen, der in erster Linie für unentdeckt gebliebene gefährliche **Serientäter** gedacht und zu § 66 I subsidiär ist,⁷⁵ wird nicht an Vorverurteilung und Vorverbüßung angeknüpft. Hier reicht es aus, wenn der Täter in rechtlich selbständigen Taten **drei Verbrechen oder vorsätzliche Vergehen** begangen hat, er eine **freiheitsentziehende Strafe von jeweils mindestens einem Jahr dafür verwirkt hat** und er wegen einer oder mehrerer dieser Taten zu **wenigstens drei Jahren Freiheitsentzug verurteilt** wird.

Das Gesetz unterscheidet formell die zwingend vorgeschriebene Sicherungsverwahrung von Tätern mit mehreren **Vorstrafen** (§ 66 I Nrn. 1 und 2 StGB) und die in das Ermessen des Gerichts gestellte Sicherungsverwahrung bei Tätern mit mehreren **Vortaten** (§ 66 II StGB). Die materiellen Voraussetzungen (§ 66 I Nr. 3) sind in beiden Fällen dieselben.

§ 66 Abs. 3 StGB erweitert die Möglichkeiten der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung bei **allen Verbrechen** und den katalogmäßig aufgelisteten **vorsätzlichen Sexual- und Gewaltvergehen** und lässt abweichend von § 66 Abs. 1 **bereits eine Vorverurteilung** wegen einer der genannten Straftaten von mind. drei Jahren oder abweichend von § 66 Abs. 2 **schon zwei** der genannten **Straftaten** genügen, wenn der Täter jeweils eine Freiheitsstrafe von mind. zwei Jahren verwirkt hat und ferner die allgem. Voraussetzungen nach § 66 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StGB vorliegen (Vollzug nach Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehender Maßnahme von mind. zwei Jahren sowie Hangtäterschaft und Gefährlichkeit für die Allgemeinheit). Wegen der Erweiterung der formellen Voraussetzungen zur Anwendung der Sicherungsverwahrung ist diese Regelung äußerst umstritten.⁷⁶

Neben den beiden Varianten zur Unterbringung in der Sicherungsverwahrung gem. § 66 Abs. 1 u. Abs. 2 sowie den zwei weiteren Varianten nach § 66 Abs. 3 tritt **ferner** die gem. § 66 a StGB **vorbehaltene Sicherungsverwahrung** als fünfte Variante hinzu.⁷⁷ Mit dieser Ergänzung des § 66 Abs. 3 soll der Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen (Sexual-) Tätern noch verbessert werden. Obwohl weniger umstritten als die nachträgliche Sicherungsverwahrung von Mehrfachtätern, deren besondere Gefährlichkeit sich erst nach Verurteilung ergibt (§ 66 b StGB), ist sie erheblich angefochten.⁷⁸ Nachdem das BVerfG im Februar 2004 die Straftäter-Unterbringungsgesetze der Länder Bayern und Sachsen-Anhalt für grundgesetzwidrig erklärt hatte, sah sich der Bundesgesetzgeber nicht zuletzt auf Druck der Bundesländer veranlasst, im Juni 2004 die nachträgliche Sicherungsverwahrung einzuführen.⁷⁹

2. Die **materiellen Voraussetzungen** sind im § 66 I Nr. 3 StGB geregelt. Wegen der Missbrauchsfahren und möglicher Beeinträchtigung der Rechtsstaatlichkeit sucht der Gesetzgeber die Sicherungsverwahrung auf die schweren Fälle der Kriminalität zu beschränken. Deshalb ist die Vorschrift restriktiv auszulegen.⁸⁰ Erforderlich ist, dass die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, dass dieser einen Hang zu erheblichen Straftaten besitzt und deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. Materiell bedarf es daher zunächst einmal einer Tat- und Persönlichkeitsbewertung, an die sich eine **Gefährlichkeitsprognose** anschließen muss.

- (1) Bei der **Persönlichkeitsbeurteilung** des A muss sich das **Bild des Hangtäters** ergeben.

Wenn das geltende Recht von der Vorstellung eines Hangtäters ausgeht, so ist damit allerdings **keine sachliche Erweiterung zum früheren Begriff des Gewohnheitsverbrechers** (vgl. § 20 a StGB a. F.) beabsichtigt und eingetreten. Es sollte mit diesem Begriffswandel nur klargestellt werden, dass es auf die Gründe der verfestigten Verbrechenstendenz für § 66 StGB nicht ankommt. Insofern hat sich seit der bekannten Definition des Reichsgerichts wenig geändert. Gewohnheitsverbrecher war danach eine Persönlichkeit, die infolge eines aufgrund charakterlicher Veranlagung bestehenden oder durch Übung erworbenen inneren Hanges wiederholt Rechtsbrüche begeht

⁷⁴ Zu den weiteren formellen Erfordernissen der Vortaten siehe S/S-Stree 2001, § 66 Rn. 5 ff.; Lackner/Kühl 2004, § 66 Rn. 2 ff.

⁷⁵ Tröndle/Fischer 2004, § 66 Rn. 8.

⁷⁶ S/S-Stree 2001, § 66 Rn. 21.

⁷⁷ Lackner/Kühl 2004, § 66 a Rn. 1.

⁷⁸ Siehe Lackner/Kühl 2004, § 66 a Rn. 1 u. § 66 b Rn. 1; Laubenthal 2004, 735 ff., 741 ff.

⁷⁹ Begründete Einwände gegenüber dieser Regelung finden sich bei Laubenthal 2004, 749 f.; zu den strengen Anordnungsvoraussetzungen siehe BGH (1 StR 37/05 v. 11. 5. 2005 und 2 StR 272/05 v. 25. 11. 2005).

⁸⁰ S/S-Stree 2001, § 66 Rn. 32.

und zur Wiederholung von Rechtsbrüchen neigt.⁸¹ Konflikts-, Gelegenheits- und Zufallstäter scheiden danach aus. Der Zufalls- oder Gelegenheitsverbrecher bildet geradezu den Gegensatz zum Hangtäter, der wiederum zwar nicht immer, aber häufig Berufsverbrecher ist, d. h. eine Person, die entschlossen ist, ihren Unterhalt ganz oder teilweise durch Verbrechen zu bestreiten.⁸²

Das Gericht wird hier vor allem die Herkunft des Täters (defizitäre Sozialisations- und Erziehungsverhältnisse), seine bisherige kriminelle Betätigung (Frühkriminalität, hohe Rückfallgeschwindigkeit, Zahl der Rückfälle), die Art der Straftaten (Spezialistentum, berufsmäßige Begehung), das Verhalten des Täters in der straffreien Zeit (Trinkgewohnheiten, Freizeitgestaltung, Arbeitsverhalten, Umgang) und schließlich seinen Charakter berücksichtigen.⁸³

47 Für eine Beurteilung des A als Hangtäter sprechen nach diesen Kriterien die zerrüttete Ehe seiner Mutter, die Trunksucht des Stiefvaters, die mangelhafte Erziehung, das häufige „Schuleschwänzen“, die notwendige Heimerziehung, die fehlende Berufsausbildung und die selbst verschuldete Arbeitslosigkeit. Hinzu kommt, dass A schon im Alter von 16 Jahren zum ersten Male (nachweislich) straffällig und sehr kurze Zeit nach seinen Strafen wieder rückfällig wurde. Aufgrund dieser gehäuften Hinweise muss man zu dem Schluss gelangen, dass A mindestens durch Übung eine intensive Neigung erworben hat, Rechtsbrüche zu begehen. Es handelt sich daher um eine frühkriminelle Karriere aufgrund eines fehlerhaften Sozialisationsprozesses.

48 (2) Die Persönlichkeitsmerkmale müssen in den einzelnen Taten zum Ausdruck gekommen sein. Diese müssen sog. **Symptomtaten** sein, aus denen die für den Täter charakteristische Art und Richtung der Kriminalität erkennbar ist.⁸⁴

Auch eine Affekttat kann auf den Hang des Täters zur wiederholten Begehung von Rechtsbrüchen beruhen, wenn diese und die vorausgegangenen Taten insgesamt Ausdruck innerer Spannungen des Täters sind, die ihn zu Straftaten besonders bereit machen.⁸⁵

49 Aus gänzlich anderen Beweggründen und Einstellungen heraus begangene Delikte – z. B. Konflikttaten oder Straftaten aus einer Notlage heraus – können zur Beurteilung nicht herangezogen werden. Andererseits müssen die Taten nicht unbedingt gleichartig sein, sondern können auch einer anderen Gattung angehören oder eine andere Angriffsrichtung aufweisen. In diesem Falle ist allerdings besonders sorgfältig zu prüfen, ob sie für einen verbrecherischen Hang des Täters kennzeichnend sind.⁸⁶

50 (3) Aus Täterpersönlichkeit und Taten muss sich schließen lassen, dass ein **Hang zur Wiederholung** besteht.

Das Gericht hat eine Prognose zu treffen, die auf den Zeitpunkt der Aburteilung abzustellen ist (vgl. aber § 67c StGB). Worauf der Hang zur Wiederholung beruht, ist unerheblich. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Gesetzeswortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 66 StGB, sondern auch aus dem Charakter der Sicherungsverwahrung, die in erster Linie die Gesellschaft schützen soll.

Nach den von der Rspr. entwickelten Merkmalen lässt sich aus der Persönlichkeit und aus den Taten des A schließen, dass ein Hang zu weiteren Straftaten besteht.

51 (4) Selbst bei Bejahung der Hangtäterschaft kommt die Anordnung der Sicherungsverwahrung nur dann in Betracht, wenn der **Täter für die Allgemeinheit gefährlich** ist.

Es muss also eine bestimmte **Wahrscheinlichkeit** dafür bestehen, dass er auch in Zukunft Straftaten begehen wird. Diese Wahrscheinlichkeit ist i. d. R. schon dann anzunehmen, wenn die Hangtäterschaft bejaht wird, obwohl sie stets gesondert zu prüfen ist.⁸⁷

Für die **Gefährlichkeitsprognose** ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Aburteilung maßgeblich. Doch muss die Gefährlichkeit dann verneint werden, wenn mit Sicherheit angenommen werden kann, dass sie bei Ende des Vollzugs der Strafe nicht mehr bestehen wird.⁸⁸

§ 66 StGB stellt – anders als § 42 e StGB a. F. – klar, dass die zu erwartenden **Straftaten erheblich** sein müssen. Als Beispiel für diese Erheblichkeit nennt das Gesetz Straftaten, bei denen das Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird. Die Erheblichkeit der Störung des Rechtsfriedens beurteilt sich neben der Schwere der zu erwartenden Straftaten aus deren Häufigkeit und der Rückfall-

⁸¹ RGSt 68, 155; zum Merkmal des Hanges hingeg. kritisch *Schüler-Springorum* 1989, 147 ff., siehe ferner *Kinzig* 1996, 344, 378 f., 588 ff.; *Dessecker* 2004, 299 ff. u. *Laubenthal* 2004, 714.

⁸² Vgl. *S/S-Stree* 2001, § 66 Rn. 32.

⁸³ *Jescheck/Weigend* 1996, 816; *S/S-Stree* 2001, § 66 Rn. 22 ff.; *Hanack* 1992, § 66 Rn. 90 ff.

⁸⁴ Zu den Voraussetzungen einer Symptomtat BGH bei *Detter*, NStZ 1992, 480.

⁸⁵ BGH bei *Holtz*, MDR 1992, 632.

⁸⁶ *S/S-Stree* 2001, § 66 Rn. 30.

⁸⁷ BGH bei *Detter*, NStZ 1993, 179; *Hanack* 1992, § 66 Rn. 144.

⁸⁸ BGH NStZ 1993, 78.

geschwindigkeit, wobei bereits Taten mittlerer Kriminalität von hohem Schweregrad ausreichen können.⁸⁹ Die Erheblichkeit der zu erwartenden Rechtsverletzungen kann sich allerdings auch aus der Summe einer Vielzahl von kleineren Delikten ergeben.⁹⁰

Die Wahrscheinlichkeit, dass A weitere Straftaten begehen wird, wird das Gericht mit der Hangtäterschaft annehmen. Auch die Erheblichkeit der zu erwartenden Straftaten wird es bejahen, nachdem die bisherigen Taten des A hohe Schäden (Kameras, Pelzmäntel) verursacht haben und nicht mehr zur mittleren und kleineren Kriminalität zu rechnen sind; dies ergibt sich ferner aus den hohen Strafen der Vorverurteilungen.⁹¹ 52

3. Der Anordnung der Sicherungsverwahrung gem. § 66 I StGB könnte im vorliegenden Fall allenfalls entgegenstehen, dass A nach dem Sachverständigengutachten als willensschwacher, gemütsarmer Psychopath beurteilt wird. Das Gericht wird daher in der Hauptverhandlung **den Sachverständigen** nicht nur zur Frage der mangelnden oder verminderten Schuldfähigkeit i. S. d. §§ 20, 21 StGB hören, sondern ihn auch gem. § 246 a StPO **zu dem Zustand und den Behandlungsaussichten des A vernehmen**, da mit der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung zu rechnen ist. 53

Dabei soll dem Sachverständigen nach § 80 a StPO bereits im vorbereitenden Verfahren Gelegenheit gegeben werden, durch entsprechende Untersuchungen das in der Hauptverhandlung zu erstattende Gutachten vorzubereiten. Die Untersuchung ist zwingende Verfahrensvorschrift, die der außergewöhnlichen Schwere der Maßregel Rechnung trägt, und darf von daher nie unterbleiben.⁹² Der Pflicht nach § 246 a StPO wird nur dann genügt, wenn der Sachverständige den ganzen erheblichen Sachverhalt, den das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legen will, kennt. Denn nur dann kann der Gutachter ein zutreffendes Bild von dem Angeklagten gewinnen.⁹³

Mit der Hinzuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen gem. §§ 80 a, 246 a StPO wird dem Richter eine „Hilfsperson“ an die Hand gegeben, die ihm die nach § 66 I Nr. 3 StGB erforderliche Würdigung der Täterpersönlichkeit erleichtern soll. Dabei geht der Gesetzgeber davon aus, dass die richterliche Sachkunde nicht allein ausreicht, wenn die schwerwiegende Maßregel der Sicherungsverwahrung in Frage steht. Anzumerken ist allerdings, dass es nicht Sache des Gutachters ist, dem Richter die Entscheidung darüber, ob jemand als Hangtäter zu beurteilen ist, ab- oder vorwegzunehmen. Vielmehr muss sich der Sachverständige darauf beschränken, Tatsachen mitzuteilen, die es dem Richter erlauben, die Entscheidung zu treffen.⁹⁴

Gleichwohl stellt sich aufgrund der Sachverständigenbeurteilung die **Frage, ob** denn ein **willensschwacher Mensch überhaupt als Hangtäter in Betracht kommen kann**, da nach dem Gesetz eine besondere Sozialgefährlichkeit des Delinquenten vorausgesetzt wird und keine Mehrfachdelinquenz aus „Schwäche“. Nach h. M.⁹⁵ ist dies jedoch **zu bejahen**. Die gegenteilige Ansicht findet weder im Gesetzeswortlaut noch in dessen Entstehungsgeschichte eine Stütze. Der innere Hang kann also auch darauf beruhen, dass der Täter willensschwach ist oder aus innerer Haltlosigkeit dem Anreiz zum Verbrechen nicht widerstehen kann, mithin jeder neuen Versuchung erliegt.⁹⁶ Dafür bietet gerade die Anlasstat ein gutes Beispiel. Die Beurteilung des A als willensschwach und gemütsarm hindert daher seine Einordnung als Hangtäter nicht; im Gegenteil dienen derartige Persönlichkeitsmerkmale sehr häufig dazu, den Hangtäter als Zustandsverbrecher zu kennzeichnen. Aus demselben Grund ist die Anwendung des § 66 StGB bei Vorliegen einer Psychopathie nicht ausgeschlossen. Dass A als Psychopath beurteilt werden kann, ist deshalb hier rechtlich ohne jede Bedeutung und steht der Anordnung von Sicherungsverwahrung nicht entgegen. 54

Selbst die Bejahung verminderter Schuldfähigkeit würde die Sicherungsverwahrung nicht ausschließen. Das Gericht müsste dann aber nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit prüfen, ob die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nicht bereits ausreicht.⁹⁷

⁸⁹ BGH NStZ 1988, 496; BGH wistra 1988, 22, zu Eigentums- und Vermögensdelikten, bei denen kein außergewöhnlich hoher Schaden vorausgesetzt wird.

⁹⁰ S/S-Stree 2001, § 66 Rn. 39 ff.; einschränkend Lackner/Kühl 2004, § 66 Rn. 14, und Tröndle/Fischer 2004, § 66 Rn. 23.

⁹¹ Dazu S/S-Stree 2001, § 66 Rn. 36 und 39.

⁹² BGH bei Miebach, NStZ 1990, 27.

⁹³ Vgl. BGH NJW 1977, 1498.

⁹⁴ Zur anstößigen Praxis kritisch Kinzig 1996, 342, 344, 390.

⁹⁵ BGH GA 1965, 249; BGH bei Holtz, MDR 1990, 97; Dessecker 2004, 301 m. N.

⁹⁶ S/S-Stree 2001, § 66 Rn. 33 f.; Tröndle/Fischer 2004, § 66 Rn. 23.

⁹⁷ BGHSt 24, 161; S/S-Stree 2001, § 66 Rn. 44, 45.

- 55 4. Das Gericht muss daher gegen A die Sicherungsverwahrung anordnen, nachdem die formellen Voraussetzungen des § 66 I Nr. 1 und die materiellen des § 66 I Nr. 3 erfüllt sind. Es müsste dies auch ohne Antrag der Staatsanwaltschaft tun.

IV. Aufgabe 4: Nehmen Sie auf der Grundlage des heutigen Forschungsstandes zum Problem des Hangtäters und zur Anwendung der Sicherungsverwahrung Stellung.

- 56 1. Obwohl an der Erscheinung qualitativ bedeutsamer Mehrfach-, Serien- und Intensivkriminalität nicht zu zweifeln ist, erscheint es noch immer schwierig, die Hintergründe, Unterschiede und die zweckentsprechenden kriminalpolitischen Maßnahmen empirisch zu sichern. Deshalb ist es auch fraglich, wie der Hang begründet werden kann. Der gängigen **Definition** in Schrifttum und Rspr. (s. o. III.) liegen anlage- ebenso wie lerntheoretische Ansätze und Theoriebruchstücke zugrunde, ohne dass geklärt oder entschieden würde, welcher Theorie der Vorzug eingeräumt werden soll. Vielmehr wird die Beantwortung dieser Frage in das trichterliche Ermessen gestellt. Damit wird alltagstheoretischen Begründungsformeln ein weiter Raum zugestanden. Im Übrigen ist die Einschätzung des Hanges, genauer der **Rückfallneigung, abhängig von dem**, was Wissenschaft und Praxis an therapeutischen Mitteln und **Hilfen zur Resozialisierung** verfügbar haben und auch tatsächlich anbieten.
- 57 2. Die **kriminologische Differenzierung der Rückfalltäter** erfolgt gemeinhin zwischen dem Berufsverbrecher oder dem „Verbrecher aus Willensschwäche“ auf der einen und dem Hang- oder Gewohnheitsverbrecher auf der anderen Seite.⁹⁸
- 58 Allerdings enden die Versuche, Rückfällige zu typisieren und mit Begriffen wie Hang-, Neigungstäter, Gewohnheits- und Zustandsverbrecher oder Berufsverbrecher zu benennen, **selten überzeugend**. Oft genug werden hier Delinquenten in eine vorgegebene Form eingeordnet und wird von dieser Form auf den Inhalt geschlossen.⁹⁹ Dabei herrscht unter den Forschern noch nicht einmal Einigkeit über die Begriffe.
- 59 Solange Persönlichkeitsdimensionen und Sozialisationsverläufe der Rückfälligen nicht genau erforscht sind, muss jede Einteilung, die auf psychologischen Kriterien beruht, ein Konstrukt bleiben, das die Herausarbeitung und Abgrenzung verschiedener Tätertypen nicht oder nur begrenzt zu leisten vermag. Eine Beurteilung der Sozialgefährlichkeit von Mehrfachtätern wird daher zunehmend nach eher äußeren Merkmalen pragmatisch getroffen, die Begriffe wie Hang-, Neigungs- oder Gewohnheitstäter mit der darin enthaltenen Wertung nicht erfordern. Diese Beschränkung leuchtet zwar ein. Die Frage nach den Ursachen der Delinquenz und nach Persönlichkeitsmerkmalen wird jedoch wieder bedeutsam, sobald es um die geeigneten Maßnahmen zum Abbruch der kriminellen Karriere geht.
- 60 Da sich die neuere kriminologische Forschung von derartigen Typologien wie überdies von der Täterorientierung ganz allgemein entfernt und damit auch die Persönlichkeitsanalyse im Lebenslängsschnitt vernachlässigt hat, **fehlt es an modernen Befunden über die gegenwärtige Mehrfach- und Intensivkriminalität**. Vorerst liegen nur erste Ansätze vor.¹⁰⁰ Daher kann es nicht verwundern, dass Kommentare und Rechtsprechung noch immer auf alte Forschungsbefunde zurückgreifen (müssen), bei denen wegen des zwischenzeitlichen Theorie- und Methodenwandels unsicher ist, ob sie für die Gegenwart überhaupt noch Gültigkeit beanspruchen können.
- 61 3. Muss man aber die ältere Forschung wegen ihrer unsicher gewordenen Aussagekraft außer Betracht lassen, dann kann man nur wenige verwertbare **Befunde** anführen.

Gesichert erscheint z. B., dass Täter schwerer Diebstähle häufiger erneut straffällig werden als andere Tätergruppen.¹⁰¹ Nach der Freiburger Untersuchung von *H.-J. Albrecht*¹⁰² setzt sich bei einer Legalbewährungszeit von 5 Jahren mit einer zehnpromzentigen Rückfallquote die günstigste Gruppe aus Verurteilten zusammen, die über 40 Jahre alt, verheiratet, nicht oder nur geringfügig vorbestraft sind und wegen eines Straßenverkehrsdelikts bestraft werden. Demgegenüber weist die Gruppe der wegen Diebstahls oder Betrugs Bestraften mit hoher Vorstrafenbelastung den höchsten Wiederverurteilungsanteil auf. Die höchstbelasteten Risikogruppen stellen zwar nur etwa ein Zehntel der insgesamt Verurteilten, vereinigen allerdings fast das Vierfache aller ausgesprochenen Verurteilungen auf sich. Abgeschwächt trifft diese Relation auch für die Gruppe derer zu, die eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßt haben. Mehr als das Dreifache aller erneuten Verurteilungen entfielen auf sie, von den Verurteilungen zu unbedingter Freiheitsstrafe sogar mehr als drei Viertel der entsprechenden Entscheidungen.

⁹⁸ *Dessecker* 2004, 300 ff.

⁹⁹ Vgl. *Göppinger* 1997, 189.

¹⁰⁰ Vgl. *Kerner* 1986, 103 ff.; *Kaiser* 1996, 524 ff., jew. m. N.; *Stelly/Thomas* 2004, 75 ff.; *Rössner* 2004, 393, 407.

¹⁰¹ *Steierer* 1968, 199; 74 % aller aus einer Strafanstalt entlassenen Verkehrstäter, 72 % aller Sittlichkeitstäter, 58 % der Betrüger, aber nur 41 % der Diebe wurden nicht mehr oder nur geringfügig erneut straffällig.

¹⁰² *Albrecht* 1982, 127, 194, 232, 235.

Gleichwohl konnte bislang nicht nachgewiesen werden, dass sich Rückfalldiebe hinsichtlich des Schwerpunktes der Streubreite messbarer Persönlichkeitsdimensionen deutlich von anderen Straftätern unterscheiden. Lediglich zwischen Minderbegabung und Eigentumsdelinquenz scheint eine Beziehung zu bestehen. Nach ihrem Sozialprofil unterscheiden sie sich von anderen Kriminellen im Wesentlichen durch frühere und häufigere Straffälligkeit, schlechteres Arbeitsverhalten und durch die Herkunft aus funktional gestörten Familien. Das letzte Merkmal liegt bei vielfachen Rückfalltätern besonders ausgeprägt vor. 62

Selbst junge Menschen können schon eine verfestigte Delinquenzneigung aufweisen, wie besonders die „Untersuchung über Intensivtäter unter 21 Jahren in Nordrhein-Westfalen“¹⁰³ erkennen lässt. 63

Nach jener Erhebung wurden unter den untersuchten **Intensivtätern** Tatverdächtige im Alter bis zu 21 Jahren verstanden, die in einem Jahr mindestens zweimal in Erscheinung getreten sind und mehr als insgesamt 5 Straftaten begangen haben. Danach zeigte sich für die Untersuchungszeit 1983–1984, dass die jungen Intensivtäter, die von allen Tatverdächtigen derselben Altersgruppe ca. 5 % ausmachten, **etwa ein Drittel aller von Jugendlichen und Heranwachsenden begangenen Straftaten verübt** hatten.¹⁰⁴ Auf eine kleine Minderheit der jungen Tatverdächtigen – je nach Alter 3,3 bis 4,3 % – entfiel 1981 gar mehr als das Zehnfache an bekannt gewordenen Straftaten.¹⁰⁵ Ähnliche Ergebnisse finden sich in anderen Studien. Über 85 % aller von jugendlichen und nahezu 80 % aller von heranwachsenden Intensivtätern in Nordrhein-Westfalen verübten Straftaten waren Eigentumsdelikte, wobei der Schwerpunkt sowohl bei Jugendlichen als auch bei Heranwachsenden im Bereich der Diebstahlsdelikte unter erschwerenden Umständen lag. 64

Noch deutlicher wird der Zusammenhang, wenn man aus der Gruppe der jungen Mehrfachtäter die **Serientäter** herausgreift. So wurden von 2379 jugendlichen Intensivtätern im Jahr 1984 9748 Delikte begangen; 356 dieser 2379 jugendlichen Intensivtäter waren bereits 1983 als solche in Erscheinung getreten, was einer Frequenz der Deliktizität von 10,5 in zwei Jahren entspricht; 55 der jugendlichen Intensivtäter waren sowohl 1982 als auch in den beiden folgenden Jahren mehrfach in Erscheinung getreten und wurden in diesen drei Jahren insgesamt 966-mal erfasst. Dies entspricht einer Deliktizitätsfrequenz von 17,5. 65

Unterscheidet man die jungen **Mehrfachtäter** danach, ob sie strukturell gleichartige (monotrop) oder verschiedenartige (polytrop) Delikte begehen, so wird deutlich, dass über 50 % auf polytrop handelnde Rechtsbrecher entfielen. Daran wird die Verfestigung des kriminell abweichenden Verhaltens und die fortschreitende Dissozialität jener Gruppe deutlich. Offenbar tritt mit zunehmendem Alter durch die gewonnenen Erfahrungen eine wachsende Spezialisierung auf bestimmten Deliktsgebieten ein, die sicherlich zunächst erfolgreich ist und verstärkend wirkt, später jedoch umso leichter zur Entdeckung und Überführung beiträgt. 66

Derartige Beobachtungen führen zu dem vermeintlich gesicherten Befund, „dass der Rückfall – unter bestimmten Voraussetzungen – regelmäßig nur bei verwandten Delikten den Schluss auf verbrecherische Neigung zulässt“. Dem entspricht auch die herrschende Richtung in Rspr. und Schrifttum, die im Ganzen zwischen einschlägigen und nicht einschlägigen Vorstrafen differenziert und dazu neigt, nicht einschlägige Vorverurteilungen als indifferent zu behandeln. Zwar scheint sich mit wachsenden Anteilen monotroper Begehungsweisen bei den älteren Serientätern jene Annahme zu erhärten. Gleichwohl kann es sich dabei um ein künstliches Ergebnis des Selektionsprozesses aufgrund des Modus-operandi-Systems handeln. Denn offenkundig sind jene Täter leichter zu entdecken und zu überführen, die beständig in gleichförmiger Begehungsweise tätig werden und deshalb wiederholt registriert sind, verglichen mit jenen, die verschiedenartig, vielfältig und unregelmäßig delinquieren. 67

Für eine stärkere Berücksichtigung mehrfacher Frühdelinquenz überhaupt spricht auch eine schwedische Untersuchung, die für Personen, die im Alter bis zu 15 Jahren bereits zweimal oder mehr polizeilich registriert worden waren, ein **hohes Risiko zu allgemeiner sozialer Auffälligkeit einschließlich von Kriminalität im Erwachsenenalter** ergab. Im Vergleich zu einer Kontrollgruppe mit nur einmal auffällig Gewordenen und einer anderen Kontrollgruppe mit überhaupt nicht auffällig Gewordenen waren die Mehrfachtäter im Lebensabschnitt zwischen 25 und etwa 36 Jahren z. B. häufiger straffällig und öfter zu Gefängnis verurteilt worden. Sie waren häufiger abhängig von intravenös eingenommenen Drogen, öfter arbeitslos und – verglichen mit ihren Vätern – 68

¹⁰³ LKA Nordrhein-Westfalen 1985, 129 ff.

¹⁰⁴ LKA Nordrhein-Westfalen 1985, 133 ff.

¹⁰⁵ Kerner 1986, 121.

häufiger beruflich abgestiegen. Eine frühe Erfassung als Rechtsbrecher kann damit auf die Wiederholung von Straftaten im späteren Alter hindeuten. Allerdings wurde nach der erwähnten Untersuchung die überwiegende Zahl der mehrfach delinquenzbelasteten Jugendlichen später zumindest nicht mehr derart straffällig, dass sich von einer kriminellen Karriere sprechen ließe.¹⁰⁶

- 69 4. Im Übrigen hat sich die empirische Forschung, vornehmlich der 60er-Jahre, der **gerichtlichen Verhängungspraxis** von Sicherungsverwahrung zugewandt. Zu den wichtigsten Befunden gehörte, dass von der Sicherungsverwahrung hauptsächlich die kleineren Rückfalltäter erfasst wurden. Diese Befunde haben als rechtspolitische Kritik in das Gesetzgebungsverfahren Eingang gefunden. Über die neuere Entwicklung seit den 70er-Jahren sind erst im letzten Jahrzehnt empirisch verallgemeinerungsfähige und verwertbare Ergebnisse vorgelegt worden.¹⁰⁷
- 70 Obwohl die Einschränkung der Sicherungsverwahrung durch verschärfte formelle und materielle Voraussetzungen kriminalpolitisch beabsichtigt war, hat die Sicherungsverwahrung auch nach Verschärfung ihrer Voraussetzungen durch das 1. StrRG **wenig von ihrer Problematik verloren**. Dies zeigt sowohl die Entscheidungspraxis des BVerfG als auch die Aktivität des Gesetzgebers durch Einfügung des § 66 Abs. 3 und Ergänzung durch §§ 66a und 66b StGB. Die Anordnung von Sicherungsverwahrungen war vorübergehend in einem Maß zurückgegangen, das sicherlich vom Gesetzgeber weder vorausgesehen noch gewollt war. So befanden sich beispielsweise Ende März 2003 nur 306 Täter in Sicherungsverwahrung, verglichen mit 1430 Verwahrten am 31. 3. 1965.¹⁰⁸ Hinzu kam, dass im Gebiet der ehemaligen DDR die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung bis zum 1. 8. 1995 nicht anwendbar waren.
- 71 Der abnehmende Trend war wohl auch darauf zurückzuführen, dass ähnlich wie bei der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus die bloße Verwahrung zunehmend als unbefriedigend empfunden wird. Dies zeigt sich schon darin, dass die Sicherungsverwahrung für Jugendliche und Heranwachsende unzulässig ist (vgl. §§ 7, 106 II 1 JGG). Wie das Bundesverfassungsgericht¹⁰⁹ richtungweisend ausführt, muss die möglicherweise gefährdete Allgemeinheit immer in ausreichendem Maße mit dem Freiheitsrecht des Betroffenen in Ausgleich betrachtet werden; dabei steigen die Anforderungen mit zunehmender Dauer der Maßregel. Dementsprechend tendiert die Rspr. ersichtlich dahin, die Ultima Ratio des § 66 StGB auf einen engen Kreis von ihrer Ansicht nach äußerst gefährlichen Tätern zu beschränken. Aus vielerlei Gründen gelingt ihr das aber nicht immer. Der ständige Rückgang beruhte nämlich auch darauf, dass **nur in wenigen Fällen die wirklich gefährlichen Rechtsbrecher**, vor denen die Gesellschaft des besonderen Schutzes bedarf, **mit Sicherungsverwahrung belegt** werden. Offenbar werden Teilfunktionen der Sicherungsverwahrung **zunehmend** von der **Verhängung langer Freiheitsstrafen** erwartet.¹¹⁰ Dies lässt sich umso leichter erreichen, als dabei schwierige Begründungen entbehrlich werden. **Ferner** wird man nicht außer Betracht lassen können, dass die ambulante Sicherungsmaßnahme der **Führungsaufsicht** (vgl. § 68 StGB), die im Zuge der Reformentwicklung einen erheblichen **Bedeutungszuwachs erfahren** hat – Ende 1990 waren 12 462 Personen der Führungsaufsicht unterstellt, während dies 1980 noch 7381 Personen gewesen waren¹¹¹ –, bisherige Funktionen der Sicherungsverwahrung in ambulanter Weise aufgenommen und ersetzt hat. Dies wiederum wäre ein erwünschtes Ergebnis der Reform. Dennoch ist dies nicht unangefochten geblieben.¹¹²
- 72 5. Formelle und materielle Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung erlauben also ihre Anwendung bei Rückfälligen, deren **kriminelle Karriere gänzlich verschiedene Ursachen und Verlaufsformen** haben kann. Nicht bei jedem von ihnen muss die Sicherungsverwahrung als härtestes Mittel des strafrechtlichen Sanktionensystems notwendig sein. Daneben muss nicht jeder Täter, bei dem es notwendig wäre, von den Strafverfolgungsorganen identifiziert und entsprechend sanktioniert werden. Wenn es einem Täter gelingt, sein kriminelles Verhalten so vor der Polizei zu tarnen, dass er nur in großen Zeitabständen gefasst werden kann, so wird Sicherungsverwahrung i. d. R. erst dann angeordnet werden können, wenn seine kriminelle Karriere den Höhepunkt bereits überschritten hat. Nach

¹⁰⁶ Ähnl. die Tübinger Untersuchung nach *Stelly/Thomas* 2004, 65 ff.; ferner *Sampson/Laub* 2004, 586 ff. in Weiterführung der *Glueckschen* Untersuchungen bis zum Lebensalter der Untersuchungsprobanden von 70 Jahren.

¹⁰⁷ Vgl. *Kinzig* 1996, 173 ff., 199 ff., 377 ff., 476 ff.; *Kern* 1997; 33 ff., 120 ff., 148 ff.; zusf. *Blau* 1998, 759 ff.; *Dessecker* 2004, 309 ff.; *Laubenthal* 2004, 715 f.

¹⁰⁸ Strafvollzugsstatistik 2003, 6.

¹⁰⁹ BVerfGE 70, 297 ff.

¹¹⁰ Siehe den Fall eines u. a. wegen mehrfachen Mordes zu lebenslanger und zeitiger Freiheitsstrafe Verurteilten, bei dem nach mehr als 39-jähriger Verbüßung der Freiheitsstrafe die Prognose weiterhin ungünstig blieb, so dass ihm die fachmedizinisch indizierte vollzugsexterne psychiatrische Langzeittherapie versagt werden musste; OLG Karlsruhe NStZ 2000, 279 f.

¹¹¹ Bewährungshilfestatistik 1980, 5; 1990, 6; seither lassen sich der amtlichen Statistik keine Zahlen mehr über die Führungsaufsicht entnehmen.

¹¹² Dazu *Schöch* 1992, 109 ff. m. N.

allem führten vor allem die weite Anwendungspraxis der Unterbringung in ein Psychiatrisches Krankenhaus und die frühere Handhabung der Sicherungsverwahrung die Krisis des Maßregelkonzepts vor Augen.¹¹³ Auch international weicht die Situation nicht wesentlich davon ab. Erst neuerdings unter dem Eindruck spektakulärer Fälle der gefährlichen Sexual- und Gewaltkriminalität zielten gesetzgeberische Bestrebungen wieder auf die Ausdehnung des Anwendungsbereiches der Sicherungsverwahrung.¹¹⁴

V. Aufgabe 5: Wie unterscheiden sich die gesetzlichen Begriffe „Hang zu erheblichen Straftaten“ (§ 66 I Nr. 3 StGB) und „schädliche Neigungen“ (§ 17 II JGG)?

1. Beide Begriffe beziehen sich zwar auf die auf Wiederholung gerichtete Neigung zur Begehung von Verbrechen. Sie befinden sich aber in keinem alternativen, sondern der Möglichkeit nach und vom Alter des Täters her gesehen **in einem zeitlich gestuften Verhältnis**. Denn Frühkriminalität ist, zumindest bei einer Tätergruppe (den sog. early starters) häufig ein wichtiges Anzeichen für Hangtäterschaft, wie zahlreiche Forschungen über Lebensläufe vielfach rückfälliger Verbrecher ergeben haben.¹¹⁵ **Im Gegensatz zur delinquenten „Episode“** als Ausdruck jugendspezifischer Konfliktrichtigkeit und missglückter Problemlösung bildet das „Symptom“ ein Anzeichen der Gefährdung (vgl. § 5 I JGG) oder gar kriminell-schädlicher Neigungen i. S. d. § 17 JGG. Damit stellt sich die Frage, inwieweit sich der Begriff der schädlichen Neigungen i. S. v. § 17 II JGG mit dem des Hanges zu erheblichen Straftaten gem. § 66 I Nr. 3 StGB deckt bzw. wodurch sich Ersterer vom Letzteren abgrenzen lässt.

73

2. Die Frage lässt sich wie folgt beantworten:

74

Zwar setzt auch der jugendstrafrechtliche Begriff der schädlichen Neigungen erhebliche Anlage-, Erziehungs- oder Entwicklungsschäden voraus, die sich mit einer negativen Kriminalprognose verbinden. Gleichwohl erfasst er nicht nur Jugendliche, die bereits als Mehrfach-, Gewohnheits- oder Karrieretäter, also chronisch delinquent Frühkriminelle sind – was ohnehin umstritten ist –, sondern auch solche, die erst in Gefahr stehen, sich stärker in Straffälligkeit zu verstricken. Es geht hier mehr um Sozialisierungsschäden, aus denen die weitere Delinquenzneigung des Täters folgt, als um den Zustand einer verfestigten Entwicklung i. S. intensiver Einübung delinquenter Handlungsmuster. Ein Täter mit schädlichen Neigungen braucht also noch kein Hangverbrecher zu sein und keinen tief eingewurzelten Hang i. S. einer starken Neigung aufzuweisen. **Die schädlichen Neigungen i. S. d. § 17 II JGG zeigen daher noch eine geringere Intensität und einen schwächeren Grad in der Verfestigung der eingeschlagenen Fehlentwicklung** als der Hang zum Verbrechen i. S. d. § 66 StGB. **Sie müssen sich auch nicht auf erhebliche Straftaten beziehen.**

Ihr Vorhandensein kann aber die Vorstufe zur Hangtäterschaft bilden, wenn nicht rechtzeitig und wirksam dagegen angegangen wird. Ob freilich dafür die Jugendstrafe die zweckentsprechende Reaktion darstellt, erscheint zweifelhaft, braucht aber an dieser Stelle nicht geprüft zu werden.¹¹⁶

75

Nicht zuletzt ist für die Unterscheidung der hier fraglichen Begriffe von Bedeutung, dass generell Bemühungen um Erziehung und Resozialisierung bei **jungen Menschen** erfolgversprechender erscheinen als bei älteren Personen. Deshalb ist auch für Jugendliche und grundsätzlich auch für Heranwachsende die Anordnung der **Sicherungsverwahrung unzulässig** (§§ 7, 106 Abs. III, 1 JGG). Jedoch kann sich das Gericht unter den übrigen Voraussetzungen des § 66 StGB die Anordnung der Sicherungsverwahrung bei Heranwachsenden vorbehalten oder nachträglich anordnen (§ 106 Abs. 5 u. 6 JGG).

76

VI. Aufgabe 6: Könnte Sicherungsverwahrung auch dann angeordnet werden, wenn A bei Begehung der letzten Tat das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet gehabt hätte?

¹¹³ Frisch 1990 a, 345, 351; ferner Kaiser 1990, 1 ff., 32 ff.

¹¹⁴ Siehe oben Rn. 44 m. N.; zur britischen Diskussion über den Umgang mit „dangerous people with severe personality disorder“ Lau 2004, 451 ff.

¹¹⁵ Vgl. Stelly/Thomas 2004, 65 ff. m. N.

¹¹⁶ Siehe dazu Fall 15.

77 1. Wenn wie einstmals beabsichtigt die Maßregel der Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt gem. § 65 StGB a. F. zum 1. Januar 1985 in Kraft getreten wäre, hätte man die Sicherungsverwahrung nur bei solchen Tätern anordnen können, die wegen einer nach Vollendung des 25. Lebensjahres begangenen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt worden wären. Demgegenüber wäre für **den jungen potentiellen Hangtäter** gem. § 65 II StGB a. F. neben seiner Strafe die Einweisung in eine sozialtherapeutische Anstalt in Betracht gekommen. § 65 StGB wurde jedoch wie erwähnt (s. o. Rn. 5) durch Art. 2 StVollzÄG vom 20. 12. 1984 aufgehoben.

Der Grund für die Rechtsänderung war einmal der beträchtliche finanzielle Aufwand, den die Verwirklichung des beabsichtigten Modells erfordert hätte. Nicht zufällig ging die Initiative zur Streichung über den Bundesrat von den Bundesländern aus. Insofern scheiterte diese reformpolitische Idee an den harten praktischen Realitäten. Zum andern spiegelte sich darin auch der Wandel des „Zeitgeistes“ seit dem Beginn der Reform Ende der 60er-Jahre wider: Die damalige Verfolgung des Behandlungsgedankens, von manchen kritisch als Euphorie bezeichnet, ist inzwischen einer allgemeinen Abkehr vom Behandlungsziel gewichen, und zwar international noch stärker als in Deutschland. Auch hierzulande ist die therapeutische Orientierung insoweit gemindert, als der obligatorischen sozialtherapeutischen Behandlung in Form der Maßregelung Erfolgchancen abgesprochen werden. Wichtiger hingegen dürfte das rechtsstaatliche Bedenken zu beurteilen sein, Therapie auch gegen den Willen des Betroffenen durchzuführen.

78 2. Gleichwohl kann nicht ignoriert werden, dass die **Sozialtherapie als Vollzugslösung** seit Anfang der 70er-Jahre, auf gesetzlicher Grundlage seit 1977, **mit gewissen Erfolgen praktiziert** wird. So bestehen Anhaltspunkte dafür, dass sich die Rückfallkriminalität etwa um ein Drittel vermindert hat.¹¹⁷ Aufgrund des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten¹¹⁸ und des neu gefassten § 9 I StVollzG hat die Sozialtherapie im Strafvollzug erheblich an Gewicht gewonnen. Danach obliegt den Vollzugsbehörden ab 1. 1. 2003 die Pflicht, den überwiegenden Teil der behandlungsfähigen Sexualstrafäter einer sozialtherapeutischen Behandlung zuzuführen. Demgemäß müssen die Haftplätze vermehrt und das Fachpersonal entsprechend verstärkt werden.¹¹⁹

Insgesamt wurden seit 1970 in Deutschland 28 sozialtherapeutische Anstalten oder Abteilungen mit knapp 2000 Haftplätzen eingerichtet, wodurch jedoch der Bedarf bisher nur zu einem Teil gedeckt wird.¹²⁰ Dennoch wurde im Ganzen das ursprüngliche **Ziel der Strafrechtsreform**, die bislang als unbeeinflussbar geltenden und deshalb häufig „abgeschriebenen“ **Rückfalltäter sozialtherapeutisch zu beeinflussen, nicht erreicht**. Verwirklicht wurde allenfalls eine Art „Minimallösung“.

79 Die **Vollzugslösung** nach §§ 9, 123 ff. StVollzG unterscheidet sich in wichtigen Punkten von der **Maßregelungslösung**. So befindet nicht der Strafrichter, sondern die Vollzugsbehörde über die im Gegensatz zur Maßregelungslösung „freiwillige“ Aufnahme in eine solche Anstalt. Dies bedeutet zugleich, dass die Insassen in aller Regel nicht sofort nach dem Urteil, sondern erst nach Verbüßung von Freiheitsstrafe im Regelvollzug in eine solche Anstalt gelangen, wenn die Entlassung bereits in nicht allzu ferner Sicht ist. Hinzu kommt, dass die Rückverlegungsmöglichkeiten durch § 9 I Satz 2 StVollzG wesentlich erleichtert werden. Aus therapeutischer Sicht besteht durch diese Regelung allerdings die Gefahr, dass die Sozialtherapeutische Anstalt – sollte sich die Entwicklung ähnlich der Rspr. zu Vollzugslockerungen entwickeln – Belohnungscharakter erhält. Das würde dann aber mit den ursprünglichen Absichten der Strafrechtsreform kaum mehr vereinbar sein. Freilich darf man dabei auch gelegentliche Fehlentscheidungen des Behandlungsstabes nicht verkennen, welche die Vollzugsbehörde zum Einschreiten gezwungen und selbst die höchstrichterliche Rspr. noch beschäftigt haben.

80 Obwohl für die bestehenden sozialtherapeutischen Anstalten eine **insgesamt positive Bilanz** der Legalbewährung nach **sozialtherapeutischer Behandlung** gezogen werden kann,¹²¹ hat sich – weitgehend unabhängig davon – eine **Ernüchterung, wenn nicht Skepsis, gegenüber der Behandlung** breit gemacht, die allerdings schon Anfang der 70er-Jahre erkennbar wurde.

81 3. Nach der Aufhebung des § 65 StGB a. F. stellt sich jedoch die Frage, ob die Sicherungsverwahrung auch **bei Jungtättern unter 25 Jahren** in Betracht kommt, sofern die formellen Voraussetzungen des § 66 StGB erfüllt sind. Nach der gegenwärtig geltenden Fassung des § 66 bestehen rechtlich dagegen keine Bedenken, zumal § 106 Abs. 3 JGG sowohl die vorbehaltene als auch die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung gegenüber Heranwachsenden zulässt, falls die entsprechenden allgemeinen Voraussetzungen nach § 66 StGB vorliegen. Freilich bleibt anzumerken, dass die Rspr.¹²² einer Gefährlichkeitsprognose, wie sie die Anordnung der **Sicherungsverwahrung** voraussetzt, bei

¹¹⁷ *Dünkel* 1987, 195.

¹¹⁸ BGBl. I, 1998, 160; kritisch *Schöch*, NJW 1998, 1257 (1261 f.).

¹¹⁹ *Callies/Müller-Dietz* 2005, § 9 Rn. 1; *Egg* 2000, 75 ff. (79); skeptisch *H.-J. Albrecht* 1999, 863–888 (884).

¹²⁰ *Dünkel* 1987, 191 f.; *Kaiser/Schöch* 2003, 277.

¹²¹ Dazu *Dünkel* 1980, 218, 225; *Lösel u. a.* 1987, 246, 262 f.; *Kury* 1999, 251 ff.; *Albrecht/Ortmann* 2000, 127, 132; *Kaiser/Schöch* 2003, 278 f.

¹²² Vgl. etwa BGH bei *Dallinger*, MDR 1956, 143.; neuerdings *Kinzig* 1996, 261 ff., und *Kern* 1997, 39 f.

jungen Erwachsenen sehr zurückhaltend gegenübersteht und die Sicherungsverwahrung **nur höchst selten** bei Tätern unter 25 Jahren anordnet. Dennoch kann auch bei jungen Tätern in Fällen besonderer Gefährlichkeit und beim Vorliegen von Symptomtaten i. S. d. § 66 II StGB Sicherungsverwahrung verhängt werden. In diesen Fällen ist allerdings die Gefährlichkeitsprognose besonders schwierig und bedarf dementsprechend sorgfältiger Prüfung.¹²³ Ob diese Maßregel allerdings das taugliche Mittel ist, gegen den frühkriminellen Täter bereits vor dem Gipfel seiner kriminellen Karriere wirksam einzuschreiten,¹²⁴ erscheint zumindest zweifelhaft.

Ist auch gegenwärtig bei der Anordnung von Sicherungsverwahrung gegenüber Jungtätern Zurückhaltung geboten, so **kann** dennoch ihnen gegenüber **bei Vorliegen besonderer Gefährlichkeit auf Sicherungsverwahrung nicht verzichtet werden**. Freilich muss der Täter auch nach geltendem Recht wenigstens eine der für die Anordnung der Sicherungsverwahrung erforderlichen „Symptomtaten“ als Erwachsener begangen haben.¹²⁵ Dies ist aber im vorliegenden Fall unproblematisch zu bejahen. Fraglich könnte allenfalls sein, ob auch von einer besonderen Gefährlichkeit des A auszugehen ist. Dass die für die Anordnung der Sicherungsverwahrung generell erforderliche Gefährlichkeit bei A anzunehmen ist, wurde bereits ausgeführt. Es stellt sich daher nur das Problem der besonderen Gefährlichkeit. Diese ist hier zu bejahen, da A bei seinen Taten erhebliche kriminelle Energie aufgewendet hat und diese auch meist auf beträchtliche Vermögenswerte ausgerichtet war, so dass die Bevölkerung vor gehäuften Angriffen dieser Art dringend geschützt werden muss. Deshalb würde sich am Ergebnis der Beurteilung dieses Falles nichts ändern, wenn A bei Begehung der letzten Tat das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet gehabt hätte.

82

VII. Aufgabe 7: Kann B Einsicht in das sexualpsychologische Gutachten verlangen? Wäre die Kastration überhaupt zulässig und im vorliegenden Fall auch notwendig?

Nach den Bestimmungen über das Straf- und Bußgeldverfahren hat der Betroffene zwar weder ein Recht auf Akteneinsicht noch ein Recht auf Erteilung einer Abschrift eines Sachverständigengutachtens, das in seiner Strafsache erstattet wurde. Dennoch kann der Antrag im vorliegenden Falle Aussicht auf Erfolg haben, da B sein Begehren auf einen materiellrechtlichen Anspruch stützt. **Aufgrund des Resozialisierungsgedankens**, der auch für die Sicherungsverwahrung gilt (§ 129 S. 2 StVollzG),¹²⁶ ergibt sich das Recht des Sicherungsverwahrten auf Erteilung einer vollständigen Abschrift des über ihn erstatteten sexualpsychologischen Fachgutachtens.¹²⁷ Denn im Rahmen des Vollzugs der Sicherungsverwahrung ist alles zu tun, was die Resozialisierung des Untergebrachten fördern könnte (vgl. § 129 S. 2 StVollzG).

83

Dem steht nicht entgegen, dass hier der **Sicherungsgedanke** im Vordergrund steht, da der Sicherungsverwahrte in erster Linie zum Schutz der Allgemeinheit sicher untergebracht wird (§ 129 S. 1 StVollzG). Auch die Regelung des § 130 StVollzG, der für die Sicherungsverwahrung die entsprechende Geltung der Vorschriften über den Vollzug der Freiheitsstrafe vorsieht, aber davon § 2 StVollzG ausdrücklich ausnimmt, kann zu keiner anderen Entscheidung führen. Denn der Sicherungsgedanke wird durch die Aushändigung einer vollständigen Abschrift eines sexualpsychologischen Fachgutachtens weder verletzt noch gefährdet. Im Gegenteil könnte die Kenntnisnahme des gesamten Inhalts des Sachverständigengutachtens zu einer Selbstkritik des inhaftierten B führen, die ihm zuvor noch nicht möglich war.

84

Darüber hinaus kann das Gutachten eine wichtige Hilfe bei der von B noch zu treffenden Entscheidung sein, eventuell eine Kastration an sich vornehmen zu lassen. Eine solche käme nach den Vorschriften des Gesetzes über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden vom 14. 8. 1969 grundsätzlich in Betracht. Besonders das Argument des B, wegen der **Erwägung der Kastration**

85

¹²³ BGH NJW 1976, 300 f.; NStZ 1989, 67.

¹²⁴ So *Tröndle/Fischer* 2004, § 66 Rn. 25; für die Behandlung von Sicherungsverwahrten mit Sozialtherapie *Kern* 1997, 157 f., ohne die etwaigen Schwierigkeiten und begrenzten Erfolgsaussichten zu verkennen.

¹²⁵ BGH NJW 1976, 301.

¹²⁶ Vgl. *Kaiser/Schöch* 2003, 288; zu den „vollzuglichen Resozialisierungsbemühungen“ ausführlich und instruktiv *Kern* 1997, 150 ff.

¹²⁷ OLG Koblenz MDR 1975, 338.

und der Notwendigkeit, sich darüber Klarheit zu verschaffen, an der Überlassung des vollständigen Gutachtens interessiert zu sein, muss überzeugen. Allein schon aus diesem Grund kann B eine Abschrift des gesamten Gutachtens verlangen. Dem steht ferner nicht entgegen, wenn anstelle eines operativen Eingriffs auch eine medikamentöse Behandlung ausreichte, um eine Triebdämpfung bei B herbeizuführen. A hat dem B demnach mit Recht empfohlen, die Einsicht in das Gutachten bzw. die Aushändigung einer Abschrift des Gutachtens zu beantragen. Gegen die ablehnende Entscheidung der Vollzugsbehörde in dieser Sache könnte B wegen der Verletzung seines Rechts gem. § 109 StVollzG mit Erfolg vorgehen.

VIII. Aufgabe 8: Kann B zur Außenbeschäftigung und später zum Freigang zugelassen werden? Wer hat ggf. darüber zu entscheiden?

- 86** 1. Außenbeschäftigung und Freigang, d. h. das Arbeiten außerhalb der Anstalt unter Beaufsichtigung bzw. beim Freigang ohne Aufsicht eines Vollzugsbediensteten, gehören zu den **Lockerungen des Vollzuges**. Sie sind im § 11 I StVollzG geregelt. Gem. § 130 StVollzG müssen auch die Sicherungsverwahrten in diese Lockerungen einbezogen werden, da die §§ 3 bis 122 StVollzG auf die Sicherungsverwahrung entsprechend Anwendung finden. Nur soweit in den §§ 131 bis 135 StVollzG etwas Abweichendes bestimmt ist, müsste eine andere Regelung getroffen werden. Dies ist hinsichtlich der Vollzugslockerungen nicht der Fall. Die gem. § 134 S. 1 StVollzG vorgesehenen Vollzugslockerungen zur Entlassungsvorbereitung finden neben den nach §§ 130, 11 StVollzG geregelten allgemeinen Lockerungen Anwendung.¹²⁸
- 87** 2. Allerdings kommt die Anordnung jeglicher Vollzugslockerungen ohnehin nur dann in Betracht, wenn die Mindestvoraussetzungen des § 11 II StVollzG erfüllt sind. Danach ist neben der Zustimmung des Gefangenen erforderlich, dass nicht zu befürchten steht, dass sich dieser dem Vollzug entzieht oder die Lockerungen zur Begehung neuer Straftaten missbraucht. Ob solche günstigen **prognostischen Voraussetzungen** bei B vorliegen, kann insofern zweifelhaft sein, als der ärztliche Sachverständige nicht ausschließen kann, dass B trotz der medikamentösen Behandlung erneut rückfällig und weitere Sexualdelikte begehen wird. Wie jedoch bereits die Formulierung des § 11 II StVollzG (Aufstellung von Negativindikationen) erkennen lässt, wird eine derart positive Aussage für die Anordnung von Vollzugslockerungen nicht gefordert werden können. Dies liegt darin begründet, dass dem Gefangenen gerade die Möglichkeit zur Erprobung gegeben werden soll, damit er zeigen kann, ob er den in der Freiheit gestellten Anforderungen gewachsen ist.¹²⁹ Es reicht von daher aus, dass die Gewährung der Vollzugslockerung unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden kann, was durch eine Wertung im Einzelfall zu beurteilen ist. Zu beachten ist hierbei, dass der zur Maßregel Verurteilte aus den der Legitimität der Maßregel zugrunde liegenden verfassungsrechtlichen Erwägungen geradezu einen Rechtsanspruch auf die Gewährung der Lockerung hat.¹³⁰ Eine solche Handhabung aber kann ohne Risiken nicht durchgeführt werden. Sie ist auch im Hinblick auf die Widerrufsmöglichkeit nach § 14 II StVollzG vertretbar. Es kann daher im Ergebnis zur Bejahung von § 11 II StVollzG genügen, wenn wie hier eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Proband in die für ihn zuvor einschlägige Sexualdelinquenz nicht mehr zurückfällt und darüber hinaus keine Anzeichen dafür vorhanden sind, dass er die Außenbeschäftigung zur Flucht ausnützt. Eine solche Prognose wird man im vorliegenden Fall unterstellen dürfen. Andernfalls

¹²⁸ Vgl. VV zu § 130 StVollzG.

¹²⁹ Vgl. OLG Celle StV 1988, 350f. Wie heikel Situation und Entscheidung sein können, veranschaulichen die Fälle *Schmökel* (siehe Fn. 33 u. 34) und *Zurwehme*, die in Sommer und Herbst 2000 für beachtliche Unruhe gesorgt haben. Der wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilte *Zurwehme* ergriff nach 24-jähriger Strafverbüßung sowie nach 116 ordentlich verlaufenen Ausgängen als Freigänger die Flucht und wurde wegen mehrfachen Mordes erneut straffällig. Das Ermittlungsverfahren gegen 6 Verantwortliche des Strafvollzugs und gegen den Justizminister wegen fahrlässiger Tötung wurde eingestellt; vgl. FAZ Nr. 173 v. 29.7. und Nr. 274 v. 24.11.2000 („Kein schuldhaftes Verhalten im Fall *Zurwehme*“). Allerdings haben die Angehörigen der Mordopfer des Gewalttäters *Zurwehme* das Land Nordrhein-Westfalen wegen Amtspflichtverletzung verklagt (FAZ Nr. 53 v. 4.3.2003). Zum umstrittenen Gesetz zur Bekämpfung der Sexualdelikte und anderen gefährlichen Straftaten *Schöch* 1998, 1257f.; *Albrecht* 1999, 866ff.; *Egg* 2000, 75ff.

¹³⁰ *Frisch* 1990b, 14f., 24.

würde der Anstaltsleiter Vollzugslockerungen sicherlich nicht in Erwägung ziehen. Außerdem darf nicht außer Betracht bleiben, dass B zunächst nur unter Aufsicht außerhalb der Anstalt arbeiten soll und Freigang deshalb überhaupt erst zur Entscheidung steht, wenn B das in ihn gesetzte Vertrauen während der Außenbeschäftigung nicht enttäuscht. Dies wiederum wird denn aber auch rechtfertigen, ihm weitere Freiheiten i. S. d. Angleichungsgrundsatzes (vgl. § 3 I StVollzG) einzuräumen.

3. Die Antwort auf die Frage, wer die Entscheidung nach § 11 StVollzG zu treffen hat, lässt sich unschwer dem § 14 StVollzG entnehmen. Danach wird die **Entscheidung** über die Auferlegung von Weisungen für die Zeit der Vollzugslockerungen sowie für den Widerruf der Lockerung ausdrücklich **dem Anstaltsleiter zugewiesen**. Damit obliegt diesem auch die Anordnung der Lockerungen, die er nach § 159 StVollzG unter Beteiligung der Vollzugskonferenz zu treffen hat.¹³¹

88

Allerdings ist nach den VV zu § 11 StVollzG (Nr. 6 I d. i. V. m. II) die Anordnung von Außenbeschäftigung und Freigang bei Häftlingen, denen gegenüber eine freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung verhängt, aber noch nicht vollzogen ist, nur ausnahmsweise zulässig. Jedoch reicht der bloße Hinweis auf die VV nicht aus, um den Ausschluss eines Sicherungsverwahrten von den Lockerungen zu rechtfertigen.¹³² Zwar muss außerdem nach Nr. 6 II VV vor der Entscheidung über die Lockerung die zuständige **Strafvollstreckungskammer** gehört werden. Doch hat in einem ähnlich gelagerten Fall das LG Freiburg¹³³ zu dieser Frage mit Recht entschieden, dass der Anstaltsleiter über die Außenbeschäftigung bzw. den Freigang eines Sicherungsverwahrten allein und in eigener Zuständigkeit zu entscheiden hat, da sich die Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer aus § 462 a StPO ergibt und durch bundeseinheitliche VV keine gerichtlichen Kompetenzen begründet werden können. Freilich muss man in dem vorliegenden Fall darauf hinweisen, dass die **Zuständigkeit** der Strafvollstreckungskammer nicht aus § 462 a StPO folgt, sondern aus § 78 a GVG i. V. m. § 110 StVollzG. Denn es handelt sich hier um eine vollzugsrechtliche und nicht um eine vollstreckungsrechtliche Entscheidung. Der Kompetenzbereich der Strafvollstreckungskammer bezieht sich auch und gerade auf Vollzugsangelegenheiten, so dass der Beschluss des Landgerichts insoweit missverständlich gefasst ist und der Berichtigung bedarf.

89

In der Sache jedoch ist der Entscheidung des LG zuzustimmen. Es ist nämlich nicht zweckmäßig, wenn die Strafvollstreckungskammer Stellungnahmen zu Vollzugsangelegenheiten abgibt, obwohl sie den Verurteilten noch nicht gesehen und sich somit auch kein eigenes Bild von seinem Verhalten im Vollzug hat machen können. Selbst dann, wenn die Vollstreckungskammer den Sicherungsverwahrten im Beschlussverfahren persönlich anhören würde, dürfte dies kaum ausreichen, um genügend Klarheit über das Verhalten des Verwahrten im Vollzug und unter Bedingungen der Vollzugslockerungen zu gewinnen.

90

Vor allem leuchtet ein, dass der Anstaltsleiter oft nach jahrelanger Kenntnis und Überwachung eines Inhaftierten eher als die außenstehenden Richter einer Strafvollstreckungskammer in der Lage sein wird zu beurteilen, ob die Voraussetzungen des § 11 II StVollzG erfüllt sind. Deshalb ist es als sachgerechte Lösung zu billigen, dem Anstaltsleiter in Zusammenarbeit mit der Vollzugskonferenz allein die Entscheidung über die Anordnung von Vollzugslockerungen zu überlassen. Der Anstaltsleiter muss also im gegebenen Fall entgegen den VV zum StVollzG in eigener Verantwortung darüber befinden, ob er B zur Außenbeschäftigung und später zum Freigang zulassen will oder nicht. Freilich muss er auch dafür die Verantwortung tragen und kann sich davon nicht etwa durch entsprechende Empfehlungen eines Gerichts entlasten.

¹³¹ Vgl. *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 11 Rn. 1.

¹³² OLG Celle SH ZfStVo 1979, 11; dazu *Frisch* 1990, 755 f. mit beachtlichen Einwänden.

¹³³ Siehe VollzD 1977, 10 ff.; dazu ohne ausdrückliche Stellungnahme *Callies/Müller-Dietz* 2005, § 11 StVollzG Rn. 19.

6. Prognosefall

Kriminalprognose – Prognosemethoden – Einwände – Anwendung im Strafrecht – Gerichtshilfe – Straf- und Strafrestaussatzung zur Bewährung

Grundlage: Praktischer Fall

Sachverhalt: Die Staatsanwaltschaft hat gegen den 22 Jahre alten A Anklage wegen Raubes bei der Strafkammer erhoben. Aus den Akten geht hervor, dass A, der zum Tatzeitpunkt alkoholisiert war (BAK 1,4 ‰), **den betrunkenen Zechgenossen O durch Handkantenschläge kampfunfähig gemacht und dessen Brieftasche mit 500 € Bargeld weggenommen hat.** Das Geld gab er noch in derselben Nacht bei einem Zechgelage in einer Bar aus.

Zu den persönlichen Verhältnissen ergibt sich aus den Akten, dass der bislang nicht vorbestrafte A nach dem Abschluss der Hauptschule erfolgreich eine Lehre als Kraftfahrzeugmechaniker absolviert hat und bis wenige Tage vor der Tat bei einem Nettoeinkommen von zuletzt 1600 € monatlich regelmäßig bei seiner Lehrfirma gearbeitet hat. Vier Tage vor der Tat war er wegen eines verschuldeten Unfalls mit einem Kundenfahrzeug fristlos entlassen worden. Seither ist er arbeitslos und hat sich wegen der Ungewissheit über den Ausgang des Strafverfahrens auch keinen neuen Arbeitsplatz gesucht. In den letzten Monaten hat A Schulden in Höhe von 7000 € gemacht. A hat angegeben, dass sein Privatleben sechs Monate vor der Tat durcheinander geraten sei, weil ihn seine langjährige Freundin verlassen habe und er deshalb fast jeden Abend nach dem Besuch von Diskotheken, Bars und Spielhallen betrunken gewesen sei.

Der Verteidiger des A teilt vor der Hauptverhandlung dem Gericht mit, dass nach seiner Auffassung ein minder schwerer Fall i. S. des § 249 II StGB vorliege und deshalb Freiheitsstrafe von nicht mehr als einem Jahr zu erwarten sei, die nach § 56 I StGB zur Bewährung ausgesetzt werden müsse. Vorsorglich beantrage er die Ladung eines kriminologisch erfahrenen psychiatrischen Sachverständigen zum Beweis der Tatsache, dass A auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen werde. Hilfsweise solle die Gerichtshilfe durch einen möglichst konkreten Auftrag auf der Grundlage der kriminologischen Prognoseforschung zu einem Bericht veranlasst werden, aus dem sich alle kriminologisch relevanten Prognosemerkmale ergeben.

Die Staatsanwaltschaft ist zwar bereit, einen minder schweren Fall anzunehmen, hält jedoch eine Strafaussatzung zur Bewährung wegen der erheblichen kriminellen Energie des A und seiner besonderen Gefährdung in den letzten Monaten für höchst zweifelhaft. Sie wendet sich gegen die Ladung eines Sachverständigen, weil dies für einen ganz normalen Strafrechtsfall zu aufwendig sei und dadurch keine sicheren Aussagen über künftiges straffreies Verhalten bei Strafaussatzung zur Bewährung möglich seien. Außerdem verstießen solche Prognosen gegen die Menschenwürde sowie die im Strafrecht vorausgesetzte Willensfreiheit und würden auch im Falle einer negativen Prognose ungünstige Wirkungen bei dem Betroffenen erzeugen. Falls das Gericht die Gerichtshilfe beiziehen wolle, genüge ein allgemeiner Auftrag gem. § 160 III StPO, da die statistischen Prognoseverfahren nicht ausreichend gesichert seien.

Der kriminologisch ausgebildete Berichterstatter B erhält den Auftrag, die Kammer über den derzeitigen Stand der Prognoseforschung zu informieren und hierbei eine grundsätzliche Entscheidung über die aufgeworfenen Fragen vorzubereiten, die auch für die künftige Spruchpraxis der Kammer bedeutsam sei. B erarbeitet sich folgende Aufgabengliederung:

Aufgaben:

1. Wozu dient die Kriminalprognose und welche Prognosemethoden gibt es?
2. Sprechen die von der Staatsanwaltschaft geltend gemachten Einwände gegen die Anwendung wissenschaftlicher Prognoseverfahren?
3. Welche Vorzüge und welche Mängel weisen die statistischen Prognoseverfahren auf?
4. Sind Verbesserungen der statistischen Prognoseverfahren denkbar, die ihre Anwendbarkeit im Strafrecht erleichtern?
5. Ist es nach dem bisherigen Stand der Forschung möglich, für den Ermittlungsbericht der Gerichtshilfe einen Fragenkatalog auszuarbeiten, der die Berücksichtigung statistischer Prognoseverfahren gestattet? Welche Merkmalsbereiche könnte ein solcher Katalog umfassen? Zu welchen Aussagen hinsichtlich der Rückfallgefährdung des A würde das Gericht nach diesen Kriterien kommen? (Interessierende Merkmale, die im Fall nicht genannt sind, gelten als nicht vorliegend.)

6. Soll das Gericht einen Sachverständigen zur Prognosefrage heranziehen?
7. Zu welcher Entscheidung hinsichtlich der Strafaussetzung zur Bewährung würde das Gericht voraussichtlich gelangen, falls außer den aus den Akten ersichtlichen Umständen keine besonderen Merkmale ermittelt werden?

Zur Problemstellung: Der Fall berührt die wichtigsten Probleme der Prognoseforschung und ihrer praktischen Anwendung im Strafrecht. Mit dessen Öffnung für den Zweckgedanken und der damit verbundenen Differenzierung bei den Rechtsfolgen einer Straftat haben Prognosen in den letzten Jahrzehnten immer größere Bedeutung erlangt. Die Skepsis einiger früherer Gerichtsentscheidungen bezüglich wissenschaftlich begründeter Entlassungsprognosen¹ ist einer Flut von Prognosegutachten gewichen. Seit das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. 1. 1998 die Strafrestauesetzung zur Bewährung gemäß § 57 StGB sowie die bedingten Entlassungen aus dem Maßregelvollzug gemäß § 67 d StGB vom Gutachten eines Sachverständigen abhängig macht (s. u. Rn. 3), werden Prognosegutachten sogar noch häufiger als Schuldfähigkeitsbegutachtungen in Auftrag gegeben. In Prüfungsaufgaben kommen Fragen zur Kriminalprognose relativ häufig vor, da sie sich praxisnah mit Sanktionsentscheidungen verbinden lassen. 1

I. Aufgabe 1: Wozu dient die Kriminalprognose und welche Prognosemethoden gibt es?

1. Individuelle Kriminalprognosen, um die es hier allein geht, sind **Wahrscheinlichkeitsaussagen über das künftige Legalverhalten** von Personen.² Hierbei wird auf der Grundlage dessen, was aus der bisherigen Entwicklung eines bestimmten Täters bekannt ist, eine Einschätzung abgeleitet, wie sich der Betreffende in Zukunft voraussichtlich verhalten wird, insbesondere ob von ihm weitere Straftaten zu erwarten sind.³ Demgegenüber geht es bei der kollektiven Kriminalprognose (Kollektivprognose) um die Vorhersage der allgemeinen Kriminalitätsentwicklung in einem bestimmten Gebiet, Zeitraum oder innerhalb einer bestimmten Bevölkerungsgruppe.⁴

Hinsichtlich der **Anwendungsbereiche** der Individualprognose wird vornehmlich zwischen Urteils- und Entlassungsprognosen unterschieden. Das Unterscheidungskriterium bezieht sich also auf den Zeitpunkt der Prognosestellung: Findet diese vor Verhängung einer Sanktion statt, nennt man sie Urteilsprognose, wird sie nach (Teil-)Verbüßung einer Sanktion durchgeführt, Entlassungsprognose. 3

Urteilsprognosen muss das erkennende Gericht in folgenden Fällen stellen: 4

- § 46 I 2 StGB: Entscheidung über die Dauer der Strafe im Rahmen der schuldangemessenen Strafe (nach der Spielraumtheorie; BGHSt 7, 28, 32).
- § 47 I StGB: Ist die Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter unerlässlich?
- § 56 I StGB: Ist zu erwarten, dass der Verurteilte auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird?
- § 59 I 1 Nr. 1 StGB: Ist zu erwarten, dass der Verurteilte auch ohne Verurteilung zu Strafe keine Straftaten mehr begehen wird?
- „Gefährlichkeitsprognosen“ bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 61, 63–66 a, 68–70 StGB).
- Auch das Jugendstrafrecht beinhaltet zahlreiche Anwendungsfälle von Urteilsprognosen; diese sind etwa erforderlich bei der Wahl zwischen Erziehungsmaßregeln, Zuchtmitteln und Jugendstrafe sowie bei der Ausgestaltung der Jugendstrafe im Einzelnen und der Bemessung ihrer Dauer (vgl. insbesondere §§ 5 II, 10, 13 I, 17 II, 18 II, 21, 27 JGG sowie §§ 12 JGG i. V. m. 30, 34 SGB VIII).

¹ KG NJW 1972, 2228 ff.; 1973, 1420 f.

² Kaiser 1997, 408; Göppinger 1997, 191.

³ Meier 2003, § 7 Rn. 1.

⁴ Kaiser 1996, § 39 Rn. 40 f.; Kürzinger 1996, 312 ff.; Kollektivprognosen spielen im Strafrecht keine Rolle, bilden aber die Grundlage für politische Planungsentscheidungen (z. B. für die Personalausstattung von Polizei und Justiz oder die Einrichtung neuer Vollzugsanstalten); vgl. Meier 2003, § 7 Rn. 2.

- 5 **Entlassungsprognosen** benötigt die Strafvollstreckungskammer bzw. der Jugendrichter als Vollstreckungsrichter (vgl. § 82 I JGG) in folgenden Fällen:
- Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung (§§ 57, 57 a StGB sowie 88 I JGG).
 - Aussetzung der stationären Maßregeln der Besserung und Sicherung zur Bewährung (§ 67 d II StGB) sowie im Hinblick auf das Berufsverbot nach § 70 a I StGB.
 - Vorzeitige Aufhebung der „ambulanten“ Maßregeln Führungsaufsicht und Entziehung der Fahrerlaubnis (§§ 68 e I, 69 a VII StGB).

Um Entlassungsprognosen geht es auch bei den Entscheidungen über die Anordnung der **vorbehaltenen** und der **nachträglichen Sicherungsverwahrung** (§§ 66 a, 66 b StGB), für die allerdings das erkennende Gericht in einer neuen Hauptverhandlung zuständig ist (§ 275 a StPO).

Neben den Urteils- und Entlassungsprognosen wird häufig noch eine dritte Prognoseart angeführt, nämlich die **Vollzugsprognose** über das voraussichtliche Verhalten im Strafvollzug. Am wichtigsten sind die Flucht- und Missbrauchsprognosen. Diese müssen während des Vollzugs einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel bei Entscheidungen über die Gewährung von Vollzugslockerungen und Urlaub aus der Haft getroffen werden; z. B. § 11 II StVollzG: „Diese Lockerungen dürfen mit Zustimmung des Gefangenen angeordnet werden, wenn nicht zu befürchten ist, dass der Gefangene sich dem Vollzug der Freiheitsstrafe entziehen oder die Lockerungen des Vollzugs zu Straftaten *missbrauchen* werde.“

- 6 2. Kriminalprognosen haben in der strafrechtlichen Praxis eine herausragende Bedeutung. Sie sind Ausdruck der Entscheidung des Gesetzgebers für ein individualisierendes, spezialpräventiv ausgerichtetes Sanktionensystem (*v. Liszt*: „Zweckgedanke im Strafrecht“⁵), für das es bei der Auswahl und Bemessung einer Rechtsfolge maßgeblich darauf ankommt, ob die betreffende Strafe oder Maßregel für die Verhinderung weiterer Taten erforderlich ist.⁶ Das Erfordernis der Prognosestellung bei strafrechtlichen Sanktionen entspricht demnach dem aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe in Grundrechte der Bürger.

Der Schwerpunkt der neueren Entwicklung liegt auf dem Gebiet der Entlassungsprognosen, deren Anforderungen durch das „Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten“ vom 26. 1. 1998 generell für alle Delikte verschärft worden sind.⁷ In § 57 I 2 StGB und § 88 I JGG wurde die Erprobungsklausel gestrichen, so dass eine Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung jetzt nur noch in Betracht kommt, wenn sie „unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden kann“. Für die Entlassung aus dem Maßregelvollzug (§§ 63, 64, 66 StGB) verlangt § 67 d II StGB sogar eine positive Erwartungsprognose wie bei der originären Strafaussetzung zur Bewährung nach § 56 I StGB. Die Verpflichtung der Strafvollstreckungskammer nach den §§ 454 II, 463 III StPO, bei allen Maßregeln und allen Freiheitsstrafen von mehr als zwei Jahren wegen Verbrechen, wegen der meisten Sexualvergehen und wegen §§ 224, 225, 323 a StGB vor einer bedingten Entlassung das Gutachten eines Sachverständigen einzuholen, hat zu einer enormen Ausweitung der Entlassungsprognosegutachten geführt. § 454 II StPO, der vom Sachverständigen eine Aussage dahin gehend verlangt, dass „bei dem Verurteilten keine Gefahr mehr besteht“, überschätzt die Möglichkeiten von Kriminalprognosen, die prinzipiell nur als Wahrscheinlichkeitsaussagen möglich sind. Im Wege teleologischer und systematischer Auslegung muss das Beweisthema für den Sachverständigen deshalb i. S. der Risikoeinschätzung am Maßstab der materiellen Prognoseklauseln der §§ 57 I, 67 d II StGB formuliert werden.⁸

- 7 3. **Methodisch** unterscheidet man zwischen **intuitiver, klinischer und statistischer Prognose**. Bei den statistischen Prognosen ist weiter zu differenzieren nach Punkteverfahren, Punktwertverfahren und Strukturprognoseverfahren. Die statistische und klinische Methode gelten als „wissenschaftliche“ Prognoseverfahren, die intuitive Methode als Vorgehensweise der Praxis.⁹ Die gelegentlich erwähnte Kategorie „ganzheitliche Prognose“ kennzeichnet keine eigenständige Methode, sondern nur eine Kombination von statistischer, klinischer und intuitiver Prognose,¹⁰ die – wie es der modernen Prognoseforschung entspricht – auch den sozialen Empfangsraum¹¹ einzubeziehen versucht. Eine Sonderform der klinischen Methode ist die von Göppinger entwickelte Methode der idealtypisch verglei-

⁵ *V. Liszt* 1882, 126 ff.

⁶ *Meier* 2003, § 7 Rn. 4.

⁷ Kritisch dazu *Schöch* 1998, 1257 ff.

⁸ *Schöch* 1998, 1257 ff.; zust. *Meyer-Gößner* 2005, § 454 Rn. 57.

⁹ *Kaiser* 1996, § 88 Rn. 4 f.

¹⁰ A. A. *Schneider* 1987, 320.

¹¹ Vgl. *Nedopil* 2000, 245.

chenden Einzelfallanalyse.¹² Neuere Prognoseverfahren zielen auf die Kombination von statistischer und klinischer Prognose ab.¹³

3.1 Die **intuitive Prognose** ist die in der Strafrechtspraxis fast durchweg angewandte Einschätzung des Täters und der Sanktionswirkungen durch Personen, die hierfür keine psychiatrische oder psychologische Ausbildung besitzen (z. B. Richter oder Staatsanwälte). Sie beruht auf der mehr oder weniger **subjektiven, gefühlsmäßigen (intuitiven) Einschätzung des Beurteilers, die durch dessen Menschenkenntnis und Berufserfahrung geprägt wird**. Sie genügt daher nicht den wissenschaftlichen Postulaten systematischer Erkenntnisgewinnung und objektivierbarer Beurteilungskriterien, zumal nicht auszuschließen ist, dass „Alltagstheorien“ oder die eigene Werthierarchie des Beurteilers den Ausschlag geben.¹⁴ Es handelt sich also im Grunde – wie bereits angesprochen – nicht um eine wissenschaftliche Methode, sondern um ein Behelfsverfahren, das jedoch in der Praxis unentbehrlich und am weitesten verbreitet ist, da die Heranziehung spezieller Sachverständiger in der Mehrzahl der Fälle zu zeitraubend und kostenaufwendig wäre.¹⁵ Allerdings dürfte bei Richtern, Staatsanwälten, Vollzugsbeamten sowie Gerichts- und Bewährungshelfern mit längerer Berufserfahrung eine intuitive Aneignung der Prognosekriterien erfolgen, die in der klinischen und statistischen Prognoseforschung entwickelt wurden.¹⁶ So werden bei der intuitiven Prognose vor allem auch die strafrechtliche Vorbelastung des Täters, seine Sozialisationsbiographie, das Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen und Hinweise auf das Vorliegen einer Suchtproblematik berücksichtigt.¹⁷ Obwohl diese „geronnene Erfahrung“¹⁸ zu beachtlicher Treffsicherheit führen kann,¹⁹ ist bei der Mehrzahl der intuitiven Prognosen das Fehlerrisiko am größten.²⁰ Dies wirkt sich überwiegend zu Lasten von Vorbestraften und sozial auffälligen Straftätern aus, weil die selektive Wahrnehmung tendenziell zu einer Überbewertung der strafrechtlichen Vorbelastung und anderer Negativmerkmale führt.²¹

3.2 Die **klinische Prognose** – auch empirische Individualprognose genannt – wird von **Psychiatern und Psychologen mit spezieller kriminologischer Erfahrung** gestellt. Sie beruht auf einer Erforschung der Täterpersönlichkeit durch psychodiagnostische Testverfahren, Exploration (Kombination von Befragung und Beobachtung) und Untersuchung des Lebenslaufes, der Familienverhältnisse, des Arbeits- und Freizeitverhaltens sowie der bisherigen Delinquenz. Teilweise werden – entsprechend der neurologisch-psychiatrischen Vorgehensweise – auch körperliche Untersuchungen, elektroencephalographische und weitere klinische Hilfsuntersuchungen durchgeführt.²² Die abschließende prognostische Gewichtung der Einzelbefunde setzt kriminologisches Bezugswissen und Erfahrung mit Straffälligen voraus, weshalb nur wenige Psychiater und Psychologen für die Kriminalprognose in Betracht kommen. Da gerade dieser letzte Schritt i. d. R. nicht vollkommen objektivierbar ist, sondern auf einer „verstehenden Erfassung und Beurteilung der Täterpersönlichkeit“ beruht,²³ hängt die Richtigkeit der klinischen Prognose oft entscheidend von der speziellen Erfahrung des Sachverständigen ab. In den letzten Jahren haben vor allem forensische Psychiater und Psychologen differenzierte und objektivierte Kriterienkataloge zu den Bereichen frühere Delinquenz, Persönlichkeitsentwicklung vor und nach der Straftat, Krankheitssymptomatik und Zukunftsperspektiven vorgelegt, die zwar von Juristen oder anderen „Laien“ nicht allein angewandt werden können, die ihnen aber ermöglichen, Transparenz und Plausibilität des Prognosegutachtens zu überprüfen.²⁴

¹² S. u. Rn. 16.

¹³ Meier 2005, § 7 Rn. 24.

¹⁴ Göppinger 1997, 193.

¹⁵ Kaiser 1997, 412; Meier 2005, § 7 Rn. 34.

¹⁶ Fenn 1981, 210 f.

¹⁷ Göppinger 1997, 193 f.; Kaiser 1996, § 88 Rn. 4.

¹⁸ Kaiser 1997, 411.

¹⁹ Eindrucksvoll Wyss 1992, 80 ff.

²⁰ Vgl. Göppinger 1997, 193 f.; daher mit verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf einen Verstoß gegen das Gleichheitsprinzip des Grundgesetzes (Art. 3 I GG): Schneider 1987, 313.

²¹ Meier 2005, § 7 Rn. 39.

²² Göppinger 1997, 194.

²³ Leferenz 1972, 1375.

²⁴ Nedopil 2000, 244 f. m. w. N.; Rasch/Konrad 2004, 396.

Nachteilig sind in praktischer Hinsicht bei klinischen Prognosen vor allem Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie, also insbesondere deren hohe Kosten, der teilweise erhebliche Zeitaufwand und die damit einhergehende Verfahrensverlängerung. Klinische Prognosegutachten können daher nur in Ausnahmefällen eingeholt werden. Hinzu kommt, dass deren Kriterien fast ausnahmslos anhand kriminologischer Sonder- und Extremgruppen, die nicht selten auch psychopathologische Auffälligkeiten zeigen, entwickelt wurden. Im großen Bereich der Alltagskriminalität ergeben sich mithin oft nur ungewisse Vorhersagen, deren Verwertbarkeit und Verlässlichkeit beschränkt ist.²⁵

Trotz ihrer Nachteile gilt die klinische Prognose – v. a. auch aufgrund der dargestellten Grenzen der bisherigen statistischen Prognoseverfahren – in Literatur und Praxis als überlegen.²⁶ Gleichwohl liegen gesicherte statistische Nachweise hierfür bislang nicht vor.²⁷

- 10** 3.3 Die **statistische Prognose** beruht auf der Annahme, dass die **Wahrscheinlichkeit künftiger Straftaten** umso größer ist, je mehr **kriminogene Merkmale (Prädiktoren)** bei einer Person vorliegen. Bei ihr kommt das der Prognose zugrunde liegende Prinzip, nämlich die praktische Anwendung der Ergebnisse der Ursachenforschung, am deutlichsten zum Ausdruck. Prognose ist die Transformation der kriminalitätserklärenden „Theorie“ (hier meist multifaktorielle Konzepte) auf die Vorhersage künftigen Legalverhaltens. Die statistischen Prognoseverfahren – sog. **Prognosetafeln** – beruhen auf folgenden **Konstruktionsprinzipien**:

- 11** Als kriminogene Merkmale werden zunächst solche Merkmale ermittelt, die bei **Vergleichsuntersuchungen von Rückfälligen und Nichtrückfälligen** (nach einer bestimmten Sanktion) oder von **Straffälligen und Nichtstraffälligen** (so nur bei den Prognosetafeln von *Sheldon und Eleanor Glueck*) besonders hoch mit Rückfall bzw. Straffälligkeit korrelieren, also bei der Gruppe der Rückfälligen oder Straffälligen überdurchschnittlich häufig vorliegen. Für diese Merkmale werden „Schlechtpunkte“ vergeben, während „Gutpunkte“ für prognostisch günstige Merkmale meist nicht berücksichtigt werden.²⁸

Im zweiten Schritt wird für jeden einzelnen Probanden der Erhebungsstichproben festgestellt, wie viele Merkmale und damit Schlechtpunkte bei ihm vorliegen.

Im dritten Schritt wird der Anteil der Rückfälligen (bzw. Straffälligen) bei einer bestimmten Punktzahl oder Punktzahlklasse ermittelt (z. B. bei *Meyer* 1965: für 3–6 Punkte 58 % Rückfällige, 7 und mehr Punkte 100 % Rückfällige). Diese Quoten werden in der Prognosetafel als **Maß für die Rückfallwahrscheinlichkeit** zugrunde gelegt.

Bei der Anwendung solcher Prognosetafeln, die durch Feststellung der Merkmale und Aufaddierung der Punktwerte erfolgt, ist deshalb genau genommen **keine individuelle**, sondern nur eine **gruppenbezogene Aussage** möglich, z. B.: „Der Proband gehört zu einer Gruppe, deren Rückfallwahrscheinlichkeit 58 % beträgt.“ Obwohl eine einzelne Person nur rückfällig oder nicht rückfällig werden kann, ist es legitim und in der mathematischen Statistik üblich, für das einzelne Mitglied einer solchen Gruppe zu sagen, dass seine Rückfallwahrscheinlichkeit z. B. 58 % beträgt.²⁹ Die statistischen Prognoseverfahren werden danach unterschieden, auf welche Weise (Gewichtung) die ermittelten kriminogenen Merkmale in den Tafeln verarbeitet werden.

Insoweit haben sich drei Varianten der statistischen Prognose entwickelt.

- 12** 3.3.1 Bei den frühen einfachen **Punkteverfahren** erhielt jedes Merkmal einen Punkt, sämtliche Faktoren wurden also als gleichwertig behandelt. Da Gewicht und Intensität der einzelnen Merkmale keine Berücksichtigung fanden, mussten hier i. d. R. mehr Merkmale als bei den Punktwertverfahren beachtet werden, um zu klaren Ergebnissen zu kommen.³⁰

Als Beispiel für eine Prognosetafel, die auf einem derartigen „einfachen Punkteverfahren“ aufbaut, sei auf die Tafel von *F. Meyer* hingewiesen. Vorgesehen war diese für die Prognose bei der Verhängung von bzw. Entlassung aus Jugendstrafe von unbestimmter Dauer (§ 19 JGG a. F.; beseitigt durch das 1. JGGÄndG von 1990). Dabei waren für die Urteilsprognose 19 und für die Entlassungsprognose 21 Faktoren heranzuziehen. Lagen bei einem jugendlichen Probanden 0–2 Merkmale vor, so gab *Meyer* für die Urteilsprognose die Rückfallwahrscheinlichkeit mit 22 % an, bei 3–6 Faktoren mit 58 % und ab 7 Faktoren bereits mit 100 %.

²⁵ Vgl. *Kaiser* 1997, 412.

²⁶ Vgl. *Leferenz* 1972, 1365 ff.; *Göppinger* 1997, 201.

²⁷ Vgl. aber *Leferenz* 1972, S. 1366; kritisch *Spieß* 1993 a, 287 f.; *Schöch* 1998, 1257 ff.

²⁸ Ausführliche Beschreibung der hier erwähnten Prognosetafeln bei *Mey* 1967, 514 ff.; *Schneider* 1967, 414 ff.; 1979, 277 ff.; weitere Nachweise bei *Eisenberg* 2005, § 21 Rn. 20 ff.

²⁹ *Schöch* 1988, 142 Fn. 49 m. w. N.

³⁰ Z. B. *Meyer*: 19 Faktoren für die Urteils- und 21 für die Entlassungsprognose; *Klapdor*: 17 bzw. 23; dagegen *Glueck/Glueck*: 3–5; *Mannheim/Wilkins*: 7 Merkmale.

3.3.2 In anderen Prognosetafeln hingegen, den sog. **Punktwertverfahren** wurden die einzelnen Merkmale nicht gleichwertig behandelt, sondern nach der Stärke ihrer Korrelation mit dem Rückfall gewichtet. Die *Gluecks* legten dabei die Prozentzahlen der Straffälligen für jedes Merkmal zugrunde, während *Mannheim/Wilkins* die bisher wohl ausgefeilteste Prognosetafel vorgelegt haben. Letztere zogen umgerechnete Korrelationskoeffizienten heran und verwendeten mithin den exakten statistischen Zusammenhang zwischen biographischen Merkmalen und Rückfälligkeit. Eine zusätzliche Bewertung nach der Intensität der Merkmalsausprägung sah *Frey* für seine 8 (bzw. 10) Prognosemerkmale vor, doch erfolgte bei ihm eine **intuitive Gewichtung**, bei der es dem Anwender anheim gestellt wurde, wie stark er einen einzelnen Faktor gewichten wolle. Demzufolge war diese Methode mit den Unsicherheiten der intuitiven Prognose belastet. 13

3.3.3 Eine dritte Gruppe statistischer Prognoseverfahren stellen schließlich die **Strukturprognosetafeln** dar. Diese beruhen auf ähnlichen Konstruktionsprinzipien wie die Punktwertverfahren, doch berücksichtigen sie Wechselbeziehungen der einzelnen Prognosemerkmale untereinander in deutlich höherem Maße, indem die Merkmale nicht einfach addiert, sondern nach der Stärke ihres Zusammenhangs mit dem Erfolgskriterium hintereinander geschaltet werden.³¹ Auf diese Weise ergeben sich verschiedene **typenartige Merkmalskombinationen** mit unterschiedlicher Rückfallwahrscheinlichkeit, die gewisse Differenzierungselemente der klinischen Prognose aufnehmen. Infolge der erheblichen Aufspaltung der Untersuchungspopulation durch Merkmalskombinationen sind für gute Tafeln sehr große Stichproben erforderlich. Vor allem wegen dieser Konstruktionschwierigkeiten sind die Strukturprognosetafeln über erste Ansätze noch nicht hinausgekommen und den herkömmlichen statistischen Verfahren bisher kaum überlegen.³² 14

3.3.4 Während die Entwicklung statistischer Prognosen seit fast 40 Jahren stagniert,³³ sind in der klinischen Prognoseforschung in den letzten Jahren einige Fortschritte zu verzeichnen. Insbesondere in der forensischen Psychiatrie gibt es weiterführende Ansätze, die **Vorteile der klinischen und der statistischen Methode miteinander zu kombinieren**. Hierbei wurden Prognoseinstrumente in Form von Katalogen objektivierbarer Kriterien klinischer Kriminalprognose entwickelt. In Deutschland etwa stellte *Nedopil* aufgrund einer systematischen Auswertung von Prognosegutachten verschiedener Experten einen übersichtlich strukturierten Kriterienkatalog für Risikofaktoren vor.³⁴ 15

Eine Kombination von klinischer und statistischer Methode stellt auch das HCR-20-Schema (Historical Clinical Risk) von *Webster/Eaves* dar, das in Abstufungen von 0 bis 2 insgesamt 20 Variablen aus der Sozialbiographie des Probanden in den drei Dimensionen Vergangenheit, Variablen der Gegenwart und Risikovariablen der Zukunft kombiniert.³⁵ Die Vorhersage wird in Wahrscheinlichkeitsaussagen („niedriges“, „mittleres“, „hohes Risiko“) formuliert, wobei gleichzeitig angegeben werden soll, für welchen Zeitraum die Vorhersage Gültigkeit beanspruchen kann und welche Faktoren das Risiko im betreffenden Zeitraum verändern können.³⁶ Entwickelt wurde das HCR-20 zur Vorhersage des künftigen Verhaltens gewalttätiger Probanden, bei denen der Verdacht auf eine psychische Erkrankung oder Persönlichkeitsstörung besteht.

Anzuführen ist auch der von *Müller-Isberner* und Mitarbeitern für Deutschland adaptierte kanadische SVR-20 (Sexual Violence Risk 20), ein Instrument zur Vorhersage sexueller Gewalttaten, das 20 Merkmale aus den Bereichen psychosoziale Anpassung, Sexualdelinquenz und Zukunftspläne im Hinblick auf ihr Vorliegen und die aktuellen Entwicklungen ohne festgelegte Punktwerte erfasst.³⁷

Einige der im HCR-20 bereits erprobten und teilweise recht gut operationalisierten Variablen hat *Nedopil* in sein unabhängig davon schon früher entwickeltes Prognoseschema übernommen. Unter Beibehaltung der vier Hauptdimensionen Ausgangsdelikt, anamnestische Daten, postdeliktische Persönlichkeitsentwicklung und sozialer Empfangsraum hat er in die 2000 veröffentlichte **„Integrierte Liste der Risikovariablen“** verschiedene Merkmale direkt aus dem HCR-20 übernom-

³¹ Beispiele bei *Lefrenz* 1972, 1363 ff.; *Göppinger* 1980, 351 f.

³² Vgl. *Göppinger* 1997, 199; *Eisenberg* 2005, § 21 Rn. 33; ambivalent bezüglich Verbesserungsmöglichkeiten: *Kaiser* 1997, 416.

³³ Zu den Gründen: *Kaiser* 1996, § 88 Rn. 1 ff.; sowie unten Rn. 24 ff.

³⁴ Vgl. sogleich Tabelle 1; *Nedopil* 2000, 245. Auch *Rasch* hat aufgrund seiner langjährigen Begutachtungserfahrung einen vergleichbaren dimensional Katalog vorgelegt – vgl. *Rasch/Konrad* 2004, 396.

³⁵ Vgl. *Webster/Eaves* 1995.

³⁶ *Müller-Isberner/Gonzalez Cabeza* 1998, 185 ff.

³⁷ *Müller-Isberner/Gonzalez Cabeza/Eucker* 2000, 89 f.

men.³⁸ *Nedopil* verzichtet allerdings vollständig auf eine Auszählung oder Gewichtung der einzelnen Merkmale und betont deshalb, dass es sich nicht um Prognoseparameter im herkömmlichen Sinne handle, sondern um Risikofaktoren, deren Beurteilung und Gewichtung im Gesamtzusammenhang einer psychiatrischen Ausbildung und Erfahrung sowie einer intensiven Schulung bedürften.

Es bleibt festzuhalten, dass die empirisch validierten Kriterienlisten gegenüber den früheren Vorgehensweisen bei der klinischen Prognose eine wesentliche Fortentwicklung darstellen.

Integrierte Liste der Risikofaktoren nach *Nedopil*

A. Das Ausgangsdelikt

1. Statistische Rückfallwahrscheinlichkeit
2. Bedeutung situativer Faktoren für das Delikt
3. Einfluss einer vorübergehenden Krankheit
4. Zusammenhang mit einer Persönlichkeitsstörung
5. Erkennbarkeit motivationaler Zusammenhänge

B. Anamnestische Daten

1. Frühere Gewaltanwendung
2. Alter bei 1. Gewalttat
3. Stabilität von Partnerbeziehungen
4. Stabilität in Arbeitsverhältnissen
5. Alkohol-/Drogenmissbrauch
6. Psychische Störung
7. Frühe Anpassungsstörungen
8. Persönlichkeitsstörungen
9. Frühere Verstöße gegen Bewährungsauflagen

C. Postdeliktische Persönlichkeitsentwicklung (klinische Variablen)

1. Krankheitseinsicht und Therapiemotivation
2. Selbstkritischer Umgang mit bisheriger Delinquenz
3. Besserung psychopathologischer Auffälligkeiten
4. Pro-/antisoziale Lebenseinstellung
5. Emotionale Stabilität
6. Entwicklung von Coping-Mechanismen
7. Widerstand gegen Folgeschäden durch Institutionalisierung

D. Der soziale Empfangsraum (Risikovariablen)

1. Arbeit
2. Unterkunft
3. Soziale Beziehungen mit Kontrollfunktionen
4. Offizielle Kontrollmöglichkeiten
5. Verfügbarkeit von Opfern
6. Zugangsmöglichkeit zu Risiken
7. Compliance (Bereitschaft des Patienten zur Mitwirkung an therapeutischen Maßnahmen)
8. Stressoren

E. PCL-R Wert³⁹

- 16 Als Sonderform der klinischen Prognose ist die von *Göppinger* entwickelte und von *Bock* weitergeführte **Methode der idealtypisch-vergleichenden Einzelfallanalyse** anzusehen.⁴⁰ Sie lässt sich als objektivierte klinische Prognose für nicht psychiatrisch oder psychologisch ausgebildete Personen kennzeichnen. Sie soll also insbesondere dem Juristen eine empirisch-kriminologisch und systematisch fundierte Erfassung durch Befragung des Probanden und Erstauswertung (Anamnese) sowie eine darauf basierende Diagnose und Prognose des kriminellen Verhaltens sowie Interventionsempfehlungen ermöglichen.⁴¹

³⁸ *Nedopil* 2000, 244 f.; ausführlich *Nedopil* 2005, 122 ff.

³⁹ „Psychopathy-Checklist-Revised (PCL-R)“ von *Hare*, die sich als Prognoseinstrument für die Behandlungs- und Entlassungsprognose international bewährt hat. Bei dieser sind 20 Merkmale aus der Biographie und der klinischen Beobachtung nach einer genau vorgeschriebenen Operationalisierung zu bewerten und nach einem im Manual vorgeschriebenen Algorithmus zu verrechnen (Darstellung und Würdigung der revidierten Psychopathie-Checkliste bei *Nedopil* 2000, 305; 2005, 99 ff.).

⁴⁰ *Göppinger* 1985, 32 ff.; 1997, 328 ff.; *Bock* 2000, Rn. 407 ff.

⁴¹ *Meier/Rössner/Schöch* 2003, § 6 Rn. 36 m. w. N.; zum wissenschaftlichen Hintergrund *Schneider, H.* 1996.

Die Methode wurde mit den Ergebnissen der umfangreichsten deutschen Vergleichsstudie, der „Tübinger Jungtätervergleichsuntersuchung“ entwickelt und ist inzwischen vielfach erprobt.⁴² Diagnose und Prognose bei der „Methode der idealtypisch-vergleichenden Einzelfallanalyse“ beruhen auf der Erfassung und Analyse der kriminalitätsrelevanten Lebensbereiche Erziehung in Kindheit und Jugend, Aufenthaltsbereiche (Elternhaus, Pflegeeltern, Heim usw.), Leistungsbereiche (Schule, Ausbildung, Arbeit), Freizeit und selbst gewählter Kontaktbereich (Freunde, Bekannte) sowie Kriminalität und Delinquenz. Die Analyse erfolgt dann in drei Dimensionen, der sog. „kriminologischen Trias“.

In einem ersten Schritt der Sozial- und Verhaltensanalyse erfolgt der Vergleich des Lebenslängsschnittes des Probanden (Verhalten von der Kindheit bis zur Gegenwart) mit dem idealtypischen Verlauf bei einem wiederholt Straffälligen (kriminalitätstypisches Verhalten, sog. K-Verhalten) einerseits und dem bei einer Person aus der Durchschnittspopulation andererseits (D-Verhalten). Diese beiden „idealtypischen“ Verhaltensweisen bilden die Grenzwerte, zwischen denen der zu begutachtende Einzelfall einzuordnen ist.

Im zweiten Schritt, der „Lebensquerschnittsbetrachtung“, wird der Zeitraum unmittelbar vor der letzten Tat auf das Vorliegen kriminorelevanter Kriterien überprüft.⁴³

In einem dritten Schritt wird die Analyse durch einen Blick auf die Relevanzbezüge des Probanden, d. h. auf die den Alltag bestimmenden und tief verwurzelten Charakteristika des Lebensstils, sowie auf die Wertorientierung abgerundet.

Insgesamt handelt es sich also um ein recht anspruchsvolles und differenziertes Instrumentarium, dessen Schwerpunkt im diagnostischen Bereich, also bei der „Erfassung des individuellen Täters in seinen sozialen Bezügen“⁴⁴ liegt, während die prognostische Umsetzung noch in den Anfängen steckt.⁴⁵ Integration und Gewichtung der vielfältigen Befunde bleiben schwierig und setzen eine gewisse Erfahrung im Umgang mit straffälligen Menschen voraus. Allerdings liegt bisher weder eine retrospektive noch eine prospektive Überprüfung des seit den siebziger Jahren von Göppinger und einigen seiner Schüler praktizierten prognostischen Einsatzes vor.

Die Einbeziehung kriminovalenter Konstellationen bei der Methode Göppingers zeigt, dass die künftige Entwicklung eines Menschen nicht nur auf der Basis von Risikofaktoren beurteilt werden sollte. Die damit verbundene Gefahr zu ungünstiger Prognosen kann vielmehr durch Einbeziehung protektiver Faktoren, wie sie in der neueren psychologischen Forschung herausgearbeitet worden sind,⁴⁶ verhindert werden. Hierbei handelt es sich um Merkmale oder Merkmalskombinationen, die junge Menschen vor der Entwicklung antisozialen Verhaltens schützen, teils um Gegenpole von Risikofaktoren (z. B. hohe Intelligenz oder Vorhandensein einer stabilen Bezugsperson), teils aber auch um neue Faktoren ohne vergleichbaren Risikopol (z. B. hohes Erregungsniveau, realistische Selbstwerteinschätzung, religiöse Orientierung). Solche kriminalitätsverhindernden Faktoren können auch zur Verbesserung von Präventions- und Interventionsprogrammen beitragen, z. B. bei der Ausgestaltung von Bewährungsweisungen und -auflagen.

17

II. Aufgabe 2: Sprechen die von der Staatsanwaltschaft geltend gemachten Einwände gegen die Anwendung wissenschaftlicher Prognoseverfahren?

1. Ähnlich wie bei psychologischen Testverfahren oder psychiatrischen Explorationen werden gegen wissenschaftliche Prognoseverfahren gelegentlich Bedenken wegen Verletzung der **Menschenwürde** geltend gemacht, weil der Proband unter Missachtung seiner Individualität zum Objekt genereller wissenschaftlicher Kriterien degradiert werde. Die wissenschaftliche Prognose dient aber gerade dazu, das Individuum und seine Behandlungsbedürftigkeit sachgerecht und nach kontrollierbaren Kriterien zu beurteilen. Sie geht zwar von allgemeinen Erfahrungen über menschliches Verhalten und damit von einer gewissen **Vergleichbarkeit der Menschen** aus, doch wird die verbleibende **Einzigartigkeit des Individuums** bei Berücksichtigung dieser kriminologischen Grundlagen eher respektiert als bei unwissenschaftlichen Zufallsentscheidungen. Im Übrigen läge eine Verletzung der Menschenwürde nur dann vor, wenn mit **unzulässigen Untersuchungsmethoden** (z. B. mit Hypnose, pharmakologischen Manipulationen oder anderen nach § 136 a StPO verbotenen Vernehmungsmethoden) Informationen erlangt würden, die sonst nicht zur Verfügung stünden. Das ist jedoch bei keinem der Prognoseverfahren der Fall, und die Missbrauchsgefahr ist hier geringer als bei anderen Tatsachenfeststellungen, weil überwiegend an bekannte Daten aus dem Lebenslauf angeknüpft werden kann.

18

2. Der Einwand, die Kriminalprognose sei nicht mit der bei strafrechtlicher Schuld vorausgesetzten **Willensfreiheit** zu vereinbaren, ist schon dogmatisch unschlüssig, weil unser Strafrecht selbst an vie-

19

⁴² Meier/Rössner/Schöch 2003, § 6 Rn. 36 m. w. N.

⁴³ Göppinger 1985, 96 ff.

⁴⁴ Göppinger 1985, 75–116.

⁴⁵ Skeptisch auch Schneider, H. 1996, 16; Ansätze jetzt bei Bock 2000, Rn. 825 ff.

⁴⁶ Lösel/Bender 2000, 117 ff. m. w. N.

len Stellen Prognosen voraussetzt. Die wissenschaftliche Prognose setzt aber auch keine Entscheidung des empirisch nicht lösbaren Problems der Willensfreiheit voraus (s. o. Fall 4, Rn. 21 f.). Prognosen sind immer nur **Wahrscheinlichkeitsaussagen**, es gibt **keine hundertprozentige Prognosesicherheit**. Wenn in einigen Prognosefeldern die Wahrscheinlichkeit des Rückfalls mit 100 % angegeben wird, so handelt es sich um eine methodische Ungenauigkeit, weil nicht berücksichtigt wird, dass es sich um Stichprobenergebnisse mit begrenzter Allgemeingültigkeit handelt (Problem des Vertrauensintervalles, s. u. III.). Auch ein Indeterminist kann aber einräumen, dass die „freien Willensentscheidungen“ gewisse Regelmäßigkeiten aufweisen, die es ermöglichen, aus vergangenem Verhalten mit statistischer Wahrscheinlichkeit Vorhersagen für künftige Ereignisse zu formulieren.⁴⁷ Prognosen wären danach Aussagen darüber, wie sich Menschen mit bestimmten Eigenschaften erfahrungsgemäß verhalten.

20 3. Soweit der Einwand mangelnder Sicherheit der Prognosen auf der Annahme beruht, es sei nicht möglich, menschliches Verhalten allgemein oder speziell im Bereich der Kriminalität jemals mit gleicher Sicherheit vorherzusagen wie naturwissenschaftliche Ereignisse, wurde er bereits mit dem Hinweis auf die notwendige probabilistische Struktur der Prognosen widerlegt. In fast allen Bereichen der Human- und Sozialwissenschaften ergibt sich aus der Natur der Sache, dass wir uns mit Wahrscheinlichkeitsaussagen begnügen müssen. Die Schwierigkeiten, die sich daraus für konkrete strafrechtliche Entscheidungen ergeben, müssen durch interessenabwägende Auslegung der Prognoseklauseln im Strafrecht gelöst werden.⁴⁸ Gerechtfertigt sind dagegen Zweifel an der **Zuverlässigkeit, Treffsicherheit** und **empirischen Absicherung** der bisherigen wissenschaftlichen Prognoseverfahren (s. u. Rn. 24–34). Diese Mängel sind aber nicht so gravierend, dass deshalb die intuitive Methode den Vorzug verdienen würde.⁴⁹ Vielmehr ermöglichen selbst einfachste statistische Prognoseverfahren genauere Vorhersagen als die Mehrzahl der intuitiven Prognosen.⁵⁰ Für die klinische Methode ist diese Überlegenheit evident.⁵¹

21 4. Einer der wichtigsten Einwände gegen die Anwendung wissenschaftlicher Prognoseverfahren betrifft deren mögliche schädliche Auswirkungen auf den Probanden wegen der Gefahr eines sozialpsychologischen Rückkoppelungseffekts im Sinne einer **„sich-selbst-erfüllenden-Vorhersage“** („**self-fulfilling prophecy**“).⁵² Es wird vielfach befürchtet, eine negative Prognose habe psychologische bzw. sozialpsychologische Auswirkungen auf den Probanden, die im Wesentlichen auf zwei Mechanismen zurückzuführen seien. Zum einen finde durch die Prognose eine Beeinflussung des Probanden statt. Der Proband glaube an die Richtigkeit der Prognose und beginne demzufolge, sich entsprechend der Prognose zu verhalten und diese in sein Selbstbild zu übernehmen („Wenn die Gesellschaft glaubt, und mir Ärzte und Richter sagen, bei mir bestehe eine hohe Rückfallgefahr, dann wird das wohl so sein.“).

Zum anderen führe eine negative Prognose zu einer **Diskriminierung und Stigmatisierung** des Probanden; er werde als „hoffnungsloser Fall“⁵³ abgestempelt und man erwarte vom Straffälligen geradezu, dass er seinem Ruf gerecht werde. Dieser Prozess führe nun dazu, dass der straffällig Gewordene noch stärker in eine soziale Außenseiter-Rolle gedrängt wird, was seine künftige Normkonformität weiter erschwere („sozialer Ausgliederungsdruck“⁵⁴). Eine negative Prognose setze demnach eine **unerwünschte Eigendynamik** in Gang.

Dies entspricht auch dem Erklärungsmodell der Theorie der sekundären Abweichung von *Lemert*, wonach der primären Abweichung (erste Straftat) kein besonderes Gewicht beizumessen sei. Erst die stigmatisierende staatliche Reaktion auf diese, also insbesondere die strafrechtliche Sanktion, setze den Prozess der sekundären Abweichung in Gang (→ Fall 1 Rn. 64). Bei weiteren Straftaten und wiederholter Bestrafung nehme der Bestrafte eine immer feindseligere Haltung gegenüber der Gemeinschaft ein, um schließlich endgültig den Status eines Kriminellen anzunehmen und danach zu handeln. Die Annahme sanktionsbedingter Rückkoppelungseffekte wird auch durch das Konzept der „sozialen Progression“ oder „Dissoziation“⁵⁵ gestützt, worunter ein Prozess der gesell-

⁴⁷ Vgl. *Jescheck/Weigend* 1996, 89.

⁴⁸ Vgl. Rn. 34 f. und Fall 8, sowie *Frisch* 1983, 94 ff.

⁴⁹ *Schneider* 1987, 326 f.

⁵⁰ Skeptisch: *Kaiser* 1997, 415.

⁵¹ Vgl. *Lefrenz* 1972, 1373.

⁵² Vgl. *Schneider* 1987, S. 323 ff.; *Meier* 2005, § 7 Rn. 14; *Göppinger* 1997, 192 f.; *Kaiser* 1996, § 88 Rn. 12.

⁵³ *Göppinger* 1997, 192 f. bezeichnet dies als „soziale Progression“ bzw. „sozialpsychologischen Rückkoppelungseffekt“.

⁵⁴ Vgl. *Schneider* 1987, 324.

⁵⁵ *Göppinger* 1997, 192 m. w. N.

schaftlichen Ausgliederung verstanden wird, der die Mitglieder einer sozial nicht angepassten Gruppe durch zunehmenden Druck in noch größere soziale Abweichung drängt.

Obwohl bisher, außer speziell ausgewählten Einzelfalldarstellungen, noch keine empirischen Ergebnisse vorliegen, welche die Allgemeingültigkeit der Hypothese einer „self-fulfilling prophecy“ bestätigen, ist sie sehr ernst zu nehmen. Denn es gibt in anderen Wissenschaftsdisziplinen, z. B. in der Pädagogik, der Wirtschaftsprognostik und der internationalen Konfliktforschung Anhaltspunkte dafür, dass allein die Vorhersagen der verantwortlichen Politiker oder Lehrer durchaus reale Konsequenzen für das Verhalten von Gesellschaften oder Individuen haben können.

22

Die Überlegung, dass wir uns den spiegelbildlichen Vorgang (eine positive Prognose leiste einen wirkungsvollen Beitrag zur Resozialisierung des Täters) kaum vorstellen können, reduziert zwar das Gewicht der Bedenken, vermag diese aber nicht generell zu beseitigen, da sozialpsychologische Mechanismen nicht notwendig umkehrbar sein müssen. Auch die Annahme, dass eine günstige Prognose die Anstrengungsbereitschaft lähme und eine ungünstige Prognose den Ehrgeiz wecke,⁵⁶ erscheint eher spekulativ und dürfte allenfalls auf jugendliche Gelegenheitstäter zutreffen, die ohnehin nicht ernsthaft gefährdet sind.

Täterorientierte Sanktionen können jedoch auf Prognosen keineswegs verzichten. Will man die Rückkehr zu einem reinen Vergeltungsstrafrecht verhindern, muss die Gefahr unerwünschter Nebenwirkungen im Sinne der „self-fulfilling prophecy“ in Kauf genommen werden. Sie könnte aber – neben zielorientierten Präventions- und Behandlungsmaßnahmen – möglicherweise dadurch verringert werden, dass versucht wird, nicht mehr die Ausdrücke „ungünstige“ oder „schlechte Prognose“ zu gebrauchen, sondern „**positiv gewendete Behandlungsprognosen**“ zu formulieren. Damit würde zugleich zum Ausdruck gebracht, dass die Rechtsgemeinschaft bei keinem Täter die Hoffnung auf Resozialisierung aufgibt (vgl. § 2 S. 1 StVollzG) und nach den Ergebnissen der Prognoseforschung auch nicht aufzugeben braucht. Eine derartige Prognose könnte beispielsweise lauten: „Die Chancen für ein künftiges Leben ohne Straftaten dürften am günstigsten sein, wenn der Angeklagte im Strafvollzug insbesondere mit dem Ziel eines Berufsabschlusses behandelt wird.“ Derartige Formulierungen werden heute bei klinischen Prognosen gelegentlich schon verwendet.⁵⁷

23

III. Aufgabe 3: Welche Vorzüge und welche Mängel weisen die statistischen Prognoseverfahren auf? Inwieweit lassen sich die Mängel bei der klinischen Prognose vermeiden?

Statistische Prognosen orientieren sich an den Gütekriterien für psychologische Testverfahren, insbesondere Objektivität, Zuverlässigkeit, Gültigkeit und Ökonomie, die freilich auch bei gebräuchlichen Tests nicht immer optimal realisiert werden.

24

Die größten Vorbehalte ergeben sich jedoch hinsichtlich der **Gültigkeit (Validität)**, also der Frage, ob die Prognosetafeln wirklich Kriminalität richtig vorhersagen können. Nach den bisher vorliegenden Erfahrungen wird man dies zwar für die Extremgruppen mit besonders günstigen und besonders ungünstigen Prognosen bejahen können, im breiten Mittelfeld, zu dem die meisten Angeklagten gehören (je nach Stichprobe 80 % und mehr⁵⁸), lässt die Treffsicherheit aber erheblich nach.⁵⁹ Insoweit sind wegen der tatsächlich vorhandenen Ungewissheit bei vielen Probanden nur geringfügige Verbesserungen möglich.⁶⁰

25

Die bisher durchgeführten Überprüfungen ergaben zwar teilweise brauchbare gruppenbezogene Übereinstimmungen zwischen vorhergesagtem und tatsächlichem Verhalten, erfolgten aber überwiegend nur **retrospektiv**, also an einer Stichprobe, die zwar nicht mit der Eichstichprobe identisch war, deren weiteres Schicksal aber zum Zeitpunkt der Überprüfung bereits feststand oder für den Untersucher zu vermuten war, weil er wusste, dass es sich z. B. um jugendliche Strafgefangene handelt, bei denen sich erfahrungsgemäß zweifelhafte Prognosemerkmale eher negativ auswirken. Eine echte Validitätskontrolle setzt demgegenüber eine **prospektive Überprüfung** an einer Zufallsauswahl bestimmter

⁵⁶ Göppinger 1997, 193.

⁵⁷ Vgl. Schneider 1987, 324; Göppinger 1997, 193.

⁵⁸ Göppinger 1997, 200.

⁵⁹ Vgl. Kaiser 1997, 413.

⁶⁰ Vgl. Kerner 1980, 325.

Altersgruppen voraus, über deren weiteres Schicksal im Zeitpunkt der Prognosestellung noch nichts bekannt ist.⁶¹ Retrospektive Prognoseerstellungen an ausgelesenen Extremgruppen führen durchweg zu einer Überschätzung des Kriminalitätsrisikos.⁶²

- 26 Weitere Vorbehalte, die aber durch korrekte Anwendung teilweise reduziert werden können, ergeben sich aus dem **begrenzten Aussagebereich** der Prognosetafeln. Sie gelten im Prinzip nur für solche Gruppen und sozio-kulturelle Bedingungen, die bei ihrer Konstruktion zugrunde lagen. Während die wichtige Altersgruppenbegrenzung (z. B. nur für Jugendliche) beachtet werden kann, sind die sonstigen Randbedingungen schwer kontrollierbar, dürften aber wohl nicht allzu großes Gewicht haben.
- 27 Die fehlende mathematisch-statistische Absicherung bei früheren Prognosekonstruktionen hatte zur Folge, dass auch **nicht signifikante Prognosemerkmale** in die Tafel aufgenommen wurden. Außerdem wurde nicht beachtet, dass es sich um Stichprobenergebnisse handelt, bei denen für die Verallgemeinerung **Vertrauensintervalle** (ähnlich wie bei Wahlprognosen) zu beachten sind. Diese sind wegen der geringen Stichprobengrößen zum Teil so groß, dass sich die einzelnen Prognoseklassen überlappen.⁶³
- 28 Ein weiterer Einwand betrifft die völlige Vernachlässigung der **Dunkelfeldproblematik** bei der Konstruktion der Prognosetafeln, aber auch bei den anderen Prognoseverfahren. Vertreter der Labeling-Theorie (→ Fall 1) lehnen u. a. aus diesem Grund Kriminalprognosen i. d. R. ab und bezeichnen die Prognosemerkmale als Definitions- oder Selektionskriterien, durch die insbesondere Angehörige der Unterschicht, die schon bei der „Zuschreibung von Straftaten“ aus der Gesamtmenge der gleichverteilten Kriminalität benachteiligt würden, weitere Nachteile in Kauf nehmen müssten (z. B. bei der Strafaussetzung zur Bewährung). Allerdings zeigen neuere Forschungsergebnisse,⁶⁴ dass die Gleichverteilungsthese nicht zu halten ist, dass vielmehr die offiziell registrierten Mehrfachtäter durchaus eine erhöhte Kriminalitätsbelastung aufweisen und dass deshalb ihre prognostische Erfassung kein definitives Scheinprodukt darstellt. Gewisse Verzerrungen zu ihren Lasten, die sich in etwas ungünstigeren Prognosen niederschlagen dürften, sind aber nicht ganz auszuschließen. Zwar können auch klinische Prognostiker nur die Delikte berücksichtigen, die ihnen bekannt sind. Es gelingt aber nicht selten, in der Exploration durch den Sachverständigen bisher nicht angezeigte oder abgeurteilte Straftaten zu erfahren (u. U. auch Aggressionsdelikte in der Kindheit), die für die prognostische Beurteilung relevant sind. Da aber solche Informationen im Rahmen der Begutachtung nicht der Schweigepflicht des psychiatrischen oder psychologischen Sachverständigen unterliegen und der Proband hierüber analog § 136 I 2 StPO zu belehren ist, wird das Dunkelfeld auch bei der klinischen Prognose nur in Ausnahmefällen erfasst.
- 29 Die wichtigsten Einwände gegen statistische Prognosen lassen sich unter dem (aus dem Zivilrecht geläufigen) Vorbehalt der „**clausula rebus sic stantibus**“⁶⁵ zusammenfassen: Ihre Aussagen gelten nur, solange keine wesentliche Änderung der Rahmenbedingungen erfolgt. Da die Prognosetafeln fast ausschließlich auf Merkmalen aus dem weiter zurückliegenden Vorleben des Probanden beruhen (z. B. Familienverhältnisse, Schul- und Lehrversagen, Arbeitsverhältnisse, Vorstrafen), finden diejenigen Umstände kaum oder gar keine Berücksichtigung, die möglicherweise neue, entscheidende Gegengewichte oder Gefahrverstärker für die Zukunft bilden können (z. B. Heirat, nachträglicher Lehrabschluss einerseits, Alkoholismus, Spielleidenschaft andererseits). Zu Fehlprognosen kann es deshalb vor allem bei den dynamischen Veränderungen der Persönlichkeit und ihrer Umwelt im Entwicklungsalter kommen, ferner dann, wenn einzelne Prognosemerkmale ein besonderes persönlichkeitspezifisches Gewicht haben, das auch von den Punktwertverfahren nicht ausreichend erfasst wird (z. B. Autoleidenschaft, wenn der Proband den Führerschein verliert).
- 30 Noch gravierender erscheint aber in diesem Zusammenhang die Nichtbeachtung der voraussichtlichen **Sanktionswirkung**: Statistische Urteilsprognosen gehen im Grunde von der Fiktion aus, dass die folgende Sanktion die Rückfallwahrscheinlichkeit nicht ändere. Selbst bei den Entlassungsprognosen werden die Wirkungen des Strafvollzugs und das Verhalten der Probanden im Vollzug nur unzulänglich berücksichtigt (z. B. nur Schlechtpunkte für Disziplinarmaßnahmen, Entweichungen oder fehlende Reue bei *Meyer* und *Klapdor*).

Damit sind grundsätzliche Probleme der Prognosetafeln sichtbar geworden, die vor allem eine Anwendung im Strafrecht erschweren. Sie können bisher nur durch „intuitive Korrekturen“, also durch die wissenschaftlich noch

⁶¹ *Kaiser* 1996, § 89 Rn. 1.

⁶² *Spieß* 1993 a, 291.

⁶³ Z. B. bei *Meyers* erster Fassung: Gruppe V statt 77 % genau 57,5–90,1 %; Gruppe VI statt 100 % genau 86,1–100 %; vgl. *Mey* 1967, 528.

⁶⁴ Zusammengefasst bei *Kaiser* 1997, 171 ff.

⁶⁵ Wortwörtlich: „Vorbehaltlich, dass die Dinge so bleiben“. Bedeutung: Hierbei handelt es sich um einen Rechtsspruch, der besagt, dass bei Änderung der Situation ein Vertrag nicht mehr bindend ist (vgl. *Palandt-Heinrichs* 2005, § 313 Rn. 11).

unbefriedigende Kombination mit der intuitiven Prognose gelöst werden. Eine weitere Verbesserung durch sog. Kohortenstudien oder Verfeinerung durch multivariate statistische Verfahren ist in absehbarer Zeit nicht zu erwarten.⁶⁶

Valider und einzelfallangemessener sind hinsichtlich der genannten Schwachstellen die klinischen Prognosen. Wie das Beispiel der Risikofaktorenliste *Nedopils* zeigt, werden die postdeliktische Persönlichkeitsentwicklung und der soziale Empfangsraum während oder nach einer Behandlung ebenso intensiv berücksichtigt wie die anamnestischen Daten und das Ausgangsdelikt.⁶⁷ Allerdings sind auch hier im Rahmen der nicht ganz objektivierbaren Gewichtung der negativen und positiven Prognosemerkmale Fehleinschätzungen möglich. Das wirkt sich insbesondere bei der **Entlassungsprognose** aus, bei der die Sicherheitsbelange der Allgemeinheit in Zweifelsfällen den Ausschlag geben.⁶⁸ Es geht um einen der problematischsten Punkte der Kriminalprognostik, nämlich ihre wissenschaftliche Unvollkommenheit gerade auf dem Gebiet der **Überschätzung des Kriminalitätsrisikos** bei den so genannten **false positives**. Damit meint man diejenigen, die aufgrund einer ungünstigen Prognose überhaupt oder zu lange verwahrt werden und die im Gegensatz zu den günstig prognostizierten niemals oder über längere Zeit nicht die Chance haben, die Fehlerhaftigkeit dieser Vorhersage nachzuweisen.⁶⁹

31

Der in diesem Zusammenhang meist zitierte Baxstrom-Fall aus New York ist wegen der strengeren deutschen Voraussetzungen für die Unterbringung in freiheitsentziehenden Maßregeln kein zwingender Beweis für das Ausmaß des ungerechtfertigten Freiheitsentzuges, wohl aber ein Hinweis darauf, dass zumindest die Gefährlichkeit von Straftätern im psychiatrischen Maßregelvollzug häufig überschätzt wird. Es handelt sich um ein unbeabsichtigtes Feldexperiment anlässlich des Falles Jonnie Baxstrom, der nach einer mehrjährigen Gefängnisstrafe ohne gerichtliche Überprüfung wegen Verhaltensauffälligkeiten zwangsweise in einer Anstalt für psychisch kranke Rechtsbrecher des Staates New York untergebracht worden war.⁷⁰ Nach einer Beschwerde Baxstroms entschied der Supreme Court, dass die Unterbringung zu Unrecht erfolgt sei. Daraufhin mussten 1966 aus verfahrensrechtlichen Gründen 967 (920 Männer und 47 Frauen) der gefährlichsten psychiatrischen Patienten des Staates New York aus geschlossenen Anstalten für psychisch kranke Rechtsbrecher entlassen und in allgemeine Krankenhäuser überführt werden, wo sie wie gewöhnliche Patienten behandelt, zum Teil auch ganz entlassen wurden.

32

In den viereinhalb Jahren nach der Entlassung aus diesen Spezialanstalten mussten nur 24 (2,6 %) Personen erneut wegen Gewalttaten in die Spezialanstalten für psychisch kranke Rechtsbrecher zurückverlegt werden. Die Rate „falscher Positiver“ betrug also über 97 %. Sie verringert sich auf etwa 83 %, wenn man die sonst straffälligen 15,1 % der Patienten, die während ihres Aufenthaltes in den normalen Krankenhäusern Tätlichkeiten begingen, hinzurechnet. Ähnlich waren die Relationen in einer Nachfolgeentscheidung im Fall Dixon in Pennsylvania im Jahr 1971.⁷¹ Auf sechs ungefährliche geistesgestörte Straftäter kam ein tatsächlich Gefährlicher.

Aufgrund dieser Untersuchungen und eigener Erfahrungen kommt *Rasch* zu der Feststellung, es könne als gesichert gelten, dass von drei als gefährlich verwahrten psychisch gestörten Rechtsbrechern nur einer im Fall seiner Entlassung erneut straffällig werden würde.⁷² *Hinz* kam aufgrund einer Auswertung amerikanischer Gefährlichkeitsstudien zu dem Ergebnis, dass sowohl nach der statistischen als auch nach der klinischen Prognosemethode eine Fehlerquote von zwei falschen auf eine richtige Gefährlichkeitseinschätzung anzunehmen sei;⁷³ er vergleicht deshalb die Prognose gar mit einem Schrotschussverfahren.⁷⁴ Vermutlich sind solche Schätzungen übertrieben. Die Trefferquote dürfte höher sein, wenn man eine Gruppe gefährlichster Straftäter aus der Gesamtbevölkerung auswählt und nicht – wie bei herkömmlichen Prognosen – aus einer gefährdeten Straffälligenpopulation. Und das Basisrisiko darf nicht nur auf sehr seltene Delikte wie Mord und Totschlag bezogen werden, sondern muss auch Raub, Vergewaltigung, schweren Diebstahl, Betrug und andere mittelschwere Straftaten einkalkulieren.

Es kommt hier aber nicht auf die genaue Größenordnung der false positives an. Entscheidend ist, dass nicht selten eine Überschätzung des Kriminalitätsrisikos stattfindet, insbesondere bei der prognostisch am schwierigsten zu beurteilenden Gruppe strafrechtlich vorbelasteter Personen im Alter ab 30 Jahren. Selbst eine hohe Trefferquote von 95 % würde bei kleiner Basisrate⁷⁵ von z. B. 0,1 % (also z. B. 100 wirkliche Gewalttäter in einer Population

⁶⁶ *Spieß* 1993 a.

⁶⁷ *Nedopil* 2000, 245 (s. o. Rn. 15).

⁶⁸ Zur Verstärkung dieser Tendenz nach der Neufassung der gesetzlichen Bestimmungen (§§ 57 I Nr. 1; 67 d II 1) s. o. Rn. 6.

⁶⁹ *Schöch* 1999 b, 226 f.; eingehend dazu *Nedopil* 2000, 242 ff.

⁷⁰ *Schöch* 1999 b, 227 m. N.; *Kinzig* 1996, 87 f.

⁷¹ *Schöch* 1999 b, 227 m. N.

⁷² Anmerkung zum Beschluss des 1. Strafsenats des BGH vom 7. 4. 1993, NStZ 1993, 509 f.

⁷³ *Hinz* 1987, 32 ff., 61 ff.

⁷⁴ *Hinz* 1987, 63.

⁷⁵ Zur Kennzeichnung der Häufigkeit, mit der ein vorherzusagendes Ereignis (z. B. Rückfälligkeit) in einer Population (z. B. verurteilte Brandstifter) auftritt, auf die die Prognose angewendet werden soll, wird der Begriff der „Basisrate“ (base rate) herangezogen. Je geringer die Basisrate, desto seltener ist das vorherzusagende Ereignis.

von 100 000 Menschen) dazu führen, dass, abgesehen von den 95 zu Recht als Gewalttäter Eingeschätzten (95 % von 100) weitere 4995 Personen (5 % von 100 000 abzüglich 5 richtig Prognostizierte) zu Unrecht als gewalttätig eingeschätzt würden.⁷⁶ Diese hohe Quote ist unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit strafrechtlicher Reaktionen nur schwer zu verantworten.

- 33** Deshalb muss in der prognostischen Beurteilung bei den Zukunftsperspektiven stets auch bedacht werden, dass selbst wiederholt rückfällige Straftäter mit ausgeprägten kriminovalenten Konstellationen nicht selten nach dem 30. Lebensjahr einen **Abbruch der kriminellen Karriere** erleben, den kaum jemand erwartet hat.⁷⁷ Das kann an Stabilisierungen durch eine glückliche Partnerwahl oder durch beruflichen Erfolg liegen, aber auch an einer gewissen Nachreifung durch Lebenserfahrung. *Kerner und Mitarbeiter*⁷⁸ ziehen als theoretisches Erklärungsmodell die „Desistance“-Theorie oder Diskontinuitäts-These in Anlehnung an *Sampson und Laub* heran.⁷⁹ Danach sind die jeweils aktuellen Einbindungen des Individuums in informelle Bereiche der sozialen Kontrolle wie Arbeitswelt, familiäre und soziale Bindungen, Freizeitverhalten u. a. für die weitere Delinquenzentwicklung bedeutsamer als frühere Sozialisierungserfahrungen oder Kontrollmechanismen.

IV. Aufgabe 4: Sind Verbesserungen der statistischen Prognoseverfahren denkbar, die ihre Anwendbarkeit im Strafrecht erleichtern?

- 34** Neben einer besseren methodischen Absicherung durch korrelationsanalytische Merkmalsauswahl, prospektive Validitätskontrollen, Erfassung der Beurteilervariabilität und opferbezogene Kriminalitätsbedingungen⁸⁰ ist vor allem an die Entwicklung von **Sanktionsprognosen** zu denken. Dies könnte durch Kombination von Sanktions- und Prognoseforschung in der Weise geschehen, dass für Täter derselben Ausgangsprognose die Wirkungen unterschiedlicher Sanktionstypen oder Sanktionsdauer erfasst werden. In dem breiten „Experimentierfeld“, das die Strafrechtspraxis bietet, müssten sich hierfür hinreichend große Vergleichsgruppen finden lassen, da die Sanktionsentscheidungen zumindest überregional erhebliche Unterschiede aufweisen.
- 35** Prognosen würden dann etwa folgendermaßen lauten: „Bei Tätern der Ausgangsprognose III bieten Freiheitsstrafen, die zur Bewährung ausgesetzt werden, günstigere Erfolgsaussichten als Geldstrafen oder vollstreckte Freiheitsstrafen“. Auch die Prognoseklauseln des materiellen Strafrechts lassen sich im Sinne solcher Sanktionsvergleiche interpretieren.⁸¹ Darüber hinaus können aus den negativen Prognosemerkmalen Anhaltspunkte für kriminalpädagogisch sinnvolle Maßnahmen und für spezielle **Behandlungsprognosen** entnommen werden (z. B. Ausbildung, Freizeitgestaltung, Suchttherapie).⁸²

V. Aufgabe 5: Ist es nach dem bisherigen Stand der Forschung möglich, für den Ermittlungsbericht der Gerichtshilfe einen Fragenkatalog auszuarbeiten, der die Berücksichtigung statistischer Prognoseverfahren gestattet? Welche Merkmalsbereiche könnte ein solcher Katalog umfassen? Zu welchen Aussagen hinsichtlich der Rückfallgefährdung des A würde das Gericht nach diesen Kriterien kommen? (Interessierende Merkmale, die im Fall nicht genannt sind, gelten als nicht vorliegend.)

- 36** Trotz aller Vorbehalte gegen statistische Prognoseverfahren und ihre exakte, ausschließliche Anwendung enthalten sie doch wesentliche kriminologische Erfahrungen. Ihre Berücksichtigung könnte die intuitive Prognose zwar nicht ersetzen, aber bereichern, absichern oder zu neuen Überlegungen An-

⁷⁶ Beispiel nach *Göppinger* 1997, 199.

⁷⁷ Zum Alter als „protektiver Faktor“ *Nedopil* 2005, 127 ff., allerdings erst ab dem 50. Lebensjahr bedeutsam und ab dem 70. Lebensjahr, insbesondere bei Gewalt- und Sexualdelikten, oft ausschlaggebend.

⁷⁸ *Stelly/Thomas/Kerner/Weitekamp* 1998, 104 ff., 119 f.

⁷⁹ *Sampson/Laub* 1995, 143 ff.

⁸⁰ *Schneider* 1987, 326.

⁸¹ Vgl. *SK-Horn* 2001, § 56 Rn. 11 c; *Schöch* 1975, 271 f.; ähnlich *Frisch* 1983, 94 ff.

⁸² Vgl. auch *Kerner* 1980 a, 326.

lass geben.⁸³ Statistische Prognoseverfahren sind bei Richtern und Staatsanwälten allerdings fast völlig unbekannt.

Die Gerichtshilfe für Erwachsene, die im Gegensatz zur Jugendgerichtshilfe (§ 38 JGG) nicht obligatorisch herangezogen werden muss, hat gerade die Aufgabe, sanktionsrelevante Umstände zu ermitteln (§ 160 III StPO). Berichte aus der Praxis lassen erkennen, dass die Zusammenarbeit mit der Gerichtshilfe vielfach noch unbefriedigend ist. Die wenigen vorhandenen Gerichtshelfer werden zu häufig im Vollstreckungsverfahren herangezogen (§ 463 d StPO). Außerdem ist die Rechtsstellung der Gerichtshilfe gesetzlich noch nicht hinreichend geklärt.⁸⁴ Obwohl der allgemeine Auftrag gem. § 160 III StPO die Regel ist, erscheint der vom Verteidiger angeregte konkretisierte Auftrag zur Verbesserung der Kooperation mit der Gerichtshilfe durchaus sinnvoll und rechtlich zulässig.⁸⁵ Die Beauftragung kann auch nach Anklageerhebung durch das Gericht erfolgen.

Inhaltlich ist dabei an folgende Merkmalsbereiche zu denken, die im Wesentlichen die Prognosetafeln von *Meyer*, *Klapdor*, *Glueck* und *Mannheim/Wilkins* abdecken:

- (1) Familienverhältnisse (Multiproblemfamilie, insbes. Kriminalität und soziale Auffälligkeit der Eltern, broken-home-Situation, Wohngegend, nicht allein aussagekräftig ist strukturelle Unvollständigkeit)
- (2) Erziehungsverhalten (mangelnde Zuneigung, Konsequenz, Aufsicht)
- (3) Erziehungspersonen (mehrfacher Wechsel oder Trennung)
- (4) Erziehungsschwierigkeiten
- (5) Erziehungsheim oder Fürsorgeerziehung, Ausreißer
- (6) Schulische Störungen (Schwänzen, Sitzenbleiben, Abbruch)
- (7) Lehrabbruch
- (8) Arbeitsstellen (große Zahl und kurze Dauer)
- (9) Übermäßiger Alkoholkonsum (bzw. Betäubungsmittelabhängigkeit)
- (10) Delinquenz (Beginn in früher Jugend, Schwere und Häufigkeit registrierter Delikte, gravierende Sanktionen, kurze Rückfallintervalle) – diese Feststellungen sind auch den Strafverfolgungsorganen anhand der Strafakten und Registerauszüge möglich.

Neuere Untersuchungen bestätigen die Risikoerhöhung bei zunehmender Zahl von Prognosemerkmalen und bei wiederholter Straffälligkeit im Kindesalter.⁸⁶ Bei Tötungsdelinquenten sind für den sehr seltenen einschlägigen Rückfall vor allem schwere Persönlichkeitsstörungen (Fall 4 Rn. 15) zu nennen. Ein hohes Risiko besteht außerdem bei Alkoholikern und Tätern mit sexuellen Deviationen.⁸⁷

Falls im vorliegenden Fall keine über den Sachverhalt hinausgehenden relevanten Befunde zu den angegebenen Merkmalen ermittelt würden, ergäbe sich nach den Akteninformationen folgende Rückfallwahrscheinlichkeit: *Meyer* 22 %, *Klapdor* 26,3 %, *Glueck* (Soziale Prognosetafel) 8,2 %, *Mannheim/Wilkins* 66 %. Allein die letztgenannte Tafel erfasst also die derzeitige besondere Gefährdung des A durch Alkoholismus. Im Übrigen würde die recht günstige Prognose nach den anderen Tafeln deutlich machen, dass bei A keine langfristig angelegte ungünstige Prognose vorliegt, dass aber die aktuellen Krisensymptome und Risikofaktoren wie Alkoholismus, ungünstiges Freizeitmilieu, erhebliche Schulden, Unfall und Verlust des Arbeitsplatzes durch Prognosetafeln nicht befriedigend erfasst werden können (insoweit besser eine Prognosetafel der *Gluecks* für Erwachsene aus dem Jahre 1937).

VI. Aufgabe 6: Soll das Gericht einen Sachverständigen zur Prognosefrage heranziehen?

Die dargestellten Grenzen der bisherigen statistischen Prognoseverfahren haben dazu geführt, dass in der Literatur und in der Praxis die klinische Prognose als überlegen gilt,⁸⁸ obwohl gesicherte statistische Nachweise hierfür bislang nicht vorliegen.⁸⁹ Bei Juristen entspricht diese Bevorzugung einer allgemeinen Tendenz zur Einbeziehung von Sachverständigen in die Entscheidungsverantwortung.

Für die **Überlegenheit der klinischen Prognose** eines kriminologisch erfahrenen Psychiaters oder Psychologen sprechen vor allem folgende Überlegungen:

⁸³ Vgl. *Tenckhoff* 1982, 101; kritisch dazu *Schneider*, H. 1996, 78 f.

⁸⁴ Dazu *Schöch* 1983 a, 127 ff.; *AE-StPO-HV* 1985, §§ 160, 170, 214 a, 243 b.

⁸⁵ *Kleinknecht/Meyer-Gößner* 2005, § 160 Rn. 25.

⁸⁶ Zusammenfassend *Meier* 2005, § 7 Rn. 18 ff.

⁸⁷ *Rode/Scheld* 1986, 46, 66 f.

⁸⁸ Vgl. *Leferez* 1972, 1365 ff.; *Göppinger* 1997, 201.

⁸⁹ Vgl. aber *Leferez* 1972, 1366; kritisch *Spieß* 1993 a, 287 f.; *Schöch* 1998, 1257 ff.

Der Sachverständige kann zunächst auf die Kriterien der statistischen Prognoseverfahren als „Erfahrungswissen“ zurückgreifen; teilweise werden sie ausdrücklich zur Überprüfung oder Ergänzung der klinischen Prognose eingesetzt. Darüber hinaus steht ihm ein differenziertes methodisches Instrumentarium zur Erfassung persönlichkeitspezifischer Prognosefaktoren unter Einbeziehung psychologischer und psychopathologischer Merkmale zur Verfügung. Auch die **besondere Gewichtung der Einzelmerkmale**, die Berücksichtigung **stürmischer Reifungsverläufe** und **veränderter Lebensumstände** ist bei einer klinischen Prognose eher gewährleistet. Die schwierige Verknüpfung mit der voraussichtlichen Sanktionswirkung stößt zwar auch hier auf Grenzen, solange keine differenzierten Ergebnisse über die Effektivität strafrechtlicher Sanktionen vorliegen, doch ist zumindest für einen erfahrenen Sachverständigen eine empirische Beurteilungsbasis durch Vergleiche mit früheren ähnlichen Fällen vorhanden.

- 42** Auch wenn angesichts dieser Vorzüge die **Nachteile** nicht entscheidend ins Gewicht fallen, dürfen sie doch nicht verschwiegen werden. Die Erfahrungen der klinischen Prognostiker stammen fast durchweg aus **Sonder- oder Extremgruppen** (meist Schuldfähigkeitsgutachten, Reifegutachten oder Gutachten zu stationären Maßregeln zur Besserung und Sicherung). Im **breiten Mittelfeld** ergeben sich daher oft nur ungewisse Prognosen, deren Verwertbarkeit und Verlässlichkeit beschränkt ist.⁹⁰ Hinzu kommen die bereits erwähnten Grenzen der Objektivierbarkeit sowie **verfahrensökonomische Gesichtspunkte** (Zeitaufwand, Kosten, Verfahrensverzögerung).
- 43** Die Empfehlung, einen Sachverständigen mit der Erstellung einer klinischen Prognose zu beauftragen, ist **nur in Ausnahmefällen bei schwereren Straftaten und erheblichen Zweifeln des Gerichts gerechtfertigt**, da alle wissenschaftlichen Prognosen nur Hilfsmittel bei der richterlichen Überzeugungsbildung sind. Angesichts der generellen Ungenauigkeit aller Prognosen ist daher die Beiziehung eines Sachverständigen nur dann geboten, wenn das Gericht trotz zumutbarer Anstrengungen, kraft eigener Sachkunde und mit Unterstützung der Gerichtshilfe zu einer sachgerechten Prognose zu gelangen, „völlig im Dunkeln tappt“. Da im vorliegenden Fall keine Umstände vorliegen, die eine prognostische Beurteilung außergewöhnlich erschweren, kann das Gericht auf Beiziehung eines Sachverständigen verzichten.
- 44** Bei den Bemühungen um eine **eigene Beurteilung durch das Gericht** empfiehlt sich schon heute – auf der Basis intuitiv gewonnener Berufserfahrung – eine **Kombination der klinischen Prognose** mit den wichtigsten **Kriterien aus den Prognosetafeln**.⁹¹ Nach fast vier Jahrzehnten Forschungsabstinenz auf diesem Gebiet zeichnen sich in den letzten Jahren – angestoßen durch die klinische Prognosepraxis⁹² – Verbesserungen ab. Neben den **klinisch-statistischen Prognosen** von *Webster/Eaves*, *Müller-Isberner* u. a.⁹³ ist in diesem Zusammenhang vor allem auf den Versuch *Göppingers*⁹⁴ hinzuweisen, durch eine Art **objektiverer klinischer Prognose** Beurteilungskriterien zur Verfügung zu stellen, die der intuitiven und der statistischen Prognose überlegen sein dürften. Allerdings ist die Entwicklung vom Diagnoseinstrument der idealtypisch-vergleichenden Einzelfallanalyse zu einem in allen Deliktsbereichen einsetzbaren Prognoseinstrument noch nicht abgeschlossen.⁹⁵ Auch fehlt bisher die für eine Absicherung erforderliche prospektive Validierung.

VII. Aufgabe 7: Zu welcher Entscheidung hinsichtlich der Strafaussetzung zur Bewährung würde das Gericht voraussichtlich gelangen, falls außer den aus den Akten ersichtlichen Umständen keine besonderen Merkmale ermittelt werden?

- 45** Geht man von der begründeten Erwartung aus, dass das Gericht einen minder schweren Fall des Raubes annimmt und deshalb zu einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als einem Jahr gelangt, so hängt die **Strafaussetzung zur Bewährung** nach § 56 I StGB davon ab, ob zu erwarten ist, dass A „sich

⁹² Vgl. *Kaiser* 1997, 412.

⁹¹ S. o. Rn. 38; *Streng* 2002, Rn. 657: „Gegenkontrolle zur intuitiven Prognose“.

⁹² S. o. Rn. 9, 15 f.

⁹³ S. o. Rn. 15.

⁹⁴ *Göppinger* 1985, 32 ff.; 150; 1997, 302 ff.; s. o. Rn. 16.

⁹⁵ *Göppinger* 1985, 150–152, 217–227: Syndrome zur Früherkennung krimineller Gefährdung. Ansätze zur Weiterentwicklung bei *Bock* 2000, 265 ff., 310 ff.

schon die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und künftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird“. Nach der empirisch allein fassbaren Auslegung dieses „Erwartungsurteils“ (vgl. oben IV.) kommt es also entscheidend darauf an, ob die Resozialisierungschancen für A bei einer Strafaussetzung – u. U. in Verbindung mit Bewährungshilfe und Weisungen – günstiger sind als bei einer vollstreckten Freiheitsstrafe, sofern keine ernsthaften Zweifel an der Fähigkeit und Bereitschaft des A zu einem Leben ohne Straftaten bestehen. Mit dieser Einschränkung dürfte auch den Bedenken der h. M.⁹⁶ gegen die vorgeschlagene **Vergleichsprognose** Rechnung getragen sein. Ginge man allein von den Prognosetafeln aus (s. o. V.), so könnten die Bewährungsaussichten für A als relativ günstig bezeichnet werden. Bereits der höhere Wert nach der Tafel von *Mannheim/Wilkins* gebietet jedoch Vorsicht.

Alkoholismus, regelmäßiger Spielhallenbesuch, Überschuldung bei gleichzeitiger Arbeitslosigkeit sowie Verlust tragfähiger personaler Beziehungen weisen auf eine besondere kriminovalente Gefahrenkonstellation hin, die auch intuitiv erkennbar ist. Es ist jedoch schwierig, ihr Gewicht für die weitere Entwicklung zu beurteilen. Hier könnte die Heranziehung der Beurteilungskriterien *Göppingers* hilfreich sein.⁹⁷ Bei A dürften kriminalitätsnahe **Relevanzbezüge** vorliegen (Alkohol, regelmäßiger Bar- und Spielhallenbesuch); auch sind – freilich nicht sehr ausgeprägte – Ansätze für eine zentrale **kriminovalente Konstellation**, die sich aus vier Merkmalsbündeln zusammensetzt, erkennbar (1. Vernachlässigung des Arbeits- und Leistungsbereiches sowie familiärer und sonstiger sozialer Pflichten; 2. fehlendes Verhältnis zu Geld und Eigentum; 3. fehlende Lebensplanung; 4. unproduktives Freizeitverhalten). Dennoch fällt bei der Betrachtung der **Tat im Lebenslängsschnitt** auf, dass keine prognostisch ungünstig zu beurteilende „kontinuierliche Hinentwicklung“ zur Kriminalität vorliegt, bei der die Auffälligkeiten i. d. R. mehrere Jahre zurückreichen, sondern eher eine krisenbedingte „**Kriminalität im Rahmen der Persönlichkeitsreifung**“ bei langjähriger vorangegangener Unauffälligkeit. Zwar ist diese nicht stets prognostisch günstig zu beurteilen, doch fällt hier die relativ kurze Dauer der Symptome und ihre Entwicklung aus einer temporären Persönlichkeitskrise ins Gewicht. Hinzu kommt, dass der zentrale Leistungsbereich (Arbeitsverhalten) offenbar nicht grundsätzlich, sondern nur situationsbedingt gestört ist. Auch liegt keines der vier Syndrome für die Früherkennung der Kriminalität vor.⁹⁸

46

Gerade in solchen Fällen hängt die Prognose von der Art und Weise der Einwirkung auf den Täter ab.⁹⁹ Eine grundlegende „Resozialisierung“ im Vollzug erscheint bei A nicht erforderlich, da seine Sozialisation bis wenige Monate vor der Tat durchaus normal verlief. Wie bei den meisten Tätern, deren kriminelle Entwicklung noch keine Verfestigung erkennen lässt, dürfte bei A ein verstärkter Appell an den eigenen Willen, der der Strafaussetzung zugrunde liegt, ausreichen, wenn damit eine Hilfe zur Bewältigung der aktuellen Krise verbunden werden kann. Dafür käme in erster Linie ein **Bewährungshelfer** (z. B. für Arbeitsplatzvermittlung, Schuldentilgungsplan und persönliche Aussprache) in Betracht, außerdem Weisungen gem. § 56 c II Nr. 1 StGB (Arbeit, Freizeit, Ordnung der wirtschaftlichen Verhältnisse). Als Bewährungszeitraum sieht § 56 a StGB eine Dauer von 2 bis 5 Jahren vor. Die in der Praxis meist gewählte Zeit von 3 Jahren erscheint auch hier angemessen.

47

Während die Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung in die Urteilsformel aufzunehmen ist (§ 260 IV 4 StPO), werden die Folgeentscheidungen durch einen besonderen Beschluss getroffen, der mit dem Urteil zu verkünden ist (§ 268 a I StPO).

48

⁹⁶ Vgl. *Jescheck/Weigend* 1996, 837 Fn. 19 m. w. N.

⁹⁷ S. o. Rn. 16 und *Göppinger* 1997, 302 ff., 411 ff.; in diesem Sinne auch *Schneider, H.* 1996, 80 ff.

⁹⁸ Vgl. *Göppinger* 1985, 217 ff.: Leistungs-, Freizeit-, Kontakt- und sozioskolares Syndrom.

⁹⁹ *Göppinger* 1997, 425 f., 452.

7. Strafzumessungsfall

Strafzumessung und Sanktionen – Sanktionspraxis – Sanktionsforschung – Einzelne Strafen und Maßregeln – Schuldstrafe und Prävention – Verteidigung der Rechtsordnung – Geldstrafe – **Ordnungswidrigkeitenrecht**

Grundlage: Fälle in Anlehnung an höchstrichterliche Entscheidungen.

Aufgabe:

Dem auf Revisionen spezialisierten Rechtsanwalt R liegen zwei Anfragen von Kollegen vor, die sich auf die Erfolgsaussichten einer Revision bezüglich zweier Rechtsfolgeentscheidungen beziehen. Referendar S, der seine Wahlstation bei Rechtsanwalt R verbringt, erhält die folgende Aufgabe:

1. Für die gesamte Kanzlei bei dieser Gelegenheit einen Überblick über Strukturen der Sanktionspraxis sowie über den derzeitigen Stand der Sanktionsforschung zu geben und dabei auch die neuesten Reformpläne des Bundesministeriums der Justiz sowie die Sanktionen des Ordnungswidrigkeitenrechts zu berücksichtigen.

2. Zu den beiden Fällen Gutachten zu erstellen und dabei die kriminologischen Erkenntnisse über Anwendungshäufigkeit und Effektivität der Sanktionen sowie deren kriminalpolitische Intentionen zu berücksichtigen.

2.1 Eine Strafkammer hat den 22-jährigen A nach § 29 a I Nr. 2 BtMG zu einer Freiheitsstrafe von 8 Jahren und zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gem. § 64 StGB verurteilt.

Aus den Gründen: ... „Da es sich um einen Durchschnittsfall handelt, der sich etwas heraushebt, liegt die gerechte Strafe in der Mitte des gesetzlichen Strafrahmens (1 Jahr – 15 Jahre). Die Unterbringung gemäß § 64 StGB ist erforderlich, weil A heroinabhängig ist und die Gefahr besteht, dass er zur Beschaffung des von ihm benötigten Heroins auch künftig in nicht geringer Menge mit Betäubungsmitteln Handel treibt. Eine Unterschreitung dieser schuldangemessenen Strafe wegen verminderter spezialpräventiver Bedürfnisse ist nach § 46 I 1 StGB unzulässig; das gilt auch bei gleichzeitiger Anordnung einer Maßregel.“

Revisionsaussichten des A?¹

2.2 B wurde von einer kleinen Strafkammer als Berufungsgericht wegen falscher uneidlicher Aussage zu einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen in Höhe von 40 € verurteilt.

Aus den Gründen: ... „B ist als Handelsvertreter für Möbel auf Provisionsbasis tätig. Er ist verheiratet und hat vier Kinder im Alter von 6–11 Jahren. Seine Ehefrau ist nicht berufstätig. Da er sein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen unglaublich mit lediglich 1800 € angegeben hat, sah sich das Gericht zu einer Schätzung in Höhe von 3000 € veranlasst. Für die Kinder wurden je 300 €, für die Ehefrau 600 € als angemessener Unterhalt abgezogen. Aus dem verbleibenden Nettoeinkommen von 1200 € ergab sich die Tagessatzhöhe von 40 €.“

Revisionsaussichten des B?²

- 1 **Zur Problemstellung:** Bei der Anwendung strafrechtlicher Sanktionen stößt der praktisch tätige Jurist häufig auf kriminologische Fragen. Umgekehrt gehört die Sanktions- und Behandlungspraxis zu den wichtigsten Anwendungsgebieten der kriminologischen Forschung. Deshalb ist sowohl für den Juristen als auch für den Kriminologen die Kenntnis der rechtlichen Grundlagen der Sanktionen, ihrer Anwendungsprobleme, ihrer Effektivität und ihrer kriminalpolitischen Intentionen unentbehrlich.

I. Aufgabe 1: Überblick über die Sanktionspraxis und die Sanktionsforschung

¹ Ausgangsfälle: BGHSt 24, 132 ff.; 27, 2 ff.

² Fall in Anlehnung an OLG Celle NJW 1977, 1248; vgl. auch BGHSt 26, 325; 27, 228.

1. Strukturen und Wandlungen der strafrechtlichen Sanktionspraxis

Das strafrechtliche Sanktionensystem wurde zuletzt durch das 1. StrRG vom 25. 6. 1969 (überwiegend in Kraft seit 1. 9. 1969) und das 2. StrRG (in Kraft seit 1. 1. 1975) grundlegend umgestellt. Am 17. 3. 2004 hat die Bundesregierung einen Gesetzentwurf zur Reform des Sanktionenrechts vorgelegt,³ der die seinerzeit angelegte Modernisierung des Sanktionensystems und zwischenzeitliche Veränderungen⁴ weiterführen will. Während das StGB bei den Hauptstrafen ursprünglich nur die Differenzierung zwischen Todesstrafe, Freiheitsstrafen (Zuchthaus, Gefängnis, Haft, Einschließung) und Geldstrafe kannte, ermöglicht das heutige Strafrecht die Auswahl und Kombination der Sanktionen aus einem umfangreichen Katalog von Strafen und Strafmodifikationen, Maßregeln der Besserung und Sicherung sowie Nebenfolgen und Nebenstrafen (vgl. Tab. 1). Hinzu kommen das Absehen von Strafe und die selbständigen, sanktionsähnlichen Maßnahmen gem. § 153 a StPO, wenn ein Verfahren nach dieser Vorschrift gegen Auflagen und/oder Weisungen eingestellt wird. Betrachtet man die Sanktionspraxis im Wandel der letzten Jahre und Jahrzehnte (vgl. Tab. 1 und 2), so sind vor allem folgende Entwicklungen bemerkenswert:⁵

1.1 Die kontinuierliche **Abnahme vollstreckter Freiheitsstrafen** auf etwa 6 % aller Hauptstrafen (Tab. 2). Diese Entwicklung setzte bereits früh ein und erhielt besondere Anstöße 1924 durch die Ausdehnung der Geldstrafe (§ 27 b StGB a. F.), 1953 durch die Einführung der Strafaussetzung zur Bewährung sowie 1969 durch die energische Zurückdrängung kurzer Freiheitsstrafen gem. § 47 StGB und den erweiterten Anwendungsbereich der Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 56 StGB.

1.2 Die eindrucksvolle **Zunahme der Geldstrafe** auf etwa 80 % der Hauptstrafen (Tab. 2) beruht vor allem auf den unter 1.1 erwähnten Gesetzesänderungen. Die Einführung des Tagessatzsystems durch das am 1. 1. 1975 in Kraft getretene 2. StrRG (s. u. Rn. 52 ff.) hat zu einer Stabilisierung der Geldstrafe auf hohem Niveau beigetragen. Dies ist um so bemerkenswerter, als die Sanktionierung der früher auf die Geldstrafe entfallenden leichteren Kriminalität zunehmend über Einstellungen gegen Auflagen und Weisungen nach § 153 a StPO erfolgt, die in der Strafverfolgungsstatistik nur unvollkommen (nach Eröffnung des Hauptverfahrens) und gemeinsam mit anderen Einstellungen erfasst werden (Tab. 1).

1.3 Die nicht zu den Sanktionen i. e. S. gehörenden sog. **Diversionsentscheidungen** (→ Fall 12, Rn. 63 ff.), zu denen neben den **Einstellungen nach § 153 a StPO** wegen der sanktionsähnlichen Wirkung eingeleiteter Strafverfahren auch die folgenlosen **Einstellungen nach § 153 StPO** gerechnet werden, haben seit ihrer Einführung im Jahre 1975 durch das EGStGB sprunghaft zugenommen. 2003 entfielen auf rd. 1.670.000 Sanktionierte insgesamt etwa 926.000 informell Sanktionierte nach den §§ 153, 153 a, 153 b, StPO; 45, 47 JGG und damit insgesamt ca. 55 % aller Sanktionen i. w. S.⁶ Den verfahrensökonomischen Vorteilen dieser Erledigungsstrategie stehen erhebliche Gefahren für die Unschuldsvermutung, die Gleichbehandlung von Armen und Reichen („Freikaufverfahren“) und die überregionale Einheitlichkeit der Rechtsanwendung gegenüber. Problematisch ist unter dem Aspekt der Gewaltenteilung und des Richtervorbehaltes für Rechtssachen (Art. 92 GG) auch die weitgehende Vorverlagerung der Sanktionskompetenz auf die Staatsanwaltschaft; denn die erwähnten Einstellungen erfolgen nur noch zu etwa 15 % durch den Richter.⁷ Die an sich erforderliche Zustimmung des Gerichts, die ohnehin meist routinemäßig erteilt wird, hat durch die Ausweitung der zustimmungsfreien Vergehen im Rechtspflegentlastungsgesetz (1.9.93) ihre kontrollierende Funktion weitgehend verloren.

1.4 International einmalig ist die doppelspurige Verankerung der **Wiedergutmachung** im deutschen Strafrecht, teils als **Diversionsmaßnahme** nach den §§ 45 II 2, 47 I 1 Nr. 2 JGG, §§ 153, 153 a, 153 b StPO, teils als **typisierter Strafmilderungsgrund** nach § 46 a StGB. Wiedergutmachung ist der Oberbegriff für **Täter-Opfer-Ausgleich** und **Schadenswiedergutmachung** (vgl. § 46 a StGB). Königsweg ist bisher der Täter-Opfer-Ausgleich (TOA) im Rahmen der Diversion, der seit Mitte der 80er-Jahre des 20. Jahrhunderts zunächst informell in der staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Praxis langsam ausgebaut wurde. 1995 wurden bundesweit ca. 1813 Fälle erfasst;⁸ davon etwa $\frac{4}{5}$ im Jugendstrafrecht, $\frac{1}{5}$ im allgemeinen Strafrecht.⁹ Seither bewegen sich die jährlich gemeldeten Gesamtzahlen

³ BT-Drucks. 15/2725.

⁴ Vgl. die Übersichten bei Schöch 1992, 20 ff.; Lackner/Kühl 2004, Vor § 38.

⁵ Vgl. dazu Jescheck/Weigend 1996, § 5 V; Kaiser 1997, § 44; Schöch 1992, 20 ff.

⁶ Vgl. Heinz 2003, 37; <http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/sanks03.htm>.

⁷ Vgl. Heinz 2003, 37; 1989 noch 23,9 %, vgl. Schöch 1992, 34 f. mit weiterer Kritik und Hinweisen zur präventiven Wirkung.

⁸ Wandrey/Weitekamp 1998, 131 schätzen die Gesamtzahl für 1995 auf ca. 9 Fälle, da zahlreiche Täter-Opfer-Ausgleiche statistisch nicht erfasst wurden.

⁹ Hartmann/Stroezel 1998, 169 nach den Angaben der aus einer Teilstichprobe erstellten bundesweiten TOA-Statistik.

zwischen 3392 (1996) und 5177 (1999) und betrogen zuletzt 4466 (2002); davon entfielen 49 % auf jugendliche und heranwachsende, 51 % auf erwachsene Beschuldigte.¹⁰

Dominant war bisher das so genannte **Autonomiemodell**, d. h. das freiwillige Bemühen des Täters um einen Ausgleich mit dem Verletzten – evtl. gefördert durch einen TOA-Vermittler – und die anschließende Einstellung des Strafverfahrens nach erfolgreichem Ausgleich.¹¹

Diesen Weg, der besonders erfolgreich im Rahmen des § 45 II 2 JGG beschritten wurde¹² – informell aber auch im Rahmen der §§ 153, 153 a StPO – hat das Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleichs vom 20. 12. 1999 in dem neuen § 153 a I 2 Nr. 5 StPO in nicht sonderlich geglückter Weise ausgebaut. Danach kann der Täter zugleich mit der vorläufigen Verfahrenseinstellung angewiesen werden, sich um einen Ausgleich mit dem Verletzten zu bemühen. Diese Regelung, die eine Parallele zu dem seit 1990 existierenden, aber totes Recht gebliebenen § 10 I 3 Nr. 7 JGG darstellt, sieht sich den gleichen Bedenken wie dieser ausgesetzt. Eine oktroyierte Weisung widerspricht dem grundlegenden Prinzip der Wiedergutmachung, nämlich der freiwilligen Verantwortungsübernahme durch den Täter.¹³ Diesem Problem sehen sich alle so genannten **Sanktionsmodelle** im Rahmen des Täter-Opfer-Ausgleichs ausgesetzt, also Modelle, bei denen ein TOA als Sanktion angeordnet wird. Dazu zählen neben § 153 a I 2 Nr. 5 StPO und § 10 I 3 Nr. 7 JGG auch die §§ 56 b II 1 Nr. 1, 59 a II 1 Nr. 1 StGB und § 15 I 1 Nr. 1 JGG. Ein weiteres Problem ist die Tatsache, dass eine Schadenswiedergutmachung sinnvoll nur bei genau bezifferbarem Schaden angeordnet werden kann. Dies ist aber nur selten möglich. Faktisch wird § 153 a I 2 Nr. 5 StPO daher so wie § 45 II 2 JGG gehandhabt, d. h. dem Beschuldigten wird – mit seiner Zustimmung – Gelegenheit gegeben, sich um einen Ausgleich mit dem Verletzten zu bemühen.

Vorzugswürdig sind demnach die an die bereits erbrachten Leistungen des Täters anknüpfenden **Autonomiemodelle**. Zu diesen gehört auch der neue Weg des deutschen Strafrechts, der am 1. 12. 1994 in Kraft getretene § 46 a StGB. Der Anwendungsbereich dieses vertypten Strafmilderungsgrundes, der auch das Absehen von Strafe umfasst, ist nicht auf einzelne Straftaten beschränkt, ebenso wenig auf natürliche Personen als Opfer bzw. Verletzte.¹⁴

Die Abgrenzung beider Alternativen bereitet Schwierigkeiten. Die Formulierung, § 46 a Nr. 1 StGB beziehe sich auf den Ausgleich immaterieller Folgen (Delikte gegen die persönliche Integrität), während Nr. 2 den Ausgleich materieller Folgen (Vermögensdelikte) betreffe,¹⁵ ist ungenau. Richtig ist vielmehr, dass bei § 46 a Nr. 1 StGB **immaterielle Leistungen** (Entschuldigung, Versöhnungsgespräche), bei Nr. 2 **materielle Leistungen** (Schadensersatz, Schmerzensgeld) im Vordergrund stehen.¹⁶ Stets ist aber eine Kombination von beidem vonnöten, was im Rahmen des § 46 a Nr. 2 StGB („erhebliche persönliche Leistung oder persönlichen Verzicht“) z. B. ein Freikaufen durch reiche Täter verhindern soll. Gegen den ausdrücklichen Willen des Opfers kann ein Bemühen des Täters um einen Ausgleich im Rahmen des § 46 a Nr. 1 StGB nicht angenommen werden (vgl. § 155 a S. 3 StPO). Andererseits setzt ein TOA keinen direkten Kontakt zwischen Täter und Opfer voraus, nicht einmal Vermittlungsbemühungen eines neutralen Vermittlers.¹⁷

Bei § 46 a StGB handelt es sich um einen fakultativen Strafmilderungsgrund. Das Ermessen der Gerichte nach Bejahung der Tatbestandsvoraussetzungen ist aber durch die präventiven Strafzwecke gebunden. Ein Absehen von Strafe (vgl. auch § 153 b StPO) bzw. eine Milderung nach § 49 I StGB kann nur abgelehnt werden, wenn Aspekte der Spezial- oder der Generalprävention dem entgegenstehen, etwa bei schwerwiegenden Taten.¹⁸

- 6** 1.5 Die **Bedeutung der Strafaussetzung zur Bewährung** hat seit ihrer Einführung im Jahr 1953 erheblich zugenommen. Ihr Anteil an den Hauptstrafen ist in den letzten 50 Jahren im Wesentlichen konstant geblieben, doch kommt sie inzwischen mehr als doppelt so häufig vor, wie die vollstreckte Freiheitsstrafe (Tab. 2: 13,9 % gegenüber 6,2 % im Jahr 2003). Dies ist umso beachtlicher, als durch die zunehmende Verlagerung der leichteren und mittleren Kriminalität auf die Diversion und die Geldstrafe eher „schwerere Fälle“ für die Strafaussetzung zur Bewährung übrig bleiben. Im 23. StrÄndG v. 13. 4. 1986 ist ihr Anwendungsbereich vorsichtig weiter ausgedehnt worden. Die neue Fassung des § 56 II StGB war im Wesentlichen eine Anpassung an die aussetzungsfreundliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. BGHSt 29, 370). Gleichzeitig wurde die – in Tab. 1 nicht erfasste – **Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung** nach § 57 StGB erweitert. Der sog. Halbstrafenerlass gem. § 57 II StGB ist von 0,3 % der Entlassungen im Jahre 1985 auf 2,7 % im Jahre 1987 ausgeweitet worden. Dies war vor allem dem im 23. StrÄndG vom 13. 4. 1986 eingeführten sog. Erstverbüßerprivileg nach § 57 II

¹⁰ Bundesministerium der Justiz 2005, 9, 14.

¹¹ Hierzu und zum folgenden Schöch 2001, 1049.

¹² S. u. Fall 12 Rn. 25–27.

¹³ Schöch 2001, 1050.

¹⁴ BGH NStZ 2000, 205; Schöch 2000, 332 ff.

¹⁵ So BGH NStZ 1995, 492.

¹⁶ Schöch 2000, 335 f.

¹⁷ Tröndle/Fischer 2004, § 46 a Rn. 10 ff.

¹⁸ S/S-Stree 2001, § 46 a Rn. 6.

Nr. 1 StGB zu verdanken, da von den nach der Hälfte der Strafzeit im Jahr 2002 entlassenen 1185 Strafgefangenen, 82,5 % auf Erstverbüßer entfielen.¹⁹

Insgesamt gehen jedoch die bedingten Entlassungen gemäß § 57 StGB seit einigen Jahren beträchtlich zurück, insbesondere seit dem spektakulären Mord eines auf Bewährung entlassenen Sexualstraftäters an einem 7-jährigen Mädchen in Bayern (September 1996, Fall „Natalie“) und der hierauf durch das SexualdelBekG vom 26. 1. 1998 vorgenommenen Verschärfung der prognostischen Anforderungen in § 57 I Nr. 2 StGB.²⁰ 2002 entfielen nur noch 1,5 % der Entlassungen auf § 57 II StGB. Noch stärker ging die Entlassungsquote nach § 57 I StGB zurück: von 21,4 % im Jahr 1986 auf 15,4 % im Jahr 2002. Damit hat sich gezeigt, dass es sich bei der Gesetzesänderung nicht nur um eine Klarstellung der schon vorher strengeren Rechtsprechung handelte, sondern um eine substantielle Verschärfung.²¹

Entgegen einer landläufigen Meinung sitzen schon seit einigen Jahren ca. 70 % der Gefangenen ihre Haftstrafen voll ab.²²

1.6 Die zahlenmäßige Bedeutung der **Sicherungsverwahrung** als schärfste freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung war in den letzten Jahrzehnten bis 1997 beträchtlich zurückgegangen. Zurückzuführen war dies auf die 1969 eingeführten strengeren materiellen Voraussetzungen des § 66 StGB. Die Schwereklausele bei der Hangtäterprognose (erhebliche Straftaten, namentlich solche, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird) ging auf kriminologische Forschungen zurück, die ergeben hatten, dass früher vor allem Vielfachtäter aus dem Bereich der minder schweren Kriminalität von der Sicherungsverwahrung erfasst wurden und nicht nur die gefährlichen Gewohnheitsverbrecher, auf die die Sicherungsverwahrung abzielt.²³ Eine Wende trat 1998 durch das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. 1. 1998 ein. Bereits im ersten Jahr der Geltung des neuen § 66 StGB war ein 30-prozentiger Zuwachs bei den verhängten Sicherungsverwahrungen (1997: 46; 1998: 61) festzustellen. In den darauf folgenden Jahren schwankte die Zahl der jährlich verhängten Sicherungsverwahrungen zwischen 55 (1999) und 74 (2001); sie betrug zuletzt 66 (2003). Entscheidend hierfür war die Einfügung des § 66 III StGB, der eine Herabsetzung der formellen Voraussetzungen beinhaltet. Er ermöglicht bei bestimmten Straftaten Sicherungsverwahrung bei der ersten Rückfall- oder Wiederholungstat. Mag dies im Bereich schwerer Sexualdelikte noch vertretbar sein, so schießt die Ausweitung auf alle Verbrechen sowie auf Vergehen nach §§ 224, 225 und 323 a StGB weit über das Ziel hinaus.²⁴ Zusätzliche Ausweitung ist durch die 2004 eingeführte nachträgliche Sicherungsverwahrung (§ 66 b StGB) zu erwarten (→ Fall 5 Rn. 44).

Ausdrücklich zu begrüßen ist die durch das SexualdelBekG erfolgte Neuregelung des § 9 StVollzG, wonach seit 2003 für Sexualstraftäter nach den §§ 174–180, 182 StGB ein Anspruch auf Verlegung in eine sozialtherapeutische Anstalt besteht. Auch wenn darin kein Allheilmittel gesehen werden darf, so eröffnet dies doch die Möglichkeit, der Stagnation der Therapieangebote entgegenzuwirken, die vornehmlich durch die Ersetzung der Maßregel-lösung des § 65 StGB a. F. durch die **Vollzugslösung des § 9 StVollzG** bedingt war. Eine Ausweitung war geboten, weil die persönlichkeitsgestörten Rückfalltäter und die Sexualstraftäter, für die sozialtherapeutische Anstalten hauptsächlich gedacht waren, weder in **psychiatrischen Krankenhäusern** (§ 63 StGB), die primär für die Behandlung ex- oder dekulpiertes psychisch Kranker gedacht sind, noch in den herkömmlichen Vollzugsanstalten angemessen behandelt werden können. Bisher bestand – nicht zuletzt wegen der hohen Kosten – nur ein geringes Angebot (ca. 850 Therapieplätze, also weniger als 2 % aller Haftplätze, von denen am 31. 12. 1997 nur 641 besetzt waren).²⁵ Am 31. 3. 2000 gab es bundesweit immerhin bereits 1055 Plätze.²⁶ Bis 31. 3. 2004 wurde diese Zahl auf 1742 Plätze, verteilt auf 43 sozialtherapeutische Anstalten, erhöht. Die Belegungsquote lag zu diesem Zeitpunkt bei 90,2 % (1571 Plätze).²⁷

1.7 Auf die primär therapeutisch orientierten **Maßregeln der Besserung und Sicherung** (§§ 63, 64 StGB) entfallen nur ca. 4,9 % der freiheitsentziehenden Sanktionen (vgl. Tab. 1), während die nach diesen Vorschriften Untergebrachten wegen der durchschnittlich längeren Dauer der Maßregelunterbringung etwa 11,8 % der gesamten Vollzugspopulation i. S. des § 1 StVollzG ausmachen.²⁸ Die Unterbringung **im psychiatrischen Krankenhaus** ist trotz häufigerer Anwendung des § 21 StGB²⁹ in den ersten 20 Jahren nach In-Kraft-Treten des neuen § 63 StGB (1975) erstaunlich konstant geblieben.³⁰ Dazu haben die erschwerten Voraussetzungen für die Unterbrin-

¹⁹ Statistisches Bundesamt, Strafvollzug 2002, 9.

²⁰ Vgl. Schöch 1998, 1257, 1258.

²¹ Schöch 1998, 1257, 1258; a. A. Tröndle/Fischer 2004, § 57 Rn. 13 m. w. N.

²² Statistisches Bundesamt, Strafvollzug 2002, 9 (Prozentberechnung vom Verf.).

²³ Kaiser 1996, § 93 Rn. 66 ff. m. w. N.; Fall 7.

²⁴ Schöch 1998, 1261.

²⁵ Statistisches Bundesamt, Strafvollzug 1997, 17.

²⁶ Kriminologische Zentralstelle 2000, 5, 15.

²⁷ Kriminologische Zentralstelle 2004, 6, 7.

²⁸ Prozentrechnung für 2003 nach Statistisches Bundesamt, Strafvollzug 2003, Fachserie 10, Reihe 4.1, Tab. 1 und 6.

²⁹ Verrel 1995, 38.

³⁰ Schöch 2005 a.

gung im psychiatrischen Krankenhaus (Gefahr erheblicher rechtswidriger Taten) beigetragen, außerdem die stärkere Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 62 StGB) durch BVerfGE 70, 297. Seit 1990 ist allerdings eine gravierende Zunahme sowohl bei der Anordnung als auch beim Vollzug dieser Maßregel zu erkennen.³¹ Vor allem die Verschärfung der prognostischen Anforderungen in § 67d II StGB bezüglich der Bewährungsaussetzung des unbefristeten³² Maßregelvollzugs durch das SexualdelBekG hat zu einer unerträglichen Überfüllung der ohnehin überlasteten Anstalten des Maßregelvollzugs geführt (1995 noch 2902, 2002 bereits 4460 Untergebrachte gem. § 63 StGB).³³

Auch die Unterbringungen in einer **Entziehungsanstalt** (§ 64 StGB) sind kontinuierlich angestiegen und liegen weiterhin mit zuletzt 1643 Anordnungen (2003)³⁴ jährlich deutlich über denen nach § 63 StGB (2003: 876 Anordnungen). Dieser Anstieg korreliert mit der häufigeren Anwendung des § 21 StGB und beruht auf der zunehmenden Alkohol- und Drogenproblematik.³⁵ Freilich sind die Behandlungsmöglichkeiten im Maßregelvollzug begrenzt, weshalb ambulanten Therapieangeboten der Vorzug zu geben ist, soweit nicht Sicherungsaspekte eine vorübergehende stationäre Unterbringung gebieten (vorgesehen in §§ 35, 37 BtMG; §§ 56, 56c III Nr. 2; 56d StGB).³⁶ Erschwert wurde die Behandlung in Entziehungsanstalten durch viele Untergebrachte, bei denen eine Suchttherapie aussichtslos war.³⁷

Das BVerfG hat diese Problematik in einem Beschluss vom 16. 3. 1994 erkannt und aus dem Freiheitsgrundrecht (Art. 2 II 2 GG) abgeleitet, dass die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt und ihr weiterer Vollzug nur zulässig sind, wenn „eine **hinreichend konkrete Aussicht** besteht, den Süchtigen zu heilen oder doch über eine gewisse Zeitspanne vor dem Rückfall in die akute Sucht zu bewahren“.³⁸ Bis 1997 blieb die Zahl der Untergebrachten mit ca. 1300–1400 relativ konstant,³⁹ nahm dann allerdings bis 2003 auf 2281 zu.⁴⁰

9 1.8 Die **Entziehung der Fahrerlaubnis** ist neben der Geldstrafe die zweithäufigste Sanktion (Tab. 1). Ihr großer Anwendungsbereich wird durch die Regelvermutungen für die mangelnde Fahrereignung (§ 69 II StGB) stabilisiert. Der beträchtliche Anstieg seit den sechziger Jahren ist im Wesentlichen durch die Zunahme der Kfz-Besitzer und damit der potentiellen Verkehrsdelinquenten zu erklären. Der Rückgang seit den 80er-Jahren ergibt sich daraus, dass die für diese Maßregel bei weitem wichtigste Gruppe der alkoholisierten Fahrer (ca. 90 %) durch relativ erfolgreiche general- und spezialpräventive Sanktionsstrategien und erzieherische Aufklärungskampagnen beeinflusst wurde.⁴¹ Das **Fahrverbot als Nebenstrafe** (gem. § 44 StGB ein bis drei Monate) wird nicht so häufig verhängt und zeigt nach der Strafverfolgungsstatistik einen ähnlichen Verlauf wie die Fahrerlaubnisentziehung. Ein weitaus größeres Anwendungsfeld hat das Fahrverbot aber im Bereich der Verkehrsordnungswidrigkeiten, hauptsächlich wegen Geschwindigkeitsüberschreitungen und Fahrens unter Überschreitung des Gefahrengrenzwerts von 0,5 Promille (§ 24a StVG).

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Sanktionenrechts⁴² will – unter Ausdehnung der zeitlichen Höchstdauer auf sechs Monate – das **Fahrverbot als Hauptstrafe** ausgestalten und als Regelsanktion für so genannte Zusammenhangstaten vorsehen, bei denen zwar keine Straßenverkehrsvergehen vorliegen, aber ein Kraftfahrzeug zur Vorbereitung (Fahrt zum Tatort) oder Durchführung (Transport der Beute) missbraucht worden ist.⁴³ Eine Ausgestaltung des Fahrverbots als allgemeine strafrechtliche Sanktion für alle Straftaten lehnt der Entwurf wegen des fehlenden inhaltlichen Zusammenhangs zwischen Tat und Sanktion ausdrücklich ab, weil das Fahrverbot „für den Verurteilten dann nicht mehr verständlich und die Akzeptanz durch die Bevölkerung gefährdet wäre.“⁴⁴

10 1.9 **Gemeinnützige Arbeit** gibt es im deutschen Strafrecht bisher nicht als selbständige Sanktion (anders z. B. in Dänemark, England, Frankreich, Holland und in der Schweiz), sondern – relativ selten angewandt – nur als Auflage im Rahmen des § 153a I 2 Nr. 3 StPO, der Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56b II Nr. 3 StGB) und des Art. 293 EGStGB, also bei der Abwendung der Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafe (s. Rn. 50). Auch der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Sanktionenrechts verzichtet im Hinblick auf die Knappheit

³¹ Schöch 2004, 393; von 1990 (2489) bis 2003 (5118) um 105,6 %, berechnet nach *Statistisches Bundesamt*, Strafvollzug, Fachserie 10, Reihe 4.1, 2003, Tab. 6.

³² Zur Kritik daran: Kaiser 1990, 14 ff., 50.

³³ Schöch 2004, 393; die dortigen vorläufigen Zahlen wurden hier für 2004 korrigiert nach *Statistisches Bundesamt*, Strafvollzug 2002, 19.

³⁴ *Statistisches Bundesamt*, Strafverfolgung 2003, Tab. 5.1.

³⁵ Rasch/Konrad 2004, 118; Schöch 2004, 394.

³⁶ Vgl. Kaiser 1990, 50.

³⁷ Leygraf 1988, 231 ff.

³⁸ BVerfGE 97, 1.

³⁹ Schöch 2004, 393 f.

⁴² *Statistisches Bundesamt*, Strafvollzug 2003, Fachserie 10, Reihe 4.1, Tab. 6.

⁴³ Schöch 2001 b, 28–31.

⁴⁴ Vgl. Fn. 3.

⁴⁵ BT-Drucks. 15/2752, § 44 II sowie Begründung S. 18.

⁴⁶ BT-Drucks. 15/2752, S. 23; a. A. Schöch 1992, C 120 i. S. einer „Freiheitsbeschränkungsstrafe“; in diesem Sinne auch § 44 eines Gesetzesantrags des Freistaats Bayern vom 17. 8. 1999, BR-Drucks. 449/99, Begründung S. 13 ff.

geeigneter Arbeitsplätze und die befürchtete Beeinträchtigung der praktikableren Geldstrafe auf die Einführung der gemeinnützigen Arbeit als selbständige Sanktion. Jedoch wird auf ihre breite Strafzweckrealisierung hingewiesen (Tatschuldausgleich, Denkwortel sowie positive Spezialprävention durch Aussöhnung mit der Gesellschaft, Verdeutlichung sozialer Verantwortung und symbolische Wiedergutmachung). Deshalb soll ihr Anwendungsbereich vor allem durch zwei Neuerungen (Motto: „Schwitzen statt Sitzen“) erweitert werden:

- eine „**Freiheitsstrafen-Ersetzungsregelung**“ nach § 55 a des Entwurfs, die es dem Verurteilten gestattet, die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten durch gemeinnützige Arbeit abzuwenden,
- gemeinnützige Arbeit als primäre Ersatzstrafe bei uneinbringlicher Geldstrafe nach § 43 I des Entwurfs anstelle der bisher vorrangigen Ersatzfreiheitsstrafe, wobei einem Tagessatz drei Stunden gemeinnütziger Arbeit entsprechen sollen.⁴⁵

Der **elektronisch überwachte Hausarrest** (vereinfacht „elektronische Fußfessel“) findet sich im Gesetzentwurf der Bundesregierung überhaupt nicht. Er wurde aber von der „Sanktionenkommission“ eingehend beraten und letztlich einstimmig abgelehnt,⁴⁶ vor allem weil man seine breite Anwendung bei solchen Tätern befürchtete, die sich bisher ohne den aufwendigen Überwachungsaufwand (ca. ein Drittel der Haftkosten) in Freiheit bewährten („net-widening-Effekt“). Außerdem wurde das Problem eines Zwei-Klassen-Strafrechts gesehen, weil gut situierte Täter die persönlichen Voraussetzungen für die Anwendung des elektronisch überwachten Hausarrestes (insbesondere Wohnung, Telefon, familiäre und soziale Bindungen des Verurteilten, fehlende Drogen- und Alkoholabhängigkeit) i. d. R. erfüllen und schlecht situierte, sozial randständige Täter i. d. R. nicht. Die „Sanktionenkommission“ hat jedoch empfohlen, die in einigen Ländern geplanten Modellversuche zum elektronisch überwachten Hausarrest zunächst abzuwarten und erst nach der Auswertung der Ergebnisse über andere mögliche Anwendungsbereiche zu entscheiden. Folgende Modelle sollen erprobt werden:

- der sog. **Ersatz-Hausarrest**, also ein elektronisch überwachter Hausarrest zur Vermeidung der Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafen bei uneinbringlicher Geldstrafe (Baden-Württemberg),
- die **besondere Unterbringungsform** des elektronisch überwachten Hausarrestes als Variante des offenen Strafvollzugs analog § 10 StVollzG (Hamburg),⁴⁷
- die **Bewährungsweisung** des elektronisch überwachten Hausarrestes in Kombination mit einer Strafaussetzung zur Bewährung (Hessen).

Seit dem 2. 5. 2000 wurde das hessische Modell erprobt, das sich ohne Gesetzesänderungen realisieren ließ, da der Katalog der Weisungen in § 56 c StGB nicht abschließend geregelt ist („namentlich“). In dem Frankfurter Modellversuch wurde eine entsprechende richterliche Weisung nur mit Einwilligung des Angeklagten erteilt, der zuvor auch bereits sein Einverständnis mit einem Wochenplan erklärt hat, in dem er mit einem Sozialarbeiter ein Zeitbudget im Hinblick auf Anwesenheits- und Abwesenheitszeiten vereinbart hatte.⁴⁸ Zugleich wurden Lehrstellen, Arbeitgeber, Drogentherapeuten und Ärzte informiert. Die hierzu erschienene Evaluationsstudie hat bestätigt, dass die Probanden die Chancen zur Führung eines Lebens ohne Straftaten in Freiheit überwiegend genutzt haben.⁴⁹ Obwohl auch Probanden einbezogen wurden, bei denen es um die Verschonung vom Vollzug der Untersuchungshaft gemäß § 116 StPO ging, wurden in dem zweijährigen Modellversuch nur 45 geeignete Probanden gefunden, von denen 34 (75,6 %) das Projekt regulär beendeten. Wegen der geringen Fallzahlen konnten Einsparungen im Justizhaushalt allerdings nicht realisiert werden.⁵⁰ Auch die Befürchtung eines möglichen „net-widening“ bzw. Kontrollintensivierungseffektes hat sich nicht eindeutig widerlegen lassen.⁵¹

⁴⁵ Vgl. zur Begründung *Schöch* 1992, C 87, 98.

⁴⁶ Ablehnend bereits *Schöch* 1992, C 101; vgl. auch *Hudy* 1998.

⁴⁷ Über positive Erfahrungen mit dem sog. „frontback“-Modell in England und in der Schweiz berichten *Albrecht/Arnold/Schädler* 2000, 469.

⁴⁸ *Albrecht/Arnold/Schädler* 2000, 466 ff.

⁴⁹ *Mayer* 2004, 130 ff.

⁵⁰ *Mayer* 2004, 346.

⁵¹ *Mayer* 2004, 351.

Table 1: Rechtsfolgeentscheidungen nach Eröffnung des Hauptverfahrens
 Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung 1966, Tab.1, 2, 3, 6, 7, 9; 1984, Tab. 1, 2, 3, 6, 7.1, 7.3; 2003,
 Tab. 2.1, 2.2, 3.1, 3.3, 5.1

	Absolute Zahlen			% aller Abgeurteilten ⁵²		
	1966	1984	2003	1966	1984	2003
Abgeurteilte insgesamt	683.526	966.339	911.848	100	100	100
Sonstige Entscheidungen						
Freispruch	38.549	33.065	24.502	5,6	3,4	2,7
Einstellung (§§ 153 ff., 260 III StPO)	36.591	125.494	109.652	5,4	13,0	12,0
Absehen von der Verfolgung (§ 47 JGG)	5.065	53.721	40.428	0,7	5,6	4,4
Überweisung an den Vormundschaftsrichter (§ 53 JGG)	53	25	32	0,0	0,0	0,0
Absehen von Strafe (§ 60 StGB und sonstige BT-Fälle)	271	270	324	0,04	0,03	0,04
Maßregeln (selbständig und neben Freispruch)	410	367	613	0,1	0,04	0,07
Verurteilte						
Verurteilte nach Jugendstrafrecht	69.698	133.597	101.562	10,2	13,8	11,1
Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB)	–	2.516	5.500	–	0,3	0,6
Geldstrafe ⁵³ (§ 40 StGB)	337.523	500.211	507.086	49,4	51,8	55,6
Freiheitsstrafe ⁵⁴ mit Bewährung (§ 56 StGB)	65.881	77.403	88.166	9,6	8,0	9,7
Freiheitsstrafe ohne Bewährung (§§ 38 f. StGB)	134.650	39.670	49.483	19,7	4,1	4,3
Maßregeln der Besserung und Sicherung						
Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 69 StGB)	104.160	182.189	125.998	15,2	18,9	13,8
Führungsaufsicht (§ 68 StGB)	–	142	} 196	–	0,0	} 0,02
Berufsverbot (§ 70 StGB)	136	107		0,0	0,0	
Psychiatrisches Krankenhaus (§ 63 StGB)	418	427	876	0,1	0,0	0,1
Entziehungsanstalt (§ 64 StGB)	172	511	1.643	0,0	0,1	0,2
Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB)	236	36	66	0,0	0,0	0,0
Arbeitshaus	138	–	–	0,0	–	–
Nebenstrafen und Nebenfolgen						
Fahrverbot (§ 44 StGB)	13.162 ⁵⁶	38.383	32.737	1,9	4,0	3,6
Aberkennung bürgerlicher Rechte (§ 45 StGB)	} 1.485	8	2	} 0,2	0,0	0,0
Verfall (§ 73 StGB) ⁵⁵		} 14.697	} 18.092		} 1,5	} 2,0
Einziehung (einschl. Unbrauchbarmachung) (§§ 74, 74 a, 74 d StGB)	4.872					

⁵² Die Abgeurteilten setzen sich zusammen aus Verurteilten und Personen, bei denen andere Entscheidungen getroffen wurden; beide Kategorien ergeben zusammen 100 %. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung und die Nebenstrafen und Nebenfolgen werden i. d. R., aber nicht notwendig, neben Strafen angeordnet, u. U. auch kombiniert. Sie lassen sich also nicht zu 100 % aufaddieren. Als Bezugsgröße für den prozentualen Vergleich wurden deshalb alle Abgeurteilten zugrunde gelegt. Die Entscheidungen nach allgemeinem Strafrecht und nach Jugendstrafrecht mussten zusammengefasst werden, weil die Strafverfolgungsstatistik keine strenge Trennung bei den Maßregeln gegen Heranwachsende aufweist.

⁵³ Sofern die Geldstrafe nicht neben oder in Verbindung mit Freiheitsstrafe verhängt wurde.

⁵⁴ Freiheitsstrafe 1966: Zuchthaus, Gefängnis, Einschließung, Strafarrrest, Haft; Freiheitsstrafe 1984/2003: Freiheitsstrafe und Strafarrrest.

⁵⁵ Verfall und Einziehung werden in der Statistik für Jugendliche nicht mehr getrennt ausgewiesen. Nach den Zahlen bei den Erwachsenen und Heranwachsenden stehen sie hinsichtlich ihrer Anordnungshäufigkeit etwa in einem Verhältnis von 1 : 10 (Verfall : Einziehung).

⁵⁶ Zahl für 1967, da das Fahrverbot 1966 noch nicht statistisch erfasst wurde.

Tabelle 2: Entwicklung der Strafen von 1882–2003 im Gebiet des Deutschen Reiches bzw. der Bundesrepublik Deutschland (1990 bis 2003; nur früheres Bundesgebiet einschließlich Berlin)
(bis 1970: *Kaiser* 1996, 985; danach: *Statistisches Bundesamt*, Strafverfolgung, Tab. 2.3)

Jahr	Freiheitsstrafe ⁵⁷		Geldstrafe %	Todesstrafe %	Summe	
	ohne Bewährung %	mit Bewährung %			%	absolut (N)
1882	76,8	–	22,2	0,03	99,03	315.849
1900	57,8	–	39,7	0,01	97,51	362.163
1920	57,5	–	42,5	0,02	100,02	517.392
1925	35,0	–	65,0	0,02	100,02	550.974
1950	37,3	–	62,7	–	100	275.182
1955	19,0	10,4	70,6	–	100	482.393
1965	23,0	11,6	65,4	–	100	505.441
1970	7,6	8,5	83,9	–	100	553.692
1976	6,2	10,6	83,2	–	100	592.154
1980	6,0	11,6	82,4	–	100	599.832
1985	6,3	12,4	81,3	–	100	600.798
1990	5,3	11,4	83,3	–	100	615.089
1995	5,2	11,8	83,0	–	100	683.258
2000	6,4	13,3	80,3	–	100	638.893
2003	6,2	13,9	79,9	–	100	634.735

Tabelle 3: Das Stufensystem der Strafen

(Anwendungshäufigkeit; *Statistisches Bundesamt*, Strafverfolgung, 2003, Tab. 2.3, 3.1, 3.3)

79,9 %	Geldstrafe §§ 40–43, 59 – Verwarnung mit Strafvorbehalt § 59 StGB – Verwarnung i. V. m. Auflagen § 59 a StGB – Verhängte und vollstreckte Geldstrafe §§ 40 ff. StGB
	Entscheidung nach den Maßstäben des § 47 StGB
13,9 %	Freiheitsstrafe mit Bewährung §§ 56–56 g StGB – mit Auflagen und/oder Weisungen §§ 56 b, c StGB – mit Weisung Bewährungshilfe § 56 d StGB
	Entscheidung nach den Maßstäben des § 56 StGB
6,2 %	Freiheitsstrafe ohne Bewährung §§ 38, 39 StGB – Aussetzung des Strafrestes nach Halb-Verbüßung § 57 II StGB – Aussetzung des Strafrestes nach Zwei-Drittel-Verbüßung § 57 I StGB – Voll verbüßte Freiheitsstrafe

2. Stufenfolge der Sanktionen

Aufgrund verschiedener Rückfalluntersuchungen, die im sog. Mittelfeld der Verurteilten unabhängig von der Art der Sanktion relativ gleich große Erfolge (ca. 60 %) ergeben haben, wird seit einigen Jahren die Frage aufgeworfen, ob die Sanktionen untereinander ohne Effektivitätsverlust austauschbar seien.⁵⁸ Zwar ist diese These noch nicht ausreichend bestätigt, da die relativ gleichen Erfolgsquoten auch auf einer sachgerechten Auswahl der Sanktionen für die jeweiligen Tätergruppen beruhen könnten. Aber auch generalpräventive Effektivitätsmessungen legen nahe, dass wir in gewissem Umfang von einer **Austauschbarkeit der Sanktionen** ausgehen können.⁵⁹ Daher lässt sich auch die Idee der Wiedergutmachung in das System der Strafzwecke einfügen.⁶⁰

12

⁵⁷ Einschließlich Strafarrest.

⁵⁸ Vgl. *Kaiser* 1997, § 11, 5 m. w. N.

⁵⁹ Vgl. *Streng* 2002, 148 f.; *Kaiser* 1997, § 11, 5.

⁶⁰ *Roxin* 1987, 33 ff.; 1997, § 3 Rn. 66; *Schöch* 1992, 63 ff.; *EKD-Denkschrift* 1990, 57 ff.

Vor diesem Hintergrund ist es besonders wichtig, den verfassungsrechtlichen Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** ernst zu nehmen und bei der Auswahl der Sanktionen auf ihre **Erforderlichkeit** unter präventiven Aspekten zu achten, wenn die schuldorientierte Strafhöhenbemessung (§ 46 I 1 StGB) hierfür Spielräume lässt. § 47 StGB hat diesen Grundsatz in vorbildlicher Klarheit zum Ausdruck gebracht und damit die Sanktionspraxis nachhaltig beeinflusst. **Kurze Freiheitsstrafen unter 6 Monaten** dürfen danach nur verhängt werden, wenn sie aufgrund besonderer Umstände zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung **unerlässlich** sind, d. h. nur dann, wenn Anhaltspunkte für eine offensichtlich bessere Wirkung der Freiheitsstrafe vorliegen.⁶¹ Auch die **Strafaussetzung zur Bewährung** setzt nicht die Gewissheit künftiger Straffreiheit voraus.⁶² Ausreichend ist, dass die Begehung weiterer Straftaten nicht wahrscheinlich ist.⁶³ Das bedeutet, dass die Wahrscheinlichkeit künftigen straffreien Verhaltens bei einer Aussetzung (evtl. i. V. m. Bewährungshilfe, Weisungen oder Auflagen)⁶⁴ größer sein muss als diejenige neuer Straftaten.⁶⁵ Da nach dem Wortlaut des § 56 StGB die Wahrscheinlichkeit zukünftig straffreier Führung positiv bejaht werden muss, gehen Zweifel hierüber zu Lasten des Täters, während für die Tatsachen, auf denen das Wahrscheinlichkeitsurteil basiert, der Grundsatz **in dubio pro reo** gilt.⁶⁶

Aus dem teleologischen Zusammenhang der Sanktionen und aus dem Grundsatz der Erforderlichkeit, der außer in den §§ 47, 56 StGB auch in den allgemeinen und besonderen Voraussetzungen der Maßregeln der Besserung und Sicherung zum Ausdruck kommt (vgl. § 62 und §§ 63 ff. StGB), lässt sich nach der hier vertretenen Konzeption als allgemeines Rechtsprinzip eine präventiv orientierte **Stufenfolge der Sanktionen** ableiten: Die jeweils leichtere Sanktion ist der nächstschwereren vorzuziehen, wenn sie das Ziel der Verhinderung künftiger Straftaten **besser oder genau so gut** erreicht wie der stärker belastende Eingriff.⁶⁷

Ausnahmen gelten nur, wenn die vom Gesetz vorgesehenen **generalpräventiven Korrektive** für die „Verteidigung der Rechtsordnung“ eingreifen (§§ 47, 56 III, 59 I Nr. 3 StGB) oder wenn wegen **völlig aussichtsloser Prognose**, bei der voraussichtlich jede Sanktion gleich schlechte Erfolge erwarten lässt, der **Sicherungszweck der Strafe oder Maßregel** den schärferen Eingriff erfordert.⁶⁸ Auf dieser Basis lassen sich auch Prognose- und Sanktionsforschung miteinander verknüpfen (→ Fall 6). Freilich steht der Kriminologie noch ein langer Weg bevor, bis derart brauchbare Sanktionsprognosen möglich sind. Bis dahin wird man sich mit einer Abschätzung der Risiken anhand genereller Sanktionserfahrungen begnügen müssen.

Die für die empirisch-kriminologische Bearbeitung erforderliche saubere Trennung zwischen primär schuldgleichender Strafhöhenbemessung (**Strafzumessung i. e. S.**) und rein präventionsorientierter Entscheidung über die Art der Sanktion (**Strafzumessung i. w. S.**)⁶⁹ wird von der Rechtsprechung und h. L. – dem Gesetzeswortlaut der §§ 47 I, 56 I StGB entsprechend – nur bei der Wahl zwischen Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten und Geldstrafe (§ 47 I StGB) oder bei der Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung bis zu einem Jahr (§ 56 I, auch i. V. mit § 56 III StGB) akzeptiert.⁷⁰ Jenseits dieser Grenzen werden neben spezial- und generalpräventiven Kriterien auch Schuldgesichtspunkte berücksichtigt,⁷¹ wofür in § 47 I StGB die zeitliche Grenze und in den §§ 56 II, 59 I Nr. 2 StGB die „besonderen Umstände der Tat und der Persönlichkeit“ sprechen.

3. Exkurs: Ordnungswidrigkeitenrecht

- 13** Neben den strafrechtlichen Sanktionen für sozioethisch verwerfliches Verhalten sieht unsere Rechtsordnung weitere staatliche Sanktionen für Verstöße gegen Rechtsnormen vor, die einen geringeren Unrechtsgehalt als Straftaten aufweisen.⁷² Am wichtigsten ist die **Geldbuße**, die zur Ahndung

⁶¹ Schöch 1973, 186.

⁶² BGHSt 7, 10; vgl. S/S-Stree 2001, § 56 Rn. 16; Lackner/Kühl 2004, § 56 Rn. 8.

⁶³ BGH NSTZ 1986, 27; LK-Gribbohm § 56 Rn. 11; unklar S/S-Stree 2001, § 56 Rn. 16.

⁶⁴ Dazu SK-Horn 2001, § 56 Rn. 18 a.

⁶⁵ BGH NSTZ 1997, 594.

⁶⁶ Lackner/Kühl 2004, § 56 Rn. 8; einschränkend SK-Horn 2001, § 56 Rn. 12.

⁶⁷ Vgl. Schöch 1975, 270 f.; OLG Schleswig JR 1981, 162 ff. m. Anm. Schöch; ähnlich die Stellenwerttheorie (s. u. Rn. 44) und die präventive Vereinigungstheorie (s. u. Rn. 45).

⁶⁸ Vgl. Schöch 1988, 140 f.

⁶⁹ S. u. Rn. 44 f.

⁷⁰ Schäfer 2001, Rn. 111, 113, 122, 125 m. w. N.; vgl. auch BGHSt 24, 40, 44 (zu § 56 III StGB); OLG Köln StV 1984, 378.

⁷¹ Schäfer 2001, Rn. 122, 156 ff.

⁷² Vgl. BVerfGE 22, 49, 78 ff.

von **Ordnungswidrigkeiten** dient (§ 1 OWiG). Materiell lässt sich die Ordnungswidrigkeit kennzeichnen als bloßes Verwaltungs- und Ordnungsunrecht. Es handelt sich um einen Normverstoß geringerer Intensität, der nicht den Kernbereich der verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter betrifft.⁷³

Die wirtschaftliche Wirkung der Geldbuße entspricht zwar derjenigen der Geldstrafe und ist auch die Folge einer rechtswidrigen und vorwerfaren Handlung (§ 1 OWiG). Gleichwohl bestehen aber gravierende **Unterschiede zwischen Geldstrafe und Geldbuße**:

14

- Ziel der Geldbuße ist nicht Ausgleich für sozialetische Schuld, sondern ein spürbarer Pflichtappell an den Betroffenen, auch im Vorfeld zum Schutz von Rechtsgütern errichtete Gebote und Verbote zu beachten,⁷⁴ ohne ihn – wie bei der Kriminalstrafe – der Beeinträchtigung seines Ansehens und Leumundes auszusetzen.⁷⁵
- Geldbußen werden durch Bußgeldbescheide der Verwaltungsbehörden im sog. Bußgeldverfahren (§§ 35 ff., 65 f. OWiG) festgesetzt. Nur bei Einspruch des Betroffenen entscheidet das Amtsgericht (§§ 67 ff. OWiG).
- Die Geldbuße wird nicht in das Bundeszentralregister eingetragen.
- Bei Festsetzung einer Geldbuße wegen geringfügiger Ordnungswidrigkeiten finden die wirtschaftlichen Verhältnisse des Betroffenen in der Regel keine Berücksichtigung (§ 17 III 2 Hs. 2 i. V. m. § 56 I OWiG), während bei der Geldstrafe die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters über die Tagessatzhöhe entscheidet (§ 40 II StGB).
- Eine Geldbuße kann auch juristischen Personen, nichtrechtsfähigen Vereinen und rechtsfähigen Personengesellschaften auferlegt werden (§ 30 OWiG).
- An die Stelle der Geldstrafe kann die Ersatzfreiheitsstrafe treten (§ 43 StGB), während zur Durchsetzung der Geldbuße die Erzwingungshaft gem. §§ 96 ff. OWiG dient. Die Erzwingungshaft hat also keinen Strafcharakter.⁷⁶

Obwohl Geldbußen nicht wie Strafen im Bundeszentralregister eingetragen werden, gibt es doch aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Bereiche, in denen auf eine **Registrierung** nicht verzichtet werden kann. Dies ist einmal das Gewerbezentralregister (§§ 149 ff. GewO), zum andern das **Verkehrszentralregister** in Flensburg (§ 28 StVG). Es enthält neben Entscheidungen der Strafgerichte zu Verkehrsvergehen und Fahrerlaubnisentziehungen auch Entscheidungen wegen Verkehrsordnungswidrigkeiten, wenn gegen den Betroffenen ein Fahrverbot angeordnet oder eine Geldbuße von mindestens 40 € festgesetzt ist (§ 28 III Nr. 3 StVG). Die sukzessive Erhöhung dieser Eintragungsgrenze, deren Anliegen zum einen die Reduzierung der zu großen Zahl registrierter Verkehrsteilnehmer,⁷⁷ zum anderen die Entlastung der Gerichte von – im Falle von Eintragungen häufiger eingelegten – Einsprüchen gegen Bußgeldbescheide war, hat nicht zu einer Beeinträchtigung der erzieherischen Funktion des Verkehrszentralregisters geführt. Die Zahl der Getöteten und Verletzten im Straßenverkehr nahm vielmehr kontinuierlich weiter ab.⁷⁸ Manche Leichtfertigkeit, die in Grenzsituationen zum Unfall führt (insbesondere bei Geschwindigkeitsüberschreitungen), wird u. U. aus Sorge vor „Punkten in Flensburg“ unterlassen.

15

Für die **Geldbußenbemessung** sieht § 17 I OWiG einen Rahmen zwischen 5 und 1000 € vor, der jedoch unter dem Vorbehalt abweichender gesetzlicher Sonderregelungen steht. Solche Sonderregelungen finden sich häufig im Wirtschaftsstrafrecht (z. B. § 378 II AO: bis 50 000 €; § 405 IV AktG: 25 000 €; § 81 II GWB⁷⁹ bis 500 000 € und darüber hinaus bis zur dreifachen Höhe des durch den Kartellverstoß erzielten Mehrerlöses).

16

Bei **Verkehrsordnungswidrigkeiten** bleibt es i. d. R. bei dem normalen Rahmen (§ 24 II StVG; Ausnahme gilt bei einem Verstoß gegen die 0,5-Promille-Grenze gem. § 24 a I, III StVG: 1500 €), doch wird hier die Bemessung durch sog. **Bußgeldkataloge** weitgehend strukturiert. Diese sollen bei den massenhaft vorkommenden Verkehrsordnungswidrigkeiten eine gleichmäßige Behandlung gleich gelagerter Sachverhalte ermöglichen, also Rechtsgleichheit und Berechenbarkeit sicherstellen.⁸⁰ Die vom Bundesminister für Verkehr erlassene **Bußgeldkatalogverordnung (BKatV)**,⁸¹ die Regelsätze über die Höhe der Geldbuße und die Anordnung eines Fahrverbots

⁷³ Gemischt qualitativ-quantitative Betrachtungsweise, vgl. *Roxin* 1997, § 2 Rn. 40f.; BVerfGE 27, 18, 29f.; eher quantitativ *Baumann/Weber/Mitsch* 2003, § 4 Rn. 16.

⁷⁴ *Göhler/König/Seitz* 2002, Vor § 1 Rn. 9.

⁷⁵ BVerfGE 27, 18, 33.

⁷⁶ BVerfGE 43, 101, 105; *Göhler/König/Seitz* 2002, § 96 Rn. 1, 5.

⁷⁷ *Schöch* 1993 e, 578.

⁷⁸ *Statistisches Bundesamt* 2003, Verkehrsunfälle, Tab. 1.1–1.6.

⁷⁹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

⁸⁰ *Schall* 1986, 1; *Göhler/König/Seitz* 2002, § 17 Rn. 27, 32: auf anderen Gebieten selten.

⁸¹ Abgedruckt in Schönfelder Ergänzungsband Nr. 94 a.

enthält, ist als Rechtsverordnung aufgrund von § 26 a StVG auch für die Gerichte verbindlich.⁸² Da es sich aber nur um Zumessungsregeln handelt, die vom Regelfall ausgehen und nicht starr auf davon abweichende Sachverhalte angewandt werden dürfen, sind letztlich auch hier die sich aus § 17 II–IV OWiG ergebenden Bemessungskriterien entscheidend.⁸³

- 17 Hinsichtlich der dogmatischen Behandlung der Ordnungswidrigkeit ist das OWiG durch das EGStGB seit 1975 weitgehend dem allgemeinen Strafrecht angepasst worden (vgl. §§ 1–29 OWiG). Bemerkenswert sind aber zwei markante Besonderheiten, der **Einheitstäterbegriff** (§ 14 OWiG: keine Unterscheidung zwischen Täter, Mittäter, Anstifter und Gehilfe) und die Möglichkeit der Festsetzung von Geldbußen gegen **juristische Personen**, nicht rechtsfähige Vereine und Personenhandelsgesellschaften (§ 30 OWiG).
- 18 Rechtshistorisch betrachtet liegt der Anfang des Ordnungswidrigkeitenrechts in der ersten Trennung des Verwaltungsrechts vom Kriminalrecht durch das WiStG 1949. Seitdem ist sein Bereich enorm angewachsen.⁸⁴ Mit dem OWiG von 1952 wurde ein Rahmengesetz geschaffen, das auf vielen Sachgebieten die Trennung von Ordnungswidrigkeit und Kriminalstrafrecht ermöglichte. Neben zahlreichen Normen des Wirtschaftsrechts (z. B. GWB, UWG,⁸⁵ GewO, LMBG,⁸⁶ AO) hat vor allem die mit der Neufassung des OWiG im Jahre 1968 verbundene Umwandlung der Verkehrsübertretungen in **Verkehrsordnungswidrigkeiten** (vgl. §§ 24 StVG, 49 StVO, 69 a StVZO) zur großen praktischen Bedeutung des Ordnungswidrigkeitenrechts beigetragen. Schließlich hat das EGStGB ab 1. 1. 1975 **frühere Übertretungstatbestände** des StGB in das OWiG eingefügt (z. B. falsche Namensangabe, § 111 OWiG, ruhestörender Lärm und grober Unfug, §§ 117, 118 OWiG). Andere Tatbestände des Bagatellunrechts sind Vergehen geblieben oder – im Falle des „Mundraubes“ gem. § 370 I Nr. 5 StGB a. F. – aufgewertet und zu Antragsdelikten umgestaltet worden (z. B. §§ 248 a, 263 IV, 265 a III StGB). Diese von BVerfGE 50, 205 (212 ff.) tolerierte Grenzziehung wird im Bereich der leichteren Straftaten durch die prozessuale Lösung der Bagatellkriminalität (§§ 153, 153 a StPO) praktikabel gemacht. Demgegenüber fehlen auf dem Gebiet der Ordnungswidrigkeiten trotz Geltung des **Opportunitätsprinzips** (§ 47 OWiG) vergleichbare Entlastungsmöglichkeiten oberhalb des Verwarnungsbereiches. § 47 III OWiG verbietet sogar ausdrücklich die Einstellung gegen Geldauflagen.
- 19 Aufgrund des Zuwachses der Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr wurden die Amts- und Oberlandesgerichte mit einer Fülle von Verfahren überschwemmt. Das OLG kann als einzige Rechtsmittelinstanz im Wege der Rechtsbeschwerde angerufen werden (§§ 79–80 a OWiG). Der Gesetzgeber hat mit den Änderungsgesetzen vom 7. 7. 1986 und vom 26. 1. 1998 versucht, für Entlastung zu sorgen:
- Verfahrensbeschleunigung durch Erleichterungen für die gerichtliche Beweisaufnahme sowie die Urteilsbegründung (§§ 77–78 OWiG).
 - Erweiterung des Verwarnungsverfahrens auf die heutige Obergrenze des Verwarnungsgeldes von 35 €.
 - Erweiterung der Einstellungsmöglichkeit nach § 47 II 2 OWiG.
 - Verfahrensbeschleunigung durch Möglichkeit der Einspruchsbeschränkung auf bestimmte Beschwerdepunkte, z. B. die Höhe der Geldbuße (§ 67 II OWiG).
 - Einschränkung der Rechtsmittelmöglichkeit durch Heraufsetzung des Schwellenwertes für den Betroffenen auf 250 € (§ 79 I Nr. 1 OWiG) und für die StA auf 600 € (§ 79 I Nr. 3 OWiG). Bei Verhängung bzw. Nichtverhängung eines Fahrverbotes ist die Rechtsbeschwerde stets zulässig (§ 79 I Nr. 2 bzw. Nr. 3 OWiG).
 - Einführung der Einzelrichterbesetzung im Rechtsbeschwerdeverfahren (§ 80 a OWiG).
 - Erhöhung des Kostenrisikos für den Betroffenen (§ 109 OWiG, § 25 a StVG).

4. Probleme der Effektivitätsmessung

- 20 Mit dem Wandel vom Tat- zum Täterstrafrecht⁸⁷ hat die Frage nach der „richtigen“ Rechtsfolge und mit ihr die Frage nach der Wirksamkeit strafrechtlicher Sanktionen in den letzten Jahrzehnten zunehmend an Bedeutung gewonnen.⁸⁸ Dabei hat sich gezeigt, dass einige Grundprobleme der Erfolgsmessung immer wieder auftauchen, welche die Aussagekraft der Forschungsergebnisse deutlich beeinträchtigen. Im Mittelpunkt stehen die spezialpräventiven Untersuchungen, während über die generalpräventive Wirkung einzelner Urteile oder einer bestimmten Gerichtspraxis bisher kaum etwas bekannt ist. Das liegt daran, dass bei

⁸² *Janiszewski* 2004, Rn. 194; BGH NZV 92, 117.

⁸³ Dazu insbes. *Schall* 1986, 3 ff.

⁸⁴ *Jescheck/Weigend* 1996, § 7 V 1, 2; *Göhler/König/Seitz* 2002, Einl., Rn. 14 a ff.

⁸⁵ Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb.

⁸⁶ Lebensmittel- und Bedarfsgegenstände-gesetz.

⁸⁷ Fall 2 Rn. 64 ff.

⁸⁸ *Kaiser* 1996, § 91 Rn. 2; *Streng* 2002, Rn. 273 ff. jeweils m. w. N.

dem komplexen Wirkungsmechanismus der Generalprävention für die empirische Kontrolle zusätzliche Schwierigkeiten auftauchen, die es angezeigt erscheinen lassen, die beiden Aspekte getrennt zu behandeln.

4.1 Spezialpräventive Erfolgsbeurteilung

4.1.1 Da die Spezialprävention die Aufgabe der Strafe darin sieht, künftige Straftaten des konkreten Täters zu verhindern, liegt es auf der Hand, den Erfolg spezialpräventiver Bemühungen nach der **Legalbewährung** dieses Täters zu bemessen. Ziel der Beeinflussung durch strafrechtliche Sanktionen ist neuerdings allein „ein Leben ohne Straftaten“ (§ 2 S. 1 StVollzG, ähnlich §§ 56 I, 56 c I, 56 d I, 57 I 1 Nr. 2, 59 I 1 Nr. 1, 63–66 i. V. m. 67 d II, 68 e I, 70 a I StGB), während §§ 21 I, 91 I JGG noch die etwas überholte Formulierung des „rechtschaffenen Lebenswandels“ verwenden. Andere Erfolgskriterien wie **Arbeitsbewährung**, **Sozialbewährung** oder **psychische Stabilität** sind zwar kriminologisch und therapeutisch nicht weniger interessant, strafrechtlich sind sie aber in aller Regel irrelevant (teilweise jedoch in § 56 f I 1 Nr. 2 i. V. m. §§ 56 c, 56 d StGB), solange sich Störungen in diesen Bereichen (z. B. Alkoholismus, Arbeitsscheu, Nichtsesshaftigkeit) nicht in Straftaten niederschlagen,⁸⁹ was allerdings häufig der Fall ist. Neben methodischen Schwierigkeiten bei der Operationalisierung kann die Datenerhebung in diesen Bereichen zu Störungen im Resozialisierungsprozess führen. Außerdem erfordert sie einen so erheblichen Aufwand, dass kriminologische Untersuchungen auf breiter Basis kaum durchgeführt werden könnten. Falls dies ohne Beeinträchtigung der neuen Lebenswelt des Probanden möglich ist, sind jedoch auch dessen Einschätzungen über etwaige Verhaltensänderungen sowie die Meinungen von Experten (Bewährungshelfer, Therapeuten) bedeutsam.⁹⁰ 21

4.1.2 Als geeigneter **Zeitraum für die Erfolgsbeurteilung** hat sich in vielen Untersuchungen die Zeit von **5 Jahren** herausgestellt.⁹¹ Diese Erfahrung kommt auch in einigen gesetzlichen Regelungen zum Ausdruck, z. B. in § 56 a I (Höchstdauer der Bewährungszeit), § 68 c I (Höchstdauer der Führungsaufsicht), § 46 I Nr. 1 BZRG (Tilgungsfrist bei leichteren Vergehen). 22

4.1.3 Um aussagekräftige Ergebnisse zu erhalten, ist es sinnvoll, beim **Erfolgskriterium Legalbewährung qualitativ und quantitativ zu differenzieren**. Nicht jeder Rückfall ist in gleicher Weise als Misserfolg zu bewerten, da geringere Auffälligkeiten durchaus im Bereich der „normalen“ Lebensrisiken liegen (insbes. Verkehrsdelikte). Allerdings wäre es zu eng und kaum objektivierbar, nur diejenigen Rückfälle zugrunde zu legen, die den materiellen Kriterien für die frühere Rückfallverschärfung (§ 48 StGB a. F., sog. „kriminologischer Zusammenhang“) entsprechen. Sinnvoller wären die materiellen Kriterien für den Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56 f I Nr. 1 StGB). Die Entscheidung, ob die „Erwartung“, die der Sanktion „zugrunde lag, sich nicht erfüllt hat“, wäre jedoch im Rahmen von Aktenuntersuchungen ebenfalls kaum objektivierbar. Vertretbar wäre eine Differenzierung nach dem Strafmaß der weiteren Urteile, objektiver – aber vermutlich weniger valide – nach der Zahl der weiteren registrierten Taten. Am günstigsten erscheint ein **Schwereindex**, der sich aus **Schwere und Zahl der registrierten Delikte** zusammensetzt. Die geringsten Auffälligkeiten können dann den Erfolgen zugerechnet werden.⁹² 23

4.1.4 **Methodisch** setzt jede Effektivitätsmessung **Vergleichsmöglichkeiten** voraus. Es müssen experimentelle Bedingungen vorliegen, in denen prognostisch gleich zu beurteilende Tätergruppen mit unterschiedlichen Sanktionen bestraft werden. Sind diese Voraussetzungen nicht annähernd gegeben, können „Erfolgsquoten“ eher durch Tätereigenschaften und Auswahlkriterien vorgegeben als durch die Sanktion selbst verursacht sein.⁹³ Am besten wäre hierfür eine **Zufallszuweisung (Randomisierung)** der zu untersuchenden Täter auf verschiedene Sanktionen, die aber aus rechtlichen und ethischen Gründen so gut wie nie zu realisieren ist.⁹⁴ Hilfsweise versucht man deshalb durch ein **quasi-experimentelles Forschungsdesign**⁹⁵ die wichtigsten intervenierenden Variablen (Moderatorvariablen) in der Sanktions- und Vergleichsgruppe konstant zu halten, hier also insbesondere bezüglich Alter, Geschlecht und Vorstrafenbelastung der Sanktionierten. Das ist durch nachträgliche paarweise Vergleichsgruppenbildung (matching) oder durch statistische Faktorenkontrolle in gewissem Umfang – aber niemals vollkommen – möglich. 24

⁸⁹ Vgl. auch BVerfGE 22, 180, 219 f.

⁹⁰ Kaiser 1996, § 92 Rn. 6 ff.

⁹¹ Vgl. Böhm, B. 1998, 73 f.; Eisenberg 2005, § 15 Rn. 24.

⁹² Umfassend Böhm 1998, 67 ff., in dessen Untersuchung die Zahl und die Sanktionsschwere der Rückfalltaten die größte Bedeutung für die Rückfallmessung hatten (a. a. O. S. 133 ff.).

⁹³ Vgl. Kaiser 1996, § 91.

⁹⁴ Bisher einzige Ausnahme im deutschen Sprachraum ist das nordrhein-westfälische Sozialtherapie-Experiment, vgl. Albrecht/Ortmann 2000.

⁹⁵ Vgl. dazu die 4. Auflage des Studienkurses, Fall 2 Rn. 35 ff. m. w. N.

Außerdem ist auf wesentliche Änderungen der Verhältnisse nach der Sanktionsverhängung zu achten, um nicht dem statistischen Fehlschluss „post hoc, ergo propter hoc“⁹⁶ zu erliegen. Falls keine gezielten Einwirkungen nach der Sanktion erfolgen, kann aber bei statistischen Rückfalluntersuchungen i. d. R. von einer Gleichverteilung der Einflüsse ausgegangen werden, weshalb die zwischenzeitlichen Einflüsse meistens vernachlässigt werden.

25 4.1.5 **Empirische Untersuchungen zur Spezialprävention** liegen bereits in beachtlichem Umfang vor, soweit es sich um **Rückfallquoten** nach einzelnen Sanktionen handelt. Allerdings fehlen oft geeignete Vergleichsgruppen, so dass man von einer **Effektivitätsmessung** im strengen Sinn nicht sprechen kann. Leider wird vielfach noch nicht nach Zahl und Schwere der Rückfalldaten differenziert, weshalb man bei Vergleichen auf das wenig aussagekräftige Pauschalkriterium „erneute Verurteilung“ angewiesen ist. Nach diesem Kriterium ergaben sich für verschiedene Sanktionen in den 70er-Jahren folgende durchschnittlichen Rückfallquoten:⁹⁷ Geldstrafe 26 %, Freiheitsstrafe mit Bewährung 34 %, sozialtherapeutische Anstalt 43 %, Jugendstrafe mit Bewährung 44 %, Jugendarrest 46 %, Freiheitsstrafe ohne Bewährung nach Vollverbüßung 62 %, Jugendstrafe ohne Bewährung nach Vollverbüßung 70 %. In den 80er-Jahren lagen die Rückfallquoten etwa 10 % höher.⁹⁸ Neuere Zahlen liegen nur vereinzelt vor; sie sprechen eher für die Fortdauer des höheren Niveaus der 80er-Jahre. Soweit als Misserfolgskriterium die „erneute Aufnahme in den Strafvollzug“ ermittelt wurde, lag dieses durchschnittlich etwa 15–20 % unter der allgemeinen Rückfallquote.⁹⁹ Eine Auswertung der Mitteilungen zum Bundeszentralregister aus dem Jahr 1994 bestätigt diese Erfahrungen für einen vierjährigen Kontrollzeitraum: Geldstrafe 30 %, Freiheitsstrafe mit Bewährung 45 %, Freiheitsstrafe ohne Bewährung 56 %, Jugendstrafe mit Bewährung 60 %, Jugendstrafe ohne Bewährung 78 %.¹⁰⁰

26 Diese Zahlen legen nahe, dass die häufig behauptete Rückfallquote von über 80 % nicht zutrifft. Insbesondere nach behandlungsorientierten Sanktionen wie Sozialtherapie oder Straf(rest-)aussetzung zur Bewährung liegt sie deutlich niedriger, weshalb von einem Scheitern angesichts der oft schweren Vorbelastung der Probanden nicht gesprochen werden kann.

Die von einigen Autoren (insbes. von Kriminalsoziologen) beschworene **Krise der Spezialprävention**,¹⁰¹ die sich u. a. aus angeblichen Misserfolgen von Behandlungsprojekten (z. B. im Bereich der Sozialtherapie) ergeben soll, lässt sich also nicht auf empirische Untersuchungen stützen.¹⁰² Die von *Martinson u. a.* aus der Sekundäranalyse von über 100 amerikanischen Behandlungsprojekten abgeleitete Diagnose „**nothing works**“,¹⁰³ mit der die Erfolglosigkeit jeder Behandlung im Rahmen der Kriminaljustiz dokumentiert werden sollte, hat sich bei uns nicht bestätigt, da die meisten behandlungsorientierten Sanktionen wenigstens geringe Erfolge aufweisen.¹⁰⁴ Teilweise hat auch zu undifferenzierter methodischer Rigorismus dazu geführt, dass bedeutsame Behandlungserfolge von 10–15 % in kleineren Behandlungsgruppen wegen fehlender statistischer Signifikanz verschüttet worden sind.¹⁰⁵ Trotz mancher Schwierigkeiten, die sich bei der „Behandlung in Freiheit“ ergeben, besteht gerade hier kein Anlass zu „einer resignierten Ermüdung“.¹⁰⁶ Teilweise beruht die Kritik auf übersteigerten Erwartungen, teilweise auf methodischem Rigorismus, teilweise auch auf einer abolitionistisch motivierten Ablehnung strafrechtlicher Resozialisierungsbemühungen.¹⁰⁷

4.2 Generalpräventive Erfolgsbeurteilung

27 Folgt man ökonomischen Kriminalitätstheorien¹⁰⁸ und geht mit ihnen davon aus, dass menschliches Handeln das Ergebnis eines rationalen Kalküls ist, dann liegt die Annahme nahe, dass schärfere Sanktionen zum Absinken der Kriminalitätsrate führen. Dies entspricht der schon von Anselm von Feuerbach (1775–1833) entwickelten „Theorie des psychologischen Zwangs“,¹⁰⁹ bei der es um die

⁹⁶ Logischer Fehlschluss aus der zeitlichen Aufeinanderfolge zweier Umstände auf einen zwischen ihnen bestehenden Kausalzusammenhang.

⁹⁷ *Kaiser* 1996, § 31 Rn. 49 unter Hinweis auf *Berckbauer/Hasenpusch* 1982, 285 ff.

⁹⁸ Vgl. die Übersicht bei *Streng* 2002, Rn. 273 m. w. N.

⁹⁹ *Berckbauer/Hasenpusch* 1982, 299; noch größer sind die Unterschiede bei *Böhm* 1998, 197 ff. anhand von Sanktionsschwereindizes.

¹⁰⁰ *Jehle/Heinz/Sutterer* 2003, 38 ff. mit weiteren Differenzierungen.

¹⁰¹ Vgl. z. B. *Albrecht* 1985, 831 ff.; 1986, 54 ff.

¹⁰² Vgl. *Lösel u. a.* 1987, 255; *Kaiser* 1996, § 31 Rn. 47 ff.

¹⁰³ *Martinson* 1974, 22 ff.; zugrunde liegende Untersuchung *Lipton/Martinson/Wilks* 1975.

¹⁰⁴ *Kaiser* 1996, § 31 Rn. 47 ff.; § 100 Rn. 12 ff.

¹⁰⁵ *Lösel/Köferl/Weber* 1987, 115 ff., 211 ff.; *Lösel* 1992 m. w. N.

¹⁰⁶ *Roxin* 1997, § 3 Rn. 12 ff.

¹⁰⁷ Kritisch dazu *Schöch* 1992, 39 f.; *Kaiser* 1996, § 31 Rn. 47 ff.; dazu auch Fall 1 Rn. 85 f.

¹⁰⁸ Fall 1, Rn. 48.

¹⁰⁹ Fall 1, Rn. 98.

Abschreckung potentieller Straftäter geht. Diese wird heute meist unter dem Begriff **negative Generalprävention** zusammengefasst, wobei mehrere Wirkungsebenen denkbar sind: die **Androhungsprävention** durch das Strafgesetz, die **Verfolgungsprävention** durch polizeiliche Verbrechenverfolgung und -aufklärung, die **Strafzumessungsprävention** durch gerichtliche Sanktionsentscheidungen und die **Vollstreckungsprävention** durch Verwirklichung der Sanktionen (z. B. Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung).

Methodisch gibt es zwei Wege zur Überprüfung der generalpräventiven Theorie:

- (1) Untersuchung der Veränderungen der Kriminalität in Abhängigkeit von Änderungen der Strafrechtspraxis. Dabei kann man entweder auf **28**
 - eine unterschiedliche Sanktionspraxis zu unterschiedlichen Zeitpunkten in derselben Region oder auf
 - eine unterschiedliche Sanktionspraxis zum gleichen Zeitpunkt in ansonsten ähnlichen Regionen abstellen.
- (2) Befragungen, bei denen versucht wird zu ermitteln, wie sich Sanktionsschwere und Entdeckungsrisiko auf die Begehung von Straftaten auswirken. Dazu werden Probanden zum einen danach befragt, wie sie das Entdeckungsrisiko und die Sanktionsschwere bei bestimmten Delikten einschätzen, zum anderen gebeten, über eigene Delinquenz zu berichten bzw. über die Bereitschaft zur Deliktsbegehung in der Zukunft.¹¹⁰

Bei beiden Forschungsdesigns ist aber mit Ungenauigkeiten zu rechnen. Bei den kriminalstatistischen Untersuchungen kann man nur schwer die verschiedenen Wirkungsebenen der strafrechtlichen Sanktionen (Androhung, Aufklärung, Strafzumessung und Strafvollstreckung) unterscheiden. Des Weiteren können Änderungen der Kriminalitätsrate auf Änderungen im Anzeigeverhalten oder Einstellungsänderungen in der Bevölkerung zurückzuführen sein.¹¹¹ Bei der Befragung ergibt sich das grundlegende Problem, dass nicht die gesuchten Zusammenhänge erhoben werden, sondern Meinungen der Befragten über diese Zusammenhänge. Wie alles Subjektive beruhen diese Meinungen jedoch nicht selten auf Selbsttäuschungen, Fehleinschätzungen und Irrtümern.

Bei Untersuchungen zur **negativen Generalprävention**¹¹² hat sich ergeben, dass im Bereich der Androhungsprävention höhere Strafdrohungen keinen Kriminalitätsrückgang nach sich ziehen.¹¹³ Auch im Bereich der Strafzumessungs- und Vollstreckungsprävention hat sich keine generalpräventive Überlegenheit der härteren Sanktion nachweisen lassen.¹¹⁴ Insgesamt ergibt sich, dass das Entdeckungsrisiko zwar meist zu hoch eingeschätzt wird, zur Verhinderung von Straftaten aber wenig beiträgt. Wesentlich sind vielmehr die **moralische Verbindlichkeit einer Norm**, die **informellen Reaktionen** (z. B. im Familien- oder Freundeskreis) und die **Üblichkeit der Deliktsbegehung im Bekanntenkreis**. Allerdings sprechen Untersuchungsergebnisse dafür, dass allein die Vorstellung, überhaupt bestraft werden zu können (**subjektive Strafempfindlichkeit**), abschreckende Wirkung erzielt.¹¹⁵ Dies lässt sich abolitionistischen Strömungen entgegenhalten.¹¹⁶ **29**

Der Begriff „**Verteidigung der Rechtsordnung**“, mit dem heute die Generalprävention gesetzlich umschrieben wird, umfasst sowohl die Abschreckung anderer potentieller Täter, die sog. **negative Generalprävention**, als auch die „Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung“, die sog. **positive Generalprävention**.¹¹⁷ *Roxin* unterscheidet bei Letzterer drei Aspekte: den „Lerneffekt, der durch die Tätigkeit der Strafjustiz in der Bevölkerung hervorgerufen wird; den Vertrauenseffekt, der sich ergibt, wenn der Bürger sieht, dass das Recht sich durchsetzt; und schließlich den Befriedungseffekt, der sich einstellt, wenn das Rechtsbewusstsein sich aufgrund der Sanktion über den Rechtsbruch beruhigt und den Konflikt mit dem Täter als erledigt ansieht“.¹¹⁸ **30**

¹¹⁰ Eingehend dazu *Schöch* 1985, 1085 ff.

¹¹¹ *Bock* 2000, Rn. 286.

¹¹² Überblick bei *Dölling* 1990 a, 1 ff.

¹¹³ Ebenso bei der Todesstrafe, vgl. *Kaiser* 1996, § 94 Rn. 26.

¹¹⁴ *Schöch* 1985, 1998 ff. nach der Befragungsmethode; zur kriminalstatistischen Methode bei Alkoholdelikten im Straßenverkehr *Schöch* 1973, 203 ff.

¹¹⁵ *Schöch* 1985, 1099 ff.

¹¹⁶ Fall 1, Rn. 85 f.

¹¹⁷ BVerfGE 45, 187, 255 ff.; BGHSt 24, 40, 44 ff.; 24, 64, 66; 34, 150, 151.

¹¹⁸ *Roxin* 1997, § 3 Rn. 27, der den Befriedungseffekt auch als Integrationsprävention bezeichnet (m. w. N.).

- 31** Die positive Generalprävention ist empirisch nicht voll operationalisierbar, weil sie neben empirischen auch normative Elemente enthält und weil sie auch als Reaktion auf außergewöhnliche Einzelfälle gedacht ist, bei denen in der Öffentlichkeit die mildere Sanktion als „ungerechtfertigte Nachgiebigkeit und unsicheres Zurückweichen vor dem Verbrechen verstanden werden könnte“. ¹¹⁹ Diese Aspekte der Generalprävention lassen sich durch Befragungen über das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung, über die Verhaltens- und Sanktionsgeltung strafrechtlicher Normen oder über das Vertrauen in die Effektivität der Strafverfolgung und der Strafjustiz nur unvollkommen operationalisieren. Völlig ausgeschlossen ist dies aber nicht. ¹²⁰
- 32** Insgesamt zeigen die neueren Forschungen zur Generalprävention, dass die **verhaltenssteuernde und einstellungsprägende Wirkung des Strafrechts** so stark ist, dass vor dem Hintergrund prinzipieller Strafbarkeit maßvolle und spezialpräventiv sinnvolle Sanktionsstrategien verfolgt werden können, ohne die generalpräventive Kraft des Strafrechts zu schwächen. Dies stützt die These, dass es eine **längerfristige Dimension der Generalprävention** gibt, die zur „Einübung rechtstreuer Verhaltensstile“ beiträgt und die „durch eine gleichmäßige und stetige Strafrechtspflege das Bewusstsein der Bevölkerung beeinflusst“. ¹²¹

II. Aufgabe 2: Gutachten zu den einzelnen Fällen

1. **Fall 1** ¹²²: Eine Strafkammer hat den 22-jährigen A nach § 29 a I Nr. 2 BtMG zu einer Freiheitsstrafe von 8 Jahren und zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gem. § 64 StGB verurteilt. Aus den Gründen: . . . „Da es sich um einen Durchschnittsfall handelt, der sich etwas heraushebt, liegt die gerechte Strafe in der Mitte des gesetzlichen Strafrahmens (1 Jahr-15 Jahre). Die Unterbringung gemäß § 64 StGB ist erforderlich, weil A heroinabhängig ist und die Gefahr besteht, dass er zur Beschaffung des von ihm benötigten Heroins auch künftig in nicht geringer Menge mit Betäubungsmitteln Handel treibt. Eine Unterschreitung dieser schuldangemessenen Strafe wegen verminderter spezialpräventiver Bedürfnisse ist nach § 46 I 1 StGB unzulässig; das gilt auch bei gleichzeitiger Anordnung einer Maßregel.“

Wird eine Revision des A Erfolg haben?

- 33** Rechtliche Fehler bei der Strafzumessung könnten sich im vorliegenden Fall unter drei Aspekten ergeben:
- (1.1) Hat sich das Gericht bei der Höhenbemessung der Strafe von fehlerhaften Erwägungen leiten lassen?
- (1.2) Hat das Gericht das Verhältnis von Schuldausgleich und Spezialprävention bei der Strafzumessung richtig gewürdigt?
- (1.3) Ist die Anordnung der Maßregel zulässig?
- 34** 1.1 Die Festsetzung der Strafe durch den Richter ist nach heute h. M. **Ausübung rechtlich gebundenen Ermessens**. ¹²³ Sie kann durch das Revisionsgericht in gewissem Umfang überprüft werden, da eine fehlerhafte Rechtsanwendung (§ 337 StPO) auch bezüglich der Strafzumessung möglich ist. Wegen der zwingend vorgeschriebenen Begründung im Strafurteil (§ 267 III 1 StPO) sind insoweit begangene Fehler auch erkennbar. In Revisionsentscheidungen des BGH, die zur Aufhebung des tatrichterlichen Urteils führen, machen Strafzumessungsfehler ca. 42 % der sachlich-rechtlichen Aufhebungsgründe aus. ¹²⁴ Die rechtlichen Bindungen ergeben sich aus den gesetzlichen Strafrahmen, aus den Strafzwecken, den gesetzlichen Strafzumessungsvorschriften (§§ 46 ff. StGB) und den in Rspr. und Lehre entwickelten Strafzumessungsgrundsätzen. ¹²⁵
- 35** Die Bandbreite möglicher Strafzumessungsfehler ist groß. ¹²⁶ Einer der häufigsten Fehler ist der Verstoß gegen das **Doppelverwertungsverbot gemäß § 46 III StGB**, wonach Umstände, die schon

¹¹⁹ BGHSt 24, 40, 46.

¹²⁰ Vgl. Schöch 1985, 1083 f.

¹²¹ Dölling, 1990 a, 12, 18: „Integrationsprävention“.

¹²² Ausgangsfälle: BGHSt 24, 132 ff.; 27, 2 ff.

¹²³ Vgl. Jescheck/Weigend 1996, § 82 I.

¹²⁴ Nack 1997, 156.

¹²⁵ Einzelheiten bei Schäfer 2001, Rn. 308 ff.; Meier 2001, 141 ff.; Streng 2002, Rn. 386 ff.

¹²⁶ Vgl. die Rechtsprechungsberichte von Detter („Zum Strafzumessungs- und Maßregelrecht“), zuletzt NStZ 2004, 134 ff., 486 ff., 2005, 143 ff.

Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, bei der Strafzumessung nicht nochmals berücksichtigt werden dürfen.¹²⁷ Es ist also z. B. unzulässig, bei der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) den Tod eines Menschen¹²⁸ oder beim sexuellen Missbrauch von Kindern (§ 176 StGB) das Hinterlassen von Spuren in der sexuellen Entwicklung eines Mädchens strafscharfend zu berücksichtigen¹²⁹ oder einen vertypeten Milderungsgrund wie Versuch (§ 23 StGB) oder verminderte Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) über die Strafrahmenverschiebung hinaus nochmals strafmildernd zu verwerten.¹³⁰ Unzulässig ist die Verwertung des Tatbestandsmerkmals oder des gleichzustellenden kriminalpolitischen Zwecks der Norm aber nur hinsichtlich der schlichten Erwähnung („dass“), nicht bezüglich der Quantität oder Qualität steigerungsfähiger Ausprägungen eines Tatbestandsmerkmals („wie“), also z. B. die Schwere einer Körperverletzung, die Zahl der getöteten Opfer (nicht Alter oder Gesundheitszustand) oder die Größe des Schadens beim Betrug.¹³¹

Vom Doppelverwertungsverbot werden auch Tatumstände erfasst, die typischerweise mit der Verwirklichung des Tatbestands verbunden sind und daher dessen Unrechtsgehalt mit prägen, z. B. das Streben nach Gewinn beim Betrug¹³² oder die Förderung der Tatbereitschaft des Haupttäters durch den Gehilfen.¹³³ Solche Umstände gehören zum **Regeltatbild** und dürfen deshalb nicht erschwerend berücksichtigt werden. Aus diesem Grund hat z. B. die h. M. lange den ungeschützten, bis zum Samenerguss ausgeführten Geschlechtsverkehr als Regelfall der Vergewaltigung angesehen und eine Strafverschärfung wegen dieser Tatumstände für unzulässig erklärt.¹³⁴ Dem hat der 1. Senat des BGH am 14. 8. 1990 mit der Begründung widersprochen, keinem Tatbestand lasse sich ein Normalfall oder ein Regeltatbild entnehmen, weshalb alles, was über die Vollendung des Tatbestandes (hier: Eindringen des Gliedes in den Scheidenvorhof) hinausgehe, im Rahmen einer einzelfallbezogenen Gesamtschau strafzumessungsrelevant sein könne (hier also der Samenerguss wegen der Gefahr ungewollter Schwangerschaft oder erhöhter Gefahr einer HIV-Infektion).¹³⁵ In der Literatur wird diese Auffassung überwiegend abgelehnt, weil damit alle Umstände, die über die Vollendung hinausgehen, straferschwerend berücksichtigt werden können.¹³⁶

Die **Ablehnung des normativen Normalfalles**, der nicht zu verwechseln ist mit dem nachfolgend zu erörternden „Durchschnitt der erfahrungsgemäß vorkommenden Fälle“,¹³⁷ hat bereits einige Jahre vorher durch eine Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen zu einer Zäsur in der Rechtsprechung im Vorfeld des § 46 III StGB, also bei der regulären Strafzumessungserwägung, geführt. Der Umstand, dass der Angeklagte bei der Begehung eines Vermögensdelikts „nicht in Geldnot“ war, könne nach Lage des Einzelfalls durchaus strafscharfend berücksichtigt werden. Der bis dahin anerkannte Satz, dass **„das Fehlen eines Strafmilderungsgrundes nicht strafscharfend, das Fehlen eines Strafschärfungsgrundes nicht strafmildernd** berücksichtigt werden“ dürfe,¹³⁸ wurde vom Großen Senat dahin gehend modifiziert, dass die Zulässigkeit solcher Erwägungen „nur nach Lage des Einzelfalls beurteilt“ werden könne.¹³⁹ Richtig ist daran, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters im Einzelfall bei der Bewertung der Motivation oder Gesinnung des Täters durchaus zumessungsrelevant sein können und dass es dabei nicht auf eine missverständliche Formulierung ankommen darf.¹⁴⁰ Jedoch sollte der erwähnte Merksatz weiterhin beachtet werden, damit die Strafe nicht nach einem hypothetischen Sachverhalt („fehlende Gründe“) bemessen wird, der zu dem zu beurteilenden keinen Bezug hat.¹⁴¹

36

¹²⁷ Zahlreiche Beispiele bei Schäfer 2001, Rn. 391 ff.; Tröndle/Fischer 2004, § 46 Rn. 77 ff.; Lackner/Kühl 2004, § 46 Rn. 45.

¹²⁸ OLG Hamm VRS 60, 32.

¹²⁹ BGH StV 1987, 146.

¹³⁰ Schäfer 2001, Rn. 403.

¹³¹ Lackner/Kühl 2004, § 46 Rn. 45; Schäfer 2001, Rn. 391 ff.

¹³² BGH NStZ 1981, 343.

¹³³ BGH NStZ 1998, 404.

¹³⁴ BGH NStZ 1985, 215; Lackner/Kühl 2004, § 46 Rn. 45 m. w. N.

¹³⁵ BGHSt 37, 153, 156 f.

¹³⁶ Schäfer 2001, Rn. 405 ff., 633 ff. will dies durch das Abstellen auf das „Gesamtbild der Tat“ ausgleichen.

¹³⁷ BGHSt 28, 318.

¹³⁸ BGH NStZ 1981, 350; Schäfer 2001, Rn. 620 m. w. N.

¹³⁹ BGHStGrS 34, 345, 352.

¹⁴⁰ BGHStGrS 34, 345, 349.

¹⁴¹ BGH NStZ 1981, 60; insoweit bestätigt auch von BGHStGrS 34, 345, 350; vgl. auch Lackner/Kühl 2004, § 46 Rn. 45.

37 1.1.1 Zweckmäßigerweise unterscheidet man zwischen **Strafzumessung i. e. S.**, also der Ermittlung der Strafhöhe innerhalb des anwendbaren Strafrahmens, und der **Strafzumessung i. w. S.**, welche die Entscheidungen über die Art der Strafe (Freiheits- oder Geldstrafe), die Strafaussetzung zur Bewährung, die Verwarnung mit Strafvorbehalt, das Absehen von Strafe und die Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung umfasst. Während bei der Strafzumessung i. w. S. zumeist spezialpräventive Gesichtspunkte mit generalpräventiven Korrektiven („Verteidigung der Rechtsordnung“) ausschlaggebend sind, erfolgt die Strafzumessung i. e. S. nach § 46 I 1 StGB auf der Grundlage der Schuld, also unter dem Gesichtspunkt eines gerechten Ausgleichs für die schuldhaftige Tat. Ob und wie weit auf den beiden Ebenen wechselseitig Schuld und Prävention ergänzend herangezogen werden können, ist umstritten.¹⁴² Einigkeit besteht nach der Entscheidung des Gesetzgebers in § 46 I 1 StGB jedenfalls darüber, dass für die Höhenbemessung der Strafe primär von der Schuld des Täters auszugehen ist.¹⁴³

1.1.2 Für das **Maß der Schuldstrafe** lassen sich aus den rechtlichen Kategorien Unrecht und Schuld und den in § 46 II StGB genannten Umständen nur relative Maßstäbe (schwerer, leichter) und Begründungsfaktoren ableiten, weil Begriffe nicht rational in Zahlen umgesetzt werden können. Quantitative Maßstäbe ergeben sich aber aus den gesetzlichen Strafrahmen. Auf der Suche nach der **richtigen Einstiegsstelle** hat der **gesetzliche Strafrahmen** besondere Bedeutung, weil man aus ihm nicht nur Ober- und Untergrenze der Strafe ableiten kann, sondern eine **relative Strafenschichtung**, eine kontinuierliche Schwere skala von den leichtesten bis zu den schwersten Fällen.¹⁴⁴

38 1.1.3 BGHSt 27, 2 ff. greift diesen Gedanken auf und stellt klar, dass für die Ableitung quantitativer Maßstäbe in konkreten Fällen zwischen dem „**Durchschnittsfall**“ und dem „**Regelfall**“ unterschieden werden müsse.¹⁴⁵ Nur der **gedankliche Durchschnittsfall**, dessen Unrecht und Schuld zwischen den denkbar schwersten und leichtesten Fällen liege, könne dem arithmetischen Mittel zwischen Höchst- und Mindeststrafe des Strafrahmens zugeordnet werden. Falsch wäre diese Orientierung für den **statistischen Regelfall**, also für die „**praktisch am häufigsten vorkommenden Fälle**. Denn die große Mehrzahl der Straftaten erreicht schon wegen der weiten Fassung der gesetzlichen Tatbestände nur einen verhältnismäßig geringen Schweregrad. Verwendet man diese zahlreichen Fälle zusammen mit den bei weitem weniger häufigen schweren und schwersten Fällen bei der Ermittlung eines Durchschnittswertes der Tatschwere, so muss dieser Wert, der den Regelfall kennzeichnet, notwendig in einem Bereich unter der Mitte“ des gesetzlichen Strafrahmens liegen.¹⁴⁶ Da nach den Ausführungen der Strafkammer unklar blieb, ob sie den Regelfall oder den Durchschnittsfall gemeint hat, wurde der Strafausspruch wegen möglicherweise fehlerhafter Orientierung an der Stufenfolge des gesetzlichen Strafrahmens aufgehoben. In der Folgezeit hat die Rechtsprechung auch die Vorstellung aufgegeben, es gebe einen gedanklichen oder normativen Durchschnittsfall und eine ihm angemessene Normalstrafe.¹⁴⁷

39 1.1.4 Diese Entscheidung gibt Anlass, auf die Bedeutung kriminologischer Tatsachenforschung für die weitere Entwicklung des Strafzumessungsrechts hinzuweisen.¹⁴⁸ Obwohl die zentralen Aufgaben der Kriminologie im Rahmen der Strafzumessung auf dem Gebiet der präventiven Strafzwecke liegen, kann sie auch zur Präzisierung der schuldangemessenen Strafe beitragen, indem sie durch empirische Analysen das notwendige Anschauungsmaterial über typische Erscheinungsformen einzelner Delikte und ihre Behandlung in der Strafrechtspraxis zur Verfügung stellt. Das gilt zunächst für die Präzisierung der Regelfälle und der ihnen üblicherweise zugeordneten Strafgrößen.¹⁴⁹ So hätte sich bereits aus der Verurteiltenstatistik entnehmen lassen, dass 2003 von sämtlichen gem. § 29 a I Nr. 2 BtMG Verurteilten¹⁵⁰ nur 3,6 % mit Freiheitsstrafen über 5 Jahren belegt wurden, 25,6 % mit Frei-

¹⁴² S. o. Rn. 12 und u. Rn. 40 ff.

¹⁴³ Vgl. *Lackner/Kühl* 2004, § 46 Rn. 23 ff.; abweichende Konzeptionen – wie z. B. die in §§ 2, 59 AE-StGB zugrunde liegende Theorie des Schuldüberschreitungsverbots bei primär spezialpräventiv zu bemessender Strafe – lassen sich mit § 46 I 1 StGB nicht vereinbaren (s. u. Rn. 43 ff.).

¹⁴⁴ OLG Stuttgart MDR 1961, 343; *Tröndle/Fischer* 2004, § 46 Rn. 16 ff.; *Streng* 2002, Rn. 492 ff.; *Meier* 2001, 195 ff.

¹⁴⁵ Vgl. BGHStGrS 34, 345, 351.

¹⁴⁶ BGHSt 27, 2, 4.

¹⁴⁷ BGHStGrS 34, 345, 351; s. o. Rn. 35 f.

¹⁴⁸ Vgl. auch *Bruns* 1985, 9.

¹⁴⁹ Vgl. *Götting* 1997, mit einer umfassenden Dokumentation der Regelpraxis bei zahlreichen Straftatbeständen anhand der Strafverfolgungsstatistik.

¹⁵⁰ § 29 III Nr. 4 BtMG entsprach dem heutigen § 29 a I Nr. 2 BtMG.

heitsstrafen von 2–5 Jahren und 65,2 % mit Freiheitsstrafen bis zu 2 Jahren.¹⁵¹ Dem statistischen Regelfall entsprechen also üblicherweise weniger als 2 Jahre Freiheitsstrafe. Darüber hinaus ist die kriminologische Sanktionsforschung auch in der Lage, typische Fallgestaltungen der Regelfälle zu beschreiben und weitere **Grundtypen richterlicher Strafzumessungspraxis** überregional und repräsentativ darzustellen.¹⁵² Nur auf diesem Wege ist es möglich, in den Strafzumessungsgründen nicht zum Ausdruck kommende, rechtlich fehlerhafte Tendenzen der Strafzumessung aufzudecken und die Ausrichtung der gesamten Strafpraxis an der Strafschichtung der gesetzlichen Strafrahmen zu überwachen.¹⁵³

1.2 Als zweites Problem stellt sich die Frage, ob und ggf. in welchem Umfang bei der Strafzumessung i. e. S. neben dem Schuldspruch präventive, insbes. spezialpräventive Strafzwecke berücksichtigt werden dürfen. Der Gesetzgeber hat bei der Konzeption des § 46 I StGB das Verhältnis der Strafzwecke zueinander weitgehend offen gelassen,¹⁵⁴ bringt aber durch die „Grundlagenformel“ in § 46 I 1 StGB zum Ausdruck, dass die Schuldstrafe den Vorrang haben soll. **40**

1.2.1 Auf dieser Basis lösen die Rspr. und die überwiegende Meinung in der Literatur das Problem der Strafzweckantinomie durch die sog. „**Spielraum- oder Rahmentheorie**“: Das Maß der schuldgerechten Strafe könne wegen der Komplexität der Schuldbewertung nicht genau präzisiert werden. Vielmehr bestehe dafür ein Spielraum, der nach unten durch die **schon schuldangemessene Strafe** und nach oben durch die **noch schuldangemessene Strafe** begrenzt werde. Innerhalb dieses Rahmens könnten spezialpräventive und generalpräventive Strafzwecke berücksichtigt werden.¹⁵⁵ In den praktischen Konsequenzen gibt es insoweit keine Unterschiede zu der Theorie der „**Punktstrafe**“¹⁵⁶ und der Theorie des „**sozialen Gestaltungsaktes**“;¹⁵⁷ obwohl danach nur eine exakt bestimmte Schuldstrafe als richtig gilt, wird doch eine Modifikation durch präventive Gesichtspunkte zugelassen, wenn und soweit die Strafe in ihrem **Kern noch Schuldstrafe** bleibt. **41**

1.2.2 Die Berücksichtigung **spezialpräventiver Zwecke** wird auch auf § 46 I 2 StGB gestützt, wonach die voraussichtlichen Wirkungen der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu berücksichtigen sind.¹⁵⁸ Demgegenüber findet die **generalpräventive Strafschärfung** im Rahmen der Schuldstrafe im Gesetz **keine Grundlage**.¹⁵⁹ Der Gesichtspunkt der Verteidigung der Rechtsordnung ist nur für Entscheidungen bei der Strafzumessung i. w. S. vorgesehen (§§ 47, 56 III, 59 I Nr. 3 StGB) und darf daher – unabhängig von den allgemeinen Bedenken gegen die Generalprävention – im Rahmen der Schuldstrafe keine Berücksichtigung mehr finden.¹⁶⁰ **42**

1.2.3 Dagegen hat der BGH zum Problem der **Schuldunterschreitung aus spezialpräventiven Gründen**, das im vorliegenden Fall relevant ist und das die Grundlagenformel des § 46 I 1 StGB ebenfalls offen gelassen hat, im Sinne einer strikten Einhaltung der Spielraumtheorie Stellung genommen: Die Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung (scil. Sicherungsverwahrung) darf bei der Strafzumessung nicht im Sinne einer Unterschreitung des Spielraums für die schuldangemessene Strafe berücksichtigt werden.¹⁶¹ Diese Entscheidung wird in der Literatur meist als generelle Verneinung der Möglichkeit einer Schuldunterschreitung aus spezialpräventiven Gründen interpretiert, obwohl sie – streng genommen – nur für die Wechselwirkung von Strafe und Maßregel gilt. Hier wäre jedenfalls eine Rüge des A wegen Nichtberücksichtigung der spezialpräventiven Wirkungen des Maßregelvollzugs nicht nur aussichtslos, sondern inzwischen auch überflüssig. Denn nach der Entscheidung des BGH (27. 10. 1970) ist am 1. 1. 1975 das 2. StrRG in Kraft getreten, durch das bei den primär therapeutischen Maßregeln (§§ 63, 64 StGB, nicht bei der Sicherungsverwahrung) durch das in **43**

¹⁵¹ Vgl. *Statistisches Bundesamt*, Strafverfolgung 2003, Tab. 3.1.

¹⁵² Vgl. *Schöch* 1973, 60 ff. mit Beispielen zur Verkehrsdelinquenz; zustimmend *Meier* 2001, 198 ff.

¹⁵³ Vgl. *Streng* 2002, Rn. 386 ff., 404–407.

¹⁵⁴ *Tröndle/Fischer* 2004, § 46 Rn. 2; *Schäfer* 2001, Rn. 308.

¹⁵⁵ BGHSt 7, 28, 32; 20, 264, 266 f.; 28, 320, 326; ebenso BVerfGE 54, 100; *Lackner/Kühl* 2004, § 46 Rn. 24 ff.; *S/S-Stree* 2001, Vorbem. §§ 38 ff. Rn. 12 ff.

¹⁵⁶ Vgl. *Bruns* 1985, 63, 105.

¹⁵⁷ *Henkel* 1969, 34 ff.

¹⁵⁸ *Lackner/Kühl* 2004, § 46 Rn. 27.

¹⁵⁹ Anders *Tröndle/Fischer* 2004, § 46 Rn. 9; *S/S-Stree* 2001, Vorbem. §§ 38 ff. Rn. 13 f.

¹⁶⁰ *Schöch* 1973, 95; *Horn* 1975, 252; *Roxin* 1978, 196 f.; a. A. BGHSt 28, 318, 326; BGH NStZ 1982, 112 mit krit. Anm. *Wolfslast*.

¹⁶¹ BGHSt 24, 132, 134.

§ 67 StGB geregelte **Vikariieren**, d. h. durch den Vollzug der Maßregel vor der Strafe und die Anrechnung auf die Strafdauer im Vollstreckungsverfahren (§ 67 I, IV StGB), genau das realisiert, was dem Interesse des A entspricht und was nach Ansicht des BGH bei der Strafzumessung unzulässig ist. Inzwischen ist die Zulässigkeit der Schuldunterschreitung aus sonstigen spezialpräventiven Gründen (z. B. wegen völlig fehlenden Resozialisierungsbedürfnisses) von der Rspr. auch generell verneint worden.¹⁶²

- 44 1.2.4 Als klarere, wissenschaftlich und revisionsrechtlich besser kontrollierbare Alternative zur Spielraumtheorie versteht sich die „**Stellenwert- oder Stufentheorie**“.¹⁶³ Danach sollen bei der **Strafhöhenbemessung (Strafzumessung i. e. S.)** nur **Schuldgesichtspunkte**, bei allen Entscheidungen der **Strafzumessung i. w. S.** und den **Folgeentscheidungen** (z. B. § 57 StGB) ausschließlich **spezialpräventive Erwägungen** mit den gesetzlich vorgeschriebenen **generalpräventiven Korrektiven** (§§ 47, 56 III, 59 I Nr. 3 StGB) maßgebend sein. Während der für die Kriminologie wichtigere Teil dieses Stufenmodells, die Befreiung der entscheidenden Sanktionsweichen und der Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung vom Vergeltungsgedanken, zunehmend akzeptiert wird,¹⁶⁴ stößt die Herausnahme spezialpräventiver Gesichtspunkte aus der Strafhöhenbemessung unter Hinweis auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 46 I 2 StGB auf Kritik.¹⁶⁵
- 45 Nach der von *Roxin* in Auseinandersetzung mit der Spielraum- und Stellenwerttheorie¹⁶⁶ entwickelten „**präventiven Vereinigungstheorie**“¹⁶⁷ dient die Strafe zugleich spezial- und generalpräventiven Zwecken. Sie wird jedoch in ihrer Dauer durch das Maß der Schuld begrenzt.¹⁶⁸ Unterhalb dieser Obergrenze soll die Spezialprävention im Konfliktfall Vorrang bis zur Grenze des generalpräventiven Minimums haben, unterhalb dessen die Sanktion in der Bevölkerung nicht mehr ernst genommen würde.¹⁶⁹ Diese Konzeption vermeidet im Wesentlichen die Nachteile der Spielraumtheorie und umgeht auch den Stellenwerttheorie vorzuzuführenden Widerspruch zu § 46 I 2 StGB. Sie ist deshalb vorzugswürdig, zumal sie es ermöglicht, im Bereich der Freiheitsstrafen die nach bisherigen Erfahrungen für die Resozialisierung besonders ungünstigen Freiheitsstrafen von weniger als einem oder mehr als 4–5 Jahren häufiger als bisher zu vermeiden.¹⁷⁰
- 46 1.2.5 Im vorliegenden Fall ist nach der Spielraumtheorie die Nichtberücksichtigung der Maßregel Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) bei der Strafhöhenbemessung korrekt, da eine Schuldrahmenunterschreitung aus spezialpräventiven Gründen unzulässig wäre. Auch nach der Stellenwerttheorie muss der Behandlungsaspekt bei der Strafzumessung i. e. S. ausscheiden. Allerdings kommt die Spezialprävention bei der Dauer der Behandlung nach § 64 StGB voll zum Zug. Sie ist zu beenden, sobald ein straffreies Leben außerhalb des Maßregelvollzugs zu erwarten ist (§ 67 d II StGB). Die gesetzliche Anrechnung des vorangehenden Maßregelvollzugs auf die Strafe (§ 67 I, IV 1 StGB) ermöglicht sogar nachträglich eine Aussetzung des Strafrestes nach der Hälfte der Strafzeit (§ 67 V 1 StGB). Nach der präventiven Vereinigungstheorie *Roxins* dürfte die schuldangemessene Strafe im Hinblick auf eine Erfolg versprechende Behandlung von vornherein so niedrig angesetzt werden, dass sie durch die etwa einjährige stationäre Suchtbehandlung verbraucht oder wenigstens aussetzungsfähig (§ 67 V 1 StGB) wäre, sofern nicht ausnahmsweise generalpräventive Bedürfnisse eine höhere Strafe gebieten.
- 47 1.3 Auch die Voraussetzungen für die **Unterbringung in einer Entziehungsanstalt** gem. § 64 StGB sind erfüllt. A hat den Hang, „andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen“, und er wird wegen einer rechtswidrigen Tat, die auf seinen Hang zurückzuführen ist, verurteilt (Erwerb, Einfuhr und Veräußerung von Betäubungsmitteln). Zweifelhaft kann bei Drogenabhängigen die hangbedingte **Gefahr erheblicher rechtswidriger Taten** sein, da oft nur eine Selbstgefährdung besteht. Obwohl bei § 64 StGB im Gegensatz zu § 63 StGB **keine Gefährlichkeit für die Allgemeinheit** erforderlich ist, weil hier der **Heilungszweck** und nicht der Sicherungszweck im Vordergrund steht (vgl. § 64 II StGB), genügt die bloße Gefahr einer Selbstgefährdung nicht;¹⁷¹ denn die Gesundheitsfürsorge für Drogenabhängige ist nicht Aufgabe des Strafrechts,¹⁷² sondern muss nach den landes-

¹⁶² BGHSt 29, 319, 321 f.

¹⁶³ Vgl. *Henkel* 1969, 23; *SK-Horn* 2001, § 46 Rn. 33 ff.; *Schöch* 1973, 91 ff.; 1975, 255 ff.

¹⁶⁴ Vgl. *Roxin* 1978, 192 ff.; kritisch *Jescheck/Weigend* 1996, § 82 III 3.

¹⁶⁵ *Lackner/Kühl* 2004, § 46 Rn. 27; dagegen *SK-Horn* 2001, § 46 Rn. 37 ff.

¹⁶⁶ Vgl. *Roxin* 1978, 204.

¹⁶⁷ *Roxin* 1997, § 3 Rn. 37 ff.

¹⁶⁸ *Roxin* 1997, § 3 Rn. 48 ff.

¹⁶⁹ *Roxin* 1997, § 3 Rn. 41, 55.

¹⁷⁰ Dazu *Schöch* 1975, 262 ff.

¹⁷¹ OLG Hamm NJW 1974, 614; *Tröndle/Fischer* 2004, § 64 Rn. 12.

¹⁷² Vgl. *Jescheck/Weigend* 1996, § 73 I 4.

rechtlichen Unterbringungsgesetzen erfolgen. Allerdings ist zweifelhaft, ob es bei Drogenabhängigen (im Gegensatz zu Alkoholikern) überhaupt Fälle reiner Selbstgefährdung gibt, da zumindest der Erwerb der Droge i. d. R. eine weitere Tat i. S. von § 29 I Nr. 1 BtMG ist. Andererseits dient dieser Straftatbestand insoweit primär dem Schutz des Drogenabhängigen. Im vorliegenden Fall braucht diese Frage nicht entschieden zu werden, da bei A wegen der Veräußerung von Drogen an Jugendliche auch solche Straftaten drohen, durch die Dritte gefährdet werden.

Dem Vorrang des Heilungs- vor dem Sicherungszweck entspricht die Regelung des § 64 II StGB, wonach eine Einweisung bei Aussichtslosigkeit zu unterbleiben hat. Nach BVerfGE 91, 1 verlangt das Freiheitsgrundrecht des Art. 2 II 2 GG allerdings eine noch stärkere Betonung des Behandlungsgedankens. Demnach ist § 64 StGB insofern **verfassungswidrig** und nichtig, als er sich mit einem negativen Ausschluss bei Aussichtslosigkeit begnügt; vielmehr muss stets festgestellt werden, dass die Behandlung einen **hinreichend konkreten Erfolg** verspricht. Dieser Maßstab gilt sowohl für das Erkenntnis- wie auch das Vollstreckungsverfahren. In der Unbestimmtheit des Begriffs des „hinreichend konkreten Erfolges“, gegen die sich vor allem die Kritik an dem Urteil richtet,¹⁷³ liegt gerade seine Stärke. Die faktische Verschärfung des Prognosemaßstabes erfüllt die Appellfunktion an den Rechtsanwender, sorgsamer als bisher die Voraussetzungen einer Unterbringung zu prüfen, ohne gleichzeitig die Fachgerichte über Gebühr in ihrer Auslegung des Begriffs einzuschränken. So reicht z. B. fehlende Therapiebereitschaft allein nicht aus, um einen konkreten Behandlungserfolg auszuschließen, da die Möglichkeit einer Überwindung der Behandlungsverweigerung durch therapeutische Bemühungen besteht.¹⁷⁴ Da im vorliegenden Fall das Urteil keinerlei Ausführungen zu den Erfolgsaussichten enthält, wäre es vom Revisionsgericht aufzuheben.

48

Zwangsläufige Folge dieses verstärkten Vorrangs des Behandlungsgedankens ist zum einen die **Teilnichtigkeit des § 67 d V 1 StGB**, da die Unterbringung nicht erst nach einem Jahr, sondern sofort abzubrechen ist, wenn sich ihre fehlende Erfolgsaussicht herausstellt, zum anderen die **Nichtigkeit des § 67 IV 2 StGB**, weshalb die Zeit des Maßregelvollzugs nach § 67 IV 1 StGB stets voll auf die Strafe anzurechnen ist. Da der Gesetzgeber 11 Jahre nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16. 3. 1994¹⁷⁵ noch nicht einmal redaktionell darauf reagiert hat, kommt es bei der Anwendung der §§ 67, 67 d StGB häufig zu Fehlern.¹⁷⁶

2. Fall 2: B wurde von einer kleinen Strafkammer als Berufungsgericht wegen falscher uneidlicher Aussage zu einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen in Höhe von 40 € verurteilt.

Aus den Gründen: ... „B ist als Handelsvertreter für Möbel auf Provisionsbasis tätig. Er ist verheiratet und hat vier Kinder im Alter von 6–11 Jahren. Seine Ehefrau ist nicht berufstätig. Da er sein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen unglaublich mit lediglich 1800 € angegeben hat, sah sich das Gericht zu einer Schätzung in Höhe von 3000 € veranlasst. Für die Kinder wurden je 300 €, für die Ehefrau 600 € als angemessener Unterhalt abgezogen. Aus den verbleibenden Nettoeinkommen von 1200 € ergab sich die Tagessatzhöhe von 40 €.“

Revisionsaussichten des B?¹⁷⁷

2.1 Der Fall gibt Anlass zu einigen Vorbemerkungen über die **kriminalpolitische Zielsetzung der Geldstrafenreform 1975** und ihre Realisierung in der Praxis.

49

Die durch § 47 StGB eindrucksvoll bewirkte breitere Ausdehnung der Geldstrafe (s. o. Rn. 3) soll dazu dienen, nutzlose oder gar schädliche Freiheitsstrafen von kurzer Dauer zu vermeiden. Der entscheidende **Vorteil der Geldstrafe** gegenüber der Freiheitsstrafe besteht darin, dass sie den Verurteilten – trotz einer fühlbaren Einbuße an „Lebensqualität“ – nicht aus dem Beruf und den familiären und sozialen Bindungen herausreißt und auch mögliche stigmatisierende Folgen der Bestrafung weitgehend reduziert.¹⁷⁸ Spezialpräventiv wirkt sie hauptsächlich durch individuelle Abschreckung, weniger durch Erziehung und Besserung.

¹⁷³ Vgl. z. B. Müller-Dietz 1995, 353 ff.

¹⁷⁴ BGH NStZ 1996, 274.

¹⁷⁵ BVerfGE 91, 1 ff.; vgl. zuletzt den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 18. 5. 2004 (www.bmj.bund.de/enid).

¹⁷⁶ Dazu Ullenbruch, NStZ 2000, 287.

¹⁷⁷ Fall in Anlehnung an OLG Celle NJW 1977, 1248; vgl. auch BGHSt 26, 325; 27, 228.

¹⁷⁸ Jescheck/Weigend 1996, § 73 I 4.

- 50 Demgegenüber werden folgende **Nachteile oder Gefahren der Geldstrafe** befürchtet:¹⁷⁹
- a) Ungleichmäßige Wirkung bei Armen und Reichen.
 - b) Aushöhlung durch Ersatzfreiheitsstrafen bei zu breitem Anwendungsbereich.
 - c) Drittwirkung auf Familienangehörige, welche die finanzielle Belastung mittragen müssen.
 - d) Kriminelle „Beschaffungshandlungen“ zur Bestreitung der Geldstrafe.
 - e) Strafbefreiung der Geldstrafe durch Dritte (BGHSt 37, 226).¹⁸⁰
 - f) Mögliche Beeinträchtigung der Schadensersatzansprüche des Verletzten.
 - g) Hoher Verwaltungsaufwand bei der Vollstreckung, insbesondere bei Ratenzahlungsbewilligungen.
 - h) Geringere generaipräventive und spezialpräventive Effektivität.

Empirische Untersuchungen haben gezeigt, dass – jedenfalls bei Massendelikten – die spezial- und generalpräventiven Wirkungen der Geldstrafe nicht schlechter sind als die der Freiheitsstrafe.¹⁸¹

Die Gefahr der straflosen Übernahme der Geldstrafe durch Dritte wird gemeinhin überbewertet.¹⁸² Problematischer erscheint hier die mittelbare **Drittwirkung** auf Personen, die mit dem Verurteilten in einer Familie oder einer sonstigen Gemeinschaft leben.¹⁸³ Doch ist dies kein spezifisches Problem der Geldstrafe, sondern eine Frage des grundsätzlichen Verantwortungsbewusstseins des Täters gegenüber seiner Familie. Auch darf nicht übersehen werden, dass insoweit die Belastung der Angehörigen bei einer vollstreckten Freiheitsstrafe eher größer sind. Dies gilt ebenso für den unter g) erwähnten **Verwaltungsaufwand**. Die mögliche Beeinträchtigung von Schadensersatzansprüchen des Verletzten könnte durch eine vermehrte Anwendung des § 459 a I 2 StPO abgemildert werden.¹⁸⁴

Ernst zu nehmen ist die Entwicklung der vollstreckten **Ersatzfreiheitsstrafen**. Verbüßten 1987 noch ca. 5,9 % aller zu Geldstrafe Verurteilten eine Ersatzfreiheitsstrafe, so lag dieser Anteil 2002 schon bei 9,3 %.¹⁸⁵ Noch deutlicher sind die Zahlen, wenn man auf die Zugänge innerhalb des Jahres 2002 abstellt. Erfolgt im alten Bundesgebiet 11,8 % aller Zugänge aufgrund einer Ersatzfreiheitsstrafe, so lag dieser Anteil in den neuen Ländern bei 20,7 %.¹⁸⁶ Bedenkt man, dass das kriminalpolitische Anliegen der Geldstrafe vornehmlich die Zurückdrängung kurzer Freiheitsstrafen war und ist, so lässt sich durchaus von einer Gefährdung dieses Ziels sprechen.

Deshalb ist dringend eine Stärkung der Projekte geboten, die bisher recht erfolgreich die durch Art. 293 EGStGB und die diesbezüglichen Länderverordnungen mögliche Ableistung gemeinnütziger Arbeit unterstützen.¹⁸⁷ Wichtig ist zunächst eine bessere Information über diese Möglichkeit der Abwendung der Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe. Hinzukommen muss aber bei der oft schwierigen Klientel mit geringer sozialer Kompetenz und Alkoholproblemen eine besondere sozialarbeiterische Betreuung und Motivationsarbeit.¹⁸⁸ Nach wie vor trägt der zu hohe Umrechnungsmodus von 6 Arbeitsstunden pro Tagessatz dazu bei, dass viele Arbeitseinsätze wieder abgebrochen werden.¹⁸⁹ Dies gilt vor allem für Geldstrafen von über 90 Tagessätzen.¹⁹⁰ Bereits die rigorose Umrechnung von einem Tagessatz Geldstrafe in einen Tag Freiheitsstrafe ist vor dem Schuldgrundsatz schwerwiegenden – auch verfassungsrechtlichen – Bedenken ausgesetzt.¹⁹¹

Einige dieser Schwachstellen will der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Sanktionenrechts beseitigen. So sollen die Gerichte nach § 40a verpflichtet werden, ein Zwanzigstel der verhängten Geldstrafe einer gemeinnützigen Einrichtung der Opferhilfe zuzuweisen. Primäre Ersatzstrafe bei Uneinbringlichkeit einer Geldstrafe soll nicht mehr die Ersatzfreiheitsstrafe sein, sondern gemeinnützige Arbeit,¹⁹² wobei einem Tagessatz Geldstrafe drei Stunden gemeinnützige Arbeit entsprechen sollen (§ 43 I 2 des Entwurfs). Auch sollen künftig

¹⁷⁹ Vgl. *Jescheck/Weigend* 1996, § 73 I 4.

¹⁸⁰ Anders noch OLG Frankfurt a. M. (StV 1990, 112 mit Anm. *Noack*), das die Bezahlung einer Geldstrafe durch Dritte als Strafvereitelung in Form der Vollstreckungsvereitelung (§ 258 II StGB) gewertet hatte – vgl. insoweit *LK-Häger* 2002, Vor § 40 Rn. 30–32.

¹⁸¹ *Schöch* 1973, 161 ff., 197 ff.; 1980, 170 f.; *Albrecht* 1982, 176 ff.

¹⁸² *LK-Tröndle* 1985, Vor § 40 Rn. 58.

¹⁸³ Vgl. *LK-Häger* 2002, Vor § 40 Rn. 29.

¹⁸⁴ Noch stärker durch den vom Bundesjustizministerium geplanten § 40a StGB (s. o. Rn. 50 a. E.).

¹⁸⁵ Vgl. *Schöch* 1992, C 124; Zahl für 2002 berechnet aus *Statistisches Bundesamt*, Strafverfolgung, 2002, Tab. 3.3 und Strafvollzug, Fachserie 10, Reihe 4.2, Tab. 1.4.

¹⁸⁶ Berechnet nach *Statistisches Bundesamt*, Strafvollzug 1997, Reihe 4.2, Tab. 1.4.

¹⁸⁷ Dazu *Dünkel/Grosser* 1999, 30 f.

¹⁸⁸ Dazu *Vilmow* 1998, 1291 ff.; *Dünkel/Grosser* 1999, 30 f.

¹⁸⁹ Für eine Senkung auf 3 Stunden pro Tag bereits *Schöch* 1992, C 98.

¹⁹⁰ *Dünkel/Grosser* 1999, 30.

¹⁹¹ *Tröndle/Fischer* 2004, § 43 Rn. 4 a.

¹⁹² Sog. Freiheitsstrafen-Ersetzungsregelung; s. dazu und zum Folgenden o. Rn. 10.

zwei Tagessätze einem Tag Freiheitsstrafe entsprechen (§ 43 II 2). Schließlich soll über § 459a I 2 StPO hinaus im neu zu fassenden § 459d II StPO die Vollstreckung der Geldstrafe ganz oder zum Teil unterbleiben können, wenn diese wegen zuvor erbrachter Wiedergutmachungsleistungen des Verurteilten eine besondere Härte bedeuten würde.

Das zentrale Problem der Geldstrafe ist ihre **ungleiche soziale Wirkung** bei unterschiedlicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit,¹⁹³ insbesondere die Besserstellung derjenigen, die außer dem laufenden Einkommen noch beträchtliche Vermögenswerte haben.¹⁹⁴ Der Gesetzgeber hat versucht, dieses Problem durch **Neugestaltung des Geldstrafensystems** auf der Grundlage der **Tagessatzgeldstrafe** zu lösen, die mehr **Transparenz** und **Opfergleichheit** gewährleisten soll.¹⁹⁵

51

Nach dem **Tagessatzsystem** erfolgt die Strafzumessung bei der Geldstrafe in zwei getrennten Akten. In der ersten Entscheidungsphase wird die **Zahl der Tagessätze** nach den allgemeinen Strafzumessungsregeln des § 46 StGB festgesetzt, also auf der **Grundlage der Schuld** (s.o. Rn. 35 ff.) unter Einbeziehung spezial- und generalpräventiver Aspekte.¹⁹⁶ Unberücksichtigt bleibt hier die finanzielle Belastbarkeit des Täters,¹⁹⁷ sofern nicht ausnahmsweise eine wirtschaftliche Notlage (z. B. bei Vermögensdelikten) die Schuld des Täters mindert.¹⁹⁸ Die **persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse** werden vielmehr beim zweiten Akt der **Bemessung der Tagessatzhöhe** zugrunde gelegt (§ 40 II 1 StGB).¹⁹⁹ Ein Tagessatz kann auf mindestens 1 € und höchstens 5000 € festgesetzt werden, wobei i. d. R. vom Nettoeinkommen auszugehen ist, das der Täter an einem Tag hat oder haben könnte (§ 40 II 2, 3 StGB; **Nettoprinzip** anstelle des ursprünglich vorgesehenen „**Einbußprinzips**“).²⁰⁰

52

Die richtige Festsetzung der **Tagessatzhöhe** ist für die Realisierung des kriminalpolitischen Zieles einer möglichst gleichen Strafwirkung bei unterschiedlicher finanzieller Leistungsfähigkeit entscheidend. § 40 II StGB hat jedoch in der Praxis einige **Anwendungsprobleme** aufgeworfen, die dieses Ziel beeinträchtigen können und die auch im vorliegenden Fall relevant werden:

53

- Welche Anforderungen sind an die Aufklärung der wirtschaftlichen Verhältnisse bzw. an ihre Schätzung zu stellen?
- In welchem Umfang darf die Höhe der Unterhaltspflichten für Ehefrau und Kinder bei der Ermittlung des Nettoeinkommens berücksichtigt werden?
- Lässt sich die Progressionswirkung der Geldstrafe bei höherer Tagessatzzahl ausgleichen?
- Wie sind Personen ohne eigene Einkünfte (z. B. nicht berufstätige Ehegatten, Studenten oder Schüler) zu behandeln?
- In welchem Umfang darf das Vermögen des Täters in die Bemessung der Tagessatzhöhe mit einbezogen werden?

Grundsätzlich gilt, dass sich keine starren Regeln für die Bemessung der Tagessatzhöhe aufstellen lassen.²⁰¹ Die Wertung des Tatrichters ist vom Revisionsgericht **bis zur Grenze des Vertretbaren** hinzunehmen.²⁰² Vor allem im Hinblick auf den Gleichheitssatz versucht die Praxis jedoch mit Recht, gewisse Grundsätze und Orientierungswerte zu entwickeln. Vorrangig ist aber stets zu versuchen, die tatsächlichen Werte zu ermitteln.

So ist bei **Personen ohne eigenes Einkommen** nicht auf möglicherweise durch Nebenarbeit erzielbare Einkünfte abzustellen, wie das § 40 II 2 StGB a. E. nahe legen könnte. Denn es kann nicht Aufgabe des Tatrichters sein, zu moralisieren bzw. durch Berücksichtigung fiktiver Einkommen eine Änderung der Lebensführung zu erzwingen versuchen. Lebensentscheidungen des Einzelnen sind zu akzeptieren.²⁰³ Nur wer im Hinblick auf drohende Geldstrafe auf ansonsten übliche Einkünfte verzichtet, muss sich diesen Verzicht vorhalten lassen.²⁰⁴

¹⁹³ Jescheck/Weigend 1996, § 73 I 4.

¹⁹⁴ Tröndle/Fischer 2004, § 40 Rn. 2.

¹⁹⁵ Vgl. S/S-Stree 2001, § 40 Rn. 1; SK-Horn 2001, § 40 Rn. 1.

¹⁹⁶ Vgl. Streng 2002, Rn. 109 ff.

¹⁹⁷ S/S-Stree 2001, § 40 Rn. 4.

¹⁹⁸ H. M.; vgl. Lackner/Kühl 2004, § 40 Rn. 5.

¹⁹⁹ Vgl. Tröndle/Fischer 2004, § 40 Rn. 4.

²⁰⁰ Vgl. Tröndle/Fischer 2004, § 40 Rn. 6 f.; S/S-Stree 2001, Rn. 8 f.

²⁰¹ BGHSt 27, 215; 27, 228, 230; BGH NStZ 1989, 178.

²⁰² BGHSt 27, 212; OLG Düsseldorf NStZ 1998, 464.

²⁰³ BayObLG NStZ 1999, 189 mit Anmerkung Krehl.

²⁰⁴ S/S-Stree 2001, § 40 Rn. 11.

54 Bei der Berücksichtigung des **Vermögens** besteht theoretisch weitgehend Einigkeit darüber, dass § 40 III StGB nicht die konfiskatorische Abschöpfung des Vermögens beabsichtigt.²⁰⁵ Jedoch darf größeres Vermögen auch nicht völlig außer Betracht bleiben.²⁰⁶ Aber auch die gesetzlich gebotene,²⁰⁷ zum Nettoeinkommen gehörende Berücksichtigung der **Einkünfte aus Vermögen** wird so gut wie nie praktiziert, weil sich die Gerichte zu schematisch an den Arbeitseinkünften orientieren und weitere Aufklärung scheuen. Es ist kein Zufall, dass Tagessätze über 50 € nur äußerst selten vorkommen (s. u. Rn. 60), obwohl besonders bei Verkehrsdelinquenten und Wirtschaftstätern z. T. erhebliche Vermögenseinkünfte vorliegen dürften (z. B. Zinsen, Dividenden, Mieterträge). Wegen der unzureichenden Erfassung der Vermögensgewinne aus der organisierten Kriminalität und der Bandenkriminalität durch die Geldstrafe und den Verfall (§ 73 StGB) hat das **OrgKG** vom 15. 7. 1992 die Sanktion der **Vermögensstrafe (§ 43 a StGB)** eingeführt. Diese Vorschrift wurde hingegen vom Bundesverfassungsgericht am 20. 3. 2002 wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot gemäß Art. 103 II GG für nichtig erklärt.²⁰⁸

55 2.2 Für die **Entscheidung des vorliegenden Falles** werden vor allem die drei zuerst genannten Probleme relevant:

2.2.1 Durfte das Gericht aufgrund einer Schätzung ein Einkommen in Höhe von 3000 € zugrunde legen, obwohl C nur ein Einkommen von 1800 € angegeben hatte?

§ 40 III StGB eröffnet dem Gericht die Möglichkeit der **Schätzung der Einkünfte**, was vor allem in Betracht kommt, wenn der Täter keine oder ungläubhafte Angaben macht. Da der Angeklagte zu Angaben über sein Einkommen nicht verpflichtet ist,²⁰⁹ könnte die Massenkriminalität mit relativ geringfügigen Geldstrafen ohne Schätzungsmöglichkeiten kaum mit vertretbarem Aufwand bewältigt werden. Allerdings ist die **gerichtliche Aufklärungspflicht** (§ 244 II StPO) durch § 40 III StGB nicht völlig aufgehoben, sondern nur auf ein **verhältnismäßiges Ausmaß** reduziert.²¹⁰ Andernfalls würde der § 40 StGB zugrunde liegende Differenzierungsgedanke bald durch ein Taxensystem abgelöst. So wird man zwar nicht in den vielen Fällen der kleinen Geldstrafen eine Ausschöpfung aller Beweismittel verlangen dürfen,²¹¹ doch steigen die Anforderungen an die Aufklärung mit zunehmender **Bedeutung des Falles** und der **Zahl der Tagessätze**.²¹² Dasselbe gilt sinngemäß für die Sorgfalt bei der Begründung einer u. U. unvermeidbaren Schätzung.

56 Nach diesen Grundsätzen ist das geschätzte Einkommen schon deshalb fehlerhaft festgestellt, weil keine näher **begründete Schätzung auf konkreter Grundlage** vorliegt.²¹³ Das Gericht hätte zumindest angeben müssen, ob es das übliche Einkommen in dieser Branche oder den Lebenszuschnitt des Täters oder Ähnliches zugrunde gelegt hat.

57 Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob das Gericht überhaupt eine Schätzung ohne vorherige Ermittlungsversuche vornehmen durfte. Denn bei 150 Tagessätzen handelt es sich nicht mehr um einen Bagatellfall; deshalb ist die Aufklärungspflicht in angemessenem Umfang zu beachten. Zwar ist eine Auskunft von den Steuerbehörden wegen des **Steuergeheimnisses** (§ 30 AO) nicht zulässig,²¹⁴ doch wäre eine **Bankauskunft**, die Vernehmung von Bankangestellten und notfalls die Beschlagnahme von Kontounterlagen auch ohne gesetzliche Regelung²¹⁵ möglich, da das **Bankgeheimnis** nur privatrechtlich gilt und nicht für Ermittlungen der Staatsanwaltschaft und des Gerichts.²¹⁶ Möglicherweise wäre ein solches Verfahren aber doch zu aufwendig und nur bei umfangreicheren Wirtschafts- und Vermögensdelikten angemessen. Zumindest eine Auskunft oder Zeugenaussage des Arbeitgebers

²⁰⁵ BayObLG NJW 1987, 2029; S/S-Stree 2001, § 40 Rn. 12; Lackner/Kühl 2004, § 40 Rn. 12; SK-Horn 2001, § 40 Rn. 11.

²⁰⁶ Vgl. dazu OLG Celle NStZ 1983, 315 m. Anm. Schöch.

²⁰⁷ Schäfer 2001, Rn. 83.

²⁰⁸ BVerfGE 105, 135 ff.

²⁰⁹ Es handelt sich insoweit nicht um eine Vernehmung über die „persönlichen Verhältnisse“ i. S. von § 243 III 3 StPO (hierunter fallen nur die Personalien zur Identitätsfeststellung – vgl. § 111 OWiG), sondern um eine Aussage „zur Sache“ nach § 243 IV 1 StPO.

²¹⁰ Vgl. AK-StPO/Schöch 1993, § 244 Rn. 33; ähnlich Lackner/Kühl 2004, § 40 Rn. 17; strenger Hellmann 1997, 511 ff.

²¹¹ So noch der Sonderausschuss für die Strafrechtsreform BT-Drucks. V/4095, 21.

²¹² AK-StPO/Schöch 1993, § 244 Rn. 33; ähnlich Tröndle/Fischer 2004, § 40 Rn. 18 ff.

²¹³ Vgl. OLG Koblenz NJW 1976, 1275 f.

²¹⁴ Rechtspolitisch bedenklich, vgl. Schöch 1980, 171 f.

²¹⁵ Vgl. § 49 III 2 AE-StGB.

²¹⁶ Vgl. Meyer-Goßner 2005, § 53 Rn. 2 f.

wäre aber ein zumutbarer Weg zur Ermittlung des Einkommens. Danach läge also auch eine Verletzung der gerichtlichen Aufklärungspflicht nach § 244 II StPO vor.

Allerdings muss darauf hingewiesen werden, dass die Praxis bisher nicht nach diesen Maßstäben verfährt. Besondere Ermittlungen oder Beweiserhebungen zum Einkommen und zu den sonstigen wirtschaftlichen Verhältnissen kommen praktisch kaum vor.²¹⁷ Selbst wenn man diese „großzügige Schätzungspraxis“ nicht als Verstoß gegen § 244 II StPO ansieht, führt sie doch zu einer Aushöhlung des in § 40 StGB zum Ausdruck kommenden Differenzierungsgebotes, da sich die Schätzungen oder auch die vorbehaltlos hingenommenen Erklärungen des Angeklagten meist an der unteren Grenze der üblichen Einkommen bewegen. Diese Aushöhlung der Geldstrafe kommt auch in der Statistik recht deutlich zum Ausdruck (Tab. 4). Bei über 160.000 Verkehrstätern, die 2003 zu Geldstrafe verurteilt wurden widerspricht es jeder Lebenserfahrung, dass dabei nur 21,3 % ein verfügbares Nettoeinkommen von über 750 € (30 × 25 €) und sogar nur 3,1 % ein Einkommen über 1500 € netto hatten.²¹⁸

58

Tabelle 4: Geldstrafen nach Zahl und Höhe der Tagessätze (2003)²¹⁹
 Anteile der Tagessatzhöhen bei verschiedenen Tagessatzgruppen

Tagessatzhöhe	Zahl der Tagessätze					Geldstrafen	
	5 bis 15	16 bis 30	31 bis 90	91 bis 180	181 bis 360	bis 360 insg.	über 360 ¹
bis einschließlich 5 €	7,7 %	7,2 %	7,1 %	10,4 %	6,0 %	7,4 %	
über 5 bis einschl. 10 €	29,5 %	25,1 %	24,1 %	26,7 %	18,3 %	25,3 %	
über 10 bis einschl. 25 €	42,4 %	41,3 %	40,5 %	41,0 %	37,0 %	41,1 %	
über 25 bis einschl. 50 €	19,3 %	24,7 %	26,2 %	19,5 %	24,2 %	24,3 %	
mehr als 50 €	1,1 %	1,7 %	2,1 %	2,4 %	14,5 %	1,9 %	
insgesamt	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %	
	70.090	186.423	222.885	25.201	2.148	506.747	339

¹Bei 360 Tagessätzen und mehr sind die Tagessatzhöhen in der Statistik nicht ausgewiesen

2.2.2 Sind die **Unterhaltspflichten** des C in angemessenem Umfang berücksichtigt worden? Um einen verheirateten Familienvater nicht gegenüber einem Single zu benachteiligen, ist anerkannt, dass die Unterhaltspflichten angemessen berücksichtigt werden müssen, um die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters sachgerecht zu beurteilen.²²⁰ Können die tatsächlich erbrachten Unterhaltsleistungen nicht ermittelt werden, so besteht über den Vorgang der Schätzung im Hinblick auf die Kinder keine Einigkeit.

59

Beim **Kindesunterhalt** gehen weite Teile der Literatur und einige Revisionsgerichte²²¹ vom Regelunterhalt²²² aus, von dem das Kindergeld abzuziehen ist. Demnach wäre für die 4 Kinder insgesamt ein Betrag von 763 € vom Nettoeinkommen des B abzuziehen [4 × 351 € (vgl. § 1 Nr. 2b Regelbetrag-VO West in der seit 1. 7. 2005 geltenden Fassung) minus 641 € Kindergeld (154+154+154+179)]. Hintergrund dieser Berechnung ist eine Gleichbehandlung aller Täter der verschiedensten Einkommensschichten, indem die Berechnung sich nicht prozentual am Nettoeinkommen orientiert.

60

Genau dies tut aber die bei den Tatgerichten wohl übliche Praxis, indem sie pro Kind 10 % vom Einkommen abzieht.²²³ Dies wären pro Kind 300 €, insgesamt also 1200 €.

Er erscheint fraglich, ob die erstgenannte Berechnungsweise hinsichtlich der jüngeren Entwicklung der Kindergeldbeträge aufrechterhalten werden kann. Denn sie bewirkt, dass sich der abzugsfähige Betrag innerhalb der letzten 15 Jahre verringert hat. Die zweite Berechnungsweise liegt jedenfalls innerhalb des tatrichterlichen Ermessens, so dass die Revision insoweit unbegründet ist.

Bezüglich des **Ehegattenunterhalts** besteht weitgehende Einigkeit allerdings insoweit, dass für den nichtverdienenden Ehepartner 20 % abzuziehen sind.²²⁴ Nicht überzeugend ist der Vorschlag, in Anlehnung an §§ 1371, 1378 BGB 50 %²²⁵ abzuziehen, da Unterhaltsansprüche nichts mit Zugewinn-

61

²¹⁷ Vgl. Jescheck/Weigend 1996, § 73 II 5.

²¹⁸ Vgl. Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung 2003, Tab. 3.3.

²¹⁹ Vgl. Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung 2003, Tab. 3.3.

²²⁰ OLG Celle JR 1975, 471 m. Anm. Tröndle.

²²¹ Vgl. OLG Hamm NJW 1976, 722; OLG Frankfurt a. M. NJW 1976, 2220.

²²² Nach der Düsseldorfer Tabelle, Stand: 1. 7. 2005, A 1.

²²³ So auch Schäfer 2001, Rn. 85.

²²⁴ Schäfer 2001, Rn. 85; SK-Horn 2001, § 40 Rn. 8.

²²⁵ So OLG Hamm NJW 1976, 722 f.

ausgleich zu tun haben. Auch ein Vergleich mit den bei Getrenntlebenden bestehenden Unterhaltsansprüchen nach §§ 1361, 1359 BGB (= $\frac{3}{7}$ des Nettoeinkommens)²²⁶ geht fehl,²²⁷ da der tatsächliche Unterhalt bei zusammenlebenden Ehegatten in der Regel geringer ist. Umgekehrt ist auch auf diese 20 % abzustellen, wenn der nichtverdienende Ehepartner zu einer Geldstrafe zu verurteilen ist und der ihm tatsächlich gewährte Unterhalt einschließlich des Taschengeldes nicht bestimmbar ist.²²⁸ Danach wären für die Frau 600 € abzuziehen. Zusammen mit dem Abzug für die Kinder bleibt also ein zu veranschlagendes Einkommen in Höhe von 1200 €. Damit ist der vom Gericht festgesetzte Tagessatz von 40 € auch insoweit richtig berechnet.

- 62** 2.2.3 Die Höhe des Tagessatzes ist jedoch aus einem anderen Grund zu beanstanden. Bei einer hohen Zahl von Tagessätzen steigt die Wirkung der Geldstrafe **nicht linear, sondern progressiv**,²²⁹ weil bei der Abschöpfung nach dem Nettoprinzip dem Täter nichts mehr für seinen Lebensunterhalt übrig bleibt und er diese Wirkungen selbst bei Ratenzahlungsbewilligung gem. § 42 StGB nicht mehr ausreichend durch Ersparnisse in anderen Monaten ausgleichen kann. In der Literatur wird diese **kritische Grenze ab etwa 90 Tagessätzen** angenommen.²³⁰ Um in diesen Fällen eine entsozialisierende Wirkung der Geldstrafe zu vermeiden, ist eine **teleologische Reduktion des Nettoprinzips** in der Weise erforderlich, dass bei Bemessung der Tagessatzhöhe dem Täter noch ein minimaler Betrag für den eigenen Lebensunterhalt bleibt.²³¹ Die hier vertretene Konzeption ist z. B. vom LG Waldshut²³² in einem Fall mit 150 Tagessätzen überzeugend realisiert worden. Auch BGH 26, 325 ff., 331 f. hat diese Methode in einem allerdings außergewöhnlichen Fall (300 Tagessätze zu je 1000 DM bei ca. 3 Mio. DM Schulden) zugrunde gelegt. Je nach Anzahl der Tagessätze ist eine Senkung zwischen 10 und 30 % angemessen.²³³ Im vorliegenden Fall ist daher wegen der hohen Tagessatzzahl und der mitbetroffenen Familienangehörigen eine Reduzierung des Tagessatzes um 10 € auf 30 € geboten. Weiterhin wäre zu prüfen, ob dem C gem. § 42 StGB Ratenzahlung zu bewilligen ist. Die Gewährung der Zahlungserleichterung könnte im Urteilstenor ausgesprochen werden,²³⁴ darf aber auch noch nach Rechtskraft von der Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde bewilligt werden (§ 459 a StPO).
- 63** 3.3 Die zugrundeliegende Entscheidung ist sowohl wegen der Schätzung als auch wegen der Tagessatzhöhe fehlerhaft. Da sich die Fehler aber nur auf die Höhe des Tagessatzes und die hierfür erforderlichen Ermittlungen beziehen, braucht weder das Urteil als Ganzes noch der gesamte Strafausspruch aufgehoben zu werden. Vielmehr genügt es, die Festsetzung des Tagessatzes aufzuheben, da es sich bei der Bestimmung von Zahl und Höhe der Tagessätze um zwei voneinander unabhängige Urteilsteile handelt.²³⁵

²²⁶ Vgl. Düsseldorfer Tabelle, B I 1.

²²⁷ So aber AG Ettenheim MDR 1990, 650.

²²⁸ Str.; wie hier *SK-Horn* 2001, § 40 Rn. 9.

²²⁹ *Lackner/Kühl* 2004, § 40 Rn. 13.

²³⁰ *Tröndle/Fischer* 2004, § 40 Rn. 24; *Jescheck/Weigend* 1996, § 73 II 4; *Schäfer* 2001, Rn. 86; HansOLG Hamburg StV 1997, 472.

²³¹ Vgl. *Lackner/Kühl* 2004, § 40 Rn. 13; *SK-Horn* 2001, § 40 Rn. 13.

²³² MDR 1977, 420 f.; ebenso *Jescheck/Weigend* 1996, § 74 IV m. w. N.

²³³ *Schäfer* 2001, Rn. 86.

²³⁴ Vgl. *Tröndle/Fischer* 2004, § 42 Rn. 8.

²³⁵ OLG Koblenz NJW 1976, 1275 f.; BGH JR 1978, 70 ff. mit abl. Anm. *Grünwald*; BGH NStZ 1989, 178.

8. Lebenslänglichenfall

Lebenslange Freiheitsstrafe – Abschreckung – Anstieg der Gewaltkriminalität – Kronzeugenregelung – Begnadigung – Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung – Schuldschwere – Rechtsstellung der Gerichtshilfe

Grundlage: Kombinierte Fallanalyse in Anlehnung an BVerfGE 45, 187 ff. (NJW 1977, 1525 ff.), BVerfGE 64, 272 ff. (= NJW 1984, 33 ff.) und BVerfGE 86, 288 ff. (= NJW 1992, 2947 ff.) mit den Schwerpunkten in Kriminologie und Strafvollzug

Sachverhalt: Der Strafgefangene A, ehemaliges Mitglied einer terroristischen Gruppe, verbüßt in der JVA B seit 10 Jahren eine lebenslange Freiheitsstrafe. Aufgrund des von ihm gezeigten Wohlverhaltens, insbesondere deshalb, weil er sich nach wenigen Jahren der Strafverbüßung vom Terrorismus losgesagt, ferner in einem Strafverfahren gegen seine früheren Komplizen als Zeuge sein Tatwissen rückhaltlos offenbart und zur Aufklärung der Straftaten beigetragen hat, meint er, dass er nunmehr resozialisiert aus dem Strafvollzug entlassen werden könne. Mit Schreiben an den Leiter der JVA beantragt er, ihn zu entlassen und eventuell die Reststrafe zur Bewährung auszusetzen.

Im Anhörungsverfahren widerspricht die Staatsanwaltschaft dem Antrag. Sie führt aus, dass es auf die Resozialisierung des A im vorliegenden Verfahren überhaupt nicht ankomme. Zwar sei die Prognose bei A nicht ungünstig. Doch fehle es im Übrigen an den gesetzlichen Voraussetzungen der beantragten Entscheidung. Eine zu frühe Entlassung von derartigen Verurteilten wie A beeinträchtige auch die Abschreckungswirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Vor allem in einer Zeit steigender Gewaltkriminalität könne man wegen der zu erwartenden negativen Auswirkungen auf die Verteidigung der Rechtsordnung dem Antrag nicht stattgeben.

Die in das Verfahren eingeschaltete Gerichtshilfe teilt die Auffassung der Staatsanwaltschaft zur Abschreckungskraft der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht. Sie bezweifelt aber die innere Wandlung des A und dessen Lösung von der terroristischen Ideologie. Im Hinblick auf die äußerst unsichere Resozialisierung des A hält sie dessen Entlassung für verfrüht.

Daraufhin wird das Gesuch des A abgelehnt.

A möchte sich mit dem ablehnenden Bescheid nicht abfinden und fragt Sie, ob er dagegen nicht gerichtlich vorgehen könne. Er führt dazu aus, dass man nach seinen Informationen in der Wissenschaft die lebenslange Freiheitsstrafe ohnehin für verfassungswidrig halte.

Aufgaben:

1. Wie ist die Rechtslage zu beurteilen? Wer entscheidet in welchem Verfahren über den Antrag des A? Kommt es dabei auf eine günstige Prognose an? Steigt die Gewaltkriminalität wirklich, und welche Bedeutung hätte dies ggf. für die Beurteilung des Falles?
2. Wird durch die bedingte Entlassung von wegen Mordes Verurteilten nach einer Strafverbüßung von 10 bis 15 Jahren und beim Vorliegen einer günstigen Prognose die Abschreckungswirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe negativ beeinflusst?
3. Angenommen, A, dessen Gesundheitszustand sich inzwischen bedenklich verschlechtert hat, stellt einen Antrag auf Gewährung von Urlaub: Kann der Leiter der JVA diesen Antrag mit der Begründung ablehnen, die besondere Schwere der Schuld lasse im Fall des A eine Unterbrechung der Haftverbüßung (noch) nicht zu?
4. Gesetzt den Fall, A war zur Zeit der Tat erst zwanzig Jahre alt: Welche besondere, das Strafmaß betreffende Entscheidung hat das zuständige Tatgericht zu treffen, wenn man für das nach § 211 StGB zu qualifizierende Delikt des A von der Anwendung des allgemeinen Strafrechts ausgeht? Kann das Gericht bei dieser Entscheidung zu Lasten des A berücksichtigen, dass das Gesetz eine Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe ermöglicht?

Zur Problemstellung: Die Schwerpunkte des Falles liegen in den Fragen

- der Rechtfertigung, Vollzugsproblematik und faktischen Begrenzung der lebenslangen Freiheitsstrafe überhaupt;
- der besonderen Schuldschwere gem. § 57 a StGB und bei der Urlaubsgewährung für „Lebenslängliche“ nach § 13 I StVollzG i. V. m. § 11 II StVollzG;

- der Justiziabilität und des Rechtsweges;
 - der behaupteten Abschreckungskraft und deren Messbarkeit;
 - des Zusammenhanges mit dem behaupteten Anstieg der Gewaltkriminalität und
 - der Rechtsstellung der Gerichtshilfe.
- 2 Seit In-Kraft-Treten des § 57a StGB am 1. 5. 1982, neu gefasst durch das 23. StrÄndG v. 13. 4. 1986, kennt das deutsche Strafrecht **auch bei lebenslangen Freiheitsstrafen die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung**. Zuständig für die Entscheidung ist die Strafvollstreckungskammer des Landgerichts (sog. Justizlösung). Die Aussetzung des Strafrestes einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung ist zulässig, wenn 15 Jahre der Strafe verbüßt sind, die besondere Schwere der Schuld des Verurteilten keine weitere Vollstreckung gebietet, dies unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden kann, und der Verurteilte einwilligt. Ebenso wie bei der Aussetzung des Strafrestes bei zeitiger Freiheitsstrafe sind bei der Entscheidung namentlich die Persönlichkeit des Verurteilten, sein Vorleben, die Umstände seiner Tat, sein Verhalten im Vollzug, seine Lebensverhältnisse und die Wirkungen zu berücksichtigen, die von der Aussetzung für ihn zu erwarten sind (§ 57a I 2 i. V. m. § 57 I 2 StGB). Liegen aber die genannten **Voraussetzungen** des § 57a StGB nicht oder noch nicht vor, so besteht für den Verurteilten lediglich die Möglichkeit, um eine Gnadenentscheidung zu bitten und damit im Gnadenweg die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung zu erreichen.¹ Wegen unterschiedlicher Handhabung, aber auch mangelnder Überprüfbarkeit derartiger Gnadenentscheidungen ist dieser Weg umstritten. Übereinstimmend machen jedoch sowohl gerichtliche Entscheidung als auch Gnadenerweis kriminalprognostische Prüfungen erforderlich, die aufgrund eines Sachverständigengutachtens ermöglicht werden.

Die Einführung des § 57a StGB, also die so genannte Justizlösung bei der Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung bei lebenslanger Freiheitsstrafe, geht auf die wachsende Kritik im Schrifttum der 70er-Jahre, insbesondere aber auf den Beschluss des BVerfG vom 21. 6. 1977,² zurück. In der fraglichen Entscheidung leitet das BVerfG aus dem Rechtsstaatsprinzip die Forderung ab, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen zur Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe und das dabei anzuwendende Verfahren gesetzlich zu regeln habe. Dieser Aufforderung kam der 9. Deutsche Bundestag mit dem Beschluss des Zwanzigsten Strafrechtsänderungsgesetzes vom 8. Dezember 1981 nach, nachdem zunächst die Verabschiedung des Gesetzes durch Einspruch des Bundesrats im Jahre 1980 gescheitert war. Seither kann nach Verbüßung von 15 Jahren die Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden, wenn eine günstige Prognose und die weiteren in § 57a StGB genannten Voraussetzungen vorliegen. Zuständig für die Entscheidung ist die Strafvollstreckungskammer (§ 462a StPO). Die Strafvollstreckungskammer ist allerdings im Falle positiver Entscheidung verpflichtet, ein Sachverständigengutachten über den Verurteilten einzuholen. Dieses Gutachten muss insbesondere darlegen, ob bei dem Verurteilten keine Gefahr mehr besteht, dass dessen durch die Tat zutage getretene Gefährlichkeit fortbesteht (§ 454 II 2 StPO).

Allerdings stieß das Aussetzungsverfahren nach § 57a StGB alsbald im Schrifttum auf heftige Kritik, da vor allem die **Schuldswereklausel** keine einheitliche Rechtsanwendung gewährleistet. 1986 bestätigte das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit des § 57a StGB³ und verschaffte dem Schuldgrundsatz auch für das gerichtliche Aussetzungsverfahren Geltung. Durch erneuten Beschluss des BVerfG⁴ wurde aber das Aussetzungsverfahren wesentlichen Änderungen unterworfen. Mittels verfassungskonformer Auslegung der Verfahrensvorschriften §§ 454, 462a StPO, 74 I 1, II 1 Nr. 4 GVG soll vor allem sichergestellt werden, dass die Bewertung der besonderen Schuldswere dem Schwurgericht vorbehalten bleibt (sog. „Schwurgerichtslösung“) und damit der Entscheidung des Vollstreckungsgerichts entzogen ist.

Dieser BVerfG-Beschluss hat mit Recht vielfach Kritik gefunden, zumal das BVerfG mit der Entscheidung seine Kompetenz zur Normenkontrolle sowie die Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung überschritten und Funktionen der Gesetzgebung in Anspruch genommen haben dürfte.⁵ Anfechtbar ist vor allem die vom BVerfG neu geschaffene Inkonsequenz der Regelung. Denn es ist widersprüchlich, einerseits dem Vollstreckungsgericht die an sich systemgerechte Kompetenz abzuspochen, darüber zu befinden, ob aufgrund der Feststellungen des Tatgerichts die abgeurteilte Tat das Merkmal „besondere Schwere der Schuld“ aufweist, andererseits aber dem Vollstreckungsgericht die „Feinabstimmung“ darüber zuzutrauen, welche Vollstreckungsdauer dem Grade der besonderen Schuldswere entspricht. Überdies ist die daran anknüpfende Praxis seit der Entscheidung des BGH-Gr. S. weit davon entfernt, gegenüber der früheren gnadenrechtlichen Aussetzungspraxis gerade in den problematischeren Fällen besonderer Schuldswere und bei Mehrfachtätern zu einer größeren Einheitlichkeit zu

¹ Vgl. *Laubenthal* 1987, 205, 272, zur Gnadenpraxis besonders 103 ff., 198 f.

² BVerfGE 45, 187 ff.

³ BVerfGE 72, 105, 113 f.

⁴ BVerfGE 86, 288 ff.

⁵ *Bock/Mährlein* 1997, 378 f.; *Lackner/Kühl* 2004, § 57a Rn. 2; *Tröndle/Fischer* 2004, § 57a Rn. 17, jew. m. N.

gelangen.⁶ Unbeschadet aller Kritik entscheidet das Vollstreckungsgericht vor dem Ablauf von 15 Jahren in einer Gesamtwürdigung darüber, ob der Straffest auszusetzen ist. Bei positiver Prognose hat es zu beurteilen, ob die bindend festgestellte Schuldschwere die weitere Vollstreckung gebietet oder nicht. Im Fall weiterer Vollstreckung hat es den Zeitpunkt zu bestimmen, bis zu dem längstens die Schuldschwere die Aussetzung hindern kann. Für die späteren Entscheidungen besteht eine Bindung insofern, als nach Erreichung dieses Zeitpunkts die Aussetzung nur bei negativer Prognose und unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit versagt werden kann.⁷

Trotz dieser gesetzlichen Regelung bleibt weiterhin Raum für Gnadenentscheidungen, obschon grundsätzlich vom Vorrang der gerichtlichen Entscheidung auszugehen ist. Dies gilt namentlich für Gnadenprüfungen vor Ablauf der Fünfzehnjahresfrist. Besonders umstritten ist die Frage, ob Gnadenentscheidungen der gerichtlichen Kontrolle unterliegen.⁸

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass jede weitere Humanisierung des Strafrechts als eine Aufweichung oder ein Abbau unverzichtbarer Positionen des Strafrechts verdächtigt wird. Überdies bringt man nicht selten den Kriminalitätsanstieg, insbesondere jenen der Gewaltdelikte, mit der Strafrechts-erneuerung oder der zu „weichen“ Strafrechtspflege in Zusammenhang. Betrachtet man die Entwicklung der wichtigsten Gewaltdelikte, so zeigt sich denn auch, dass der Anstieg derartiger Straftaten nicht unerheblich ist.⁹ Freilich wird dabei übersehen, dass die Entstehung und Entwicklung von Kriminalität sehr komplexer Natur sind und keinesfalls nur auf eine Komponente, etwa die Veränderung des Strafrechts, zurückzuführen ist. Innerhalb des gesamten Systems der Sozialkontrolle erfüllt das Strafrecht nur eine Teilfunktion und ist in seiner Durchsetzungskraft weitgehend von den vorgelagerten Normensystemen abhängig. Aber selbst innerhalb des Strafrechts ist noch zwischen der jeweiligen Verbotsnorm in dem Gesetz und der Strafdrohung einerseits sowie der Strafverfolgung, Entdeckung, Strafanzeige, Verhängung und der Strafvollstreckung andererseits zu unterscheiden. Rechtsanwendung und Durchsetzung sind also mindestens genauso bedeutsam wie Art und Inhalt der strafgesetzlichen Normierung überhaupt. Deshalb geht die durchweg sehr pauschale, mitunter politisch angereicherte Kritik an der Strafrechtserneuerung weitgehend fehl.

Auch für zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilte ermöglicht die Gewährung von Regelurlaub gem. §§ 13 I, 11 II StVollzG eine Unterbrechung der Haftverbüßung. Gerade in Anbetracht der langen Haftdauer gewinnt diese Möglichkeit, schädlichen Auswirkungen des Freiheitsentzuges zu begegnen (vgl. § 3 II StVollzG), an Relevanz. Sie dient weiter dazu, dem „Lebenslänglichen“, der die grundsätzlich realisierbare Chance hat, die Freiheit wiederzugewinnen,¹⁰ auch die Möglichkeit zu belassen, sich nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug in dieser wiedergewonnenen Freiheit zurechtzufinden (vgl. § 3 III StVollzG). Allerdings kann hier Urlaub erst dann gewährt werden, wenn sich der Gefangene bereits zehn Jahre im Vollzug befunden hat oder er in den offenen Vollzug überwiesen ist (§ 13 III StVollzG).

Zur Klärung der empirischen Voraussetzungen von Vollzugslockerungen und bedingter Entlassung, insbesondere im Gnadenwege, bedarf es entsprechender Ermittlungen. Solch entscheidungsvorbereitender Aufgabe dient die sog. **Gerichtshilfe**. Daher sollte die Gerichtshilfe in ihrer Stellung gestärkt und umfassender in das Verfahren eingeschaltet werden. Gem. Art. 294 EGStGB gehört sie zum Geschäftsbereich der Landesjustizverwaltungen. Jedoch kann die Landesregierung durch Rechtsverordnung eine andere Behörde aus dem Bereich der Sozialverwaltung bestimmen.¹¹ Sie zählt zu den wichtigen institutionellen Neuerungen im deutschen Strafrechtssystem. Die Anfänge der Gerichtshilfe reichen bis zu dem sog. „Bielefelder Modell“ des Richters und Geheimrats *Bozi* aus dem Jahre 1921 zurück. Durch Einführung der §§ 160 III 2, 463 d StPO hat sie mit Wirkung zum 1. 1. 1975 eine bundesgesetzliche Rechtsgrundlage erfahren. Allerdings bieten die genannten Vorschriften der Strafprozessordnung auch nach der Neufassung des § 463 d StPO mit dem 23. StrÄndG kaum mehr als eine

⁶ Vgl. BGHSt 40, 360; krit. *Grünwald* 1997, 171 f.; *Lackner/Kühl* 2004, § 57 a Rn. 3 a ff.; *Tröndle/Fischer* 2004, § 57 a Rn. 10.

⁷ *Grünwald* 1997, 170; zur möglichen Verbesserung der prognostischen Situation eines seit mehr als 39 Jahre einsitzenden Langzeitgefangenen OLG Karlsruhe NStZ 2000, 279 f.; weitere Fälle mit Verbüßungszeiten von über 30 Jahren bei *Warnecke* 2001, 1332 f.

⁸ Ablehnend BVerfG NStZ 2001, 669 („Kein Rechtsschutz gegen Gnadenentscheidungen“); ferner *Kaiser/Schöch* 2003, 252 f.

⁹ Vgl. 1. PSB 2001, 47 ff.; ferner Fälle 3, 5 und 13.

¹⁰ Vgl. BVerfG NJW 1977, 1525; NJW 1984, 33; NJW 1986, 2241.

¹¹ Siehe *Eisenberg* 2005, § 30 Rn. 1 ff.; zu Lage, Entwicklung und Tätigkeitsschwerpunkten der Gerichtshilfe in den 90er-Jahren *Egg/Jehle/Marks* 1996, 67 ff., 86 ff., 121 ff., 277 ff. und 287 ff.

gesetzliche Verankerung der Institution „Gerichtshilfe“. Sie haben insofern, anders als die Bestimmungen über die Jugendgerichtshilfe im JGG mehr deklaratorische als konstitutive Bedeutung.¹²

Daher ist der **Funktionsbereich** der Gerichtshilfe noch nicht abschließend geregelt. Einigkeit besteht jedoch insoweit, als der Gerichtshelfer die Pflicht hat, entscheidungsrelevante Merkmale der Persönlichkeit und die sozialen Verhältnisse des Beschuldigten im Strafverfahren zu ermitteln.¹³ In Abgrenzung zum Tätigkeitsbereich des Bewährungshelfers nimmt der Gerichtshelfer folglich entscheidungsvorbereitende statt entscheidungsausführende Funktionen wahr. Grenzt man dagegen seine Arbeit von derjenigen der Polizei ab, so ist festzuhalten, dass sie statt der Sachaufklärung der Persönlichkeitserforschung dient. Man kann daher den Funktionsbereich der Gerichtshilfe unter der Bezeichnung „Persönlichkeitsaufklärung mit Sozialdiagnostik“ zusammenfassen.¹⁴ Um entbehrliche Rollenkonflikte zu vermeiden, sollte die Gerichtshilfe immer auf entscheidungsvorbereitende Tätigkeiten beschränkt sein. Einbezogen in den Tätigkeitsbereich der Gerichtshilfe ist allerdings auch die Vorbereitung solcher Entscheidungen, die in späteren Stadien als die Urteilsfindung liegen; § 463 d StPO nennt hier „insbesondere“ die Mitwirkung bei Entscheidungen über den Widerruf der Strafaussetzung sowie der Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung, sofern nicht ein Bewährungshelfer bestellt ist. Dazu kommt die schon traditionelle Mitwirkung bei der Vorbereitung nachträglicher Gnadenentscheidungen. Diese Tätigkeiten dürften in der Praxis sogar überwiegen.¹⁵ Die Bilanz der vergangenen 30 Jahre verdeutlicht, dass die Gerichtshilfe entgegen den Grundsätzen eines täterorientierten Strafverfahrens nur in geringem Maße am Ermittlungsverfahren beteiligt und weitgehend in das Nach- und Gnadenverfahren abgedrängt wird.¹⁶

Zur Erläuterung, Vertiefung und gutachtlichen Stellungnahme:

I. Aufgabe 1: Wie ist die Rechtslage zu beurteilen? Wer entscheidet in welchem Verfahren über den Antrag des A? Kommt es dabei auf eine günstige Prognose an? Steigt die Gewaltkriminalität wirklich, und welche Bedeutung hätte dies ggf. für die Beurteilung des Falles?

- 5 Da im vorliegenden Fall der zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilte A erst 10 Jahre seiner Strafe verbüßt hat, § 57 a I Nr. 1 StGB aber eine 15-jährige Strafverbüßung voraussetzt, ist eine gerichtliche Aussetzung des Strafrestes nicht zulässig. Wäre das Gesuch des A als Antrag i. S. d. §§ 57 a StGB, 454 StPO zu verstehen, so müsste die zuständige Strafvollstreckungskammer einen solchen Antrag des A wegen verfrühter Antragstellung als unzulässig ablehnen. Im vorliegenden Fall jedoch kann der Antrag des A, ihn aus der JVA zu entlassen, als Bitte um eine Gnadenentscheidung verstanden werden. Diese Möglichkeit besteht auch weiterhin.

II. Zuständigkeit, Justiziabilität und Rechtsweg bei Gnadenentscheidungen

- 6 1. Da die Bestrebungen des A, die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung zu erreichen, erfolglos geblieben sind, stellt sich die Frage, ob und ggf. auf welche Weise A gegen die Ablehnung seines Gesuches gerichtlich vorgehen kann. Damit treffen wir auf das in Literatur wie Rspr. bisher höchst umstrittene Problem der Justiziabilität von Gnadenentscheidungen. Diese Frage bleibt trotz der teilweisen „Verrechtlichung“ der Gnade bestehen, da abgesehen von der hier behandelten Fallkonstellation auch überall dort, wo der Rechtsweg ohne Erfolg beschritten wurde, sowie bei der Strafunterbrechung, etwa wegen Vollzugsuntauglichkeit, weiterhin eine Gnadenprüfung zulässig ist.
- 7 Das Gnadenrecht knüpft die Ausübung des Begnadigungsrechts nicht an bestimmte normative Voraussetzungen, sondern begründet eine dem Amte des Trägers des Begnadigungsrechts eigene Befugnis, eine Gestaltungsmacht besonderer Art. Die **Gnadenhoheit** – historisch gesehen Ausfluss der einst ungeteilten Staatsgewalt – liegt bei uns auch heute noch grundsätzlich in Händen des Staatsoberhauptes. Sie ist also in concreto im Bund dem Bundespräsidenten (Art. 60 II GG), in den Ländern den Ministerpräsidenten bzw. in den Stadtstaaten den Senaten übertragen. Die Abgrenzung der Zuständigkeit von Bund und Ländern ergibt sich dabei im Einzelnen aus § 452 StPO. Durch die vom jeweiligen Träger des Gnadenrechtes erlassenen Gnadenordnungen ist die Befugnis zum Erlass von Gnadenakten allerdings teilweise an Justizbehörden delegiert.

¹² *Schüler-Springorum* 1977, 226; ferner *Schöch* 1983 a, 134 ff.; und Fälle 6 und 13.

¹³ Ausführlich umschrieben finden wir diese Aufgabenzuweisung z. B. im 3. Abschnitt, Nr. 19 I der Baden-Württembergischen Verwaltungsvorschriften zum Landesgesetz über die Sozialarbeiter der Justiz v. 22. 6. 1981, Die Justiz 1981, 303 ff., 306.

¹⁴ *Schüler-Springorum* 1977, 229.

¹⁵ Vgl. *Schöch* 1983 a, 132 ff. m. N.

¹⁶ *Hering*, BewHi 1992, 171; gleichwohl herrscht innerhalb der Tätigkeiten der Gerichtshilfe die Erledigung von Ermittlungsersuchen anscheinend vor; vgl. *Egg u. a.* 1996, 68 f.

Für Baden-Württemberg weist dementsprechend Art. 52 I der Landesverfassung dem **Ministerpräsidenten** das Gnadenrecht zu und bestimmt zugleich, dass er dieses Recht, soweit es sich nicht um schwere Fälle handelt, übertragen kann. Diese Ermächtigung ist Grundlage der Gnadenordnung des Ministerpräsidenten (GnadenAO) vom 8. 12. 1970. Nach deren § 1 Nr. 1 behält sich der Ministerpräsident die Ausübung des Gnadenrechtes u. a. vor, wenn der Erlass, die Herabsetzung, die Umwandlung oder die bedingte Aussetzung von Freiheitsstrafen begehrt wird, sofern noch mehr als 4 Jahre zu verbüßen sind.

2. Daraus ist zu entnehmen, dass über den Antrag des A im gegebenen Fall der Ministerpräsident zu entscheiden hat. Gem. § 6 I i. V. m. § 4 S. 1 der GnadenAO obliegt die Vorbereitung der **Entscheidung** jedoch dem Justizminister, der wiederum die ihm zugesprochenen Befugnisse nach § 4 i. V. m. § 5 I 1 der Gnadenordnung des Justizministers (GnadenO) vom 23. 8. 1989 namentlich auf die Leiter der Staatsanwaltschaft bei den Landgerichten übertragen hat. Letztlich ist es also die Staatsanwaltschaft, welche die zur Entscheidung erforderlichen Ermittlungen anstellt. Dabei kann sie sich wie in unserem Fall der Gerichtshilfe bedienen (vgl. § 17 III 1 GnadenO).

Das Gesuch des A kommt daher zunächst zur Staatsanwaltschaft, die nach der durchgeführten Anhörung alle Stellungnahmen – ihre eigene eingeschlossen – in einem zusammenfassenden Bericht über den Justizminister an den Ministerpräsidenten zur Entscheidung weiterleitet. Dieser allein könnte dann den endgültigen – hier ablehnenden – Bescheid erlassen. Über Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechtes ist allgemein wenig bekannt. Vertraulichkeit oder Geheimhaltung sowie unterschiedliche Regelungen von Verfahren und Kompetenzen in Gnadensachen in den einzelnen Bundesländern erschweren die Erfassung der Gnadenpraxis nach einheitlichen Kriterien. Immerhin belegen die verfügbaren Informationen die unterschiedliche Handhabung,¹⁷ obwohl „die Entscheidungskriterien im Dunkeln“ bleiben.¹⁸ „Transparenz und empirisch fundierte Kontrolle für das Gnadenrecht“ könnte freilich „auf lange Sicht von größerem Nutzen sein als Abschottung und Geheimniskrämerei“.¹⁹

Ein Teil des Schrifttums sowie die überwiegende Meinung der Rspr.²⁰ verneinen – anders als beim Widerruf einer Begnadigung²¹ – die **Möglichkeit einer richterlichen Nachprüfung** von abschlägigen Gnadenbescheiden. Diese entbehren fester rechtlicher Maßstäbe, die nun einmal Voraussetzung für eine gerichtliche Kontrolle seien. In diesem Sinne hat auch das BVerfG in seinem Beschluss vom 23. 4. 1969²² entschieden, in dem es über die Anwendung von Art. 19 IV GG auf Gnadenakte zu befinden hatte. Kernstück dieser Entscheidung war, dass infolge von Stimmengleichheit im Senat gem. § 15 II 4 BVerfGG nicht festgestellt werden konnte, dass die Ablehnung eines Gnadenerweises über Art. 19 IV GG der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt.

Die dissentierenden Richter sowie ein beträchtlicher Teil des Schrifttums vertreten demgegenüber die Auffassung, die Justiziabilität von Gnadenakten sei gerade im Hinblick auf Art. 19 IV GG zu bejahen, der auch auf solche Akte angewandt werden müsse. Denn die Inhaber des Gnadenrechtes gehörten ihrer verfassungsrechtlichen Stellung nach zur Exekutive und übten bei ihrer Entscheidung Funktionen eines Exekutivorgans aus. Sie leisteten Verzicht auf die Vollstreckung eines Urteils.²³

3. Folgt man dieser **Minderheitsmeinung**, so stellt sich die Frage nach dem Rechtsweg bei abschlägigen Gnadenentscheidungen. Hierzu hat das BVerwG²⁴ im Ergebnis übereinstimmend mit den vier dissentierenden Richtern des BVerfG ausgeführt, dass, sofern Gnadenakte überhaupt justiziabel sein sollten, nach § 23 EGGVG der Strafsenat des örtlich zuständigen OLG sachlich zuständig sei, da dieser gem. § 23 I EGGVG über die Rechtmäßigkeit von Justizverwaltungsakten zu entscheiden hat. Die Justiziabilität negativer Gnadenakte einmal unterstellt, könnte A den abschlägigen Bescheid vom zuständigen Strafsenat des OLG überprüfen lassen.

An der Begründetheit seines aus dieser Sicht zulässigen Antrages bestehen allerdings erhebliche Zweifel. Denn der Ermessensspielraum, der den Trägern des Gnadenrechtes eingeräumt wird, ist von Verfassungs wegen weit gespannt.

¹⁷ Zur Gnadenpraxis bei Lebenslänglichen vor 1981 *Laubenthal* 1987, 104 ff., 198 f.

¹⁸ *Meier* 2000, 183, jedoch ohne Hinweis auf Lebenslängliche.

¹⁹ *Meier* 2000, 184.

²⁰ So insbes. die ständige Rspr. des BVerfG NStZ 2001, 669; a. A. hier nur der Hessische StGH NJW 1974, 791 und der Bayerische VerfGH NJW 1966, 443; zum Ganzen *Kaiser/Schöch* 2003, 252 f. m. N.

²¹ Dazu BVerfGE 30, 111.

²² BVerfGE 25, 352 ff.

²³ So die dissenting opinion in BVerfGE 25, 361 f., 365 f.; ferner *Kaiser/Schöch* 2003, 253.

²⁴ NJW 1976, 305 ff.

- 12 4. Für die Beurteilung der dem A tatsächlich offen stehenden Möglichkeiten ist jedoch die **herrschende Meinung** der Rspr. von ausschlaggebender Bedeutung. Diese lässt aber ein gerichtliches Vorgehen gegen die Ablehnung von Gnadengesuchen nicht zu. „Denn ein Recht auf einen Gnadenweis besteht nicht. Ein solches Recht kann daher auch nicht verletzt werden. Folgerichtig gilt die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG für Gnadenentscheidungen nicht, vielmehr schließt Art. 60 II GG eine gerichtliche Nachprüfbarkeit ablehnender Gnadenakte ein.“²⁵ Wir müssen A daher mitteilen, dass der Rechtsweg gegen einen abschlägigen Gnadenbescheid nicht offen steht. Gleichzeitig können wir ihn darauf hinweisen, dass er frühestens nach etwa 11-jähriger Strafverbüßung den Antrag i. S. d. §§ 57a StGB, 454 StPO stellen kann. Die Entscheidung darüber trifft gem. §§ 462 a, 454 StPO die Strafvollstreckungskammer, in deren Bezirk die JVA liegt. Die Entscheidung kann mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden (§ 454 II StPO). Um eine Vereinheitlichung der Beschwerde-Rechtsprechung zu erreichen, wäre es zu begrüßen, wenn von der Konzentrationsermächtigung des § 9 I EGGVG Gebrauch gemacht und einem OLG diese Gruppe von Beschwerdesachen übertragen würde.

III. Die Stellungnahme des Gerichtshelfers

- 13 Nach dem 3. Abschnitt, Nr. 19 IIc der Verwaltungsvorschriften zum Justizsozialarbeitergesetz v. 13. 12. 1979²⁶ gehören Gnadensachen ausdrücklich zu dem Aufgabenkreis der Gerichtshilfe. Es fragt sich daher, ob im gegebenen Fall der Inhalt der Stellungnahme des Gerichtshelfers den Anforderungen an einen Gerichtshilfebericht entspricht. Nach dem 3. Abschnitt Nr. 22 II der erwähnten VV soll der Bericht, soweit erforderlich, eine psychosoziale Anamnese, Diagnose und Prognose enthalten, wobei sich der Gerichtshelfer gem. Nr. 22 IV hinsichtlich der zu treffenden Entscheidung auf die Auswirkungen für den Betroffenen und die mit ihm in Beziehung stehenden Personen sowie auf Anregungen für Auflagen und Weisungen beschränken soll. Mittelpunkt aller Aufgaben des Gerichtshelfers ist demzufolge die Person des jeweiligen Delinquenten. Soweit in unserem Fall der Gerichtshelfer die Abschreckungskraft der lebenslangen Freiheitsstrafe bezweifelt hat, ist er über den ihm durch seine Stellung gesteckten Rahmen hinausgegangen. Denn das generalpräventive Argument steht in keiner Beziehung zur Person des A, mit dem allein sich der Gerichtshelfer zu befassen hatte. Die Stellungnahme des Gerichtshelfers hingegen zur fortbestehenden Bindung des A an den Terrorismus und zur unsicheren Resozialisierung fällt eindeutig in den Aufgabenbereich der Gerichtshilfe. Die hier von ihr geltend gemachte unveränderte Gefährlichkeit des A ist auch entscheidungserheblich, wenn sich die Stellungnahme auf eine Erforschung der Persönlichkeit des A gründet. Dies ist allerdings hier erkennbar nicht der Fall. Denn der Gerichtshelfer hat lediglich seine Meinung geäußert, ohne sie mit empirischen Anhaltspunkten zu belegen.

IV. Die Beurteilung der Argumente der Staatsanwaltschaft und der Gerichtshilfe in Bezug auf ihre Geeignetheit, negative Gnadenentscheidungen zu begründen

- 14 1. Darüber, dass der Gedanke der **Verteidigung der Rechtsordnung** bei der Entscheidung über eine gnadenweise Entlassung grundsätzlich berücksichtigt werden kann, bedarf es keiner näheren Erörterung. Denn wenn dieses Argument gem. § 56 III StGB die Versagung der Aussetzung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder der Aussetzung des Strafrestes einer zeitigen Freiheitsstrafe gem. § 57 I Nr. 2 StGB zur Bewährung zu rechtfertigen vermag, wird es erst recht als Kriterium bei Gnadenentscheidungen herangezogen werden können, bei denen der Träger der Gnadenhoheit ohnehin keinen anderen Schranken als jener des Willkürverbots unterworfen ist. Bei der Prüfung gem. § 57a StGB spielt der Gesichtspunkt der Verteidigung der Rechtsordnung bestenfalls mittelbar eine Rolle, insofern das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit berücksichtigt werden muss (vgl. § 57a I Nr. 3 StGB). Der Rechtsausschuss des 8. Bundestages hatte allerdings einen solchen Maßstab noch für unangemessen gehalten.²⁷ Im Vordergrund der gesetzlichen Regelung steht vielmehr die Frage, ob „nicht die besondere Schwere der Schuld des Verurteilten die weitere Vollstreckung“ gebieten wird (§ 57a I Nr. 2 StGB).

²⁵ BVerfG NStZ 2001, 669.

²⁶ VBl. BW 1979, 550.

²⁷ BT-Drucks. 8/3857, 12.

2. Zu fragen bleibt freilich, ob die **Gewaltkriminalität** in unserer Zeit wirklich so beängstigende Formen angenommen hat, dass es zur Erhaltung der Rechtstreue der Bevölkerung – denn dies ist mit dem Gesichtspunkt der Verteidigung der Rechtsordnung in erster Linie gemeint²⁸ – erforderlich erscheint, gegenüber Gewalttätern keine Gnade walten zu lassen. 15

Betrachtet man die kriminalstatistische Entwicklung dieser Delikte in der Bundesrepublik Deutschland während der Jahre 1956 bis 1991, so ist insgesamt ein erheblicher Anstieg zu verzeichnen. Der Zuwachs beträgt für die Deliktgruppen Mord und Totschlag, Vergewaltigung, Raub, räuberische Erpressung und räuberischer Angriff auf Kraftfahrer sowie gefährliche und schwere Körperverletzung rd. 189 %, während der Anstieg der Gesamtkriminalität mit 173 % darunter liegt. In den 90er-Jahren hat sich der Anstieg an Gewaltstraftaten im Bundesgebiet durchweg fortgesetzt, obwohl in den Bundesländern uneinheitlich nach Wachstumstempo und Belastung sowie nach Anzeigebereitschaft und Aufklärungsrate.²⁹ Dabei streut die Belastung der einzelnen Bundesländer mit Gewalttaten erheblich zwischen 148 (Bayern) einerseits und 614 (Berlin) andererseits, jeweils bezogen auf 100 000 Einwohner. Zwar haben sich die entsprechenden Häufigkeitszahlen der neuen Länder jenen der alten Länder zunehmend genähert, obschon die Belastungen in Sachsen und Thüringen noch immer unterhalb des Durchschnitts geblieben sind. Auffällig sind jedoch in den neuen Bundesländern der Zuwachs und die Häufung ausländerfeindlicher Ausschreitungen extremistischer Gruppen. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die zahlenmäßige Bedeutung der Gewaltverbrechen, verglichen mit anderen Deliktgruppen, gering ist. Im Jahr 1966 haben die Gewaltdelikte unter Einschluss der Straftaten gegen die persönliche Freiheit etwa 3,2 % der polizeilich registrierten Kriminalität ausgemacht, 1990 4 %. An der Gesamtzahl der Verurteilten (außerhalb vom Straßenverkehr) hatten die Gewalttäter einen Anteil von 4,6 %. Legt man allerdings einen extensiven Gewaltbegriff zugrunde, so erfolgten 1998 ungefähr 13 % aller Verurteilungen wegen Gewaltstraftaten. Unter Einbeziehung der Delikte im Straßenverkehr belaufen sich die Anteile beim extensiven Gewaltbegriff freilich nur auf 5 %.³⁰ Wirft man schließlich einen Blick auf den neuesten Stand der Polizeilichen Kriminalstatistik, so ergibt sich für 2003 gegenüber den Vorjahren eine leichte Abnahme der Fälle von Mord und Totschlag, wohingegen bei der vorsätzlichen Körperverletzung und dem Raub ein deutlicher Anstieg zu verzeichnen ist.³¹ Aber auch dann gelangt die Häufigkeitszahl der polizeilich erfassten Gewaltstraftaten gegenüber Personen nach ihrem Anteil an allen registrierten Delikten nicht über 3 % hinaus. 16

Im Ergebnis wird man feststellen müssen, dass das Problem „Gewaltkriminalität“ zwar ganz allgemein, besonders aber im Bereich der Jugenddelinquenz, ernst zu nehmen ist und keinesfalls unterschätzt werden darf, zumal gerade in diesem Bereich neben den registrierten Straftaten mit einem beträchtlichen Dunkelfeld gerechnet werden muss.³² Jedoch kann selbst bei pessimistischer Betrachtungsweise nicht begründet werden, dass die gewalttätige Verbrechensbegehung so überhand genommen hätte, dass es zur Erhaltung der Rechtstreue der Bevölkerung notwendig wäre, gegenüber Gewalttätern mit Abschreckungsstrafen – von deren Tauglichkeit ganz abgesehen – vorzugehen. 17

Der Argumentation der Staatsanwaltschaft muss daher in diesem Fall entgegengehalten werden, dass sie im Hinblick auf den verhältnismäßig geringen Anteil der Gewaltkriminalität an sämtlichen Straftaten kaum geeignet erscheint, eine Ablehnung des Gnadengesuchs von A zu begründen.

3. Das weitere Argument der Gerichtshilfe, die **fortbestehende Gefährlichkeit** des A, vermag dagegen ohne weiteres die Ablehnung des Gnadengesuchs zu rechtfertigen. Es kann nicht verwundern, dass sich die Gnadenentscheidungen in derartigen Fällen weitgehend zu Prognoseentscheidungen hinsichtlich der Gefährlichkeit des Täters entwickelt haben. Dass diese Praxis auch gerechtfertigt ist, hat der Hessische StGH,³³ insoweit im Einklang mit dem Schrifttum,³⁴ ausdrücklich bestätigt. Danach ist für eine gerechte und sachbezogene Gnadenentscheidung wesentlich, dass der Verurteilte potentiell ungefährlich ist und seine Einordnung in die Gemeinschaft erwartet werden kann. Dieser Ansicht ist auch das BVerfG³⁵ gefolgt. Die in dieser Entscheidung zum Ausdruck gebrachte Einstellung, dass dem Schutz der Allgemeinheit Vorrang einzuräumen ist vor dem Individualinteresse des betroffenen Inhaftierten, kann in ihrer Überzeugungskraft nicht zweifelhaft sein. Zu beachten ist allerdings, dass 18

²⁸ Vgl. BGHSt 24, 45.

²⁹ PKS 1990, 198 f., alte Bundesländer; PKS 2003, 231, 234; 1. PSB 2001, 47 ff.

³⁰ Zum Ganzen *Kaiser* 1996, 711 ff.; – Fall 13.

³¹ PKS 2003, 133, 231; vgl. auch 1. PSB 2001, 42.

³² Fall 5; *Kaiser* 1996, 345 ff., 587, 714.

³³ NJW 1974, 793.

³⁴ Vgl. *Schätzler* 1992, 126.

³⁵ NJW 1977, 1529.

die Gefährlichkeit des Betroffenen in diesen Fällen aufgrund laufender Beobachtung immer wieder neu festgestellt werden muss, um eine weitere Inhaftierung zu rechtfertigen.³⁶

Ob allerdings die Einschätzung der Gerichtshilfe zur Prognose des A zutrifft, erscheint angesichts der Tatsache, dass sich A während des Strafvollzugs vom Terrorismus innerlich losgesagt und auch durch seine Zeugenaussage im Strafverfahren gegen seine früheren Komplizen sein Tatwissen rückhaltlos offenbart hat, zweifelhaft. Denn dieses Verhalten des A verdeutlicht den Willen zur Rückkehr in die Legalität und zur Wiedereingliederung in die Gesellschaft. Es liefert damit brauchbare Anhaltspunkte für eine positive **Sozialprognose**.

- 19 A ist nach seiner Antragsbegründung offenbar der Meinung, dass man sein Verhalten gleichsam als „tätige Reue“ honorieren müsse (siehe dazu auch § 153 e StPO zum Absehen der Klage bei tätiger Reue). Damit erinnert der Fall an die aus dem angloamerikanischen Strafverfahren stammende Rechtsfigur des so genannten Kronzeugen der Anklage, die seit 1989 auch im deutschen Recht bekannt ist, nachdem durch das BtMG v. 28. 7. 1981 bereits eine artverwandte Rechtsfigur eingeführt worden war. Nach Art. 4 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und des Versammlungsgesetzes sowie zur Einführung einer **Kronzeugenregelung** bei terroristischen Straftaten v. 9. 6. 1989³⁷ konnte der Generalbundesanwalt mit Zustimmung eines BGH-Senats bei Tätern oder Teilnehmern einer Straftat nach § 129 StGB oder einer damit zusammenhängenden Tat („große“ Kronzeugenregelung) von der Verfolgung absehen. Ziel der Kronzeugenregelung war es, terroristische Straftaten zu verhindern sowie die Aufklärung bereits begangener Straftaten zu fördern. Außerdem sollten die Mitglieder terroristischer Vereinigungen durch Schwächung des gegenseitigen Vertrauens verunsichert werden. Die Kronzeugenregelung nach Art. 4, 5 KronzG war befristet und ist kraft Beschluss des Bundestages³⁸ am 31. 12. 1999 ausgelaufen. Die bisherige Regelung hatte sich als kritikanfällig erwiesen. Allerdings finden sich spezielle (sog. kleine) Kronzeugenregelungen noch immer in den §§ 129 VI, Nr. 2, 129 a VII, 261 X StGB sowie in den §§ 31, 31 a BtMG. Um die Effektivität der Regelung zu erhöhen und gleichzeitig den rechtsstaatlichen Bedenken zu entsprechen, soll im Rahmen der geplanten Reform des Strafzumessungsrechts die Kronzeugenproblematik neu gestaltet werden.³⁹

- 20 Obwohl sich Gnadengründe „aus dem späteren Verhalten des Verurteilten ergeben“ können,⁴⁰ ist die Ablehnung des von A gestellten Gnadengesuches aufgrund des weitreichenden Ermessens bei derartigen Entscheidungen nicht rechtsfehlerhaft. Allerdings wäre eine gnadenweise Aussetzung der Strafe zur Bewährung vertretbar gewesen, da ein solcher Gnadenerweis die Rechtsordnung nicht unerträglich verletzt hätte (vgl. § 17 GnadenO Baden-Württemberg).

Als Ergebnis wird man festhalten müssen, dass die potentielle Sozialgefährlichkeit des Täters eines der entscheidenden und stichhaltigen Kriterien liefert, und zwar sowohl für negative Gnadenakte wie auch für die Ablehnung der Aussetzung des Strafrestes gem. § 57 a StGB. Dafür ist selbstverständlich auch die Chance zur Resozialisierung des Antragstellers bedeutsam, obschon juristisch eingekleidet in die Frage nach der Sozialprognose. Ob die Prognose günstig ist, kann letztlich nur durch Sachverständigengutachten geklärt werden (vgl. § 454 II StPO).

V. Das Vorbringen des A gegen den abschlägigen Gnadenbescheid, insbesondere das Problem der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe

- 21 1. Zur Ansicht des A, aufgrund seines Wohlverhaltens in der Anstalt entlassen werden zu können, ist festzustellen, dass die **Führung in der Haft** bei der Frage einer eventuellen Begnadigung in der Praxis allgemein berücksichtigt wird.⁴¹ Allein das Wohlverhalten des A während seines Anstaltsaufenthaltes, d. h. seine Anpassung an die offiziellen Normen der Strafanstalt, ist aber nach empirischen Untersuchungen⁴² für die Beurteilung des sozialen Verhaltens nach der Entlassung unerheblich. Gute Führung allein kann, wenn wie hier die fortbestehende Gefährlichkeit des A dessen Verbleiben in der Anstalt erfordert, an der ablehnenden Entscheidung nichts ändern. Denn das Argument der Gerichtshilfe wird dadurch nicht entkräftet.

³⁶ Kaiser 1996, 994 f.

³⁷ BGBl. I, 1059.

³⁸ BT-Protokolle 14/7098 ff.; vgl. Lackner/Kübl 2004, § 129 a Rn. 5.

³⁹ Vgl. Mühlhoff u. a. 2000, 121.

⁴⁰ Schätzler 1992, 93.

⁴¹ Triffterer/Bietz 1974, 143; Schätzler 1992, 93.

⁴² Z. B. P.-A. Albrecht 1977, 410.

2. Ernsthaft zu prüfen bleibt somit lediglich die grundsätzliche Frage nach der **Rechtfertigung der lebenslangen Freiheitsstrafe**. Gravierende Einwände hiergegen könnten sich aus der Verfassungswidrigkeit ergeben und der weiteren Strafvollstreckung entgegen stehen. **22**

Bereits Ende des 19. Jahrhunderts aufgeworfen, wurde diese Problematik im Laufe der Zeit von der Todesstrafe als Diskussionsgegenstand überlagert, bis im Zuge der Strafrechts- und Strafvollzugsreform seit den 60er-Jahren erneut erhebliche Bedenken verfassungsrechtlicher Art gegen die lebenslange Freiheitsstrafe laut geworden sind. Insbesondere wird angezweifelt, ob sich diese Sanktion mit Art. 1 I GG (Schutz der Menschenwürde), Art. 2 II i. V. m. 19 III GG (Wesensgehalt der Freiheit der Person), dem Gleichheitssatz (Art. 3 I GG), dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 I GG) und dem Resozialisierungsgedanken (Sozialstaatsprinzip) vereinbaren lässt. Denn einmal hat die lebenslange Freiheitsstrafe durch die absolute Strafandrohung den Charakter einer „Eliminationsstrafe“, d. h. sie führt bei restloser Vollstreckung zu einer totalen Beschneidung der Lebens- und Entfaltungsmöglichkeiten des davon Betroffenen, die diesen gleichsam auf den Nullpunkt seiner Existenz setzt, was aber Art. 1 und 2 GG gerade zu verhindern suchen.⁴³ Deshalb wird denn auch in § 100 AE StGB B. T. 1970 die Abschaffung der absoluten Strafandrohung für Mord vorgeschlagen, die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe allerdings nicht ausgeschlossen. So meint *Eser*,⁴⁴ dass auf dem Boden der vorgeschlagenen Zweistufigkeit von Mord als Normaltatbestand der vorsätzlichen Tötung und Totschlag als deren schuldildernde Privilegierung für eine absolute Strafandrohung grundsätzlich kein Raum mehr sei. Dennoch hält auch er eine auf bestimmte Fallbereiche beschränkte absolute Strafdrohung für „nicht völlig ausgeschlossen“. Obwohl nach der Gnadenpraxis, insbes. aber nach Einführung des § 57 a StGB, die lebenslange Freiheitsstrafe nur noch von symbolischer Bedeutung, da sie praktisch zu einer Freiheitsstrafe von relativ unbestimmter Dauer geworden ist, wird immer wieder die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe als absolute Strafandrohung gefordert.⁴⁵ Zur Begründung wird auf den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie auf entsprechende Tendenzen der Rspr. verwiesen, den Mordtatbestand zu vermeiden bzw. eine Rechtsfolgenlösung zu finden. Jedoch lassen weder die gesetzliche Regelung noch die gerichtliche Vollstreckungspraxis, welche den Antrag zur Aussetzung des Strafrestes gemäß § 57 a StGB zur rechtzeitigen Vorbereitung der Entscheidung und Abwicklung des Verfahrens vor Ablauf der 15-jährigen Mindestverbüßungszeit bereits nach 11 Jahren Strafverbüßung als zulässig erachtet,⁴⁶ eine Verletzung der Verhältnismäßigkeit erkennen.

Weil die eigentliche Funktion der lebenslangen Freiheitsstrafe in der Normverdeutlichung besteht, und bei befristeter Vollstreckung kein Verstoß gegen das Übermaßverbot vorliegt, können Bedenken gegen unsere härteste Kriminalstrafe allenfalls daraus erwachsen, dass – wie vielfach behauptet wird – mit dem Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe eine allmähliche Zerstörung der Persönlichkeit des Inhaftierten einhergehe. Damit werde in elementarer Weise in die Substanz dessen eingegriffen, was Menschsein überhaupt ausmache. Hauptsächlich unter Berufung auf die persönlichkeitszerstörende Wirkung lebenslangen Freiheitsentzuges hatte auch das Landgericht Verden in seinem Vorlagebeschluss an das BVerfG vom 5. 3. 1976⁴⁷ eine Verletzung der Menschenwürde durch diese Sanktion angenommen. **23**

Prüft man aber nach, worauf sich die Verfechter dieser These von den persönlichkeitschädigenden Auswirkungen langer Haftzeiten zu deren empirischer Absicherung stützen, kommt man letztlich fast immer wieder zurück auf das Gutachten *Liepmanns*, das dieser für den 31. Deutschen Juristentag erstellt hat. Darin kommt der Verfasser nach Auswertung von Angaben über mehr als 2000 zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilte aus mehreren europäischen Ländern zu dem Ergebnis, dass bei den Gefangenen nach etwa 20 Jahren „ein Abflauen der guten Affekte“, „dumpfe Resignation“, „hypochochondrische Befürchtungen“, „Misstrauen, Verbitterung und Hass auf die Gesellschaft“ festzustellen seien. „Dann beginnt ein grausames Zerstörungswerk des inneren Lebens durch die abtötende Haft. Das Notwendigste und Beste im Menschen, sein Wille zum Schlechten, aber auch zum Guten wird langsam aber sicher gewürgt. Es fehlt die den Menschen ‚heiligende‘ Freude. Das Vegetieren beginnt und siegt.“⁴⁸

Sollten diese im Jahre 1912 getroffenen Feststellungen auch heute noch Gültigkeit besitzen, so wäre die lebenslange Freiheitsstrafe mit dem Humanitätsprinzip des Grundgesetzes sicher unvereinbar.

⁴³ *Müller-Dietz* 1972, 73 f.

⁴⁴ *Eser* 1980 a, 192 f.

⁴⁵ Vgl. nur *Laubenthal* 1987, 274 f.; *Weber* 1990, 74, 79; *Elf* 1992, 470; *Mahrenholz* 1992, 2955 ff. und *Grünwald* 1997, 172 f.

⁴⁶ So z. B. OLG Nürnberg NStZ 1997, 408; zur Kritik an der etwa 10-jährigen „juristischen Warteschleife“ zwischen Antragstellung und bedingter Entlassung BVerfG NJW 2001, 2707 f. u. *Warnecke* 2001, 168.

⁴⁷ NJW 1976, 980 ff.

⁴⁸ *Liepmann* 1912, 186 f.; krit. gegenüber *Liepmann* besonders *Laubenthal* 1987, 74 ff., 273.

- 24** Wie jedoch das BVerfG⁴⁹ in seiner Grundsatzentscheidung zu diesem Problem ausführte, haben sich die Verhältnisse in den Vollzugsanstalten von den Anfängen des vergangenen Jahrhunderts bis in die heutige Zeit erheblich gewandelt. Anstelle des reinen „Verwahrvollzugs“ ist der „behandlungsorientierte Vollzug“ getreten. Das Gutachten *Liepmanns* kann deshalb nicht ohne weiteres auf die Gegenwart übertragen werden. Man muss vielmehr fragen, ob Ergebnisse der neueren Sanktionsforschung es rechtfertigen, *Liepmanns* Aussagen auch einer Beurteilung der heutigen Verhältnisse zugrunde zu legen.
- Eine auch annähernd so gut fundierte Untersuchung wie diejenige *Liepmanns* zur Frage, ob der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe auch heute noch zu irreparablen Schäden psychischer wie physischer Art führt, liegt jedoch nicht vor. Allerdings gibt es zwei auf die Verhältnisse in je einem Bundesland beschränkte Forschungsarbeiten von *Albrecht* und *Goeman*, die sich mit der Exploration von aus lebenslanger Haft vorzeitig Entlassenen und deren Wiedereingliederung in die Gesellschaft befasst haben.
- 25** *P.-A. Albrecht*,⁵⁰ dessen Untersuchung alle 81 seit 1945 in Niedersachsen zu lebenslanger Haft verurteilten, inzwischen begnadigten Männer zum Gegenstand hatte, kommt zu dem Ergebnis, dass mit zunehmender Haftzeit ein Prozess der Zerstörung des Menschen in seiner Eigenart als soziales Wesen beginnt. Haft, die länger als 15 Jahre dauert, wirke sich in jeder Beziehung schädlich auf die spätere Entwicklung des Betroffenen aus und habe lediglich destruktive Auswirkungen auf die soziale Lebenstauglichkeit.
- Demgegenüber meint *Goeman*,⁵¹ die sich mit den insgesamt 66 begnadigten „Lebenslänglichen“ Nordrhein-Westfalens befasst hat, die Behauptung, langjährige Haft führe zu nicht behebbaren Persönlichkeitsdefekten, habe sich nach ihrer Untersuchung nicht bestätigt. Ähnlich vertritt *Wulf*⁵² die Ansicht, dass sich die „These der persönlichkeitszerstörenden oder -deformierenden Wirkung des Vollzugs der lebenslangen Freiheitsstrafe heute nicht mehr in ihrer Allgemeinheit aufrechterhalten“ lasse. Allerdings reicht zur Absicherung die von *Wulf* durchgeführte Aktenanalyse anhand von 41 Fällen sowie das zugrundegelegte Kriterium des unauffälligen, sozialen Vollzugsverhaltens nicht aus, um auf die Auswirkungen langjähriger Haft zu schließen.
- Hingegen lässt der englische Sammelbericht von *Smith*⁵³ über „Lebenslängliche“ erkennen, dass diejenigen Inhaftierten, welche die längsten Zeiten verbüßen müssen, häufig Symptome geistiger Störung zeigen, und zwar schon zum Zeitpunkt der Verurteilung.
- Ähnlich widersprüchlich sind die Gutachten der vom BVerfG angehörten Sachverständigen zu dieser Frage. Während die Psychiater *Bresser* und *Rasch* übereinstimmend irreparable Persönlichkeitsschädigungen durch den Vollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe verneinten, kamen die beiden Vollzugspraktiker *Einsele* und *Stark* zum entgegengesetzten Ergebnis.⁵⁴
- 26** Aus diesen kontroversen Stellungnahmen zu schließen, dass der lebenslange Vollzug die aufgezeigten Gefahren nicht aufweist, wäre sicher verfehlt. Auch stehen manche der neueren Untersuchungsbefunde zu den älteren nur scheinbar in Widerspruch. Denn die Beobachtungen auch günstiger Haftentwicklungen beruhen nicht zuletzt darauf, dass die bekannte Entlassungspraxis als festes Kalkül in das Bedingungsgefüge der Haftschicksale einbezogen wird, das die lebenslange Freiheitsstrafe praktisch als eine Freiheitsstrafe von unbestimmter Dauer erscheinen lässt.⁵⁵ Diese Lage hat sich durch Einführung des § 57 a StGB noch verstärkt. Im Übrigen muss beachtet werden, dass gegen die Untersuchung *Goemans* erhebliche methodische Einwände vorzubringen sind und dass neuere Persönlichkeitsforschungen über ungünstige prognostische Fälle, also sozialgefährlich bleibende „Lebenslängliche“, die keine Aussicht auf bedingte Entlassung haben, noch ausstehen. Die Möglichkeit schwerer persönlichkeitschädlicher Auswirkungen langjährigen bis lebenslänglichen Freiheitsentzuges, die somit nicht verneint werden kann, rechtfertigt es zwar, gegen unsere härteste Kriminalstrafe Bedenken anzumelden. Diese reichen aber generell noch nicht aus, um die Verfassungswidrigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe zu begründen.

⁴⁹ NJW 1977, 1527.

⁵⁰ *Albrecht* 1977, 398 ff.

⁵¹ *Goemann* 1977, 57.

⁵² *Wulf* 1979, 239 ff., 254.

⁵³ *Smith* 1979.

⁵⁴ Vgl. BVerfG NJW 1977, 1527 f.

⁵⁵ *Laubenthal* 1987, 271.

Bei der Überlegung „lebenslang – ja oder nein?“ verdient ein weiterer Punkt besondere Beachtung. Er betrifft die Frage, inwieweit sich die lebenslange Freiheitsstrafe überhaupt mit dem **Resozialisierungsgedanken** vereinbaren lässt. Das Strafvollzugsgesetz hat die Wiedereingliederung des Gefangenen in die Gesellschaft zum Vollzugsziel erhoben (§ 2 S. 1 StVollzG), wobei eine Sonderregelung für die „Lebenslänglichen“ nicht getroffen wurde. Somit werden auch diese vom Vollzugsziel erfasst,⁵⁶ was das BVerfG in seiner Grundsatzentscheidung ausdrücklich bestätigt hat.⁵⁷ 27

Zwar ist durch die Möglichkeit der Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung nach 15 Jahren Freiheitsentzug die Verwirklichung des Resozialisierungsgedankens und damit ein sinnvoller Strafvollzug möglich; aber es bleibt das Problem, dass **bei besonderer Schwere der Schuld** des Verurteilten trotz günstiger Sozialprognose eine Strafaussetzung abzulehnen ist (§ 57 a I Nr. 2 StGB). Wie schon eingangs zur Problemstellung (s. Rn. 2) ausgeführt, sind nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁸ die erheblichen Tatsachen zur Bewertung der besonderen Schuldschwere bereits im Erkenntnisverfahren vom Schwurgericht festzustellen und im Urteil darzustellen. Ferner muss auch die Gewichtung der Schuldschwere schon im Urteil erfolgen. An diese Entscheidung ist das Vollstreckungsgericht im Aussetzungsverfahren dann gebunden. Dem Prozessgrundrecht auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren gem. Art. 2 I i. V. m. Art. 20 III GG wird nur dann ausreichend Rechnung getragen, wenn bereits das Schwurgericht über die Gewichtung der Schuld entscheidet. Bislang jedoch war die Vollstreckungskammer auf eigene Feststellungen und Bewertungen der individuellen Schuld angewiesen, weil dem schwurgerichtlichen Urteil in der Regel diesbezüglich erschöpfende Feststellungen fehlten. Der große zeitliche Abstand sowie die fehlende Entscheidungsnähe boten aber keine hinreichende Gewähr für eine zuverlässige Wahrheitserforschung und eine gerechte Entscheidung. Für die so genannten **Altfälle**, denen die nunmehr erforderliche Schuldgewichtung noch fehlt, dürfen zu Lasten des Verurteilten nur das dem schwurgerichtlichen Urteil zugrunde liegende Tatgeschehen und die dazu festgestellten Umstände berücksichtigt werden. Weiterhin hat die Vollstreckungskammer für den Fall einer Ablehnung der Strafaussetzung zugleich festzustellen, bis zu welchem Zeitpunkt die Vollstreckung unter dem Gesichtspunkt der besonderen Schuldschwere fortzusetzen ist. Das somit geänderte Aussetzungsverfahren soll die Strafdauer für den Einzelfall berechenbarer gestalten und eine einheitliche Rspr. gewährleisten.⁵⁹ Der Weg der Revision zum BGH wird erstmals eröffnet, wobei der BGH allerdings die revisionsrechtliche Nachprüfung der Altfälle ausgeschlossen hat.⁶⁰ Aufgrund der Auswirkungen auf die Praxis werden jedoch auch neue Probleme aufgeworfen, da mit erheblicher Mehrarbeit im Erkenntnisverfahren und entsprechenden Verfahrensverlängerungen gerechnet werden muss.⁶¹ 28

Die Erfahrungen mit entlassenen „Lebenslänglichen“ sprechen für eine großzügige Anwendung des § 57 a StGB, soweit dies nicht eine negative Sozialprognose verbietet. Denn die **Rückfallquote** der entlassenen lebenslänglichen Strafgefangenen ist im Vergleich mit der durchschnittlichen Rückfallquote der übrigen Straftäter ungewöhnlich **gering**. Sie liegt bei 700 Begnadigten im Bundesgebiet bei etwa 1 %.⁶² In besonderem Maße gilt dies für die bei Tötungsdelikten häufig anzutreffenden Konflikt- und Situationstäter, bei denen mit einer Wiederholung der spezifischen Tatkonstellation nicht zu rechnen ist.⁶³ Erfahrungen in anderen Ländern haben dies bestätigt.⁶⁴ Man kann deshalb davon ausgehen, dass es bei der überwiegenden Mehrheit der einsitzenden „Lebenslänglichen“ unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden kann, die Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe auszusetzen, da sich im Allgemeinen diese Gefangenen nach der Entlassung wieder in die Gesellschaft und deren Normgefüge einzugliedern vermögen, wenngleich hier jeweils auf den Einzelfall abgestellt werden muss.

Trotz mancher nicht ausräumbarer Bedenken bleibt als Ergebnis festzustellen, dass nach der Verrechtlichung des Verfahrens bei der Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung und restriktiver Auslegung 29

⁵⁶ Vgl. Kaiser 1992, 301.

⁵⁷ NJW 1977, 1528.

⁵⁸ BVerfGE 86, 288 ff.

⁵⁹ Kritisch jedoch Tröndle/Fischer 2004, § 57 a Rn. 8 a.

⁶⁰ Beschl. v. 31. 7. 1992; Faller, FAZ v. 31. 8. 1992.

⁶¹ Stree, NStZ 1992, 464; Elf, NStZ 1992, 470.

⁶² Laubenthal 1987, 234 ff., und Schöch 1998, 1245 f., jew. m. N.

⁶³ Kaiser 1996, 996.

⁶⁴ Laubenthal 1987, 235 ff., m. w. N.

der Tatbestandsmerkmale des § 211 StGB von der Verfassungsmäßigkeit der Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe beim Mord auszugehen ist.⁶⁵

VI. Aufgabe 2: Wird durch die bedingte Entlassung von wegen Mordes Verurteilten nach einer Strafverbüßung von 10 bis 15 Jahren und beim Vorliegen einer günstigen Prognose die Abschreckungswirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe negativ beeinflusst?

- 30** 1. In der Diskussion um die lebenslange Freiheitsstrafe wird als Argument immer wieder die **Abschreckungswirkung** dieser einst gerichtlich nicht aussetzungsfähigen Sanktion behauptet. Es geht dabei um die Frage, ob diese Sanktion durch ihre gesetzliche Androhung (Androhungsprävention) sowie ihre Verhängung im konkreten Fall (Prävention durch Strafzumessung) geeignet ist, potentielle Mörder von einer Tat abzuhalten, und wegen dieser präventiven Kraft nicht entbehrt werden kann. Diese Frage wird im wissenschaftlichen Schrifttum verschieden beantwortet.⁶⁶ Dies beruht u. a. darauf, dass spezielle, geschweige denn gesicherte Ergebnisse empirischer Forschung über die präventive Wirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe im In- und Ausland fehlen.⁶⁷ Einerseits stand die Diskussion um die lebenslange Freiheitsstrafe weithin im Schatten der Auseinandersetzung um die Todesstrafe.⁶⁸ Andererseits besteht gerade im Bereich der Forschung über generalpräventive Aspekte dieser Sanktion beim Mord ein besonders großes Defizit. Gleichwohl scheint man in manchen Staaten wie in Großbritannien ungebrochen auf die Abschreckungskraft der lebenslangen Freiheitsstrafe zu vertrauen. Denn andernfalls wäre nicht verständlich, dass gegenwärtig in England und Wales trotz großzügiger Entlassungspraxis mehr Personen eine solche Strafe verbüßen müssen als im übrigen Westeuropa insgesamt.⁶⁹ Die vielschichtig gelagerten Fragen der Beeinflussbarkeit potentieller Tötungsdelinquenten durch Androhung und Praxis von lebenslangem Freiheitsentzug machen es schwierig, überhaupt zu messbaren, verlässlichen und gültigen Aussagen über generalpräventive Sanktionswirkungen zu gelangen.⁷⁰
- 31** 2. Wir sind daher gezwungen, zur Lösung der Fragestellung die Ergebnisse der Forschung über die präventive Wirkung der Todesstrafe heranzuziehen. Da die empirischen Untersuchungen zu diesem Problem stets Systeme mit Todesstrafe und solche mit lebenslanger Freiheitsstrafe verglichen haben, ist die im Verlauf dieser Untersuchungen festgestellte weitgehende Unabhängigkeit in der Bewegung der Tötungsdelikte von der angedrohten Strafart auch für die lebenslange Freiheitsstrafe belangvoll. Denn kann die Todesstrafe keine messbare generalpräventive Kraft entfalten, so dürfte dies der lebenslangen Freiheitsstrafe erst recht nicht möglich sein.⁷¹ Auch spricht gegen eine abschreckende Wirkung dieser Sanktion, dass „Abschreckung“ ein Abwägen der Vor- und Nachteile der Tat durch den Täter vor der Tatbegehung voraussetzt. Von einer derartigen Abwägung kann aber bei Affekt- und Konflikttätern, die gerade bei Tötungsdelikten überaus häufig zu finden sind, nicht die Rede sein. Man wird daher im Ergebnis davon ausgehen müssen, dass sowohl der generellen Androhung als auch der Verhängung lebenslangen Freiheitsentzuges im konkreten Fall keine bedeutsam abschreckende Wirkung zukommt. Die Bereitschaft zum Verbrechen wird vielmehr vor allem durch die persönliche Wertorientierung (Sozialisation), die subjektive Einschätzung des Entdeckungs- und Strafrisikos sowie durch die unmittelbaren Bedingungen der potentiellen Deliktssituation bestimmt. Dies lassen die Forschungen zur „deterrence“ (Abschreckung) erkennen. In der Vergrößerung des Strafrisikos, z. B. durch Intensivierung der Strafverfolgung, werden daher vor allem die Chancen der negativen General-

⁶⁵ So BVerfGE 45, 187 ff.; 86, 288 ff.; BVerfG NJW 1995, 32, 44; Bock/Mährlein, 1997, 381; Tröndle/Fischer 2004, § 38 Rn. 2 a; Lackner/Kühl 2004, § 38 Rn. 2. Im Fall der Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe könnten allerdings die Sicherungsbedürfnisse bei fortbestehender Gefährlichkeit des Gefangenen und ungünstiger Prognose nur durch zusätzliche Sicherungsverwahrung befriedigt werden; dazu auch Warnecke 2001, 168.

⁶⁶ Vgl. Müller-Dietz 1972, 68; für völlige Abschaffung der Lebenszeitstrafe Laubenthal 1987, 274 f., Grünwald 1997, 172 f. m. N., und Weber 1999.

⁶⁷ Kaiser 1978, 115, 117.

⁶⁸ Müller-Dietz 1972, 38.

⁶⁹ Vgl. Kaiser 1997, 424 m. N.

⁷⁰ Kaiser 1978, 118.

⁷¹ Kaiser 1978, 122, jedenfalls, soweit es sich nicht um religiös fanatisierte Selbstmordattentäter handelt.

prävention gesehen. Prävention durch Strafverfolgung erscheint also aussichtsreicher als Prävention durch Strafzumessung bzw. Androhungsprävention.⁷²

3. Gerade im Hinblick auf die frühere Gnadenpraxis – auch unter Berücksichtigung der relativ frühzeitigen Entlassungen von Lebenslänglichen in zahlreichen westeuropäischen Staaten, die gleichwohl über keine ungünstigen Erfahrungen berichten⁷³ – dürfte die **Einbeziehung** der lebenslangen Freiheitsstrafe **in das System der bedingten Entlassung** durch § 57 a StGB keinen negativen Einfluss auf die abschreckende Wirkung dieser Sanktion haben. Hierüber bestand unter den vom BVerfG angehörten Sachverständigen Einigkeit.⁷⁴ Letztlich wird dies aber eine Frage der subjektiven Einschätzung sein, also der Perzeption.

32

VII. Aufgabe 3: Angenommen, A, dessen Gesundheitszustand sich inzwischen bedenklich verschlechtert hat, stellt einen Antrag auf Gewährung von Urlaub nach § 13 I StVollzG i. V. m. § 11 II StVollzG: Kann der Leiter der JVA diesen Antrag mit der Begründung ablehnen, die besondere Schwere der Schuld lasse im Fall des A eine Unterbrechung der Haftverbüßung (noch) nicht zu?

1. Nachdem die in §§ 13 I i. V. m. 11 II, 13 III StVollzG genannten Tatbestandsvoraussetzungen im Fall des A unzweifelhaft vorliegen, bleibt nur fraglich, ob die Vollzugsbehörde für die ihr verbleibende Ermessensentscheidung bezüglich der Gewährung von **Regelurlaub** auf die **besondere Schwere der Schuld** als entscheidenden Gesichtspunkt abstellen kann. Dagegen sprechen jedoch gravierende Bedenken. Diese stützen sich vor allem auf das in § 2 S. 1 StVollzG normierte **Vollzugsziel der Resozialisierung**, aber auch auf die Entstehungsgeschichte des Strafvollzugsgesetzes.⁷⁵

33

Gegenteiliges lässt sich auch nicht aus der Zehnjahresfrist des § 13 III StVollzG entnehmen. Ferner geht das Abhängigmachen der Resozialisierung von der Schuldverarbeitung über das Vollzugsziel hinaus, das lediglich auf künftiges Legalverhalten abstellt, sei dies aus Furcht vor erneuter Bestrafung oder durch Gründe gefestigter Moralität bedingt. Die zumindest vorrangige Berücksichtigung der Resozialisierung lässt sich auch nicht mit dem Argument verneinen, bei der Erteilung von Regelurlaub handle es sich de facto um eine befristete Aufhebung des mit der Vollstreckung jeder Freiheitsstrafe verbundenen Strafübels mit der (gewünschten) Folge grundsätzlich gleichberechtigter Beachtung repressiver Strafzwecke.⁷⁶ Denn durch den Urlaub wird die Strafvollstreckung gerade nicht unterbrochen, § 13 V StVollzG.

34

Bei der Ermessensabwägung darüber, ob dem A Regelurlaub gewährt werden kann, ist demnach die besondere Schwere der Schuld nicht als tauglicher Abwägungsfaktor heranzuziehen.

2. Nimmt man jedoch mit dem Bundesverfassungsgericht an, dass die Schuldschwere bei der Entscheidung über die Gewährung von Regelurlaub berücksichtigt werden darf, so ist in einem Hilfspgutachten weiter zu prüfen, ob im Fall des A eine besonders schwere Schuld vorliegt, wobei mit „Schuld“ die Strafzumessungsschuld i. S. d. § 46 I StGB gemeint ist.

35

Fraglich ist dabei, wo man den Vergleichswert für die besondere Schuldschwere ansetzt und um wie viel er überschritten sein muss. Nimmt man als Ausgangspunkt, weil präziser bestimmbar als ein „Durchschnittsschuldgrad“, die Mindestschuldvoraussetzungen für eine lebenslange Freiheitsstrafe, so ist damit noch nicht gesagt, dass jede Überschreitung dieser Vergleichsbasis bereits eine besonders schwere Schuld bedeutet; vielmehr meint der Ausdruck „besonders“ einen deutlichen Unterschied gegenüber dem mit diesem Attribut versehenen Bezugsbegriff. Im Ergebnis dürften somit nur die Fälle der „schweren Mordkriminalität“ in Betracht kommen. Ob ein solcher Fall bei A vorliegt, lässt sich indessen nach dem Sachverhalt nicht mit Sicherheit feststellen.

3. Unterstellt man hier eine besondere Schuldschwere, so bleibt noch immer fraglich, ob nicht im Hinblick auf den bedenklichen Gesundheitszustand des A in diesem konkreten Fall gewichtige Gründe für eine Beurlaubung sprechen.

36

⁷² Kaiser 1996, 260.

⁷³ Vgl. Laubenthal 1987, 235 ff.

⁷⁴ Vgl. BVerfG NJW 1977, 1530.

⁷⁵ Vgl. Mahrenholz, Sondervotum zum BVerfGE 64, 261 = NJW 1984, 36 f.; BVerfG NStZ 1998, 121 ff.; ferner eingehend Fall 18.

⁷⁶ BVerfG NJW 1984, 34.

Nach dem Bundesverfassungsgericht⁷⁷ gebietet der verfassungsrechtlich verankerte Gedanke der Resozialisierung (Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG), neben einem etwaigen hohen Lebensalter, langer Haftdauer und günstigen Prognosevoraussetzungen auch eine Krankheit des Gefangenen zu berücksichtigen. Bei sich ständig verschlechterndem Gesundheitszustand, insbesondere wenn abzusehen ist, dass der Gefangene in Bälde haftunfähig werden wird, gewinnt dieser Aspekt zunehmend an Gewicht, bietet doch der Urlaub die Möglichkeit, die sich infolge krankheitsbedingter Inflexibilität zusätzlich vergrößernden Umstellungsschwierigkeiten nach einer Entlassung abzumildern.⁷⁸

VIII. Aufgabe 4: Gesetzt den Fall, A war zur Zeit der Tat erst zwanzig Jahre alt: Welche besondere, das Strafmaß betreffende Entscheidung hat das zuständige Tatgericht zu treffen, wenn man für das nach § 211 StGB zu qualifizierende Delikt des A von der Anwendung des allgemeinen Strafrechts ausgeht? Kann das Gericht bei dieser Entscheidung zu Lasten des A berücksichtigen, dass das Gesetz eine Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe ermöglicht?

- 37** Da A zur Tatzeit zwanzig Jahre alt war, ist er **Heranwachsender** i. S. d. Jugendgerichtsgesetzes (§ 2 II JGG). Für Heranwachsende gelten nach §§ 105 ff. JGG eine Reihe von materiell- und strafverfahrensrechtlichen Sondervorschriften, die berücksichtigen, dass die Angehörigen dieser Altersgruppe ihre Reifeentwicklung i. d. R. noch nicht abgeschlossen haben und im Hinblick auf eine (Wieder-)Eingliederung in die Gesellschaft noch prägnant sind. Diesen Besonderheiten würde nur ungenügend Rechnung getragen, wenn auch hier bei Straftaten nach § 211 StGB die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe obligatorisch wäre.
- 38** § 105 III JGG begrenzt demgemäß das **Strafhöchstmaß** für Heranwachsende auf 10 Jahre, dies allerdings nur, wenn das Jugendstrafrecht Anwendung findet (§ 105 I JGG). Gilt wie im vorliegenden Fall das allgemeine Strafrecht, so entscheidet das Gericht – hier die örtlich zuständige Jugendkammer (§§ 108 I, 41 I Ziff. 1, 42 JGG) – nach pflichtgemäßem Ermessen darüber, ob von der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe abzusehen und auf eine Freiheitsstrafe zwischen 10 und 15 Jahren zu erkennen ist (§ 106 I JGG). Es wägt dabei die vorhandenen Entwicklungsmöglichkeiten und Wiedereingliederungschancen des Täters gegen Sicherungs- und Vergeltungsinteressen der Allgemeinheit ab,⁷⁹ wie dies auch der Regelung des § 57 a I StGB entspricht.
- 39** Fraglich ist, ob bei dieser **Abwägung** dem Aspekt der Wiedereingliederung in die Gesellschaft vorrangige Bedeutung beizumessen ist. Dafür spricht, dass bei Heranwachsenden, deren Reifeentwicklung im Allgemeinen noch nicht abgeschlossen ist, häufig – nach entsprechenden erzieherischen Hilfen – eine Wiedereingliederung noch zu erwarten ist. Dies trifft auch dann zu, wenn sie schwere Straftaten begangen haben.⁸⁰ Zu bedenken ist ferner, dass bei gegebener Uneinheitlichkeit der Anwendung von Jugendstrafrecht bei Heranwachsenden⁸¹ schroffe Unterschiede in den Rechtsfolgen – je nachdem, ob § 105 III JGG oder 106 JGG einschlägig ist – vermieden werden sollten. Wenn § 105 III JGG aber eine feste Obergrenze von 10 Jahren Freiheitsstrafe kennt, so verhindert nur ein großzügiger, die Wiedereingliederungsbelange vorrangig berücksichtigender Gebrauch der Milderungsmöglichkeit des § 106 I JGG einen solchen Bruch.⁸² Dem könnte entgegengehalten werden, dass § 57 a StGB bei Lebenslänglichen ohnehin nach 15 Jahren eine Strafrestaussatzung zur Bewährung und damit eine Wiedereingliederung in die Gesellschaft ermöglicht. § 57 a StGB verbürgt indes keine Entlassung nach Ablauf der Mindestverbüßungsdauer. Für den Heranwachsenden im Strafvollzug macht es aber einen beachtlichen Unterschied, ob er nur vage darauf hoffen kann, nach 15 Jahren entlassen zu werden, oder ob er definitiv weiß, dass er spätestens zu diesem Zeitpunkt wieder in die Freiheit gelangen wird. Unter diesen Bedingungen dürfte er sich gegenüber Resozialisierungshilfen wesentlich aufgeschlossener zeigen.

⁷⁷ BVerfG NJW 1984, 33 ff.; NJW 1986, 2241 f.

⁷⁸ Zum Ganzen Fall 15.

⁷⁹ Eisenberg 2004, § 106 JGG Rn. 2

⁸⁰ Brunner/Dölling 2002, § 106 JGG, Rn. 1.

⁸¹ Dazu Schaffstein/Beulke 2002, 70 f., 75 f.; Meier/Rössner/Schöch 2003, 228, 238 f.; Streng 2003, 213 f.; Böhm/Feuerhelm 2004, 57.

⁸² Brunner/Dölling 2002, § 106 JGG Rn. 1.

§ 57a StGB darf so bei der Ermessensentscheidung nach § 106 I JGG nicht als Abwägungsfaktor herangezogen werden.⁸³ Auch nach dem 1. JGGÄndG v. 30. 8. 1990⁸⁴ bleibt der Problembereich der strafrechtlichen Behandlung Heranwachsender, ungeachtet der seit Jahren verbreiteten Kritik, weiterhin ungelöst. Allerdings hat der Bundestag die Bundesregierung aufgefordert, einen Entwurf für ein 2. JGGÄndG vorzulegen, um auch diese Frage zu lösen.⁸⁵ Bisher liegt jedoch lediglich ein Referentenentwurf vor.

⁸³ Zum Ganzen BGH NStZ 1983, 218 f., mit Anm. v. *Brunner* 219 f.

⁸⁴ BGBl. I, 1853.

⁸⁵ Vgl. BT-Drucks. [1990] 11/7421, S. 2.; siehe ferner Fall 11 Rn. 14 m. N.

9. Biedermannfall

Wirtschaftskriminalität und ihre Abgrenzung – Wirtschaftskorruption – Organisiertes Wirtschaftsverbrechen – Schwierigkeiten der Strafverfolgung in Deutschland und der Europäischen Union – Ansätze wirksamer **Bekämpfung** – Strukturen und Schwerpunkte der Strafzumessungspraxis gegenüber Wirtschaftsstraftätern im Vergleich – kurze Freiheitsstrafen und ihre Alternativen – Gewinnabschöpfung – Verfahren bei Ordnungswidrigkeiten

Grundlage: Kriminologischer Fall

Sachverhalt: A war Prokurist und Leiter der Buchhaltung einer Bank in F. In der Zeit von Frühjahr 1996 bis Sommer 1997 ließ er insgesamt 41 Mio. DM in Teilbeträgen zwischen 300 000 und 4 000 000 DM aus Beständen der Bank auf ein Konto der „Discount Overseas-Bank“ in Zürich überweisen. Die Überweisungen unter dem Stichwort „Mayola-Pent“ erfolgten jeweils ohne rechtlichen Grund und aus eigensüchtigen Motiven. Zugang zu dem Züricher Konto hatte außer ihm sein Komplize B alias Mario Pent. Während A in der Bankzentrale die Überweisungen offenbar durch Falschbuchungen kaschierte – was ihm leicht fiel, da er nur der Kontrolle der Revisoren unterstand –, legte B von Zürich aus die Millionenbeute an.

Am Ort der Bankzentrale spannte A außerdem seinen Freund C ein, um weitere 5 Mio. DM in bar locker zu machen: Er schrieb Barschecks aus, die C bei deutschen Banken einlöste. Dabei unterschrieb er mit seinem richtigen Namen. Dadurch kam ihm die Polizei auf die Spur. Für seine Dienste soll C eine Million DM Honorar kassiert haben. Die Manipulationen des A flogen schließlich durch einen Zufall auf. Ein kleiner Bankangestellter hatte einen von A unterschriebenen dubiosen Scheck angehalten und dadurch eine umfangreiche Prüfung der Bücher ausgelöst. Zu diesem Zeitpunkt hatte A bereits sein Dienstverhältnis gekündigt, um sich „irgendwo in der Welt“ mit seinem Beuteanteil einen geruhsamen Lebensabend zu machen.

B, der als „Kopf“ des 41-Millionen-Coups galt, wurde ein Vierteljahr später in Wien verhaftet.

Nach den Feststellungen der Anklage konnte A deshalb die erheblichen Manipulationen durchführen, weil er das uneingeschränkte Vertrauen seiner Vorgesetzten besaß. Unter Bankkollegen galt A als Muster an Korrektheit. Kennzeichnend für die Raffinesse, mit welcher er sein doppeltes Spiel trieb, sind Details aus seinem Privatleben. So pflegte er, nachdem er die Millionen längst beiseite geschafft hatte, jeden Sonntag seinen querschnittgelähmten Freund im Rollstuhl zum Stammtisch zu schieben. Auch bewohnte er nur eine bescheidene Mietwohnung. Nach der Verhaftung des A meinten daher die Nachbarn fassungslos, es müsse sich um einen Irrtum handeln; für A „legten sie die Hand ins Feuer“.

Aufgaben:

1. Zeigen und begründen Sie, ggf. unter Anführung der einschlägigen kriminologischen Kriterien, warum es sich bei dem vorliegendem Fall um „typische“ Wirtschaftskriminalität handelt.
2. Grenzen Sie Wirtschaftskriminalität und sog. Weiße-Kragen-Kriminalität voneinander ab. Legen Sie dar, ob das Konzept der sog. Weiße-Kragen-Kriminalität auch heute noch eine selbständige Bedeutung hat.
3. Führen Sie aus, welche Maßnahmen durch Regierung und Gesetzgebung in neuerer Zeit ergriffen wurden, um derartige Straftaten wirksamer zu bekämpfen. Begründen Sie die Notwendigkeit hierzu. Ergibt sich diese auch aus der Sog- und Spiralwirkung sozialschädlicher Manipulationen des Wirtschaftsstraftäters?
4. Erläutern Sie die Bedeutung des Ordnungswidrigkeitenrechts für die Bekämpfung der sich vor allem als Verbandsdelinquenz äußernden Wirtschaftsdelikte. Skizzieren Sie in diesem Zusammenhang die Besonderheiten des Verfahrens bei Ordnungswidrigkeiten gegenüber dem allgemeinen Strafprozessrecht.
5. Vergleichen Sie die Strukturen und Schwerpunkte der gegenwärtigen Strafzumessungspraxis gegenüber Wirtschaftsdelinquenten, Verkehrstätern und Dieben; erläutern Sie die etwaigen Unterschiede und nehmen Sie dazu begründet Stellung.
6. Nehmen Sie nach dem heutigen Kenntnisstand der Sanktionsforschung zu der Frage Stellung, ob zumindest gegen Wirtschaftsstraftäter kurze Freiheitsstrafen erforderlich sind, um die Wirtschaftskriminalität wirksam einzudämmen.

- 1 **Zur Problemstellung:** Die relevanten Fragen dieses Falles richten sich auf **Begriff**, **Inhalt** und **Bedeutung** der Wirtschaftskriminalität als Teil der sog. Weiße-Kragen-Kriminalität (white-collar crim?)

sowie auf die Bekämpfungs- und Kontrollmuster in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung. Im Übrigen werden die Probleme der **Gleichheit** und der unterschiedlichen **Sanktionierung** dieser Delikts- und Tätergruppe in verschiedener Hinsicht bedeutsam.

Da mit dem Inhalt des Strafgesetzes Gesellschaft und Gesetzgebung bereits wichtige Vorentscheidungen über den tatsächlichen Adressatenkreis und die wahrscheinliche Population der Rechtsbrecher treffen, es sich aber bei wirtschaftsschädlichem Verhalten vermutlich um eine andere Bevölkerungsgruppe handelt als bei der alltäglichen Begehung von klassischen Delikten, trägt das **Konzept** von der Wirtschaftskriminalität zugleich zur Herstellung der sog. negativen Chancengleichheit bei. Dennoch lässt sich nicht verkennen, dass in dem herkömmlichen Verbrechensbegriff ein Mittel zur Verhaltenskontrolle erblickt wird, das sich vor allem an die Unterschichten wendet und diese sozial zu disziplinieren sucht. Demgemäß findet der überlieferte Begriff des Verbrechens, obwohl er dem Anspruch nach für jedermann bestimmt ist, tatsächlich und dem Schwerpunkt nach seinen Adressatenkreis bei den unteren Sozialschichten. Gegen eine derartige Verkürzung der Gerechtigkeit richtet sich namentlich das sozialkritische Potential des *Sutherlandschen* Konzepts vom „white-collar crime“. Dieses hat trotz der von ihm weitgehend unabhängig verlaufenen Entwicklung des europäischen Wirtschaftsstrafrechts erheblich zur Blickschärfung für die Wirtschaftskriminalität beigetragen.

Inwieweit aber nicht nur von der Kriminalisierung, sondern auch von den **Sanktionen** her eine gleiche oder spezielle Behandlung geboten erscheint, verdient nicht weniger Aufmerksamkeit. Vor allem spielt dabei neben der Gewinnabschöpfung die Anwendung der kurzen Freiheitsstrafe eine Rolle, insbesondere die Frage, inwieweit diese Sanktion gerade hier im Gegensatz zu sonstigen Straftätern erforderlich ist.

Zur Erläuterung, Vertiefung und gutachtlichen Stellungnahme:

I. Aufgabe 1: Zeigen und begründen Sie, ggf. unter Anführung der einschlägigen kriminologischen Kriterien, warum es sich bei dem vorliegenden Fall um „typische“ Wirtschaftskriminalität handelt.

1. Ehe man ein bestimmtes deliktisches Verhalten als Wirtschaftskriminalität beurteilt, muss klar gestellt werden, was Wirtschaftskriminalität überhaupt heißt bzw. welche Charakteristika das Wirtschaftsverbrechen auszeichnen. Die zunehmende Beschäftigung mit Wirtschaftsdevianz und dem Bestreben nach deren Kontrolle führte dabei in Schrifttum und Praxis zu zahllosen und unterschiedlichen Definitionen des Begriffs Wirtschaftskriminalität.¹

So hat man strafbare Handlungen dann als Wirtschaftsdelikte begriffen, wenn und soweit sie geeignet waren, die allgemeine wirtschaftliche Ordnung zu beeinträchtigen, d. h. zu stören oder zu gefährden, indem das für das jeweilige Wirtschaftssystem grundlegende Vertrauen angetastet wurde. Zwar sind mit diesem Definitionsversuch wichtige Merkmale der Wirtschaftskriminalität getroffen, gleichwohl vermag er nicht ganz zu befriedigen.

Eine umfassende und allgemein gültige **Begriffsbestimmung** dessen, was Wirtschaftskriminalität ist, fehlt jedoch. Ob es sie je geben wird, muss angesichts der Weite und Vielfalt der anstößigen Verhaltensweisen fraglich erscheinen. Festzuhalten bleibt, dass der Begriff – unabhängig davon, wie man ihn im Einzelnen festlegen will – zumindest als praktisches Arbeitskonzept der Strafverfolgung dazu verwendet werden kann, als einschlägig betrachtete Erscheinungsformen wirtschaftsdeliktischen Verhaltens zusammenzufassen. Die bunte Palette der Wirtschaftsdelinquenz reicht dabei von den alten Formen der Buchhaltungs- und Bilanzdelikte sowie des Betruges über Wirtschaftskorruption, die Konkurs- und Steuervergehen, Wettbewerbsverzerrungen, Subventionsschwindel, Industriespionage und unzulässige Kartellabsprachen bis hin zur Computer- und Internet-Kriminalität.² Nach der sog. „Bundesweiten Erfassung von Wirtschaftsstraftaten nach einheitlichen Gesichtspunkten“ (BWE) wurden in den 70er-Jahren allerdings rd. 95 % der Tätigkeit von Schwerpunktstaatsanwaltschaften durch Delikte bestimmt, die im Katalog des § 74 c GVG enthalten waren. Ausweislich der BWE 1984 entfielen bei der staatsanwaltlichen Überprüfung der in § 74 c GVG genannten Tatbestände schwerer Wirt-

¹ Vgl. die Nachweise bei *Berckhauer* 1977, 22 ff.; *Dannecker* 2000, 1 ff., 8 ff.; *Meier* 2003, 286 ff.; *von Danwitz* 2004, 125 ff.; *Schwind* 2005, 419 ff.

² *Kaiser* 1996, 855 ff., 877; *Meseke* 2000, 245 ff.

schaftskriminalität über 80 % auf Strafvorschriften des Steuer- und Zollrechts, auf Konkursstraftaten sowie auf Betrug und Untreue; weitere 13,6 % machten Verstöße gegen das GmbH-Gesetz aus. Entsprechendes gilt für die Erfassung der Wirtschaftsdelikte durch die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS); diese folgt in ihrer Orientierung ebenfalls dem § 74 c GVG. Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass auch der pragmatische Deliktsbegriff des § 74 c GVG es nicht vermocht hat, den Streit um die Definition zu beenden. Denn die fragliche Vorschrift enthält auch Tatbestände, die nicht notwendigerweise Wirtschaftsstraftaten darstellen; außerdem fehlen in dem Katalog Deliktsformen, die durch das 2. WiKG oder wie im Fall der Geldwäsche erst durch das OrgKG 1992 neu geschaffen wurden. Die organisierte Wirtschaftskriminalität einschließlich ihrer Internationalisierung sind jedoch zunehmend in den Vordergrund gerückt.³ So haben dem europäischen, ja weltweiten Trend entsprechend Elemente der Unternehmens-, Verbands-, Organisations- und Systemkriminalität an Aussagekraft gewonnen;⁴ Subventions- und Anlagebetrug, aber auch Geldwäsche und Korruption⁵ mögen dafür stehen. Außerdem sind kriminelle Missbräuche im Gesundheitswesen bekannt geworden. Im Mittelpunkt der Wirtschaftskriminalität stehen betrügerische Handlungen im weitesten Sinne, auch zu Lasten der Europäischen Gemeinschaft.⁶

6 Obschon aufgrund der Internationalisierung und Globalisierung des Handelsverkehrs auch die Wirtschaftskriminalität transnational geworden ist und daher vor allem in organisierten Formen (z. B. als corporate crime) begangen wird, erschöpft sich das Konzept der organisierten Kriminalität keineswegs darin, sondern greift weit darüber hinaus. Zwar erscheinen Wirtschaftskorruption, Subventionsbetrug, Anlagebetrug und Geldwäsche als charakteristische und übereinstimmende Deliktsbereiche. Doch Zuhälterei, Menschen-, Waffen- und Rauschgifthandel werden als Schwerpunkte organisierter Begehungsweise vom Begriff der Wirtschaftskriminalität nur peripher erreicht. Dabei ist vor allem an folgende **Kennzeichen des organisierten Verbrechens** zu denken:⁷

- auf Dauer angelegter Zusammenschluss von mindestens 3 Personen als gewinnorientierte solidarische Interessengemeinschaft,
- planmäßiges und arbeitsteiliges Vorgehen unter Abschottung nach außen,
- Verknüpfung von legalen mit illegalen Geschäften, die an die jeweiligen Bedürfnisse der Bevölkerung angepasst sind, sowie
- flexible Verbrechenstechnologie unter Anwendung von Drohung, Ausbeutung, Gewalt, Erpressung, Terror, Bestechung und Geldwäsche.

Trotz manch konzeptueller und empirischer Schwächen, insbes. der Dominanz kriminalistisch-polizeistategischer Pragmatik, ganz ähnlich wie bei der Wirtschaftskriminalität insgesamt,⁸ empfiehlt es sich entgegen der Kritik nicht, auf den Begriff der organisierten Kriminalität zu verzichten.⁹ Der Verweis auf Subkulturen und Schwarzmärkte allein erscheint theoretisch und praktisch zu dürftig, um das spezifische Gefahrenpotential krimineller Vereinigungen angemessen zu erfassen und zu kennzeichnen. Wegen Blickschärfung und Relevanz für die Strafverfolgung bleiben Konzept und Indikatoren organisierter Kriminalität unverzichtbar.¹⁰ Dies zeigt sich nicht zuletzt an den Straftaten zum Nachteil der EU.¹¹ Gemessen an Schadensumfang und Gefahren erscheint die vom Dekonstruktionsbemühen motivierte Charakterisierung des organisierten Verbrechens als „abstrakte Bedrohungsvokabel des europäischen Wirtschaftsstrafrechts“¹² geradezu als verharmlosend und der Verbrechenskontrolle abträglich.

³ Vgl. Müller/Wabnitz/Janowski 1997, 1 ff.; BKA: Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2003, 117.

⁴ Siehe Lampe 1994, 695; Dannecker 2000, 27 ff.; Boers 2001, 338 ff.; Bussmann u. a. 2004, 244 ff., und Schwind 2005, 414; zur systeminduzierten Wirtschaftskriminalität Kaiser 2001, 511 ff.

⁵ Züs. Bannenbergs 2002.

⁶ Näheres unten Rn. 16 u. 21.

⁷ Kaiser 1997, 188 ff.; Kinzig 2004, 57 ff., 61 ff., 74, und Fijnaut/Paoli 2004, 34 ff.

⁸ Siehe Boers 2001, 340.

⁹ A. A. H.-J. Albrecht 1998, 40.

¹⁰ Vgl. z. B. Bundeskriminalamt, Bundeslagebild Organisierte Kriminalität 2003, 3 ff., und die Untersuchungsbefunde Kinzigs 2004, 771 ff., 786 ff., unter Hervorhebung des besonderen Ermittlungs- und Strafverfahrens sowie des hohen Ausländeranteils und der Internationalität der Tatbegehung; zu den Definitionsversuchen hingegen skeptisch Hefendehl 2005, 157 f., 161, obwohl „der richtige Kern nicht zu bestreiten“ ist; denn „natürlich gibt es organisierte Kriminalität“.

¹¹ Siehe unten Rn. 21.

¹² So P.-A. Albrecht 2002, 384.

2. Trotz begrifflicher Unklarheiten sowie unterschiedlicher Auffassungen zum Konzept der Wirtschaftskriminalität besteht weitgehend Einigkeit darüber, welche **Merkmale das Wirtschaftsverbrechen** auszeichnen: 7

Unerlässliche Voraussetzung ist zunächst einmal ein **wirtschaftlicher Einschlag** des Delikts. Die Straftat muss also geeignet sein, die wirtschaftliche Ordnung zu stören oder zumindest zu gefährden.¹³ Die Gefährdung kann sich dabei bereits aus der Schadenshöhe ergeben. Kennzeichnend ist vielfach die Verletzung überindividueller Rechtsgüter des Wirtschaftslebens wie z. B. das Funktionieren der Kreditwirtschaft in § 265 b StGB oder des Kapitalmarktes in § 264 a StGB. Ein wirtschaftlicher Einschlag wird stets dann vorliegen, wenn die Aburteilung eines Falles die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer nach § 74 c GVG begründet.

Zweites Charakteristikum ist, dass Wirtschaftsdelinquenz **generell in Ausübung des Berufes**, also in Erfüllung oder durch Missbrauch der beruflichen Rolle erfolgt.¹⁴ 8

Hinzu kommt als weiteres – allerdings umstrittenes – Kriterium der **Vertrauensmissbrauch**.¹⁵ Als übergreifendes Rechtsgut ist hierbei Vertrauen i. S. e. abstrakten Systemvertrauens zugrunde gelegt. Indessen wird begründet eingewandt, dass es dem Kriterium an Trennschärfe ermangele, weil einerseits auch zahlreiche nicht wirtschaftsdelinquente Erscheinungsformen einen Vertrauensmissbrauch darstellten, zum anderen im Wirtschaftsleben statt Vertrauen vielfach Misstrauen und Kontrolle herrschten.¹⁶

Ferner gibt es Wirtschaftsdelikte, bei denen die Ausnutzung des Vertrauensprinzips keine große Bedeutung gewinnt. Zu denken ist beispielsweise an unzulässige Kartellabsprachen, von denen die betroffenen Kleinfirmer und Einzelpersonen kaum überrascht und in ihrem Vertrauen enttäuscht werden, weil sie sich – zwar widerstrebend und missbilligend – damit abfinden, da sie bislang ohnehin auf die Preisgestaltung kaum Einfluss nehmen konnten. Auch das Vertrauen der staatlichen Verwaltung wird in solchen Fällen nicht missbraucht, da die Einrichtung der Kartellbehörden mit ihrer Überwachungsfunktion gerade zeigt, dass der Staat den Unternehmern von vornherein misstraut.¹⁷ 9

Man wird daher dem Kriterium des Vertrauensmissbrauchs zur Charakterisierung der Wirtschaftsdelikte nicht die Schlüsselposition einräumen können, wie dies z. T. in der Literatur der Fall ist. Bei vielen Straftaten, die man unter den Sammelbegriff Wirtschaftskriminalität fasst, wird dieses Merkmal jedoch insofern von Bedeutung sein, als das Vorliegen von Vertrauensmissbrauch zumindest in Verbindung mit anderen bereits angeführten Kriterien die Einordnung eines Delikts als Wirtschaftsverbrechen erleichtert.

Für die Wirtschaftsdelinquenz charakteristisch sind i. d. R. weiter die Kollektivität und **Anonymität des Opfers** sowie die **geringe Sichtbarkeit des Rechtsbruchs**.¹⁸ Bei dem Großteil der Wirtschaftsstraftaten scheint sich die Opfereigenschaft geradezu zu verflüchtigen. 10

3. Stellt man zur Qualifikation auf den **Täter** statt auf die Tat ab, lässt sich festhalten, dass Wirtschaftsdelinquente offenbar nicht dem „sozialen Stereotyp des Kriminellen“ entsprechen. Vielmehr handelt es sich bei ihnen meist um Personen, welche in die Gesellschaft voll integriert sind. Der Wirtschaftskriminelle spielt, im Gegensatz zum klassischen Straftäter als dem „fremden anderen“, eine Vielzahl von Rollen, u. a. jene eines sozial geachteten Bürgers. Er sieht sich selbst als solchen an und wird bemüht sein, dieses Bild seiner Person gegenüber der Umwelt auch aufrechtzuerhalten, indem er ein Verhalten an den Tag legt, das diesen Vorstellungen entspricht.¹⁹ Überwiegend sind die Täter männlich, verheiratet, knapp 40 Jahre alt und Angehörige der mittleren Schicht mit beachtlichem Bildungsniveau.²⁰ 11

Über diese allgemeine und weitgehend banal anmutende Kennzeichnung des Wirtschaftsdelinquenten hinaus haben einige Kriminologen versucht, die Persönlichkeit Wirtschaftskrimineller anhand charakterologischer Merk-

¹³ Tiedemann 1976, 50; zur „Fundamentalkritik“ an dem Konzept des deutschen Wirtschaftsstrafrechts Achenbach 2004, 562 ff.

¹⁴ Kaiser 1996, 845.

¹⁵ Kaiser 1996, 841; Göppinger 1997, 542; 88, 748 f.; Dannecker 2000, 10; Meier 2003, 288; Schwind 2005, 222 f.; krit. Heinz 1999 a, 677.

¹⁶ Heinz 1999 a, 677.

¹⁷ Kaiser 1996, 867.

¹⁸ Dazu Schneider 1987, 43, 756 ff.; Kaiser 1996, 840; H.-J. Albrecht 1999, 104; Meier 2003, 291; von Danwitz 2004, 127; Schwind 2005, 423.

¹⁹ Schneider 1987, 43.

²⁰ Heinz 1999 a, 690; Schwind 2005, 424 f.

male zu bestimmen. So bezeichnet man dessen Persönlichkeit als „primitiv angelegt“ und auf einer egozentrischen Stufe stehen geblieben. Derartige Eigenschaften werden aber auch bei vielen anderen Menschen in ähnlicher Weise zu finden sein. Deshalb und weil die bisher angeführten Informationen eine wissenschaftliche Verallgemeinerung nicht erlauben, kann die Persönlichkeit des Wirtschaftsdelinquenten schwerlich charakterisiert werden. Wegen der Verschiedenartigkeit der Wirtschaftsdelikte wird es kaum möglich sein, den Täter des Wirtschaftsverbrechens nach Persönlichkeitsmerkmalen zu kennzeichnen. Außerdem sollte man Lombrosos Theorie des „geborenen Verbrechers“ – die für Täter anderer Deliktstypen längst als überholt gilt – nicht für den Bereich der Wirtschaftskriminologie in Gestalt eines kriminalisierten „homo oeconomicus“ zu erneuern suchen.²¹

- 12** 4. Zumindest die Aburteilung schwerer Wirtschaftsstraftaten ist wegen der allgemein gegebenen Komplexität der Deliktsbilder sowie aufgrund der schwierigen Materie mit einer im Vergleich zu anderen Vergehen überdurchschnittlichen **Verfahrensdauer** verbunden. So betrug die Ermittlungszeit bis zur Erledigung durch die Staatsanwaltschaft in den Jahren 1974–1981 431 Tage, 1984 durchschnittlich 416 Tage. Zwar sind seit Anfang der 80er-Jahre die Eigentümlichkeiten der justiziellen Sanktionspraxis bekannt. Sie spiegeln zum Teil die schwierige Implementation des Wirtschaftsstrafrechts, insbesondere die Beweisprobleme wider, was sich bei der Aburteilung in den geringen Sanktions- und hohen Einstellungsraten sowie in häufigen Prozessabsprachen niederschlägt. Gleichwohl hat sich an dem seit den 70er-Jahren bekannten Befund der niedrigen Anklage-, Verurteilungs- und Sanktionsraten wenig geändert. Noch immer ist die Anklagerate niedriger als im Durchschnitt aller anderen Ermittlungsverfahren; entsprechend ist die Rate der Einstellungen gemäß § 170 II StPO höher.²² Eine weitere Dimension der Sanktionspraxis, nämlich die Gewinnabschöpfung, ist erst neuerdings verstärkt in das kriminalpolitische Blickfeld getreten.

Ferner entfallen bei den schweren Wirtschaftsdelikten auf relativ **wenige Beschuldigte** (1984: 6461) sehr häufig eine **hohe Zahl von Einzelfällen** (1984: 225 147) und eine **Vielzahl geschädigter Personen** (1984: 42 440), insbesondere beim sog. Anlagebetrug,²³ was allerdings der vorliegende Fall nicht erkennen lässt.

- 13** 5. Zu prüfen bleibt, inwieweit die einschlägigen Kriterien des Wirtschaftsverbrechens im vorliegenden Fall vertreten sind:

Die geschilderte Tat war gegen eine Bank, also eine Einrichtung des Wirtschaftslebens gerichtet. Wegen der Höhe des Schadens – insgesamt 46 Mio. DM – bestand die Gefahr, dass die Bank diesen Schaden nicht hätte verkraften können, ohne ihre Kunden in Mitleidenschaft zu ziehen. Dies wiederum hätte aber zu einer beachtlichen Störung des Wirtschaftslebens führen können.

Die Tat wurde in Ausübung des Berufes begangen. A, ohne dessen berufliche Stellung die Tat nicht möglich gewesen wäre, hat seine Position zur Begehung einer Untreue (§ 266 StGB) ausgenutzt. Die dazu nötigen Manipulationen konnte er durchführen, weil er das uneingeschränkte Vertrauen seiner Vorgesetzten besaß, das er missbraucht hat. Somit fehlt es hier auch nicht am Kriterium des Vertrauensbruchs. Überdies steht bei einer Bank höchst selten eine natürliche Person als konkretes Opfer im Vordergrund. Es handelt sich ferner um einen Rechtsbruch von geringer Transparenz. Eine Entdeckung war nur durch eine i. d. R. selten durchgeführte Revision möglich.

Zur Beurteilung des Vorgehens der Täter, vor allem der von A vorgenommenen Manipulationen im Buchungsverfahren, sind besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich. Der Sachverhalt ist daher unter § 74 c I Nr. 6 GVG einzuordnen und fällt in den Zuständigkeitsbereich der Wirtschaftskammern.

Daneben entspricht auch die Person des A dem Sozialprofil des Wirtschaftsdelinquenten. Für seine Umwelt war er ein geachteter, sozial angepasster Bürger.

Damit sind alle zur Qualifikation dieses Sachverhalts als Wirtschaftsverbrechen erforderlichen einschlägigen Kriterien mit einer Eindeutigkeit erfüllt, die Wirtschaftskriminalität auszeichnet, soweit man bei dieser überaus heterogenen Deliktsgruppe verallgemeinernd überhaupt von einer Typizität sprechen kann.

²¹ Kaiser 1996, 851 ff.

²² Heinz 1999 a, 694.; Meier 2003, 296 f.; Schwind 2005, 431 f.

²³ In einem der spektakulärsten Wirtschaftsverfahren der deutschen Nachkriegsgeschichte bestätigte der BGH die langjährigen Freiheitsstrafen gegen 2 Anlagebetrüger, die mit einem sog. Schneeballsystem rd. 25 000 Anleger mit mind. 63 Mio. DM geschädigt und das Geld zu Briefkastenfirmen auf den Cayman-Inseln und nach Luxemburg verschoben hatten; ber. n. FAZ Nr. 259 v. 7. 11. 2000.

II. Aufgabe 2: Grenzen Sie Wirtschaftskriminalität und sog. Weiße-Kragen-Kriminalität voneinander ab. Legen Sie dar, ob das Konzept der sog. Weißen-Kragen-Kriminalität auch heute noch eine selbständige Bedeutung hat.

Der von *Sutherland*²⁴ geprägte Begriff der sog. **Weißen-Kragen-Kriminalität (white-collar crime)** 14 wird des öfteren weitgehend gleichsinnig mit jenem der Wirtschaftskriminalität verwendet. Dies beruht darauf, dass Wirtschaftsdelinquenz im Allgemeinen von angesehenen Personen der gehobenen Sozial-schichten begangen wird. Damit soll gesagt werden, dass es sich beim white-collar crime – im Gegen-satz zur sog. Blauen-Kragen-Kriminalität – um Verbrechen von Leuten handelt, die aufgrund ihres höheren Sozialprestiges kaum als Täter der „klassischen“ Kriminalität in Erscheinung treten. Da aber nicht nur Wirtschaftsdelikte von diesem Personenkreis begangen werden, sondern auch andere Straf-taten wie z. B. Verkehrsvergehen und bestimmte politisch motivierte Delikte, greift der Begriff der Weißen-Kragen-Kriminalität über jenen der Wirtschaftsdelinquenz weit hinaus. White-collar crime bildet daher den Oberbegriff, während die Wirtschaftskriminalität nur einen, wenn auch sehr wichtigen Anwendungsfall der Weißen-Kragen-Delinquenz ausmacht.

Sutherland ging es vor allem darum, die unterschiedliche Einstellung der Bevölkerung zu Verbrechen seitens der Angehörigen der unteren minderbemittelten Schichten einerseits und solchen von Angehö-rigen gehobener Kreise andererseits aufzuzeigen. Nur die Straftaten der ersten Gruppe entsprechen dem traditionellen Bild vom Verbrechen und werden als solche beurteilt, obwohl von Tätern „mit weißen Kragen“ verübte strafbare Handlungen sich zumindest ebenso, wenn nicht gar noch sozial-schädlicher als die Blaue-Kragen-Delinquenz auswirken können. *Sutherlands* Definition des white-collar crime als Verbrechen, das von einer angesehenen Person im Rahmen ihres Berufes begangen wird, ist – wie sich schon aus der Bezeichnung ergibt – am Täter und nicht an der Tat orientiert. Nicht Art und Situation des Verbrechens, sondern die soziale Stellung des Rechtsbrechers steht im Vordergrund. Auf die „feinen Leute“ als Rechtsbrecher wollte *Sutherland* in sozialkritischer Absicht das Augenmerk richten. 15

Doch das white-collar crime ist auch in der Form des Wirtschaftsdeliktens „demokratisch“. Darauf wird in neuerer Zeit vielfach hingewiesen.²⁵ Solche Delikte können ebenso gut vom untergeordneten wie leitenden Bankangestellten begangen werden, wofür unser Fall ein anschauliches Beispiel liefert. In der kriminologischen Forschung der letzten Jahre besteht daher die Tendenz, die Besonderheit des white-collar crime weniger im Sozialprofil des Täters als vielmehr im „modus operandi“ sowie im Gegenstand dieser Vorgehensweise zu sehen. In der angloamerikanischen Literatur ist man bereits dazu übergegangen, als Arbeitsgrundlage statt der Bezeichnung „white-collar crime“ zunehmend den Begriff des „occupational crime“ (**Berufsstraftat**) zu verwenden, soweit man nicht von „corporate Crime“ (**Verbandskriminalität**) spricht, eine Entwicklungstendenz, die auch im deutschsprachigen Schrifttum beobachtet werden kann.²⁶ Die Blickschärfung beruht nicht zuletzt auf der Annahme, dass Wirtschaftsunternehmen eine im Verhältnis zum Nationalstaat zunehmend stärker werdende Position im Prozess der Globalisierung erlangen, hierdurch die Steuerung durch nationales Recht schwieriger wird und damit die Verfolgung und Ahndung von Straftaten in und durch Unternehmen. Das Kon-trolldefizit kann auch kaum durch empirische Forschung ausgeglichen werden, weil erhebliche Schwierigkeiten bestehen, einen Zugang zu verlässlichen Daten zu gewinnen.²⁷ 16

Als Berufskriminalität wird man neben den wirtschaftskriminellen Missbräuchen im Gesundheits-wesen vor allem die **Wirtschaftskorruption** charakterisieren dürfen. Die Korruption – überwiegend Synonym für Bestechung und Bestechlichkeit (vgl. §§ 298, 331 ff. StGB), verallgemeinernd auch für Sittenverfall – zählt schon von Anfang an zu den Katalogmerkmalen in § 74c GVG, welche die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer begründen, „soweit zur Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind“. Die Bestechung und Bestechlichkeit im Geschäftsverkehr sowie die sog. Korruptionsgeldwäscherei verdeutlichen den wirtschaftskriminologi-

²⁴ *Sutherland* 1949, 9.

²⁵ *Kaiser* 1996, 847, *Meier* 2003, 287; *Schwind* 2005, 422, jew. m. N.

²⁶ *Tiedemann* 1976, 48; *Dannecker* 2000, 9; *Boers* 2001, 338 ff.; *Bussman u. a.* 2004, 244 ff., 258 f.; *Schwind* 2005, 419, 422 f., jew. m. w. N.

²⁷ *H.-J. Albrecht* 1999, 106; *Schwind* 2005, 430 ff.

schen Zusammenhang. Im Gegensatz zur massenmedial vorherrschenden politischen Korruption geht es bei der Wirtschaftskorruption primär um die weitere Gewinnmaximierung und Stärkung der eigenen Position im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf als die wichtigsten Antriebskräfte für die Wirtschaftskriminalität. Auch wenn die Wirtschaftskorruption an sozialschädlicher Bedeutung und gesellschaftlicher Einschätzung hinter der sog. politischen Korruption zurückbleibt,²⁸ verdient sie kriminalpolitische Beachtung.²⁹ Denn auch bei ihr stehen Wirtschaft, Gesellschaft und Staat, insbesondere die politische Kultur, auf dem Prüfstand. Dementsprechend werden in diesem Zusammenhang Erklärungen gern systemtheoretischen Ansätzen entnommen³⁰ oder Neutralisations- und Rechtfertigungsstrategien bis hin zur Wirtschaftsethik herangezogen.³¹

Erst der moderne Verwaltungsstaat mit seinem Anspruch, demokratisch, rechts- und sozialstaatlich, d. h. zweckrational, objektiv und ohne Ansehen der Person zu handeln, vermittelt der Korruptionsbekämpfung die nötige Schubkraft. Denn „Filz“ und Korruption absorbieren nicht nur existenziell notwendige Ressourcen, sondern rütteln geradezu an Selbstverständnis und Glaubwürdigkeit einer freiheitlichen, fairen Wettbewerbsgesellschaft sowie an der Legitimation des Gemeinwesens, insbesondere wenn Führungseliten in sie verwickelt sind. Häufig liegen internationale Verflechtungen komplexer Tatstrukturen vor, welche die Beweislage zusätzlich erschweren und damit die Strafverfolgung beeinträchtigen. Korruptionsdelikte kennen in der Regel keine natürlichen Personen als Opfer; sowohl Geber als auch Nehmer von illegalen Zuwendungen sind als Täter an einer Verschleierung des Delikts interessiert.³² Wegen der hohen Sozialschädlichkeit widmen sich internationale Übereinkommen im Rahmen der OECD, des Europarates und der EU zunehmend der Korruptionsbekämpfung, um wirtschaftliche Machtmissbräuche zu verhindern. Vor allem haben sich die EU-Staaten im Ersten Protokoll zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 27. September 1996³³ verpflichtet, ihre strafrechtlichen Regelungen auf die gemeinschaftsschädlichen Bestrebungen der Amtsträger der Europäischen Gemeinschaften und der anderen EU-Mitgliedstaaten zu erstrecken.³⁴ Ferner dürften die Harmonisierung der Rechtsordnungen und die Einrichtung von gemeineuropäischen Strafverfolgungsorganen (OLAF, EUROPOL und EUROJUST) sowie ein intensivierter Rechtshilfeverkehr zwischen den Staaten der Korruption besser entgegenwirken.

III. Aufgabe 3: Führen Sie aus, welche Maßnahmen durch Regierung, Gesetzgebung und Praxis in neuerer Zeit ergriffen wurden, um derartige Straftaten wirksamer zu bekämpfen. Begründen Sie die Notwendigkeit hierzu. Ergibt sich diese auch aus der Sog- und Spiralwirkung sozialschädlicher Manipulationen des Wirtschaftsstraftäters?

- 17 1. Seit Ende der 60er-Jahre hat es in Deutschland nicht an Bemühungen gefehlt, die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität zu intensivieren und wirksamer zu gestalten. Die Maßnahmen, die zur Erreichung dieses Zieles getroffen wurden, sind vor allem organisatorischer Natur. Sie dienen ihrem Inhalt nach der **Spezialisierung und Konzentrierung der Strafverfolgung**. Zu nennen ist insbesondere die Einführung von speziellen, mit fachkundigen Richtern besetzten Wirtschaftsstrafkammern bei den Landgerichten durch § 74 c GVG im Jahre 1970. Damit korrespondiert im Bereich der Staatsanwaltschaft die Einrichtung sog. Schwerpunktstaatsanwaltschaften, deren Sachbearbeiter u. a. auch im Buchhaltungs- und Bilanzwesen ausgebildet sind und von Wirtschaftsreferenten (i. d. R. Diplomkaufleuten und Buchhaltern) unterstützt werden. Dieser Entwicklung ist die Polizei im letzten Jahrzehnt durch die Bildung von Spezialeinheiten zu intensivierten Finanzaufklärungen gefolgt, um die Effektivität gewinnabschöpfender Maßnahmen zu erhöhen.³⁵

²⁸ Dazu Kaiser 1997, 209 ff. m. N.

²⁹ Siehe Dölling 1996; Überhofen 1999; Bannenberg 2002, 21 ff., 325 ff., 374, u. Berg 2004, 24, 28, 35 ff.

³⁰ Vgl. Boers 2001, 338 ff.; Kaiser 2001, 511 ff.

³¹ Siehe etwa Bussmann 2004, 247, 254 f., 258 f.

³² Dölling 1996, 10; Bannenberg 2002, 38 f.; Berg 2004, 43 ff.

³³ Abgedruckt im BGBl. II, 2342; dazu Bannenberg 2002, 38 f.

³⁴ Erfolgt durch EU-Bestechungsgesetz vom 10. 9. 1998 (BGBl. II, 2340) und Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung v. 10. 9. 1998 (BGBl. II, 2327).

³⁵ Kaiser 2000, 121 ff.; Kilchling 2000, 241 ff.; Meier 2003, 299; Schwind 2005, 425 ff.

Eine Folge dieser Neuerungen war, dass zahlreiche Ermittlungsverfahren, die zuvor wegen Personalmangels oder fehlender Sachkenntnis eingestellt worden waren, wieder aufgenommen und bis zur Verurteilung vorangetrieben werden konnten.³⁶ Außerdem ist es durch intensiviertere Finanzermittlungen der Polizei möglich geworden, einen wachsenden Anteil der inkriminierten Vermögenswerte gemäß §§ 73 ff. StGB, 111 b StPO abzuschöpfen und den Verbrechenopfern als sog. Rückgewinnungshilfe zur Verfügung zustellen.³⁷ Der durch Beschlagnahme vorläufig sichergestellte Betrag an inkriminierten Vermögenswerten belief sich im Bundesgebiet 1999 auf rund eine halbe Mrd. DM. Dabei blieb allerdings der anteilige Abschöpfungsbetrag aufgrund von Geldwäsche relativ gering.

18

Daneben gibt es ergänzende Reformen administrativer Art wie die Schaffung eines Zentralregisters für unlautere Gewerbetreibende³⁸ sowie die seit 1976 bestehende Zentrale Steuerstraftäter-Kartei. In diesen Zusammenhang gehört auch die Änderung des § 35 GewO. Danach kann eine Untersagung der Gewerbeausübung auch für mehrere oder alle, nicht nur für das zuvor ausgeübte Gewerbe ausgesprochen werden, sofern Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Betreffende auch insoweit unzuverlässig ist. Damit soll Wirtschaftsdelinquenten das bislang mögliche Ausweichen auf ein anderes Gewerbe bei Untersagung ihrer Gewerbeerlaubnis vereitelt werden. Zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter ist bereits der Erlass eines vorläufigen Berufsverbots im Ermittlungsverfahren gem. § 132 a StPO. zulässig. Die Vorschrift wurde im Jahre 1972 in das Gesetz aufgenommen, um die Wirkung eines endgültigen Verbotes nach § 70 StGB schon während des üblicherweise langen Ermittlungsverfahrens eintreten zu lassen.

Die Krönung der bisherigen Reformmaßnahmen liegt in der Verabschiedung des **Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität** von 29. 7. 1976, dessen Kernstück die Regelung des Subventions- und Kreditbetruges, die Neufassung der Wucherstrafvorschrift und die Aufnahme der Konkursstraftaten in das Strafgesetzbuch bildet, sowie des **Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität** vom 15. 5. 1986. Dieses Gesetz trat zum 1. 8. 1986 in Kraft und führte u. a. neue Tatbestände zur Erfassung der Computerkriminalität (§§ 263 a, 269, 303 a, 202 b StGB), des Scheck- und Kreditkartenmissbrauchs (§ 266 b StGB), des Kapitalanlagebetrugs (§ 264 a StGB) und des Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266 a StGB) ein.

19

Im Zuge der wachsenden Bedeutung der Datenverarbeitung im Wirtschaftsleben wurde den **computerbezogenen Delikten** besonderes Gewicht eingeräumt. Im Rahmen des § 263 a StGB spielen zwar Geldautomatenmissbräuche die vorherrschende Rolle; doch werden auch andere Computermanipulationen erfasst, die v. a. Angehörige des geschädigten Unternehmens zum Zwecke der persönlichen Bereicherung vornehmen, z. B. hinsichtlich Gehaltszahlungen und der Erhöhung der Kontenstände bei Banken.³⁹ Auch im Bereich des sog. „Softwarediebstahls“ bietet sich ein weites Betätigungsfeld, das vom unbefugten Kopieren von Computerprogrammen mit anschließender Verwertung bzw. Veräußerung bis zum Ausspähen von Forschungsdaten, Bilanzen etc. reicht. Im Bereich der Computersabotage haben besonders Computerviren wiederholt von sich reden gemacht, die Daten verändern bzw. die Funktionsfähigkeit eines EDV-Systems zum Erliegen bringen.⁴⁰

20

Nicht zu verkennen ist, dass sich im Bereich der Wirtschaftskriminalität über das bereits erwähnte organisierte Wirtschaftsverbrechen (s. o. Rn. 6) hinaus zunehmend eine internationale Verflechtung entwickelt hat. Besonders deutlich wird dies bei den **betrügerischen Praktiken innerhalb der EU**. Der jährliche Schadensumfang ist bei ungefähr 6 Mrd. Euro anzusetzen, wobei im Einzelfall die Schadenshöhe mehrfach über 15 Mio. Euro lag.⁴¹ Für Aufsehen gesorgt haben insbesondere Unregelmäßigkeiten bei den Ausfuhrerstattungen im Lebensmittelhandel (hier u. a. bei falsch bezeichneten, verfälschten oder bloß vorgetäuschten Exporten von Fleisch, Milchprodukten, Olivenöl und Wein in osteuropäische Länder), ferner Alkohol- und Zigarettschmuggel durch organisiertes Verbrechen.⁴² Im deutschen Strafgesetzbuch werden über § 264 VI StGB zwar auch EG-Subventionen erfasst. Doch bleibt abzuwarten, inwieweit sich angesichts des internationalen Täterkreises und der Schwierigkeiten der Verbrechenkontrolle die EU selbst eigene Verfolgungs- und Sanktionsbefugnisse gibt. Immerhin hat die Europäische Kommission 1999 auf der Grundlage des EG-Vertrages das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (Office de Lutte Antifraude, OLAF) eingerichtet. Angestrebt ist vor allem eine effizientere Bekämpfung von Betrug, Korruption und Geldwäsche. In den ersten fünf Jahren seit der Gründung des Amtes deckte OLAF Betrügereien i. H. v. 5,3 Mrd. Euro auf. Nach dem Tätigkeitsbericht von OLAF im Zeitraum von Juli 2003 bis Juni 2004 belief sich der ermittelte Gesamtschaden der abgeschlossenen Fälle auf mehr als 1,5 Mrd. Euro.⁴³ Die Kontrolle derartiger Straftaten bedarf unvermindert erheblicher Anstrengungen, zumal im Hinblick auf die neuere Erweiterung

21

³⁶ Tiedemann 1976, 28; zur selektiven Einstellungs- und Sanktionspraxis in den 90er-Jahren Bannenber 2002, 274 ff., 435 ff.

³⁷ Vgl. die Nachweise bei Kilchling 2000, 247 f. u. BKA, Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2003, 19.

³⁸ Eingeführt durch das Gesetz zur Änderung der GewO vom 13. 6. 1974.

³⁹ Siehe Tiedemann 1998, 1374.

⁴² Dazu Kaiser 1996, 881.

⁴¹ Kaiser 1996, 869 ff.; Müller-Wabnitz 1997, 18 ff.; Europäische Kommission, Jahresbericht 1998.

⁴² Europäische Kommission 1999, 22 ff.

⁴³ Ber. n. FAZ v. 27. 11. 2004.

der EU und die zu erwartende Erhöhung der Finanzmittel. Dem entspricht der Beschluss des Europäischen Rates von Juli 2000⁴⁴ mit Richtern, Staatsanwälten und Polizeibeamten aus den Mitgliedstaaten der EU den Stab „Eurojust“ zu bilden. Dessen Aufgabe ist es, Ermittlungsverfahren bei Straftaten von erheblicher Bedeutung zu unterstützen. Die Beamten sollen u. a. den Behörden in den Mitgliedsländern, der EU-Kommission und Europol Informationen über das Verfahrensrecht der Länder verschaffen, aus denen sie entsandt worden sind.⁴⁵

- 22** 2. Die Notwendigkeit all dieser Bemühungen zur wirksameren Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität kann man aus deren **Sozialschädlichkeit** und den Schwierigkeiten der Verbrechenskontrolle herleiten. Diese ergibt sich aus dem Missbrauchspotential, der beachtlichen Viktimisierungsbreite, dem Fehlen informeller Sozialkontrolle und dem Schadensumfang. Ein wichtiger Hinweis auf die Sozialschädlichkeit der Wirtschaftskriminalität lässt sich schon den durch diese hervorgerufenen materiellen Schäden entnehmen. Deren Höhe ist allerdings umstritten.
- 23** In den 60er-Jahren wurde dieser noch auf einige hundert Mio. DM veranschlagt, während sich die Schätzungen mittlerweile auf 5 bis 192 Mrd. € belaufen.⁴⁶ Anhaltspunkte für die Größenordnung der deliktisch verursachten **materiellen Schäden** bietet für die Gegenwart die PKS. Im Hinblick auf die fehleranfällige Erfassung wird man die von der PKS ausgewiesenen Schadensbeträge aber nur mit Einschränkungen der Analyse zugrunde legen können. 2004 belief sich der polizeilich erfasste Gesamtschaden auf 10,4 Mrd. €, bezogen auf insgesamt 4,14 Mio. Kriminalfälle. Von diesen Fällen entfielen 81 144 = 2,0 % auf Delikte mit der Sonderkennung „Wirtschaftskriminalität“; durch sie wurden jedoch mehr als die Hälfte aller erfassten Schäden herbeigeführt, nämlich 5,6 Mrd. €. Mit anderen Worten: 2,0 % aller Delikte verursachten im Bundesgebiet 53,8 % des deliktisch veranlassten Gesamtschadens.⁴⁷ Der gesamte registrierte Diebstahlschaden betrug hingegen „nur“ 2,3 Mrd. €,⁴⁸ bezogen auf 3,0 Mio. Fälle des Diebstahls.
- 24** Berücksichtigt man die im Dunkelfeld gebliebenen Wirtschaftsdelikte und die minderschweren Vergehen, dürfte sich der Schaden insgesamt auf mehr als 20 Mrd. € bewegen. Dies ist ein Betrag, der die Summe der Schäden aller sonstigen gegenständlichen Kriminalität übersteigen dürfte,⁴⁹ wenn man bei der Verkehrsdelinquenz einmal von den hohen Folgeschäden absieht. Er ist für sich allein gravierend genug, eine Verstärkung der Verbrechenskontrolle auf dem Gebiet der Wirtschaftsdelinquenz zu rechtfertigen, obwohl selbst dieser immense Schaden das Bruttonationaleinkommen (früher Bruttosozialprodukt) der Bundesrepublik von über 2 118,2 Mrd. € im Jahre 2003 (alte Bundesländer) nur zu einem kleinen Teil berührt.⁵⁰
- 25** Doch nicht allein der materielle Schaden bedingt die Sozialschädlichkeit der Wirtschaftsstraftaten. Durch den Vertrieb mangelhafter Arznei- oder Nahrungsmittel – ebenfalls eine Erscheinungsform des Wirtschaftsverbrechens – können **gesundheitliche Schäden** entstehen, die nicht in Geld zu berechnen sind. Man denke etwa an Lebensmittelfälschungen. Im spanischen „Olivenöl-Skandal“ erkrankten im Jahr 1981 infolge massiver Lebensmittelvergiftung über 9000 Menschen, von denen wiederum mehr als 50 den Tod fanden. Zu erinnern ist ferner an die „Wein“- und „Eiernudelskandale“ Mitte der 80er-Jahre in Deutschland.
- 26** 3. Außer auf diese unmittelbaren Schäden der Wirtschaftsverbrechen wird in der Literatur vielfach auf die besonders gefährlichen immateriellen, mittelbaren Folgen dieser Straftaten hingewiesen, die man allgemein mit deren **Sog- und Spiralwirkung** bezeichnet.⁵¹

Der Begriff **Sogwirkung** besagt, dass Mitbewerber aufgrund des Wettbewerbsdruckes gezwungen sind, wirtschaftsdelinquentes Verhalten ihrer Konkurrenten nachzuahmen, um konkurrenzfähig zu bleiben.

Spiralwirkung meint dagegen, dass Wirtschaftsverbrechen häufig eine typische Folgekriminalität Dritter hervorrufen, die durch Urkundenfälschung, Bestechlichkeit usw. wirtschaftskriminelles Verhalten unterstützen.

⁴⁴ Amtsblatt der EU Nr. C 206, 1.; zur Kritik FAZ Nr. 200 v. 29. 8. 2000 („Schleppende Korruptionsbekämpfung. Erster Jahresbericht des OLAF-Überwachungsausschusses“); *Europäischer Rechnungshof*, Jahresbericht 1999, vorl. Ausgabe v. 14. 11. 2000; ferner FAZ Nr. 267 v. 16. 11. 2000 („Milliardenschlamperei im EU-Haushalt. Zahlungen nicht ordnungsgemäß abgewickelt/Rechnungshofbericht“); zum Ganzen *Schwind* 2005, 672 ff.

⁴⁵ Zur internat. Verbrechensbekämpfung und ihre justizielle Kontrolle durch EUROPOL und EUROJUST *Milke* 2003; zu den europarechtlichen Einflüssen auf das deutsche Wirtschaftsstrafrecht s. den Überblick von *Achenbach* 2004, 566 ff. Nach der Pressemitteilung zum Jahresbericht des Europ. Rechnungshofs zur Ausführung des Haushaltsplans der EU für das Haushaltsjahr 2003 sind noch immer erhebliche Mängel, insbes. im Bereich der Agrarpolitik zu beklagen, was namentlich auf Schwachstellen in den Überwachungs- und Kontrollsystemen zurückgeführt wird.

⁴⁶ Dazu eingeh. *Schwind* 2005, 420 f.; krit. *Kaiser* 1996, 844.

⁴⁷ Berechnet nach Tab. 7 PKS 2004; z. Ganzen ferner BKA, Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2003, 17 f.

⁴⁸ PKS 2004, 66.

⁴⁹ *Tiedemann* 1976, 20.

⁵⁰ Statistisches Jahrbuch 2004, 729.

⁵¹ *Tiedemann* 1976, 25 ff.; *Eisenberg* 1990, 732; *Göppinger* 1997, 549; *Dannecker* 2000, 13; *Schwind* 2005, 121; zurückhaltend *Meier* 2003, 235, differenzierend *Bannenberg* 2002, 370.

Diese an sich einleuchtenden Wirkungen sind jedoch bis heute nicht darauf hin geprüft worden, ob sie im gesamten Bereich der Wirtschaftsdelinquenz bestehen. Wie die Erklärung der Sogwirkung bereits zeigt, kann eine derartige „Ansteckung“ allenfalls dort entstehen, wo Wettbewerber bei einem Markt aufeinander treffen. Ebenso wenig wie Mord im Allgemeinen zur Nachahmung zwingt, wird es auch eine Sogwirkung bei Veruntreuung geben. Es bedarf daher in diesem Bereich der Differenzierung und weiteren empirischen Absicherung. Daher bietet die behauptete Sogwirkung gegenwärtig keinen Anlass zur besonderen Intensivierung der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität.

27

Die behauptete Spiralwirkung oder Folgekriminalität ist dagegen keine Besonderheit des Wirtschaftsverbrechens. Andere Delinquenzbereiche wie z. B. die Drogenkriminalität⁵² ziehen ebenfalls weitere Straftaten nach sich.

Als Fazit bleibt, dass infolge des Missbrauchspotentials sowie wegen des Umfangs, Schweregrads, der Viktimisierungs- und Schädigungsintensität der Wirtschaftsdelikte, bei deren Strafverfolgung sich überdies erhebliche Beweisschwierigkeiten ergeben, eine wirksame Bekämpfung unverändert geboten ist. Um die Notwendigkeit einsichtig zu machen, bedarf es nicht erst des Rückgriffs auf die so genannte Sog- und Spiralwirkung der Wirtschaftsstraftaten.

IV. Aufgabe 4: Erläutern Sie die Bedeutung des Ordnungswidrigkeitenrechts für die Bekämpfung der sich vor allem als Verbandsdelinquenz äußernden Wirtschaftsdelikte. Skizzieren Sie in diesem Zusammenhang die Besonderheiten des Verfahrens bei Ordnungswidrigkeiten gegenüber dem allgemeinen Strafprozessrecht.

1. Unterschied man ursprünglich den materiellen Gehalt von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten danach, ob eine ethisch vorwerfbare Rechtsverletzung oder bloßer, ethisch wertneutraler Verwaltungsungehorsam vorliegt,⁵³ so war diese durchgehend qualitative Differenzierung spätestens nach der Entkriminalisierung der Verkehrsübertretungen und deren Ausgestaltung als Ordnungswidrigkeiten (1968) nicht mehr haltbar. Vielmehr nimmt das heutige Ordnungswidrigkeitenrecht auch Fälle krimineller Bagatelldelinquenz und des überindividuellen „Vorfeldschutzes“ auf, so dass sich für den Grenzbereich zwischen Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht materiell allenfalls quantitative Unterschiede ausmachen lassen.⁵⁴

28

Im Bereich der Wirtschaftsdelinquenz ist etwa die mit dem leichtfertigen Subventionsbetrug (§ 264 III StGB) vergleichbare leichtfertige Steuerverkürzung (§ 378 AO) als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet oder der Sozialwucher (§§ 3–6 WiStG), anders als der Individualwucher (§ 302 a StGB), lediglich bußgeldbewehrt.

29

Selbst für den Missbrauch wirtschaftlicher Machtpositionen und die wettbewerbsbeschränkende Verabredung überhöhter (Schein-)Angebote unter (Schein-)Wettbewerben waren bis 1997 in den §§ 38, 39 GWB nur Ordnungswidrigkeitentatbestände vorgesehen. Erst das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption von 1997 wertete einen Teil der bisherigen Ordnungswidrigkeiten, namentlich wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen, zu Vergehen auf (§ 298 StGB). Ferner wurde der bisher im UWG befindliche Straftatbestand der „Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr“ erweitert und als § 299 in das StGB übernommen.⁵⁵

2. Die bloße Existenz zahlreicher Bußgeldtatbestände auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts ermöglicht indessen noch keine vollständige Beantwortung der Frage nach der Bedeutung des Ordnungswidrigkeitenrechts für die Bekämpfung der Wirtschaftsdelinquenz. Relevant ist weiter, wer als **tauglicher Täter von Wirtschaftsordnungswidrigkeiten** mit Bußgeld belegt werden kann. Dies erscheint deshalb problematisch, weil die **Wirtschaftsdelinquenz** vorwiegend als **Verbandsdelinquenz**, d. h. zumeist im Rahmen von Unternehmen und Betrieben auftritt.⁵⁶ Zwar wenden sich so die oft als Sonderdelikte konzipierten einschlägigen Tatbestände primär an den Inhaber des jeweiligen Unterneh-

30

⁵² Vgl. Kaiser 1996, 646 ff.; Heinz 1999 a, 688 ff.

⁵³ Vgl. § 6 WiStG v. 1949; ferner Tiedemann 1976, 127 ff.

⁵⁴ Vgl. Göbler 2002, vor § 1 Rn. 3 ff.

⁵⁵ Vgl. Tröndle/Fischer 2004, § 298 Rn. 1.

⁵⁶ Vgl. Boers 2001, 338 ff.; Bussmann u. a. 2004, 258 f.

mens (als natürliche Person). Schwierigkeiten ergeben sich aber, wenn der Unternehmensinhaber selbst gar nicht handelt oder eine handlungs- und schuldunfähige juristische Person Unternehmens-träger ist. Regelungen für diese Konstellationen finden sich in den §§ 9, 30, 130 OWiG.⁵⁷

- 31** Das Zusammenspiel dieser Bestimmungen hat praktisch zur **Haftung des Unternehmens** für seine systemische Mangelhaftigkeit geführt. Handelt eine das Unternehmen leitende Person in strafbarer oder ordnungswidriger Weise, so haftet das Unternehmen dafür gemäß § 30 OWiG. Würde die Verfehlung einer nicht leitenden Person durch die defizitäre Organisation des Unternehmens begünstigt, so haftet dafür zunächst der Inhaber des Unternehmens. Denn Organisationsmängel sind regelmäßig die Folge von Aufsichtspflichtverletzungen und werden somit tatbestandlich von § 130 OWiG erfasst.⁵⁸ Weil aber die Aufsichtspflicht über die Organisation nicht nur den Inhaber, sondern auch die ihm nach § 9 OWiG gleichgestellten Vertreter trifft, haftet schließlich das gesamte Management für Organisationsmängel im Unternehmen. Da für dessen Fehler wiederum nach § 30 OWiG das Unternehmen einstehen muss, haftet das Unternehmen im vollen Umfang für seine systemische Mangelhaftigkeit.⁵⁹
- 32** Den Fall, dass bei Sonderdelikten ein Nichtqualifizierter anstelle des eigentlich Pflichtigen tätig wird, regelt für das Ordnungswidrigkeitenrecht § 9 OWiG (vgl. § 14 StGB). Indem diese Vorschrift gesetzliche und bestimmte „gewillkürte“ Vertreter dem eigentlichen Normadressaten in Bezug auf „besondere persönliche Merkmale“ gleichstellt, verhindert sie, dass hier weder der nicht handelnde Pflichtige noch der nichtpflichtige Handelnde bußgeldrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann.
- 33** Für den Fall, dass eine juristische Person, ein nicht rechtsfähiger Verein oder eine Personenhandels-gesellschaft Unternehmensträger ist, sieht § 30 OWiG die Möglichkeit der Verhängung einer **Verbandsgeldbuße** vor. Mit dem 2. WiKG wurde die Möglichkeit der selbständigen Verhängung dieser Sanktion stark ausgeweitet (§ 30 IV OWiG); dementsprechend ist sie nicht mehr nur als Nebenfolge solcher Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten ausgestaltet, die von Organen, Vorständen oder vertretungsberechtigten Gesellschaften unter Verletzung der Pflichten oder zwecks Bereicherung des jeweiligen Verbands begangen werden. Die Verbandsgeldbuße wird nicht mehr bloß unter dem Gesichtspunkt einer dem Verband zurechenbaren Anknüpfungstat gesehen. Vielmehr soll der eigentliche Grund der Verhängung von Verbandsgeldbußen im Organisationsverschulden des Verbandes selbst liegen.⁶⁰ Das Höchstmaß der Bußgeldandrohung für vorsätzliche Straftaten als Anknüpfungstaten des § 30 I OWiG beträgt 1 Mio. DM, für fahrlässige Straftaten 500 000 DM (§ 30 II 1 OWiG).
- 34** Allerdings kann in den Fällen, in denen eine Gewinnabschöpfung über eine (Verbands-)Geldbuße nicht möglich ist (vgl. § 17 IV OWiG), unter den Voraussetzungen des § 29 a OWiG immer noch der **Verfall von Vermögensvorteilen** angeordnet werden.
- 35** 3. Bei Ordnungswidrigkeiten, die im Rahmen von Betrieben und Unternehmen begangen werden, kommen damit **drei Gruppen von Bußgeldbescheiden** in Frage:
- solche gegen besonders aktive Unternehmensangestellte, die im Allgemeinen dem mittleren Management angehören (vgl. für Sonderdelikte § 9 II Nr. 2 OWiG);
 - solche gegen verantwortliche Unternehmensorgane, vor allem wegen Aufsichtspflichtverletzungen (§ 130 OWiG);
 - solche gegen das Unternehmen selbst, wobei als Anknüpfungstat des § 30 I OWiG eine Ordnungswidrigkeit nach § 130 OWiG ausreichen soll.⁶¹
- 36** 4. Neben der Besonderheit beim Opportunitätsprinzip weist das Ordnungswidrigkeitsverfahrensrecht im Vergleich zum allgemeinen Strafprozessrecht eine Reihe weiterer **Unterschiede** auf. Anders als im Strafprozess, wo die Staatsanwaltschaft Herrin des Vorverfahrens ist, liegt sowohl die **Verfolgung** als auch die **Ahndung** von Ordnungswidrigkeiten **in der Hand der als Bußgeldbehörde zuständigen Verwaltungsbehörde** (§§ 35 ff. OWiG; vgl. aber §§ 40, 41 OWiG). Die Ahndung durch

⁵⁷ Vgl. *Lampe* 1996, 108; *Dannecker* 2000, 22 ff.

⁵⁸ *Göhler* 2002, § 130 Rn. 14.

⁵⁹ *Lampe* 1996, 108; demgemäß ist die Erhöhung der Geldbuße gegen das Unternehmen wegen des aus der Tat gezogenen wirtschaftlichen Vorteils leichter möglich als die schwierige Gewinnabschöpfung über den strafrechtlichen Verfall gem. §§ 73 ff. StGB; dazu *Achenbach* 2004, 570.

⁶⁰ Zur neueren Praxis siehe I. PSB 2001, 156, u. *Achenbach* 2004, 570 f.

⁶¹ H. M.; vgl. *Rebmann u. a.* 1995, § 30 Rn. 27; *Göhler* 2002, § 30 Rn. 17.

Bußgeldbescheid erfolgt **nach vorheriger Anhörung des Betroffenen** (§§ 55 ff. OWiG). Anders als im Ermittlungsverfahren nach der StPO muss er hier aber weder darüber belehrt werden, dass er einen Verteidiger beiziehen kann, noch über sein Recht zur Beantragung von Entlastungsbeweisen unterrichtet werden (§ 55 II OWiG; vgl. §§ 136, 163 a StPO).

Gegen den Bußgeldbescheid kann binnen zwei Wochen **Einspruch bei der Bußgeldbehörde** eingelegt werden (§ 67 OWiG). Legt der Betroffene keinen form- und fristgerechten Einspruch ein, so wird der Bußgeldbescheid rechtskräftig und vollstreckbar (§ 66 II Nr. 1 a OWiG); tut er dies jedoch, so verliert der Bußgeldbescheid seinen im Unterschied zum Ersturteil im Strafprozess nur vorläufigen Spruchcharakter. Er behält für das weitere Verfahren nur noch die Funktion einer Beschuldigung. Erhält die Bußgeldbehörde den Bußgeldbescheid nach einem **Zwischenverfahren** noch immer aufrecht, so gibt sie die Ermittlungsakten – und damit die Verfahrensherrschaft – an die Staatsanwaltschaft ab (§ 69 OWiG); diese legt die Akten dem für das nun folgende **Hauptverfahren** örtlich zuständigen **Amtsgericht** (§ 68 OWiG) vor, wenn sie nicht das Verfahren gem. §§ 46 I OWiG, 170 II StPO oder § 47 I OWiG einstellt.

37

Im Hauptverfahren unterliegt der Tatvorwurf anders als bei Berufung oder Revision der völlig neuen und selbständigen Würdigung durch den Amtsrichter, dem **zwei Verfahrensarten** offen stehen:

38

- Hält das Gericht eine Hauptverhandlung nicht für erforderlich und widersprechen weder die Staatsanwaltschaft noch der Betroffene, so kann er – praktisch nach Aktenlage – durch Beschluss entscheiden. In diesem Verfahren gilt das Verbot der reformatio in peius (§ 72 OWiG).
- Andernfalls findet eine Hauptverhandlung statt, für die i. W. die Vorschriften über den Einspruch gegen einen Strafbefehl gelten (§ 71 OWiG). Anders als im Strafverfahren besteht für den Betroffenen hier keine grundsätzliche Anwesenheitspflicht (§ 73 OWiG; vgl. §§ 230, 231 StPO). Das Verschlechterungsverbot findet im Unterschied zum Beschlussverfahren keine Anwendung (vgl. § 66 II Nr. 1 b OWiG).

Gegen das Urteil und den Beschluss nach § 72 OWiG ist – allerdings auf bestimmte Fälle **beschränkt** – **die Rechtsbeschwerde** (§ 79 OWiG) zum OLG möglich.

39

V. Aufgabe 5: Vergleichen Sie die Strukturen und Schwerpunkte der gegenwärtigen Strafzumessungspraxis gegenüber Wirtschaftsdelinquenten, Verkehrstätern und Dieben; erläutern Sie die etwaigen Unterschiede und nehmen Sie dazu begründet Stellung.

Innerhalb der angesprochenen Deliktgruppen haben wir es beim Diebstahl mit einem Teil der traditionellen oder klassischen Kriminalität zu tun. Bei der neueren Wirtschafts- und Verkehrsdelinquenz handelt es sich dagegen um Straftaten, die von einem Großteil der Bevölkerung seltener als Verbrechen eingestuft und eher als „Kavaliersdelikte“ betrachtet werden.

40

Ein Vergleich der Sanktionspraxis bezüglich dieser Tätergruppen zeigt, dass nach wie vor ein beträchtlicher Unterschied in der Sanktionierung von Wirtschafts- und Verkehrstätern einerseits und Dieben andererseits besteht. Allerdings ist die Diskrepanz nicht mehr so krass wie in früheren Jahrzehnten. Die auffällige Zunahme der anteiligen Verurteilungen zu Geldstrafe bei Dieben und Verkehrsdelinquenten seit 1968 ist dabei auf die Einführung des § 47 StGB zurückzuführen, der kurze Freiheitsstrafen, die früher in diesem Bereich oft verhängt wurden, nur noch in Ausnahmefällen erlaubt. Strafen über 1000 DM erfuhren bei den Wirtschaftsdelinquenten eine Steigerung, während sie bei den Verkehrstätern weniger stark anstiegen. Demgegenüber mussten von den Dieben 1968 nur wenige der zu Geldstrafe Verurteilten mehr als tausend Mark entrichten.

41

Waren daher bei den hohen Geldstrafen noch 1968 Diebe und Verkehrstäter in einer vergleichbaren Situation und haben sich zwischenzeitlich bei Verkehrs- und Wirtschaftsdelinquenten ähnliche Sanktionsmuster herausgebildet, so lassen die Strafzumessungsdaten nunmehr eher ein Stufenverhältnis erkennen.

Ferner ergibt sich, dass bei Verkehrstätern die Strafe gegenüber früher weit häufiger zur Bewährung ausgesetzt wird. Dies ist zum großen Teil auf das Bemühen zurückzuführen, den stigmatisierenden Folgen des Freiheitsentzuges auszuweichen, das auch in § 47 StGB seinen Niederschlag gefunden hat. Nach der Prozentzahl der Aussetzungen zur Bewährung sind somit die Verkehrsdelinquenten erneut mit den Wirtschaftstätern vergleichbar. Dieben hingegen wird weit öfter die Aussetzung der Freiheits-

42

strafe zur Bewährung versagt, obwohl auch bei diesen seit 1968 insgesamt eine Steigerung bei dieser Sanktionsart zu verzeichnen ist.

- 43** Dieser Vergleich der verhängten Strafen legt zumindest die Vermutung nahe, dass sich die Gerichte in der Wahl ihrer Sanktionen weitgehend am Täter und am Tatbild orientieren. Angepasst erscheinende und selten vorbestrafte Täter, wie es Wirtschafts- und Verkehrsdelinquente i. d. R. sind,⁶² erfahren demzufolge bei der Strafzumessung eine unterschiedliche Behandlung verglichen mit klassischen Tätern wie Dieben. Damit entspricht die gegenwärtige Sanktionspraxis der Gerichte zumindest vom Ergebnis her der überwiegenden Einstellung der Bevölkerung in diesem Bereich.
- 44** Da sich jedoch insbes. die Wirtschaftsdelikte wegen der o. a. Höhe der materiellen wie auch immateriellen Schäden als überaus gesellschaftsschädlich erweisen, muss die Berechtigung solch einer Differenzierung angezweifelt werden. Dies gilt allerdings nicht für die Höhe der verhängten Geldstrafen, da hierfür gem. § 40 II StGB vor allem die jeweiligen persönlichen Verhältnisse entscheidend sind und eine unterschiedliche Behandlung von daher gerechtfertigt ist. Von diesem Punkt abgesehen, erscheint es jedoch, vor allem im Hinblick auf Art. 3 GG, geboten, eine noch stärkere Angleichung der Strafzumessungspraxis gegenüber Dieben an jene den Wirtschafts- und Verkehrsdelinquenten gegenüber geübte Praxis anzustreben. Durch verstärkte öffentliche Diskussion über die Problematik, insbes. über die Sozialschädlichkeit wirtschaftsdelinquenter Verhaltensweisen, gilt es zumindest auf längere Sicht, einen Wandel der Einstellung in dieser Richtung zu erreichen.⁶³

VI. Aufgabe 6: Nehmen Sie nach dem heutigen Kenntnisstand der Sanktionsforschung zu der Frage Stellung, ob ausnahmsweise gegen Wirtschaftsstraftäter kurze Freiheitsstrafen erforderlich sind, um die Wirtschaftskriminalität wirksam einzudämmen, oder ob Sanktionsalternativen in Betracht kommen.

- 45** 1. Die Verhängung kurzer Freiheitsstrafen unter 6 Monaten ist generell wenig sinnvoll, weil sie den Täter stigmatisiert, ohne ihn wegen der Kürze der Zeit resozialisieren zu können. Der Täter kann während einer kurzen Inhaftierung weder rechtstreu Verhalten trainieren noch es beweisen. Dazu kommt, dass eine kurze Freiheitsstrafe ihn aus seinen gesellschaftlichen Bezügen reißt, nur um ihn wenig später nach seiner Entlassung vor die alten Probleme zu stellen, zu denen ein neues, die Wiederherstellung der unterbrochenen Beziehungen, tritt. Des Weiteren besteht grundsätzlich die Gefahr einer kriminellen Ansteckung.⁶⁴ Diese Gründe haben dazu geführt, die Verhängung von Freiheitsstrafen unter 6 Monaten nur noch als Ultima Ratio zuzulassen. Mit In-Kraft-Treten des § 14 I StGB a. F. (§ 47 I StGB n. F.) am 1. 4. 1970 war dieses seit langem angestrebte Ziel der strafrechtlichen Reformbewegung erreicht. Durch die Einführung des § 38 II StGB i. d. F. vom 1. 1. 1975 wurden darüber hinaus Freiheitsstrafen unter einem Monat ausnahmslos abgeschafft.
- 46** 2. Trotz der geschilderten Nachteile, welche die Verhängung kurzzeitigen Freiheitsentzuges mit sich bringt, wird erörtert, ob diese Sanktion nicht doch bei Verkehrs- und vor allem Wirtschaftsdelinquenten erforderlich sei.⁶⁵
- 47** Zur Begründung dieser Ansicht wird angeführt, dass Wirtschaftstäter i. d. R. sozial angepasst und daher nicht resozialisierungsbedürftig seien. Damit mag zwar ein Argument in Bezug auf die Ablehnung kurzer Freiheitsstrafen – die Gefährdung der Resozialisierung – für diese Tätergruppen entfallen. Die übrigen Nachteile dieser Sanktion werden aber dadurch nicht ausgeräumt. Daher kann jene Argumentation allein nicht ausreichen, um von der Notwendigkeit kurzzeitigen Freiheitsentzuges für Wirtschaftsstraftäter zu überzeugen. Darüber hinaus wird vorgebracht, die kurze Freiheitsstrafe habe auf diese Täter im Gegensatz zu den meisten anderen Sanktionsmitteln einen überaus großen Abschreckungseffekt, weshalb auf diese Sanktion zur Eindämmung der Wirtschaftsdelinquenz nicht verzichtet werden könne.⁶⁶ Daneben seien Angehörige der Mittel- und Oberschicht, aus denen sich die Wirtschaftsstraftäter in aller Regel rekrutierten, nicht so leicht zu stigmatisieren wie Unterschichtangehörige.

⁶² Für Wirtschaftstäter *Kaiser* 1996, 849; für Verkehrstäter ebenda, 910 ff.

⁶³ Einen neueren Überblick zur Sanktionierung der Wirtschaftsdelikte bietet der 1. PSB 2001, 155 ff.

⁶⁴ *Kaiser* 1996, 998 f.; zur erneuten allgem. Zunahme der Verurteilten zu Freiheitsstrafen s. 1. PSB 2001, 375 ff.

⁶⁵ Generell zur Problematik *Weigend* 1986, 260 ff.; *Jescheck/Weigend* 1996, 760.

⁶⁶ *Tiedemann* 1976, 273.

Diese letzte These mag stimmen. Aber selbst danach ist eine Stigmatisierung von Wirtschaftsdelinquenten durch kurzzeitigen Freiheitsentzug nicht ausgeschlossen. Die allgemein wegen der Gefahr einer Stigmatisierung bestehenden Bedenken gegenüber dieser Sanktion können daher auch im Bereich der Wirtschaftskriminalität nicht unberücksichtigt bleiben. **48**

Im Hinblick auf die Abschreckungsfunktion der kurzen Freiheitsstrafe, die etwa *Tiedemann*⁶⁷ mit Verweis auf Forschungsarbeiten auch in der Bundesrepublik als erwiesen ansieht, ist zu bemerken, dass alle Untersuchungen auf diesem Gebiet sich bislang auf eng begrenzte Teilbereiche der Wirtschaftsdelinquenz bezogen haben. Außerdem sind die bisherigen Ergebnisse zu vereinzelt, um eine Verallgemeinerung zu erlauben. Hinzu kommt, dass eine vergleichende Wirkungsanalyse noch ganz aussteht. Auch zeichnet sich in der empirischen Forschung immer mehr ab, dass nicht die Art und Höhe der angedrohten Sanktion, sondern die perzipierte Sicherheit der Entdeckung eine abschreckende Wirkung hat.⁶⁸

Nach dem gegenwärtigen Stand der Forschung können deshalb kurzzeitige Freiheitsstrafen allein wegen der möglichen, empirisch aber keineswegs hinreichend gesicherten Abschreckungswirkung bei Wirtschaftsdelinquenten nicht als unbedingt erforderlich angesehen werden. Dies gilt insbesondere, weil deren Befürworter die allgemein geäußerten Bedenken gegen den kurzzeitigen Freiheitsentzug – vor allem dass dieser veraltet und inhuman sei – nicht ausräumen konnten. Daher ist auch gegenüber Wirtschaftsstraftätern bei der Verhängung kurzer Freiheitsstrafen Zurückhaltung geboten, zumal es gerade im Bereich der Wirtschaftsdelinquenz eine ganze Reihe anderer, weniger stigmatisierender Sanktionen gibt wie z. B. hohe Geldstrafen, die Gewinnabschöpfung, die Verhängung eines Berufsverbots nach § 70 StGB oder die Versagung der Gewerbeerlaubnis gem. § 35 GewO, die bei einer ausgedehnten Anwendung keinesfalls geringeren Erfolg versprechen. Schließlich ist gar an den elektronisch überwachten Hausarrest zu denken.⁶⁹ Solange keine Belege für eine größere Effizienz kurzzeitiger Freiheitsstrafen vorliegen, muss es deshalb schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit bei dem geringeren Eingriff wie der Verhängung von Geldstrafen bleiben. **49**

⁶⁷ 1976, 249 f.

⁶⁸ Zu den empirischen Grundlagen der Generalprävention *Schöch* 1985, 1081 ff.; *ders.* 1996, 298 f., 326; ferner oben Fall 3, Rn. 45 ff.

⁶⁹ Siehe oben Fall 7.

10. Triofall

Gewalttätigkeit – Gruppenkriminalität – Frauenkriminalität – Kinderdelinquenz – Zuständigkeit des Gerichts – Rechtsfolgen und Rechtsmittel nach dem JGG – Rechtsstellung der Jugendgerichtshilfe – Untersuchungshaft nach dem JGG – Arbeitsentgelt im Jugendstrafvollzug

Grundlage: Kombinierte Fallanalyse mit den Schwerpunkten in Kriminologie und Jugendstrafrecht

Sachverhalt: Der 12-jährige A, die 17-jährige B und der 19-jährige C, ein unternehmungslustiges Trio, befinden sich in der Straßenbahn auf dem Weg zum Messeplatz. Ihnen gegenüber sitzt ein junger Mann, der eine Quarzuhr trägt. Ihnen gefällt die Uhr. Sie fordern den jungen Mann auf, ihnen die Uhr zu geben. Da er dies ablehnt, bedrängen ihn die drei und setzen ihm durch Stöße und Schläge so sehr zu, dass er ihnen die kostbare Uhr überlässt. Als die drei einige Zeit später die Uhr veräußern wollen, werden sie festgenommen.

Aufgaben:

1. Sie sind bei der Staatsanwaltschaft mit der Bearbeitung des Falles befasst und prüfen, ob und welche Rechtsfolgen gegen die Täter in Betracht kommen. Nehmen wir an, es liegt ein Fall räuberischer Erpressung vor. Bei welchem Gericht erheben Sie ggf. Anklage und gegen wen?

In der Hauptverhandlung beantragt der Staatsanwalt gegen B die Anordnung von Erziehungshilfe, da eine dem Wohle der B entsprechende Erziehung nicht gewährleistet sei. Der Jugendgerichtshelfer tritt dem Antrag entgegen und meint, dass in diesem Fall auch ein Freizeitarrrest ausreiche, zumal Jugendkriminalität normal sei. Um die erzieherischen Gesichtspunkte zur Geltung zu bringen, beantragt er, die Hauptverhandlung zu vertagen und ihm zunächst einmal Akteneinsicht zu gewähren. Andernfalls sähe er sich gezwungen, das Urteil anzufechten. Dem widerspricht der Staatsanwalt und weist auf den bedrohlichen Anstieg der Frauenkriminalität hin, insbesondere auf die wachsende Beteiligung von Frauen an Gewaltdelikten.

2. Nehmen Sie zu den Anträgen, Begründungen und inhaltlichen Ausführungen der Verfahrensbeteiligten Stellung.

Gegen den 19-jährigen C, der aus der Untersuchungshaft vorgeführt worden ist, beantragt der Staatsanwalt die Verhängung von 15-monatiger Jugendstrafe und im Übrigen, den Haftbefehl aufrechtzuerhalten. Diesem Antrag widerspricht der Jugendgerichtshelfer und meint, dass auch eine vorläufige Anordnung über die Erziehung des C ausreiche.

3. Sind die Anträge hinsichtlich des C. zulässig und begründet?

C wird zu einer Jugendstrafe von 9 Monaten verurteilt und die Jugendstrafe 3 Jahre zur Bewährung ausgesetzt. Es wird die Weisung erteilt, die abgebrochene Lehrausbildung fortzusetzen. Dieser Weisung kommt C auch 2 Jahre lang nach. Doch im letzten Lehrjahr, C ist inzwischen 21 Jahre alt, verstößt er beharrlich gegen die Weisung.

4. Aufgrund welcher Voraussetzungen konnte das Gericht eine Jugendstrafe zur Bewährung aussetzen? Ist die erteilte Weisung zulässig? Was kann das Gericht bei beharrlicher Nichtbefolgung der Weisung und im Fall weiterer Straffälligkeit unternehmen?

5. Welche Rechtsmittel stehen B zur Verfügung, wenn sie zu einem Freizeitarrrest verurteilt wird? Hätte ein Rechtsmittel Aussicht auf Erfolg? Welches Gericht ist für die Entscheidung zuständig?

6. Hat C Anspruch auf ein Arbeitsentgelt, ggf. in welcher Höhe, wenn die Strafaussetzung zur Bewährung widerrufen wird und C seine Strafe in der Jugendstrafanstalt verbüßen muss?

1 **Zur Problemstellung:** Die Schwerpunktfragen dieses Falles liegen in Aspekten der Gewalt-, Gruppen- und Frauenkriminalität sowie in der Problematik einiger Rechtsfolgen, die sich nach dem JGG ergeben.

2 1. **Gemeinschaftliche Begehungsweise**, Tatgenossenschaft oder Gruppendelinquenz findet aus altersspezifischen Gründen in der Jugendkriminalität ihren häufigsten Anwendungsfall, ohne sich frei-lich darin zu erschöpfen.

Das Strafrecht berücksichtigt gemeinschaftliches Handeln mehrerer Täter z. T. in besonderen Vorschriften, so bei Zusammenrottung i. S. d. §§ 124 ff. StGB, der kriminellen Vereinigung nach §§ 129 f. StGB, insbesondere beim organisierten Verbrechen i. S. terroristischer Gruppen oder der Mafia,¹ und beim Bandendiebstahl gem. § 244 I Nr. 2 StGB oder Bandenraub gem. § 250 I Nr. 2 StGB.

Kriminologisches Interesse und kriminalpolitische Bedeutung beruhen vor allem auf der vermuteten Sozialgefährlichkeit gemeinschaftlich handelnder Täter, insbesondere dann, wenn sie organisiert sind und gewalttätig vorgehen. Belangvoll ist dafür der von der Gruppe ausgehende negative Sozialisationsprozess und der soziale Druck durch die Gruppenmitglieder. Vor allem neigen junge Leute in der Gruppe dazu, auffällig zu werden und Rechtsbrüche zu begehen, die sie allein nicht verüben würden. Deshalb ist die Kriminalprognose bei den mehr passiv-beteiligten Gruppenangehörigen im Allgemeinen günstig, obwohl aus generalpräventiven Gründen die gemeinschaftliche Begehungsweise besondere Beachtung verdient. Der kumulative Effekt von Tatgenossenschaft, Gewalttätigkeit und hoher Sichtbarkeit oder Öffentlichkeit derartiger Deliktsbegehung verstärkt die allgemeine Aufmerksamkeit sowie Verbrechensfurcht und fordert zur entschiedenen Reaktion heraus. 3

2. Entsprechend obigem Sachverhalt und tatsächlicher Häufigkeit steht die **Tatgenossenschaft im Jugendalter im Mittelpunkt** der Analyse. Ganz allgemein kann gesagt werden, dass seit etwa Mitte der 50er-Jahre junge Menschen häufiger in der Gruppe zu delinquieren scheinen. Es handelt sich vornehmlich um zufällige und lockere Rudelbildungen, seltener hingegen um Banden i. S. fest gefügter, organisierter Verbindungen. 4

Während für eine kriminelle Vereinigung i. S. d. §§ 129, 129a StGB der Zusammenschluss von mindestens drei Personen erforderlich ist,² sollte bislang nach h. M. für eine Bande nach den §§ 244 I Nr. 2, 250 I Nr. 2 StGB bereits die Zweiergruppe ausreichen.³ Obschon zahlenmäßig die Zweierverbindung in der Jugendkriminalität überwiegt, ist die Gruppe von drei und mehr Tätern kriminologisch deshalb bedeutsam, weil es hier schon um gruppendynamische Prozesse geht und von gruppenspezifischen Interaktionen mit wechselseitigen Beeinflussungen nur bei einem Zusammenschluss von mehr als zwei Menschen die Rede sein kann.⁴ 5

Nach den Befunden der kriminologischen Einzelforschung kann davon ausgegangen werden, dass in Kontinentaleuropa höchstens bis zu 40 % der registrierten Jugendstraftaten in der Gruppe begangen werden, verglichen mit 60 bis 75 %, die aus dem angloamerikanischen und skandinavischen Raum berichtet werden.⁵ Dieser Unterschied ist jedoch z. T. auf die Einbeziehung jüngerer Altersgruppen, nahe gelegt durch die niedrigere Strafmündigkeitsgrenze beispielsweise des britischen Jugendkriminalrechts, zurückzuführen, zumal gerade die Altersgruppe der 11- bis 14-Jährigen erfahrungsgemäß häufiger aus der Gruppe heraus handelt. Außerdem ist bedeutsam, dass Jugendliche generell in höherem Maße gemeinschaftlich delinquieren als Heranwachsende, wenn auch bei ihnen nur höchst selten von Kriminalität in einer feststrukturierten Gemeinschaft gesprochen werden kann. Vielmehr überwiegen hier diffuse Gesellungsformen. 6

Ferner werden Gewaltdelikte von Jugendlichen vorwiegend gemeinschaftlich und häufiger miteinander begangen als andere Straftaten, mit Ausnahme der Drogendelinquenz. Der gegenwärtig wichtigste Anwendungsbereich jugendlicher Gruppenkriminalität sind der gemeinschaftliche schwere Diebstahl, die aggressive Sexualdelinquenz, der Vandalismus, das Rockertum sowie gewalttätige Ausschreitungen der Fußballhooligans und junger Extremisten. Ferner wird zunehmend über **Gewalt in Schulen** berichtet, obschon kein „dramatischer Anstieg“ von Schülergewalt vorliegt.⁶ Neben dem Vandalismus ist hier auch die interpersonelle Gewalt zu beobachten.⁷ Überwiegend sind Haupt- und Sonderschulen betroffen, was nicht selten mit der multiethnischen Zusammensetzung der Schülerschaft im Zusammenhang steht.⁸ Jedoch hat das Ausmaß derartiger Gewalt noch keinesfalls die Dimensionen erreicht, die inzwischen über vergleichbare Phänomene aus den Vereinigten Staaten berichtet werden. 7

¹ Vgl. Kerner 1993, 377 ff.; Fijnaut/Paoli 2004, 47 ff., 263 ff.; Kinzig 2004, 57, 74, m. N., s. ferner Fall 9, Rn. 5.

² BGH JR 1979, 425 m. Anm. Volk.

³ BGH NJW 1970, 1280; zum Begriff der Bande eingehend BGH StV 2000, 670 ff.; BGH (GrS) NStZ 2001, 421; ferner Schöch 1996, 166 ff.; S/S-Eser 2001, § 244 Rn. 24 m. N.; Schwind 2005, 566; a. A. Tröndle/Fischer 2004, § 244 Rn. 18.

⁴ Dazu Kaiser 1996, 519 sowie BGH NStZ 2001, 421.

⁵ Kaiser 1996, 590.

⁶ Schubarth 1999, 374; Schwind 2005, 214 ff.; ferner 1. PSB 2001, 492 ff., 496 ff., 502 f. m. N. Nach der sog. „Rauf“-Studie des Bundesverbandes der Unfallkassen, der rund 8,3 Mio. versichert hat, haben die gewalttätigen Auseinandersetzungen an den Schulen seit 1993 abgenommen, insbes. in den Hauptschulen. Eine Zunahme der Brutalität sei nicht festzustellen. Untersucht wurden alle Unfälle, die Folge aggressiven Verhaltens zwischen Schülern waren und bei denen ein Arzt hinzugezogen werden musste. Im Jahr 2003 verzeichnete der Kassenverband insges. mehr als 93 000 sog. „Raufunfälle“ (FAZ Nr. 130 v. 8. 6. 2005).

⁷ Obder 1992, 218.

⁸ Hurrelmann 1991, 103.

Nicht weniger bedeutsam erscheinen die interpersonellen Gewaltdelikte junger Menschen mit Migrationshintergrund. Diese Delinquenten gehören namentlich der Unterschicht an. Ihre Integrationskonflikte äußern sich entsprechend den tradierten Verhaltensmustern ihrer Herkunftskultur (z. B. durch sog. Ehrdelikte) offensichtlich häufiger in Formen der Gewalt, als dies bei der vergleichbaren deutschen Majoritätsgruppe der Fall ist. Freilich ist ganz allgemein zum Sozialprofil der jungen Rechtsbrecher zu sagen, dass vor allem die aktiven Gruppenmitglieder gravierende Sozialisationsbelastungen aufweisen.⁹ Vorwiegend geht es bei den gruppindelinqenten Handlungen um Aktionen um ihrer selbst willen. Häufig stehen Rechtsbruch, Risiko und Lustgewinn in keinem Verhältnis, das dem außenstehenden Betrachter als angemessen erscheint.

- 8 3. Obwohl das weibliche Geschlecht an der Kriminalität nur in geringem Umfang beteiligt ist, spielen bei der Gruppindelinqenz Mädchen oder junge Frauen mitunter eine wichtige Rolle. Sie tun sich durch Aktivität und stimulierende Handlungsweise, durch Mut und Kompromisslosigkeit besonders hervor. Ein derartiges Verhalten äußert sich nicht nur im Rahmen jugendlicher Gruppindelinqenz, sondern auch, obschon seltener, bei Banküberfällen und bei terroristischen Gewalttaten. Daher verwundert es nicht, dass seit Anfang der 70er-Jahre die **Frauenkriminalität in den Blickpunkt gerückt** ist. Sie verzeichnet jedoch einen verhältnismäßig stabilen Anteil, was auch für die Zeiten gilt, als die Frauenbewegung besonders aktiv war.¹⁰ Deshalb ist fraglich, ob die Zunahme der Frauenkriminalität mit der Emanzipation in Zusammenhang steht, wie dies gelegentlich angenommen wird. Dagegen sprechen nicht nur die Ladendiebstähle älterer Frauen, sondern auch die Beobachtung, wonach Eigentums- und Vermögensdelikte hauptsächlich von Frauen unterer Sozialschichten begangen werden, die von der Emanzipation bislang wenig erfasst sind und in deren Familien die traditionelle Rollenverteilung noch weitgehend vorherrscht.
- 9 Überdies erscheint gesichert, dass wir bei den Frauen, die wegen ihrer Straffälligkeit offiziell registriert und überwiegend sanktioniert werden, ähnliche Sozialisationsmängel und Störstrukturen feststellen, wie sie für männliche Mehrfach- und Rückfalltäter seit langer Zeit als charakteristisch gelten. Sozialisations- und Bezugsstörungen bei Mädchen und Frauen schaffen nicht nur Verhaltensunsicherheit und -auffälligkeit, sondern vereiteln geradezu die Erfüllung der sozialen Rolle, die fast alle Gesellschaften weitgehend übereinstimmend für die Frau vorsehen. Um das Sozialisationsziel zu ermöglichen, werden Mädchen und junge Frauen überwiegend anders erzogen und intensiver kontrolliert. Auf diesen Besonderheiten der Sozialisations- und Kontrollmuster dürfte vor allem die unterschiedliche Delinqenzbelastung der Geschlechter beruhen. Biologische Erklärungsansätze hingegen können derartige Verschiedenheiten allein kaum begründen. Sie können schon nicht einsichtig machen, warum die Kriminalitätsbelastung des weiblichen Geschlechts im Laufe der Geschichte und international so unterschiedlich ausfällt. Die Eigentümlichkeiten der Sozialkontrolle reichen allerdings nicht so weit, dass sich „die geringere Kriminalitätsbelastung von Frauen“ auf das angebliche „Desinteresse des Strafrechts an Frauen“ zurückführen ließe, wie gelegentlich spekulativ behauptet wird.¹¹
- 10 4. Neben den in der Öffentlichkeit besonders sichtbaren Gruppenaktivitäten ist es der Ausbruch offener, roher Gewalt, der ebenso das kriminologische Interesse weckt wie das Bedürfnis nach Sicherheit, Ächtung und wirksamer Reaktion verstärkt. Deshalb verdient auch speziell die **Gewaltkriminalität** Beachtung. Begrifflich versteht man darunter vor allem die vorsätzlichen Tötungs- und Körperverletzungsdelikte, ferner Raub und Erpressung sowie Vergewaltigung und sexuelle Nötigung.¹² Stellt man nur auf die interpersonelle Gewaltausübung, also auf den Eingriff in die körperliche oder seelische Integrität des Verbrechensopfers ab (vgl. etwa § 1 OEG), so wird man die vorsätzliche Beschädigung oder Zerstörung von Sachen begrifflich ausscheiden. Im Hinblick auf die Schäden durch vandalistische Handlungsweisen, Hausbesetzung und Brandstiftung erscheint jedoch die Ausklammerung der Gewalt gegen Sachen unbefriedigend.¹³
- 11 Seit Ende der 50er-Jahre beobachtet man eine wachsende „Brutalisierung“ in der Deliktsbegehung. Zu denken ist vor allem an die Gewalttätigkeit junger Rechtsbrecher, an die zeitweilig häufigere Verwendung von Schusswaffen, an das vermehrte Auftreten von Banküberfällen und Geiselnahmen, an die Erscheinungen des politisch motivierten Terrorismus, an Demonstrationsgewalt und seit den 90er-Jahren vor allem an extremistische, vornehmlich fremdenfeindliche Gewalthandlungen. Wohl wurden im Jahre 1992 aus Fremdenfeindlichkeit und rechtsextremer

⁹ Kaiser 1996, 590; Steffen/Elsner 1999, 332 ff. (345); Luff 2000, 16 ff., 185 ff., 192; ferner Fall 11, Rn. 6, 37 ff.

¹⁰ Zum Ganzen Kaiser 1996, 496 ff., 605; Böhm/Feuerhelm 2004, 29 f.; Schwind 2005, 77 f.; s. ferner 1. PSB 2001, 60 f.

¹¹ Smaus 1998, 23.

¹² Dazu Schneider 1987, 285 ff.; Kaiser 1996, 586 ff.; Meier u. a. 2003, 63; Schwind 2005, 29 ff.; ferner Fälle 4 und 11.

¹³ Hierzu Kaiser 1996, 586, 594.

Gesinnung fast 1500 Gewalttaten verübt und damit vorübergehend mehr als linksextremistische Gewalthandlungen, und zwar überwiegend von jungen Menschen im Alter unter 21 Jahren, aber inzwischen ist die Zahl derartiger Handlungen auf 845 Straftaten im Jahr 2003 gesunken.¹⁴

Darüber hinaus, und weitgehend unabhängig von den Erscheinungen politisch motivierter Gewalt, hat das bewaffnete Vorgehen der Rechtsbrecher einen beachtlichen Anteil erlangt; auch sind die Zahlen von Schusswechseln bei der Verbrechensverfolgung und die Zahlen schwer verletzter oder gar getöteter Polizeibeamter angestiegen. Diese Erscheinung reicht bis zur polizeilichen Auf- und Höhenstufung strafrechtlicher Sachverhalte als vorsätzliche Tötungsdelikte, die ehemals vornehmlich als vorsätzliche Verkehrsgefährdungen, Widerstandshandlungen gegen Vollstreckungsbeamte oder Körperverletzungen mit Todesfolge beurteilt wurden. Offenbar, so müssen wir annehmen, haben in den Nachkriegsjahrzehnten nicht nur die Gewaltdelikte zugenommen, sondern haben sich auch die Empfindlichkeit gegenüber roher Gewaltausübung und damit die Definitionsbereitschaft zur Stigmatisierung von Gewalttätigkeit ganz allgemein verstärkt und die Anzeigeschwelle gesenkt. Betrachtet man die **Entwicklung der wichtigsten Gewaltdelikte**, so zeigt sich, dass der Anstieg dieser Straftaten zwar erheblich ist, aber den Zuwachs der Gesamtkriminalität – je nach Zeitraum – bestenfalls geringfügig überschreitet. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die zahlenmäßige Bedeutung dieser Straftaten, bezogen auf den Gesamtumfang der Kriminalität, je nach Begriffsfassung mit 3 bis 10 % verhältnismäßig gering ist. Allerdings ist nach den Opferbefragungen die relative Bedeutung der Gewaltkriminalität im Vergleich zur Eigentumskriminalität höher einzuschätzen, als es die Polizeiliche Kriminalstatistik erlaubt. Vor allem gilt dies, wie die jüngere Dunkelfeldforschung zeigt, für junge Leute. Diese werden nicht nur in hohem Maße wegen der Begehung von Gewaltdelikten strafällig, sondern geraten in noch höherem Umfang in entsprechende Opfersituationen.

Dem vielfältigen Bild zufolge, das die Gewaltkriminalität mit den verschiedenen Deliktstypen und Altersgruppen bietet, ist eine **einheitliche Erklärung kaum möglich**. Sozialisations- und kulturkonfliktstheoretische Aussagen, ablesbar an Erklärungsformeln wie „Subkultur der Gewalt“, haben dabei noch die stärkste Überzeugungskraft. Subkulturelle Auseinandersetzungen sowohl in den untersten Sozialschichten als auch bei der politisch motivierten Gewaltkriminalität lassen sich von hier aus verständlich machen. Diesen mehr situationsspezifischen oder erscheinungsbezogenen Erklärungsversuchen stehen die psychologisierenden Deutungen und Auflösungen im Einzelfall gegenüber. Soziologische oder sozialpsychologische Konzepte versuchen zwar das kriminologische Phänomen zu deuten, führen jedoch im konkreten Einzelfall, im Gegensatz zum Rückgriff auf biopsychologische Kriterien, allgemein nicht zu einer Entlastung des Täters durch Strafrecht und Gerichtspraxis. Die offenkundigen Grenzen psychologisierender und in das Strafrecht umsetzbarer Erklärung zeigen sich denn auch bei der nicht zur Ruhe kommenden Diskussion über die Ursachen des Terrorismus, der Ausschreitungen von Fußballhooligans¹⁵ sowie der Exzesse junger Rechtsextremisten.

12

5. Im Hinblick auf das Potential fehllaufender Sozialisationsprozesse für die Kriminalität von morgen und übermorgen, aber auch wegen des Erziehungsanspruchs gefährdeter Kinder und der schutzwürdigen Opferbelange verdient die soziale Auffälligkeit von Kindern besonderes Interesse. Kinder sind Personen unter 14 Jahren und gelten in Deutschland als strafunmündig (§ 19 StGB). Man spricht daher, wenn auch ungenau, von der sog. **Kinderdelinquenz**. Einfacher und schwerer Diebstahl, Sachbeschädigung und Brandstiftung sind nahezu zeitüberdauernd die von Kindern am häufigsten begangenen Delikte (97 % der Kinderdelinquenz). Die höchste Beteiligung haben Kinder an den Delikten Brandstiftung (17,5 %), einfacher Diebstahl (9,8 %), Sachbeschädigung (11,5 %), schwerer Diebstahl (6,4 %) und Erpressung (11,1 %). Insgesamt sind knapp 4,9 % aller Tatverdächtigen Kinder.¹⁶

13

Obschon die gelegentlichen Schäden, etwa durch Brandstiftung und Fahrraddiebstähle, sowie die Möglichkeit zu krimineller Verfestigung schon beim kindlichen Täter, insbesondere beim Serienstraftäter nahe der Strafmündigkeitsgrenze, zu beachten sind,¹⁷ bleibt festzuhalten, dass Kinderdelinquenz eigenen Regeln folgt und ihre Einordnung nach den Deliktskategorien des allgemeinen Strafrechts kindlichem Handeln kaum gerecht wird. Ein Großteil der Kinderdelinquenz entspricht ganz normalem altersgemäßen Verhalten wie Sport, Spiel und Abenteuer, bei denen die Kinder die Grenzen strafrechtlicher Normen überschreiten, ohne sich dessen bewusst zu sein. Die Fortsetzung von Normwidrigkeiten im späteren Leben ist nur ausnahmsweise zu erwarten. Dem suchen kriminologische Analyse und rechtliche Behandlung zu entsprechen. Neuere Richtungen, welche die weitgehende rechtliche Gleichstellung von Kindern und Erwachsenen postulieren, weil die neuzeitliche „Entdeckung der Kindheit“ vorwiegend dazu diene, über Kinder Macht auszuüben sowie sie an möglicher Selbstverantwortung und -verwirklichung zu hindern, berücksichtigen nicht genügend, dass mit einer solchen Gleichstellung folge-

¹⁴ Aus der nahezu uferlosen Literatur siehe den Sammelband von *Dünkel/Geng* 1999, 1 ff.; ferner Verfassungsschutzbericht 2004.

¹⁵ Siehe dazu i. E. den mehrbändigen Bericht der so genannten Antigewaltkommission von *Schwind/Baumann u. a.* 1990; m. w. N.

¹⁶ PKS 2003, 77, 88 sowie Tabellenanhang, Tab. 20; PKS 2004, 15.

¹⁷ Darauf vor allem fußen die wiederholten Forderungen nach Herabsetzung der Strafmündigkeitsgrenze; dazu *Hinz* 2000, 107–114 (111).

richtig auch die Kindheit als privilegierter strafrechtlicher Sonderstatus in Frage gestellt, wenn nicht gar beseitigt wird.¹⁸

- 14 6. Die letzte Schwerpunktfrage betrifft die **Rechtsstellung der Jugendgerichtshilfe**. Diese Einrichtung ist gem. § 52 KJHG eine Aufgabe des Jugendamtes und wird in Zusammenwirken mit den Verbänden für Jugendhilfe ausgeübt (§ 38 I JGG). Sie stellt ein wichtiges Bindeglied zwischen Jugendstraf- und Jugendhilferecht dar. Damit bildet sie zugleich ein organisatorisches Kennzeichen für den Gedanken der Einheit des gesamten Jugendrechts.¹⁹
- 15 Ihre **Ermittlungshilfe** bezieht sich im Gegensatz zur polizeilichen Arbeit schwerpunktmäßig nicht auf die Aufklärung der Tat, sondern dient vor allem der Unterrichtung über die Persönlichkeit des tatverdächtigen jungen Rechtsbrechers (§ 43 i. V. m. § 38 JGG). Ihre Bedeutung zeigt sich am gesetzlich festgelegten Umfang der Ermittlungen. Denn es sollen Lebens- und Familienverhältnisse, Werdegang, bisheriges Verhalten des Beschuldigten und alle übrigen Umstände erforscht werden, die zur Beurteilung der seelischen, geistigen und charakterlichen Eigenarten des jungen Beschuldigten dienen können. Der Erziehungsberechtigte, der gesetzliche Vertreter, die Schule und der Lehrer oder sonstige Leiter der Berufsausbildung sollen möglichst gehört werden.
- 16 Freilich greift der Funktionsgrad der Jugendgerichtshilfe über die reine Ermittlungsaufgabe weit hinaus. Dies kommt dadurch kennzeichnend zum Ausdruck, dass die Regelung über die Jugendgerichtshilfe (§ 38 JGG) in dem Abschnitt über die Jugendgerichtsverfassung steht. Die Jugendgerichtshilfe soll nämlich die **erzieherischen, sozialen und fürsorglichen Belange** im Jugendstrafverfahren **zur Geltung bringen** und sichern helfen. Organisatorische Ausgestaltung und rechtliche Anerkennung dieser Rolle tragen dem Ziel Rechnung. Demgemäß wird die Stellung der Jugendgerichtshilfe durch folgende Rechte bestimmt:
- Mitwirkungsrecht am gesamten Verfahren (§ 38 III 1 JGG),
 - umfassendes Verkehrsrecht mit dem verhafteten Beschuldigten (§ 93 III JGG),
 - Recht auf Unterrichtung in Haftsachen (§ 72 a JGG) sowie über und auf Anwesenheit in der Hauptverhandlung (§ 50 III 1 JGG),
 - Recht auf Äußerung zu den zu ergreifenden Maßnahmen (§ 38 II 2 JGG), insbesondere auf Anhörung in der Hauptverhandlung (§ 50 III 2 JGG) und vor der Erteilung von Weisungen (§ 38 III 3 JGG),
 - Recht auf Überwachung und nachgehende Fürsorge (§ 38 II 3–6 JGG) sowie Verpflichtung hierzu.
- 17 Wie ernst diese Beteiligungsrechte der Jugendgerichtshilfe genommen werden, zeigt die rechtliche Konsequenz, dass eine Verletzung ein wesentlicher Verfahrensverstoß sein, die **gerichtliche Aufklärungspflicht** beeinträchtigen und deshalb einen die Revision begründenden Verfahrensfehler darstellen kann.²⁰
- 18 Auch in einem Verfahren, das die Verfehlungen eines Heranwachsenden zum Gegenstand hat, muss die Jugendgerichtshilfe herangezogen werden (§ 107 JGG), wenn nicht die Heranziehung nach § 104 III i. V. m. § 112 S. 1 JGG unterbleiben kann. Der Beitrag, den die Jugendgerichtshilfe zur Gewinnung eines möglichst vollständigen Bildes von der Persönlichkeit, der Entwicklung und der Umwelt des Täters erbringen soll, kann besonders für die Entscheidung wichtig sein, ob Jugendstrafrecht anzuwenden ist oder nicht (§ 105 I JGG). Er kann aber auch für die Sanktionswahl Bedeutung erlangen. Infolgedessen verletzt das Jugendgericht i. d. R. seine Aufklärungspflicht, wenn es die Jugendgerichtshilfe nicht heranzieht. Im Falle zulässiger Anfechtung ist nicht der Schuldspruch, sondern der Rechtsfolgenausspruch aufzuheben. Hingegen sind gerichtliche Aufklärungspflicht und Grundsatz der Unmittelbarkeit nach Auffassung des BGH nicht verletzt, wenn das Gericht sich damit begnügt, dass ein Vertreter der Jugendgerichtshilfe, der den Ermittlungsbericht selbst nicht verfasst hat, diesen vor Gericht verliest. Dies jedoch begegnet deshalb Bedenken, weil bei einer Verlesung durch das Gericht keine der einschlägigen Ausnahmevorschriften zu § 250 StPO, insbesondere nicht § 256 StPO, eingriffe. Wenn aber der Vertreter der Jugendgerichtshilfe nicht freier gestellt sein soll als das Gericht, so ist er zur Einführung der ermittelungsberichtlichen Angaben in der Hauptverhandlung als Zeuge zu vernehmen.²¹
- 19 Zwar ist die **Rechtsstellung** der Jugendgerichtshilfe dadurch **eingeschränkt**, dass die Vertreter keinen Anspruch auf Akteneinsicht, kein Recht zur selbständigen Befragung des Angeklagten oder des Zeugen in der Hauptverhandlung, kein Recht auf Zeugnisverweigerung und kein Recht zur Einlegung von Rechtsmitteln haben.²² Die Stellung der Jugendgerichtshilfe wurde indessen durch das 1. JGGÄndG v. 30. 8. 1990 und das KJHG v. 26. 6. 1990, welches das JWG ersetzte, verstärkt. Der Jugendgerichtshilfe kommt bei der Verwirklichung des Erziehungsgedankens im JGG eine Schlüsselrolle zu. Nach § 38 II 7 JGG ist ihr die Ausführung der Betreuungswisungen i. S. d. § 10 I 3 Nr. 5 JGG übertragen. Auch wurde ihre Funktion als Haftentscheidungshilfe neu geregelt und ihre frühzeitige Beteiligung in Haftsachen gesichert (§§ 38 II 3, 72 a JGG). Außerdem wurde die Praxis des

¹⁸ Zum Ganzen *Kaiser* 1996, 491 f. m. N.

¹⁹ *Böhm/Feuerhelm* 2004, 123 ff.

²⁰ BGH JR 1978, 175; *Böhm/Feuerhelm* 2004, 126.

²¹ Hierzu BGH NStZ 1984, 467 mit kritischer Anm. von *Brunner*.

²² *Schaffstein/Beulke* 2002, 222, 225 ff.; *P.-A. Albrecht* 2000, 310 ff.

sog. Gerichtsgehers abgeschafft. Nach § 38 II 4 JGG (§ 52 III KJHG) soll der Vertreter der Jugendgerichtshilfe in die Hauptverhandlung entsandt werden, der bereits die Nachforschungen angestellt hat.

Trotz der Neuregelungen und der vergleichsweise herausragenden Stellung ist die Jugendgerichtshilfe von Spannungen nicht frei, sondern befindet sich wegen ihrer vielfältigen Aufgaben, u. a. wegen ihrer Doppelfunktion als Jugend-Hilfe und Gerichts-Hilfe, mitten im Zielkonflikt von Erziehung und Strafe. Weil eine grundlegende Veränderung des Jugendstrafrechts auf absehbare Zeit nicht zu erwarten ist, verbleibt es bei der bisherigen Dualität zwischen Jugendstrafrecht und Jugendhilferecht. Weiter greifende Folgerungen zugunsten einer autonomen Entscheidungskompetenz der Jugendhilfebehörden, welche datenschutzrechtlichen Erwägungen oder der Zielrichtung des KJHG entnommen werden,²³ finden im Gesetz keine Stütze (vgl. §§ 38, 43 JGG; 61 III KJHG) und erschienen überdies justizpolitisch dysfunktional. Auch wenn sich das Verständnis der Jugendhilfe einschl. der Jugendgerichtshilfe durch die Reformgesetzgebung verändert hat, ist dadurch die vorrangige Mitwirkungspflicht der Jugendgerichtshilfe im Jugendstrafverfahren weder verdrängt noch entfallen.²⁴

Zur Erläuterung, Vertiefung und gutachtlichen Stellungnahme:

I. Aufgabe 1: Sie sind bei der Staatsanwaltschaft mit der Bearbeitung des Falles befasst und prüfen, ob und welche Rechtsfolgen gegen die Täter in Betracht kommen. Nehmen wir an, es liegt ein Fall räuberischer Erpressung vor. Bei welchem Gericht erheben Sie ggf. Anklage und gegen wen?

Ob und vor welchem Gericht Anklage erhoben werden kann, hängt vorab vom Alter der Verdächtigen ab.

1. Die Strafmündigkeitsgrenze liegt nach § 19 StGB bei 14 Jahren. Jüngere Personen – wie der 12-jährige A – sind daher schuldunfähig. Diese Tatsache stellt in verfahrensrechtlicher Hinsicht ein Prozesshindernis dar.²⁵ Demzufolge kann A gar nicht erst angeklagt werden. Vielmehr ist das Verfahren einzustellen. Dies heißt nicht, dass der Tatbeitrag des A überhaupt keine Folgen nach sich ziehen kann. Vielmehr hat der Staatsanwalt die Personensorgeberechtigten und das Kind auf ihre Ansprüche auf Hilfe zur Erziehung gem. §§ 27 ff. KJHG (SGB VIII) hinzuweisen und an das Jugendamt zu verweisen. Bei einer Strafanzeige gegen ein Kind ist er nach RL Nr. 1 § 1 JGG verpflichtet, erforderlichenfalls den Vormundschaftsrichter zu verständigen und zu prüfen, ob die Schulbehörde oder andere Stellen zu benachrichtigen sind oder ob gegen die Aufsichtspflichtigen einzuschreiten ist. Im Einzelfall kann der Vormundschaftsrichter Erziehungsmaßnahmen nach dem BGB anordnen. Allerdings lässt sich aufgrund der Erfahrungen der letzten Jahre nicht verkennen, dass die Jugendhilfebehörden im Fall kindlicher Serientäter (sog. „Mehmets“) trotz kosten- und personalaufwendiger erlebnispädagogischer Einsätze nicht selten ohnmächtig und hilflos reagiert haben.²⁶

20

2. B unterliegt als 17-Jährige eindeutig dem Anwendungsbereich des JGG (§ 1 I und II) und damit der Zuständigkeit der Jugendgerichte. Diese ist in §§ 39 ff. JGG geregelt. Der Jugendrichter ist nach § 39 I JGG sachlich zuständig, soweit nur Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel als spezifisch jugendstrafrechtliche Sanktionen zu erwarten sind. Da der Staatsanwalt bei B Erziehungshilfe beantragen will, könnte er vor dem Jugendrichter Anklage erheben. Es steht jedoch in seinem Ermessen, stattdessen vor dem Jugendschöffengericht anzuklagen. Angezeigt ist dies vor allem bei Taten von größerem Gewicht. Nach dem gegebenen Sachverhalt liegen die Voraussetzungen dafür vor. Deshalb empfiehlt sich für den Staatsanwalt, B vor dem Jugendschöffengericht anzuklagen.

21

3. Dies erscheint auch im Hinblick auf die Zuständigkeit bei C geboten. Der 19-jährige C ist Heranwachsender i. S. d. JGG (§ 1 II) und wird daher nach § 108 JGG grundsätzlich von den Jugendgerichten abgeurteilt. Die sachliche Zuständigkeit des Jugendschöffengerichts ergibt sich bei C daraus, dass einerseits der Jugendrichter nach § 39 JGG unzuständig ist, weil der Staatsanwalt auf eine 15-monatige Jugendstrafe erkannt haben möchte, und andererseits kein Fall der Zuständigkeit der Jugendkammer gem. § 41 JGG vorliegt.

22

²³ So etwa *Sonnen*, DVJJ-Journal 2000, 189 f.; a. A. LG Trier, DVJJ-Journal 2000, 186 ff.; unentschieden, da noch klärungsbedürftig *P.-A. Albrecht* 2000, 314.

²⁴ Vgl. *Brunner/Dölling* 2002, § 38 Rn. 4; LG Trier, DVJJ-Journal 2000, 188.

²⁵ *Jescheck/Weigend* 1996, 434 m. w. N.; *Schaffstein/Beulke* 2002, 56.

²⁶ Siehe oben Fn. 17.

- 23** 4. B und C sind deshalb vor dem Jugendschöffengericht anzuklagen, während bei A keine Anklage erhoben werden kann.

II. Aufgabe 2: Nehmen Sie zu den Anträgen, Begründungen und inhaltlichen Ausführungen der Verfahrensbeteiligten Stellung.

- 24** 1. Eine Anordnung der Erziehungshilfe nach § 12 Nr. 2 i. V. m. § 34 SGB VIII wäre bei B nur möglich, wenn die Voraussetzungen des § 12 JGG i. V. m. § 27 SGB VIII erfüllt sind. Danach müsste eine dem Wohle der B entsprechende Erziehung nicht gewährleistet und die Hilfe für ihre Entwicklung geeignet und notwendig sein. Ob dies der Fall ist, lässt sich mangels näherer Angaben im Sachverhalt nicht feststellen. Weitere Voraussetzung für die Verhängung dieser einschneidendsten Erziehungsmaßregel wäre aber, dass weniger eingreifende Erziehungsmittel, d. h. die übrigen Erziehungsmaßnahmen des JGG (Betreuungsweisungen und Erziehungsbeistandschaft), sowie grundsätzlich auch Zuchtmittel keine Aussicht auf Erfolg mehr versprechen (Grundsatz der Subsidiarität der Erziehungshilfe).²⁷ Selbst wenn diese beiden Erfordernisse zu bejahen wären, hat das Gericht zu beachten, dass B bereits 17 Jahre alt ist. Dies steht zwar einer Erziehungsanordnung rechtlich nicht entgegen, in der Praxis wird jedoch innerhalb des letzten Jahres vor Eintritt der Volljährigkeit hiervon abgesehen.
- 25** 2. Der von der Jugendgerichtshilfe angeregte Freizeitarrest darf nur angeordnet werden, wenn er sowohl als Ahndung der Tat wie als Mittel zur Erziehung des Täters erforderlich und ausreichend ist.²⁸ An der Erforderlichkeit des Jugendarrests könnte es hier aber mangeln, weil die erstrebte Ahndungs- und Denkwirkung wesentlich besser durch eine Arbeitsweisung (§ 10I Nr. 4 JGG) oder Arbeitsauflage (§ 15 I Nr. 3 JGG), evtl. auch durch einen Täter-Opfer-Ausgleich (§ 10 I Nr. 7 JGG), erreicht werden kann. Dass zur Ahndung der Tat die Anordnung von Erziehungsmaßnahmen im Falle der B nicht genügen (vgl. § 5II JGG), ist nicht ersichtlich. Eine solche Handhabung entspricht auch der jugendrichterlichen Sanktionspraxis, die in den letzten Jahrzehnten in steigendem Umfang anstelle von Jugendarrest ambulante Sanktionen verhängt.²⁹
- 26** 3. Der hier erwogenen Entscheidung steht der Hinweis der Jugendgerichtshilfe auf die Normalität der Jugenddelinquenz nicht entgegen. Zwar trifft es zu, dass auch dann, wenn Jugenddelinquenz „normal“ und „ubiquitär“ ist, nur ein Teil der Delinquenten offiziell registriert und als kriminell definiert wird. Bei leichter und insofern normaler Delinquenz sind aber stigmatisierende Sanktionen zu vermeiden. Die Möglichkeit dazu bietet das JGG durch Diversion in der Verfahrenseinstellung nach §§ 45, 47 sowie in gering belastenden Sanktionen wie Ermahnung, Verwarnung oder erzieherischen Weisungen und Auflagen.³⁰
- 27** Die Annahme von der Normalität der Jugenddelinquenz hat sich nach den neueren Ergebnissen der Dunkelfeldforschung jedoch nur bei Bagatelldelikten bestätigt.³¹ Von einem Bagatelldelikt kann aber bei einer räuberischen Erpressung nicht mehr die Rede sein. Die Jugendgerichtshilfe kann daher die These von der Normalität der Jugendkriminalität nicht als überzeugendes Argument für eine gering belastende Sanktion heranziehen.
- 28** 4. Dem Antrag der Jugendgerichtshilfe auf Vertagung der Hauptverhandlung und Gewährung von Akteneinsicht wird kein Erfolg beschieden sein. Zwar hat die Jugendgerichtshilfe u. a. die Funktion, die erzieherischen Gesichtspunkte im Jugendstrafverfahren zur Geltung zu bringen (§ 38 II JGG). Als Verfahrensbeteiligte ist ihre rechtliche Stellung deshalb ungleich gefestigter als jene der sog. „Gerichtshilfe“ des allgemeinen Strafprozesses (vgl. §§ 160 III 2, 463 d StPO).³² Dennoch hat nach geltendem Recht die Jugendgerichtshilfe keinen Anspruch auf Akteneinsicht. Ihr Antrag ist daher aussichtslos. Selbst wenn sie in ihren Rechten verletzt worden wäre, könnte sie kein Rechtsmittel einlegen. Aller-

²⁷ Vgl. *Brunner/Dölling* 2002, § 12 Rn. 5; *Schaffstein/Beulke* 2002, 127 ff.; Fall 15.

²⁸ *Schaffstein/Beulke* 2002, 143 f.

²⁹ *Brunner/Dölling* 2002, § 16 Rn. 8.

³⁰ *Schaffstein/Beulke* 2002, 144.

³¹ *Kreuzer* 1993, 185.

³² Siehe Fall 8.

dings kann ein Verstoß gegen die Mitwirkungsrechte der Jugendgerichtshilfe insbes. in Verbindung mit einer Verletzung der allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht des Gerichts (§ 244 II StPO) eine die Revision begründende Rechtsverletzung darstellen. Darauf berufen kann sich aber nur ein **Anfechtungsberechtigter**.³³

5. Nach Ansicht des Staatsanwalts soll die Kriminalität der Frauen besonders im Bereich der Gewaltdelikte bedrohlich angestiegen sein. Prüft man, wie es nach der Kriminalstatistik um die Straffälligkeit des weiblichen Geschlechts bestellt ist, so muss man zunächst feststellen, dass z. B. der **Anteil der weiblichen Tatverdächtigen** nach der Polizeilichen Kriminalstatistik in den Jahren 1971 bis 2004 etwa 17–24 % aller registrierten Tatverdächtigen betrug. Die Anteile nach der Rechtspflegestatistik liegen sogar noch etwas tiefer (1982–1990 jew. 16 %). Bei den Strafanstaltsinsassen betrug der Anteil von Frauen im Jahr 1990 ebenso wie 2003 überdies nur 4 %.³⁴ Die Relationen haben sich bis zur Gegenwart kaum verändert. Dies trifft weitgehend auch für ausländische Staaten zu. Zu berücksichtigen ist jedoch ein geschlechtsspezifisches Dunkelfeld, welches auf die geringe Häufigkeit und Gefährlichkeit der weiblichen Kriminalität zurückzuführen ist, die als nicht so bedeutsam wie die männliche eingeschätzt und daher seltener angezeigt wird. Die weibliche Delinquenzbelastung ist daher kriminalstatistisch gesehen noch immer erheblich niedriger als jene des männlichen Geschlechts.³⁵

Die **Schwerpunkte weiblicher Kriminalität** finden sich gegenwärtig bei den Ladendiebstählen, den Verkehrsstraftaten, in der Drogenkriminalität und bei den sog. Sozialisationsdelikten im Jugendschutzbereich. Gewaltdelikte spielen demgegenüber nur eine geringe Rolle. Zwar wurden in den letzten Jahren mehr weibliche Personen eines Gewaltdelikts verdächtigt als je zuvor. Doch ist schließlich allgemein und insbesondere im Bereich der Jugenddelinquenz eine Zunahme der Gewaltkriminalität zu verzeichnen.³⁶ Im Rahmen der Wirtschafts- und Umweltkriminalität sowie bei der organisierten und politischen Kriminalität spielen Frauen hingegen kaum eine Rolle.

Wir treffen also auf Deliktstrukturen, die sich sowohl mit dem traditionellen Verständnis der Frauenrolle wie am emanzipatorischen Leitbild orientierten Verhaltensmustern in Einklang bringen lassen. Man wird annehmen dürfen, dass Zeiten der Rollenunsicherheit auch zu einem Anstieg der weiblichen Delinquenzbelastung führen. In diesem Sinne ist denn auch die Tatsache zu deuten, dass sich die Kriminalitätsbelastung der weiblichen Jugendlichen im letzten Jahrzehnt knapp verdoppelt hat. Doch darf man dabei nicht übersehen, dass die über 50 Jahre alten Frauen seit langer Zeit wesentlich höher durch Delinquenz belastet sind und dass ferner der Anstieg in der Straffälligkeit männlicher Jugendlicher jenem der gleichaltrigen Mädchen keinesfalls nachsteht.

III. Aufgabe 3: Sind die Anträge hinsichtlich des C zulässig und begründet?

1. Da C zur Zeit der Tat 19-jährig und damit Heranwachsender i. S. d. JGG war, kommt für ihn die **Anwendung materiellen Jugendstrafrechts** gem. § 105 JGG nur dann in Betracht, wenn er nach seinem Reifestand einem Jugendlichen i. S. d. JGG gleichzustellen wäre oder aber die Tat eine typische Jugendverfehlung darstellen würde. Andernfalls käme C zwar über §§ 107, 108 JGG vor ein Jugendgericht, würde jedoch von diesem nach allgemeinem Strafrecht abgeurteilt. In dem geschilderten Fall sind sich offenbar alle Beteiligten über die Anwendbarkeit materiellen Jugendstrafrechts bei C einig, so dass mangels anderer Hinweise von der Zulässigkeit der Verhängung einer der spezifischen Sanktionen des JGG ausgegangen werden kann.

2. Der Staatsanwalt plädiert für eine **Jugendstrafe** von 15-monatiger Dauer. Das Gericht verurteilt C zu einer Jugendstrafe von 9 Monaten mit Bewährung. Es erachtet eine Jugendstrafe gem. § 17 II JGG offenbar wegen der in der Tat hervorgetretenen schädlichen Neigungen des C für erforderlich. Die Richtigkeit des Urteils kann anhand der wenigen Daten, die über C berichtet werden, allerdings nicht überprüft werden.

³³ BGH JR 1978, 175; *Brunner/Dölling* 2002, § 38 Rn. 8.; *Schaffstein/Beulke* 2002, 226; ferner LG Trier, DVJJ-Journal 2000, 188; siehe im Übrigen unten Aufgabe 5, Rn. 44 ff.

³⁴ *Statistisches Bundesamt*, Strafvollzug 2003, 6.

³⁵ PKS 1999, 97: 1101: 3828 pro 100 000 der entsprechenden Bevölkerungsgruppe.

³⁶ *Kaiser* 1996, 500, 585.

- 34** 3. Wegen der bei Jugendlichen besonders großen Gefahr sowohl einer seelischen Schädigung als auch einer kriminellen Ansteckung infolge der **U-Haft** darf diese nach § 72 I JGG nur verhängt werden, wenn sich ihr Zweck nicht durch eine vorläufige Anordnung über die Erziehung (§ 71 JGG) oder andere geeignete Maßnahmen oder aber nach § 72 IV JGG durch einstweilige Unterbringung in einem Erziehungsheim erreichen lässt.³⁷ Auf diese Bestimmung bezieht sich der Jugendgerichtshelfer bei seinen Ausführungen.

Diese Regelung erscheint zwar viel versprechend. Doch klaffen in diesem Bereich des JGG gesetzlicher Anspruch und Vollzugswirklichkeit immer noch weit auseinander. Dies gilt sowohl bezüglich der Anordnung als auch der Ausgestaltung des Vollzugs der U-Haft an Jugendlichen, die nach § 93 JGG in eigenen Anstalten vollzogen und im Übrigen erzieherisch ausgestaltet werden soll.³⁸ Auch das 1. JGGÄndG brachte keine umfassende Reform des U-Haftvollzugs sowie der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Anordnung der U-Haft, obgleich die Neuregelungen primär der Vermeidung der U-Haft bei Jugendlichen dienen. In diesem Sinne garantiert § 72 a JGG die frühzeitige Heranziehung der Jugendgerichtshilfe i. S. einer **Haftentscheidungshilfe**.³⁹ Weiterhin wird durch den eingefügten § 72 I 2-3 JGG die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unterstrichen und seine bessere Berücksichtigung im Rahmen der Begründung des Haftbefehls angestrebt. Die U-Haft wegen Fluchtgefahr der 14- und 15-Jährigen wird nach § 72 II JGG erheblich eingeschränkt. Der von der SPD-Fraktion angestrebte gänzliche Ausschluss der U-Haft für diese Altersgruppe konnte damit allerdings nicht durchgesetzt werden. Der Beschränkung der U-Haft dient des Weiteren die notwendige Beiordnung eines Verteidigers nach § 68 Ziff. 4 JGG. Auch wurde die Unterbringung von Jugendlichen in Einrichtungen der Jugendhilfe erleichtert, die jetzt schon dann angeordnet werden kann, wenn dies im Hinblick auf die zu erwartende Maßnahme geboten erscheint, um den Jugendlichen vor einer weiteren Gefährdung seiner Entwicklung zu bewahren. Die Unterbringung ist nicht länger von der erwarteten Verhängung einer Jugendstrafe abhängig, so dass geringere Anforderungen an eine fluchtsichere Unterbringung gestellt werden.

- 35** Gem. § 109 JGG sind jedoch die §§ 71 f. JGG im Verfahren gegen Heranwachsende nicht entsprechend anwendbar. Nur in die Regelung des Vollzugs der U-Haft sind die Heranwachsenden über § 110 I JGG einbezogen. Angesichts der Missstände in diesem Bereich dürfte dies für die Heranwachsenden aber wenige Vorteile mit sich bringen. Der Widerspruch der Jugendgerichtshilfe gegen den Antrag des Staatsanwalts auf Aufrechterhaltung des Haftbefehls gegen C muss jedenfalls vom Gericht abgelehnt werden.

IV. Aufgabe 4: Aufgrund welcher Voraussetzungen konnte das Gericht eine Jugendstrafe zur Bewährung aussetzen? Ist die erteilte Weisung zulässig? Was kann das Gericht bei beharrlicher Nichtbefolgung der Weisung und im Falle weiterer Straffälligkeit des C. unternehmen?

- 36** 1. Wie durch die **Verurteilung zu einer Jugendstrafe** ersichtlich ist, war das erkennende Gericht der Ansicht, Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel würden als Antwort auf schädliche Neigungen des C, die in der Tat zum Ausdruck gekommen sind, nicht ausreichen, oder aber es sei wegen der Schwere der Schuld Jugendstrafe erforderlich (§ 17 II JGG). Ein Kapitalverbrechen i. S. d. § 17 II JGG (vorsätzliche Tötung oder ein anderes durch Todesfolge qualifiziertes vorsätzliches Delikt sowie auch schwere Fälle von Raub oder Vergewaltigung u. Ä.)⁴⁰ liegt hier jedoch nicht vor. Es ist daher anzunehmen, dass C wegen des Vorhandenseins schädlicher Neigungen zu Jugendstrafe verurteilt wurde.
- 37** War das Gericht der Ansicht, dass C auch ohne die Einwirkungen des Strafvollzugs unter der erzieherischen Einwirkung der Bewährungszeit künftig einen rechtschaffenen Lebenswandel führen wird, musste es – da die Jugendstrafe weniger als ein Jahr betrug – diese zur Bewährung aussetzen (§ 21 I JGG).
- 38** Die Jugendstrafe hat seit 1954 einen Anteil von etwa 10 % an allen jugendstrafrechtlichen Sanktionen. Die kürzeren Jugendstrafen zwischen 6 Monaten und einem Jahr wie bei C werden inzwischen zu mehr als drei Vierteln aller Fälle zur Bewährung ausgesetzt. Die Voraussetzungen, unter denen dies möglich ist, entsprechen so weit jenen des StGB, als es um die obligatorische Aussetzung bei Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr bei günstiger Verhaltensprognose geht (§§ 56 I StGB, 21 I JGG). Die fakultative Aussetzungsmöglichkeit bei Strafen bis zu 2 Jahren gem. § 21 II JGG wurde durch das 1. JGGÄndG erweitert und gilt jetzt für alle Fälle, in denen nicht die

³⁷ Eisenberg 2004, § 72 Rn. 3; Brunner/Dölling 2002, § 72 Rn. 3; Schaffstein/Beulke 2002, 267 f.

³⁸ Zur Problematik der U-Haft Brunner/Dölling 2002, § 72 Rn. 1 m. N.

³⁹ Siehe Schaffstein/Beulke 2002, 227 f.; Streng 2003, 83; Böhm/Feuerhelm 2004, 141; ferner die im Tagungsband von Schöch/Jehle 2004, 1 ff. abgedruckten Beiträge über die gegenwärtige Praxis.

⁴⁰ Dazu Schaffstein/Beulke 2002, 156.

Vollstreckung im Hinblick auf die Entwicklung des Jugendlichen geboten ist. Sie entsprach zuvor der Regelung des § 56 II StGB.

Der Anwendungsbereich des § 21 JGG wird somit de facto einheitlich auf 2 Jahre ausgedehnt. Empfehlenswert erscheint jedoch eine Ausweitung der Strafaussetzungsmöglichkeiten bis zur 3-Jahres-Grenze.⁴¹

Um aber den jungen Delinquenten während der Bewährungszeit, deren Höchstdauer im Vergleich zur Regelung des StGB herabgesetzt ist und grundsätzlich drei Jahre beträgt (§ 22 I JGG), möglichst umfassend erzieherisch beeinflussen zu können und den Erfolg der Strafaussetzung nicht zu gefährden, sollen ihm prinzipiell Weisungen oder Auflagen erteilt werden (§ 23 I JGG). Dazu kommt, dass gem. § 24 JGG jeder Verurteilte obligatorisch der Leitung und Aufsicht eines Bewährungshelfers unterstellt wird. Im Gegensatz zum Jugendstrafrecht wird jedoch gem. § 56 III StGB die Strafaussetzung versagt, wenn dies die Verteidigung der Rechtsordnung gebietet. Vor allem in diesen Punkten unterscheidet sich die Regelung des JGG von jener des StGB, dessen § 56 c solche Weisungen nur vorsieht, wenn der Verurteilte dieser Hilfe bedarf, um nicht wieder straffällig zu werden, während nach dem JGG nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen davon abgesehen werden kann.

Ein größerer Ermessensspielraum besteht allerdings bezüglich der Erteilung von Auflagen, auf welche das Gericht zusätzlich wie auch sonst vor allem zur Genugtuung für das begangene Unrecht erkennen kann. Dabei decken sich die Bewährungsweisungen und -auflagen inhaltlich mit jenen der § 10 bzw. § 15 JGG, wobei dem Weisungskatalog nur Beispielscharakter zukommt, während die Auflagen in § 15 JGG abschließend geregelt sind.

2. Die **Erteilung von Weisungen und Auflagen** während der Bewährungszeit ist nach § 23 I JGG **39** zulässig. Für die Zulässigkeit der dem C erteilten Weisung könnte sprechen, dass in § 10 I Nr. 3 JGG die Aufnahme einer Lehr- oder Arbeitsstelle als Weisung ausdrücklich vorgesehen ist. Dabei muss aber beachtet werden, dass das Weisungsrecht – auch wenn in § 10 JGG keine Grenzen normiert sind – nicht schrankenlos ausgeübt werden darf.

So sind Weisungen unzulässig, wenn sie direkt oder indirekt gegen Regelungen des JGG, des StGB oder gegen jedes andere Gesetz – allen voran das Grundgesetz und die darin garantierten Grundrechte – verstoßen. Weisungen, die außer Verhältnis zu der sie auslösenden Tat stehen, dürfen nicht erteilt werden, weil dadurch das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Ausfluss des Rechtsstaatsgrundsatzes verletzt würde.⁴²

Rechtlich problematisch sind Weisungen, die sich auf die Annahme einer Lehr- oder Arbeitsstelle beziehen. Denn es ist fraglich, ob nicht etwa ein Verstoß gegen das Grundrecht der freien Berufswahl (Art. 12 GG) vorliegt. Man wird jedenfalls solche Weisungen als nicht verfassungskonform ablehnen müssen, die einen bestimmten Beruf oder eine bestimmte Arbeits- oder Ausbildungsstätte aufzuzwingen suchen. Gegen allgemein gehaltene Weisungen, welche die Wahlfreiheit des Art. 12 GG nicht wesentlich einschränken, bestehen dagegen keine Bedenken.⁴³

Es ist daher zweifelhaft, ob sich die dem C auferlegte Weisung, seine abgebrochene Lehrausbildung **41** wieder aufzunehmen, noch mit Art. 12 GG vereinbaren lässt. Da jedoch in Cs Freiheit der Berufswahl insofern nicht eingegriffen wird, als dieser nur den von ihm schon zuvor gewählten Beruf wieder aufnehmen soll, ist die ihm erteilte Weisung zwar rechtlich nicht völlig bedenkenfrei, im Ergebnis aber wohl nicht zu beanstanden.⁴⁴

3. Einziges Mittel zur Durchsetzung der Befolgung von Weisungen oder Auflagen im Fall schuldhafter **42** Zuwiderhandlung ist nach § 23 I S. 4 i. V. m. § 11 III JGG die Androhung und Verhängung von Jugendarrest (sog. **Ungehorsamkeitsarrest**).⁴⁵ Der Jugendarrest darf auch wiederholt verhängt werden, sofern 4 Wochen Arrest insgesamt nicht überschritten werden.⁴⁶ Allerdings kann aus Gründen der Erziehung eine erteilte Weisung auch nachträglich geändert, also auch durch eine härtere Weisung oder Auflage ersetzt werden,⁴⁷ was jedoch bei diesem Sachverhalt kaum in Betracht kommen dürfte. Der Richter hat deshalb zu Recht Cs Verstoß gegen die ihm auferlegte Weisung mit Ungehorsamkeitsarrest sanktioniert.

Da C trotz des Arrestes weiter beharrlich gegen die Weisung verstößt und außerdem wieder straffällig **43** ist, steht einem **Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung** nach § 26 I JGG nichts im Wege. Zwar scheidet ein Widerruf nach § 26 JGG bei einem einfachen Verstoß gegen Weisungen oder Auflagen aus. Bei gröblichen oder beharrlichen Verstößen (§ 26 Nrn. 2, 3 JGG) und bei erneuter Straffäl-

⁴¹ Schaffstein/Beulke 2002, 174 f.

⁴² Schaffstein/Beulke 2002, 108, 110.

⁴³ Brunner/Dölling 2002, § 10 Rn. 6; Schaffstein/Beulke 2002, 108 f.; Eisenberg 2004, § 10 Rn. 11.

⁴⁴ A. A. Ostendorf 2003, § 10 Rn. 13.

⁴⁵ Dazu BVerfG NJW 1989, 25; danach verhindert die Verhängung von Jugendarrest wegen Verstoßes gegen die Bewährungsaufgabe nicht die strafrechtliche Ahndung wegen desselben Sachverhalts.

⁴⁶ Schaffstein/Beulke 2002, 114.

⁴⁷ Brunner/Dölling 2002, § 11 Rn. 3; Bedenken bei Eisenberg 2004, § 11 Rn. 5.

ligkeit (§ 26 I Nr. 1 JGG) ist der Widerruf hingegen zulässig, sofern der Jugendliche dadurch die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllt und dem Richter keine anderen Möglichkeiten zur Beeinflussung zur Verfügung stehen (§ 26 II JGG).⁴⁸

V. Aufgabe 5: Welche Rechtsmittel stehen B zur Verfügung, wenn sie zu einem Freizeitarrest verurteilt wird? Hätte ein Rechtsmittel Aussicht auf Erfolg? Welches Gericht ist für die Entscheidung zuständig?

- 44** 1. Der im allgemeinen Strafverfahren regelmäßig – wenn auch mit wichtigen Ausnahmen – vorgesehene zweistufige Rechtsmittelzug verlängert das Verfahren erheblich und verzögert die Vollstreckung eines Urteils in mitunter unerträglicher Weise. Der im Jugendstrafverfahren mit der Sanktionierung angestrebte Erziehungserfolg würde damit zumindest stark beeinträchtigt. Der Gesetzgeber entschloss sich daher, den Rechtsmittelzug im Jugendstrafverfahren zu verkürzen. Gem. § 55 II 1 JGG kann jeder Anfechtungsberechtigte – d. h. Angeklagter, Verteidiger, Erziehungsberechtigter und Staatsanwalt, nicht dagegen die Jugendgerichtshilfe – **nur ein Rechtsmittel** einlegen. Es besteht dabei grundsätzlich die Wahl zwischen Berufung oder Revision. Bei Einlegung einer zulässigen Berufung des Angeklagten, seines Erziehungsberechtigten oder Verteidigers ist keinem dieser drei mehr die Möglichkeit einer Revision gegen das Berufungsurteil eröffnet, abgesehen von der Staatsanwaltschaft, sofern diese nicht schon selbst Berufung eingelegt hatte (§ 55 I 2 JGG).
- 45** 2. Über eingelegte Rechtsmittel befindet bei erstinstanzlichen Urteilen der Jugendkammer des LG, gegen welche naturgemäß nur die Revision in Betracht kommt, der BGH entsprechend der Regelung des allgemeinen Strafprozesses (§ 333 StPO i. V. m. § 135 GVG). Über die Berufung gegen Urteile des Jugendrichters und des Jugendschöffengerichts hat dagegen nach § 41 II JGG die Jugendkammer des LG in zweiter Instanz zu entscheiden, während die Revision in diesen Fällen zum OLG gelangt (§ 335 II StPO i. V. m. § 121 I 1 b GVG). Im gegebenen Fall hätte über eine Berufung also die Jugendkammer des LG zu befinden, über eine Revision das OLG.
- 46** 3. Der Gesetzgeber hat sich mit der Verkürzung des Instanzenzugs nicht begnügt. Bei weniger einschneidenden Maßnahmen hat er die **Rechtsmittel noch weiter beschränkt**,⁴⁹ indem er in § 55 I 1 JGG bestimmt, dass bei der bloßen Anordnung von Weisungen, Erziehungsbeistandschaft oder Zuchtmitteln diese Entscheidung nur bezüglich der Schuldfrage, nicht aber wegen des Umfangs oder der Art der Maßnahme angefochten werden kann. B könnte ihre Verurteilung zu einem Freizeitarrest daher nicht mit der Begründung anfechten, es hätte ausgereicht, ihr aufzugeben, den schädlichen Umgang mit C zu unterlassen. Dies wäre im Übrigen eine Weisung und keine Auflage, da in der abschließenden Regelung des § 15 JGG diese Art von Auflagen nicht vorgesehen ist. Bs Antrag hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

VI. Aufgabe 6: Hat C Anspruch auf ein Arbeitsentgelt und ggf. in welcher Höhe?

- 47** 1. Im Gegensatz zur früheren DVollz (Nr. 96 V) gewährt § 43 I des am 1. 1. 1977 in Kraft getretenen StVollzG dem Gefangenen einen Rechtsanspruch auf eine **Arbeitsentlohnung**, nicht nur auf eine bloße Arbeitsbelohnung. Über diesen Punkt bestand, trotz anderweitig oft äußerst konträrer Ansichten über die Ausgestaltung des neuen StVollzG, schon in der Reformdiskussion Einigkeit.
- 48** Wie in der Begründung des Regierungsentwurfs von 1972 hierzu ausgeführt wird, folgt die Einführung des Anspruchs auf ein Arbeitsentgelt aus dem Grundsatz, dass der Vollzug der Freiheitsstrafe keine weiteren Einschränkungen mit sich bringen soll, als für den Freiheitsentzug und für die zukünftige straffreie Lebensführung erforderliche Behandlung unbedingt notwendig ist. Darüber hinaus ist die Gewährung eines Arbeitsentgelts als wesentliches Mittel der Behandlung selbst zu verstehen, da sie dem Gefangenen die Früchte seiner Arbeit vor Augen führt. Es dient zugleich der Wiedereinglie-

⁴⁸ Schaffstein/Beulke 2002, 178 f.

⁴⁹ Kritisch zu den Rechtsmittelbeschränkungen im Jugendstrafverfahren P.-A. Albrecht 2000, 385 f., 388 f.

derung und damit dem Vollzugsziel nach § 2 StVollzG, weil es ermöglicht, dass der Gefangene zum Lebensunterhalt seiner Familie beitragen, Schaden aus seiner Straftat wieder gutmachen und auch Ersparnisse für den Übergang ins normale Leben zurücklegen kann.⁵⁰ Dem folgt im Wesentlichen auch die sog. **Arbeitsgeldentscheidung des BVerfG** v. 1. 7. 1998.⁵¹ Danach erklärte das BVerfG die bisherige Bemessung des Arbeitsentgelts (gem. § 200 I StVollzG) mit dem grundgesetzlichen Resozialisierungsgebot für unvereinbar. Es betonte, dass dem Gefangenen zugewiesene Pflichtarbeit nur dann ein wirksames Resozialisierungsmittel ist, wenn die geleistete Arbeit eine angemessene Anerkennung findet. Dies wurde für die bisherige Regelung, nach der der Gefangene durchschnittlich 215 DM Monatslohn erhielt, verneint.

Der vom BJMinisterium erarbeitete Gesetzentwurf zur besseren Entlohnung von Strafgefangenen von Juni 2000 sah daher vor, den Arbeitslohn der Häftlinge um das Dreifache zu erhöhen, also den Häftlingen 15 % des sog. Ecklohns zu gewähren. Demgegenüber schlugen die Länder angesichts der allgemein wenig ergiebigen Gefängnisarbeit und der hohen Arbeitslosigkeit eine Erhöhung des Arbeitsentgelts von 5 auf 7 % sowie vorzeitige Entlassung aus dem Strafvollzug (sog. „good time“) als angemessene Anerkennung der Arbeitsleistung vor. Nach Ablehnung des Gesetzentwurfes und Anrufung des Vermittlungsausschusses durch die Länder haben sich Bund und Länder am 8. 12. 2000 im Vermittlungsausschuss auf einen **Kompromiss** von 9 % geeinigt (vgl. § 200 StVollzG); das sind rund 217,- Euro monatlich. Zudem sind nichtmonetäre Vorteile für arbeitende Gefangene vorgesehen. Abhängig von der Dauer der Beschäftigung können maximal 6 Tage pro Jahr als Urlaub (§ 43, VI u. VII StVollzG) oder zur Vorverlegung des Entlassungszeitpunktes gutgeschrieben werden (§ 43, IX). Gefangene, bei denen dies aufgrund ihrer Persönlichkeit oder aus anderen Gründen nicht möglich ist, erhalten eine Ausgleichsentschädigung (§ 43, XI).⁵²

49

Zu prüfen bleibt, ob die Regelung des StVollzG auch im Jugendstrafvollzug Anwendung findet. Um solchen handelt es sich hier, da nach § 92 JGG Jugendstrafe bis zum 24. Lebensjahr des Verurteilten in Jugendstrafanstalten vollzogen wird, es sei denn, dieser eigne sich nicht mehr für den Jugendvollzug, was im gegebenen Fall aber nicht zu erkennen ist (anders im Fall 13, Rn. 43 f.). Grundsätzlich beschränkt sich das StVollzG auf die Regelung des Erwachsenenvollzugs, was sich aus § 1 entnehmen lässt. Über den **Vollzug in Jugendstrafanstalten** findet sich dagegen in § 91 JGG eine **eigene Regelung** allgemeiner Natur, die einer detaillierten Ergänzung hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des Vollzugs bedarf. Die geltende gesetzliche Regelung ist unstrittig zu unverbindlich und wird den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht. Sie ist daher verfassungsrechtlich bedenklich.⁵³

50

Aus diesen Gründen berief die Bundesregierung bereits 1976 eine Kommission mit dem Auftrag, Grundlagen für eine gesetzliche Regelung des Jugendstrafvollzugs zu erarbeiten. Ende 1979 legte diese Kommission einen Schlussbericht mit ihren „Grundsatzvorstellungen“ zum künftigen Jugendvollzug vor. Auf dieser Grundlage hat das Bundesministerium der Justiz zunächst einen „Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Jugendstrafvollzugs und zur Eingliederung junger Straffälliger“ im Jahre 1980 erstellt. Die für die Vollzugspraxis maßgeblichen Regelungen sollten danach in einer Rechtsverordnung (vgl. § 115 JGG) zusammengefasst werden, um eine im Vergleich zu einem Gesetz leichtere Anpassung an den jeweiligen Entwicklungsstand zu ermöglichen. Nicht zuletzt wegen zahlreicher kritischer Stellungnahmen der Vollzugsverwaltungen und Fachverbände sah der „Arbeitsentwurf eines Jugendstrafvollzugsgesetzes“ vom 1. 6. 1984 die Regelung des Jugendstrafvollzugs in einem eigenen Gesetz vor. Er folgte dabei nach Aufbau und Inhalt im Wesentlichen dem StVollzG. Bis heute ist der Gesetzgeber jedoch untätig geblieben. Das 1. JGGÄndG hat lediglich eine redaktionelle Änderung des § 91 II 3 JGG gebracht. Allerdings legte das Bundesjustizministerium sowohl im September 1991 als auch im April 2004 jeweils einen neuen **Entwurf eines Jugendstrafvollzugsgesetzes** (JVollzGE) vor. Diese Entwürfe entsprechen im Wesentlichen dem StVollzG und beinhalten nur marginale Neuerungen zu den Besonderheiten des Jugendstrafvollzugs.⁵⁴ Auch beim letzten Referentenentwurf handelt es sich nur um ein gesetzgeberisches Minimalprogramm, obwohl er eine Anzahl der im Schrifttum und von Verbänden geäußerten Reformvorschläge aufgreift. So ist eine Verbesserung der schulischen und beruflichen Bildungsangebote vorgesehen. Vor allem aber handelt es sich um auch im Erwachsenenvollzug längst überfällige Reformen, z. B. hinsichtlich der Schadenswiedergutmachung, der Schuldenregulierung, der Frage des Überbrückungsgeldes, der Urlaubsregelungen sowie insbesondere des Wohngruppenvollzugs (§ 19 JVollzGE), speziell bei der Altersgruppe der unter 16-jährigen Gefangenen.

⁵⁰ Vgl. BT-Drucks. 7/918, 67.

⁵¹ BVerfGE 98, 169–218; dazu *Müller-Dietz*, JuS 1999, 952 ff.

⁵² Zum Ganzen eingeh. *Kaiser/Schöch* 2003, 188 ff.

⁵³ *Meier u. a.* 2003, 287; *Streng* 2003, 240; *Böhm/Feuerhelm* 2004, 250 f.; *Ostendorf* 2003, §§ 91 f. Rn. 3.

⁵⁴ *Dünkel* 1992, 176; *Schaffstein/Beulke* 2002, 293 f.; zum Entwurf 2004 eingeh. *J. Walter* 2004, 397 ff.

Bis zum In-Kraft-Treten neuer Vorschriften über den Jugendstrafvollzug ist es jedoch zulässig, in diesem Bereich die Normen des StVollzG entsprechend heranzuziehen, soweit diese mit dem das Jugendstrafrecht beherrschenden Erziehungsgedanken vereinbar sind.⁵⁵ In Betracht kommt dies vor allem hinsichtlich solcher Normen, welche die Rechtsstellung des Gefangenen betreffen und diese rechtsstaatlich absichern.⁵⁶

- 51** Die Anwendung der **Regelung des Arbeitsentgelts für den Jugendvollzug** ergibt sich jedoch direkt aus § 176 StVollzG, der diese Normierung des StVollzG ausdrücklich auf den Vollzug der Jugendstrafe erstreckt. Diese Besonderheit ist damit zu begründen, dass eine unterschiedliche Behandlung zwischen Gefangenen in Jugendstrafanstalten und anderen Gefangenen sachlich nicht gerechtfertigt wäre, gleichzeitig aber eine Gleichbehandlung im Interesse der einheitlichen Arbeitsbeschaffung und -organisation sowie Lohnabrechnung geboten erscheint.⁵⁷ Cs Anspruch auf ein festes Arbeitsentgelt hat somit seine Grundlage im § 43 I i. V. m. § 176 StVollzG.
- 52** 2. Demzufolge bleibt zu prüfen, in welcher Höhe ihm ein Anspruch zusteht. Wie bereits ausgeführt, bestimmt die Regelung des StVollzG (§§ 43, II, 200) nunmehr, dass der Bemessung des Arbeitsentgeltes von Gefangenen 9 vom Hundert des durchschnittlichen Arbeitsentgeltes aller Versicherten der Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten des vorvergangenen Kalenderjahres zugrunde zu legen ist (Eckvergütung, die der Bezugsgröße des § 18 SGB IV entspricht). Eine Abstufung des Arbeitsentgelts nach Leistung des Gefangenen und Art der Arbeit ist nach § 43 III StVollzG möglich. Darüber hinaus können nach § 2 I der auf Grundlage von § 48 StVollzG ergangenen Strafvollzugsvergütungsordnung (StVollzVergO) Zulagen von bis zu 5 % der Eckvergütung für Arbeiten zu ungünstigen Zeiten oder Schwerstbedingungen oder erschwerten Bedingungen gewährt werden, bei Überstunden sogar Zulagen von bis zu 24 %. Ferner sind nach § 2 II StVollzVergO Leistungszulagen bis zu 30 % vorgesehen, so dass im günstigsten Fall ein Arbeitsentgelt in annähernd doppelter Höhe wie die Eckvergütung erreicht werden kann.⁵⁸
- Zwar waren im 20. Jh. dringende Reformen im Bereich des Strafvollzuges aus finanziellen Gründen wiederholt gescheitert. Erst aufgrund der Arbeitsgeldentscheidung des BVerfG und der gesetzlichen Neuregelung wird sich eine weitere Änderung zur früheren, viel kritisierten Situation in diesem Bereich ergeben, obwohl nicht derart durchgreifend, wie dies in Kriminalpolitik und Schrifttum gefordert wird.⁵⁹
- 53** Mit der gegenwärtig von C zu beanspruchenden Vergütung ist freilich eine Schuldentilgung und damit eine Hilfe zur Wiedereingliederung des Inhaftierten nach seiner Entlassung nicht gewährleistet. Eines der Ziele, die zur Einführung des Rechtsanspruchs auf Arbeitsentgelt geführt haben, wurde noch immer nicht erreicht.
- Auch ist es dem Gefangenen nicht möglich, zum Lebensunterhalt seiner Angehörigen beizutragen sowie den Schaden aus seiner Straftat wiedergutzumachen. Ob sich die finanziellen Ersparnisse somit überhaupt auszahlen, erscheint zweifelhaft, zumal eine Gesamtbilanzierung nicht durchgeführt wurde.⁶⁰
- 54** 3. Ein Teilbetrag der Arbeitsentlohnung wird für die Zeit nach der Entlassung beiseite gelegt (§ 51 StVollzG). Ob der Gefangene auf die **Verzinsung dieses Überbrückungsgeldes** einen Rechtsanspruch hat, war nach der Rspr. zur DVollzO streitig. Während die OLG Hamm⁶¹ und Hamburg⁶² einen solchen Anspruch verneinten, weil dem Gefangenen kein Rechtsanspruch auf die Rücklage als Teil der Arbeitsbelohnung der DVollzO zustand, vertrat das OLG Braunschweig⁶³ die gegenteilige Ansicht. Dabei begründete es seine Entscheidung damit, dass der Staat die Grundrechte der Gefangenen nicht weiter als infolge der Freiheitsentziehung unbedingt nötig einschränken dürfe, und dem Staat darüber hinaus im Hinblick auf möglichst günstige Voraussetzungen für die Entlassung gewisse Schutz- und Fürsorgepflichten oblägen, die nicht fiskalischen Interessen (zinsloser Zugriff des

⁵⁵ Vgl. BT-Drucks. 7/918, 43; zur Reform des Jugendstrafrechts s. Fall 11, Rn. 10–14.

⁵⁶ Zurückhaltend gegenüber Ausweitungstendenzen hinsichtlich der analogen Anwendung von StVollzG-Vorschriften *Schaffstein/Beulke* 2002, 294 f.; *Meier u. a.* 2003, 286 f.; *Streng* 2003, 239 f., m. w. N.

⁵⁷ *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 176 Rn. 3; *Arloth u. a.* 2004, § 176 Rn. 1 f.

⁵⁸ *Schöch* 1992 b, 216; *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 43 Rn. 8; *Arloth u. a.* 2004, § 43 Rn. 5.

⁵⁹ Siehe *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 43 Rn. 1; *Arloth u. a.* 2004, § 43 Rn. 5.

⁶⁰ *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 43 Rn. 1; *Schwind/Böhm* 2005, § 43 Rn. 2.

⁶¹ NJW 1969, 857.

⁶² VollzD 1970, 4/5, 8.

⁶³ NJW 1968, 1344; *Kaiser/Schöch* 2003, 193.

Landes bis zur Entlassung) geopfert werden könnten. In den vergangenen Jahren folgte die Praxis überwiegend dieser Ansicht.

Soziale Verantwortung, Angleichung an die allgemeinen Lebensverhältnisse und Eingliederung in das Leben in Freiheit setzen u. a. voraus, dass der Gefangene lernt, verfügbare Mittel sinnvoll anzulegen. Die einst von den OLG Hamm und Hamburg vertretene Begründung zur Ablehnung der Verzinsung der Rücklage ist daher nach geltendem Recht nicht mehr vertretbar, da nunmehr ein Rechtsanspruch auf eine Arbeitsentlohnung besteht. C hat daher auch einen Anspruch auf Verzinsung der Rücklage.

11. Arbeitslosenfall

Jugendkriminalität und ihre **Erklärung**, insbesondere erbliche Anlagen, Jugendarbeitslosigkeit, Städtebau, neurotische Verwahrlosung – Lebenslagen nachwachsender Zuwanderer und Minderheiten – Eigentumskriminalität und Chancenstruktur – Verbindung von Rechtsfolgen nach dem JGG – **Reform des Jugendstrafrechts**

Grundlage: Kombinierte Fallanalyse mit jugendkriminologischem Schwerpunkt

Sachverhalt: Am 15. Januar 2005 wurde gegen den arbeitslosen 17-jährigen A, der wegen Diebstahls von Nahrungs- und Genussmitteln im Wert von etwa 16 Euro angeklagt war, vor dem Jugendgericht des Amtsgerichts F mündlich verhandelt. Der Angeklagte gestand die ihm zur Last gelegte Tat. Der Auszug aus dem Erziehungsregister und der Bericht des Jugendgerichtshelfers sowie die Vernehmungen des A ergaben, dass A bereits in fünf Fällen wegen Diebstahls geringwertiger Sachen gerichtlich in Erscheinung getreten war.

Die in der Hauptverhandlung anwesende Mutter des A wurde gehört. Sie meinte, ihren Sohn treffe eigentlich keine Schuld. Denn sie und ihre Familie lebten bloß von der Sozialhilfe; sie müssten daher in einer beengten Dreizimmerwohnung eines Hochhauses der neu gebauten „Trabantenstadt“ wohnen. Bekanntlich mache aber der moderne Städtebau die Jugend kriminell. Dies habe auch kürzlich in der Zeitung gestanden. Die modernen Wohngebiete seien als Ghettos der neuen Bauentwicklung perfekte Brutstätten der Kriminalität. Durch die heutigen Wohnformen werde diese neue Art von Kriminalität geradezu zwangsläufig erzeugt. Deshalb treffe die Schuld an der Jugendkriminalität eigentlich die Wohnungsbaupolitiker und die Architekten. Sie könne sich daher das Verhalten ihres Sohnes nur so erklären, dass dieser eigentlich bloß wegen seiner Arbeitslosigkeit, der mangelnden Entfaltungsmöglichkeiten und der Langeweile in ihrem Wohngebiet gestohlen habe. Sie bittet daher den Richter um Verständnis und Nachsicht.

Die Vertreterin der Jugendgerichtshilfe leitete ihre Ausführungen mit der allgemeinen Bemerkung ein, dass die heutige Jugend weithin „neurotisch verwahrlost“ sei, weil die Gesellschaft in einer „tiefen Erziehungskrise“ stecke. Sie verweist dabei auf das neuere Schrifttum. Wenn aber derartige Ursachen vorlägen, so könne man dies dem A schlechterdings nicht vorwerfen. Besonders in solchen Fällen wie dem vorliegenden zeige sich, dass eine jugendkriminalrechtliche Reaktion auf die Verfehlung des A unangemessen sei.

Erst von Verbesserungen des geltenden Jugendrechts seien Fortschritte für eine sinnvolle Behandlung zu erhoffen. Einen wichtigen Schritt in diese Richtung stelle der weitere Ausbau der ambulanten Maßnahmen, insbesondere des Täter-Opfer-Ausgleichs, dar. Sie meint, dass im vorliegenden Falle eine Erziehungsmaßregel ausreiche. In Anlehnung an das englische Beispiel des Community Service, das man auch in deutschen Experimenten gemeinnütziger Arbeit aufgegriffen habe und praktiziere, möchte sie anregen, die Teilnahme an einem solchen Gemeinschaftsdienst – z. B. in einem Krankenhaus – aufzuerlegen.

Der Jugendstaatsanwalt führte in seinem Plädoyer u. a. aus, dass die ständig steigende Jugendkriminalität zu einer ernstlichen Bedrohung der Gesamtbevölkerung geworden sei. Um die tiefe Erziehungskrise unserer Zeit, die auch er nicht bezweifle, zu überwinden, sei es notwendig, sichtbare Zeichen zu setzen. Dies müsse auch bei der Sanktionsfindung entsprechend berücksichtigt werden. Dies sei um so mehr geboten, da auch As Zwillingbruder B bei Eigentumsdelikten bereits wiederholt straffällig geworden sei. Offenbar seien die anlagebedingten Mängel so erheblich, dass ihnen nur mit einer längeren Gesamterziehung außerhalb der Familie beizukommen sei. Er schloss seine Ausführungen mit dem Antrag, A wegen der wiederholten Begehung von Diebstählen zu einer Jugendstrafe von 6 Monaten zu verurteilen und im Anschluss daran Hilfe zur Erziehung anzuordnen.

Diesem Antrag trat der Verteidiger des A entschieden entgegen. Er machte vor allem die Jugendarbeitslosigkeit und die sog. neue Armut für die Verfehlungen des A wie überhaupt für die ständig steigende Kriminalität verantwortlich. Er beantragte daher, den A zwar zu ermahnen und ihm ferner aufzugeben, den Schaden wiedergutzumachen, aber im Übrigen das Verfahren einzustellen. Hilfsweise beantragte er, lediglich einen Schuldspruch zu fällen.

Das Gericht sprach A schuldig und setzte die Verhängung der Jugendstrafe zur Bewährung aus.

Aufgaben:

1. Beschreiben und erklären Sie die Bewegung der Jugendkriminalität in der Nachkriegszeit.
2. Welcher Zusammenhang besteht zwischen Jugendarbeitslosigkeit, „neuer Armut“, modernem Städtebau sowie tiefer Erziehungskrise einerseits und Jugendkriminalität andererseits?
3. Angenommen, A sei ein in Deutschland aufgewachsener Sohn türkischer Zuwanderer. Wie würden Sie dann seine Beteiligung an der Jugendkriminalität erklären, und welche empirischen Anhaltspunkte ließen sich dazu anführen?
4. Welche Bedeutung hat die Tatsache, dass auch As Zwillingbruder B straffällig geworden ist? Was will der Staatsanwalt mit dem Hinweis darauf sagen?
5. Prüfen Sie die Voraussetzungen und die Zulässigkeit der gestellten Anträge sowie des Urteils und äußern Sie sich zu den Verbindungen von jugendstrafrechtlichen Rechtsfolgen, wie sie im vorliegenden Fall beantragt wurden.

Zur Problemstellung: Dem Fall liegen als Schwerpunkte die Problemfelder „Jugendkriminalität“ und „Reform des Jugendstrafrechts“ zugrunde.

1. Seit langem zählt die **Jugendkriminalität** zu den international **bevorzugten Fragen in Forschung und Kriminalpolitik**. Rechtsbrüche junger Menschen lassen sich nicht nur besser und leichter beobachten, die „Jugendkriminalität von heute“ erscheint auch als „Erwachsenenkriminalität von morgen“ bedeutsam. Vor allem junge Männer geraten in der Gegenwart häufig mit dem Strafgesetz in Konflikt. Gleichwohl kann man begründet annehmen, dass bei aller Normalität der Delinquenz im Jugendalter der Großteil der jungen Erstbestraften weitere Konflikte mit dem Strafgesetz vermeidet. Die Befunde moderner Dunkelfeldforschung stehen dem nicht entgegen.¹ Die Straffälligkeit im Jugendalter ist also weithin durch flüchtige, episodenhafte Handlungsweisen gekennzeichnet. Nur etwa 5 % der jungen Rechtsbrecher können als Intensivtäter betrachtet werden, auf die ungefähr 35 % aller Jugendstraftaten, zu 86 % Diebstahlsdelikte, entfallen.²

2. Der heutige **Umfang** der Jugendkriminalität ist nicht nur beträchtlich, sondern verglichen mit der Vorkriegszeit auch erheblich angestiegen. Dies trifft nicht nur für das Bundesgebiet zu. Eigentumsstraftaten und Verkehrsdelikte machen zahlenmäßig den größten Teil der registrierten Jugendkriminalität auf. Raub und Erpressung, Verkehrsdelikte, Körperverletzung, Sachbeschädigung, Vermögensdelikte, Hausfriedensbruch und vor allem Drogen- delikte weisen die höchsten Zuwachsraten aus. Die tatgenossenschaftliche Begehungsweise ist verbreitet, auch wenn sie mit Ausnahme von Drogendelikten, sexueller Nötigung und Sachbeschädigung nicht überwiegt. Aggression, Rebellion und Rückzug kennzeichnen die **Deliktsstruktur** als jugendspezifisch.³ Die Straffälligkeit junger Menschen äußert sich darüber hinaus – verglichen mit jener von Erwachsenen – eher als Gewaltkriminalität. Dies gilt allerdings nicht für weibliche Jugendliche. Diese werden allgemein weniger straffällig, ggf. wegen kleinerer Diebstähle. Gelegentlich scheinen sich manche Gewaltphänomene, da hauptsächlich medienvermittelt, zu häufen. Man denke etwa an die Gewalt in der Schule, ein Geschehen, das in Europa im Gegensatz zu Nordamerika in den 70er-Jahren noch kaum thematisiert wurde, bis es Ende der 90er-Jahre eine fast wellenförmige Verbreitung und entsprechende Publizität fand.

3. Das Erkenntnisinteresse ist freilich nicht schon dann befriedigt, wenn wir die Jugendkriminalität nach Umfang, Struktur und Bewegung beschreiben, sondern wenn wir sie auch erklären können. Beide Formen wissenschaftlicher Weltbetrachtung sind jedoch theorieabhängig (Fälle 1 und 3). Darauf beruht es z. B., dass soziologische, psychologische oder psychiatrische Analysen zur Jugenddelinquenz erheblich anders aussehen als juristisch-kriminologische Arbeiten. Trotz der jeweils fachlich gebundenen Sichtweise bleibt die **Frage, wie** wir die **Jugendkriminalität** überwiegend **erklären** und welche Ursachen wir dafür sichern können. Weiterführend wäre es fraglos, wenn wir über eine universelle Erklärung verfügten, d. h. mit einer Erklärungsformel alle Rechtsbrüche Jugendlicher unabhängig von Zeit und Raum aussagekräftig darstellen könnten. Das ist aber nicht der Fall. Deshalb haben sich „kriminologische Weltformeln“, welche die Jugendkriminalität meist einlinig auf eine Ursache zurückführen wollen wie z. B. auf die körperliche Akzeleration, die frühkindliche Hirnschädigung, die unvollständige Familie, die Abnahme der Kindersterblichkeit und die Wohlstandsgesell-

¹ Vgl. Schöch 1976, 211 ff.; Schumann u. a. 1998, 1109 ff.; Schwind 2005, 68 ff.; – Fall 3.

² LKA Nordrhein-Westfalen 1985, 129 ff.; ähnliche Befunde weist die nordamerikanische Kohortenforschung aus; ferner Fall 7.

³ Zum Ganzen Walter 2005, Rn. 223 ff.; Kaiser 1996, 585 ff.

schaft als zu undifferenziert und damit unbrauchbar erwiesen. Zum Teil handelt es sich um nichts anderes als um Ad-hoc-Erklärungen oder „naive Verhaltenstheorien“. Man denke etwa an die kulturkritische Deutung der Jugendkriminalität als Ausdruck einer „tiefen Erziehungskrise unserer Zeit“, beruhend auf Werteverfall, antiautoritärem Erziehungsstil, aber auch „Mutterferne“ im Kleinkindalter.⁴ Ähnliche Bedenken gelten auch gegenüber neueren, oft plakativen Alltagstheorien, wonach der moderne Städtebau, ferner die „neue Armut“ oder gar die „Gewinner-Verlierer-Kultur“⁵ die Jugend kriminell mache. Gleichwohl treffen derartige Annahmen mitunter einen richtigen Kern; sie dürfen nur nicht unzulässig empirisch verallgemeinert werden. Hingegen erscheint empirisch gesichert, dass ein erheblicher Prozentsatz erklärter Varianz des Unterschieds zwischen sozial ganz unauffälligen und schwer auffälligen jungen Menschen sich ganz auf die 3 Faktoren „emotionale Familienbindung“, „Erziehungsstil“ und „Monitoring“ (Beaufsichtigung) konzentriert.⁶

- 4 Warum unsere Gesellschaft, wie es scheint, ein gesteigertes Maß an Jugendkriminalität hervorbringt, beruht offenbar auf den vielschichtigen Veränderungen in unserer Gesellschaft, die man als sog. **sozialen Wandel** begreift. Dieser reicht von dem Wertsystem, der Familienstruktur und -sozialisation, den zwischenmenschlichen Beziehungen sowie der Wohn- und Arbeitswelt bis hin zu technologischen Veränderungen. Offenbar steigt die Bereitschaft zur Delinquenz als Antwort auf Belastungssituationen, die der soziale Wandel bedingt und die nicht konfliktfrei verarbeitet werden können und vielmehr als Sinnkrise erlebt werden. Dies ist wiederum vor allem dann wahrscheinlich, wenn die soziale Stützung durch Familie und Gesellschaft versagt oder ausfällt. Anomietheoretische Interpretationen von Gefühlen der Verlorenheit, der Orientierungs- und Perspektivlosigkeit machen dies einsichtig. In der zumindest dem subjektiven Erleben nach unüberschaubar werdenden Industriegesellschaft, in deren Zusammenhang Verstädterung, Mobilität und Anonymität wachsen sowie sich Bindungen und Wertorientierungen fast zwangsläufig verändern, verlieren die dem Recht vorgelagerten traditionellen Normensysteme von Religion, Sitte und Konvention ihre Steuerungskraft. Die herkömmliche Funktion informeller Kontroll- und Sanktionsmechanismen wird dadurch geschwächt, mitunter aufgehoben sowie auf die justizförmig formelle und damit strafrechtliche Sozialkontrolle abgedrängt. Bisherige Freiräume werden so in wachsendem Umfang verrechtlicht. Der soziale Wandel gelangt damit auch in den veränderten Aufgaben zum Ausdruck, die Recht, Polizei und Justiz angesonnen werden und welche diese auch zum Schutz der elementaren Rechtswerte im Interesse aller wahrnehmen müssen. Aufgrund solcher Einsichten haben die sog. Kontrolltheorien, welche die Bindung des Menschen an die Gesellschaft in den Mittelpunkt rücken,⁷ zunehmend an Bedeutung gewonnen.
- 5 Im Rahmen der vor allem in der Praxis wichtigen Einzelfallanalyse spielt die **Täterpersönlichkeit ebenso eine Rolle wie die Tatsituation** (vgl. auch §§ 2, 43 JGG, 160 StPO). An dieser kompromisshaft oder treffender multidimensional erscheinenden Betrachtungsweise hat sich im juristisch-kriminologischen Bereich wenig geändert.⁸
- 6 Entsprechend der Grundannahme, dass sich Straffällige von Rechtskonformen nach Persönlichkeitsdimensionen und Sozialprofil unterscheiden, werden die Rechtsbrüche Jugendlicher, insbesondere der Intensivtäter, vornehmlich nach dem Mehrfaktorenansatz gedeutet oder wissenschaftlich anspruchsvoller **sozialisationstheoretisch** interpretiert. Gravierende Sozialisationsmängel in den Bereichen der Persönlichkeit und der familiären Umwelt sowie in Schule, Beruf und Freizeit erklären danach die über die situative Entgleisung hinausgreifende Mehrfachdelinquenz junger Rechtsbrecher. Gleichwohl besteht zwischen hohen Sozialisationsbelastungen und Delinquenz keine zwangsläufige, schicksalhafte Verknüpfung. Denn ein erheblicher Teil der Höchstbelasteten bleibt nach offizieller Kenntnis delinquenz- und straffrei.⁹

Hingegen erblicken *Gottfredson* und *Hirschi*¹⁰ die Hauptursache kriminellen Verhaltens in der niedrigen Selbstkontrolle. Diese soll wiederum in einer inadäquaten Sozialisation liegen, weshalb für eine

⁴ Dazu *Affemann* 1973 und *Meves* 1977; neuerdings auch *Schwerte* 2000, 53 f.

⁵ Kritisch *Schaffstein/Beulke* 2002, 19.

⁶ *Kerner* 2004, 48.

⁷ Dazu *Kerner* 2004, 49 f. und 2005, 62 ff.

⁸ Vgl. *Eisenberg* 2005, 993 ff.; *Kaiser* 1996, 1, 471 ff.; *Göppinger* 1997, 5, 209 ff. *Schwind* 2005, 66 ff., 108 ff., 147 ff., 177 ff.

⁹ *Kerner* 2004, 46.

¹⁰ *Gottfredson/Hirschi* 1990.

starke Selbstkontrolle eine erfolgreiche Erziehung nötig sei. Gegen die unterstellte Zwangsläufigkeit dieser Aussage wenden sich wiederum die neueren Ansätze der **Entwicklungs-kriminologie**, insbesondere die sog. **Lebenslauftheorien**.¹¹ Obwohl auch sie die Sozialisation, die informelle Sozialkontrolle und die Bindungen als relevant betrachten, beziehen sie die Möglichkeit zur Veränderung durch Berücksichtigung sog. Wendepunkte im Lebenslauf mit in die Analyse ein. Trotz der herausragenden Bedeutung von Kontroll- und Bindungstheorien für die Erklärung menschlichen Verhaltens lassen sich widersprüchliche Verhaltenserwartungen in der modernen Gesellschaft und deren Konfliktreichtum durch Modernisierung und Globalisierung nicht übersehen. Doch ist es noch immer schwierig, die vielschichtigen Veränderungen in unserer Gesellschaft, die man als sozialen Wandel begreift, zu erfassen sowie überzeugend mit Lebenslauf und Delinquenzentwicklung zu verknüpfen.

Sog. „Kriminologien des Alltagslebens“ versuchen zwar, die Straffälligkeit im Jugendalter als ein völlig alltägliches, entwicklungsbedingtes und daher normales Geschehen zu deuten und pauschal in den Verantwortungsbereich der Gesellschaft zu rücken. Sie lassen uns aber von der Kritik abgesehen bei der Frage der Bewältigung ratlos. Denn Politik, Wirtschaft und Sozialwesen ebenso wie Wert- und Rechtssystem, Familienstruktur und Arbeitswelt, ferner Mobilität und Migration bis hin zu den technologischen Veränderungen müssen sämtlich in ihrer mannigfachen Interdependenz einbezogen werden. Bei alledem gewinnt auch die Rolle der Massenmedien Bedeutung. Bindungsverluste und anomische Situationen lassen sich nicht stets vermeiden oder neutralisieren. Man wird daher in Zukunft ein weiteres Wachstum an Jugenddelinquenz annehmen dürfen, so dass damit auch wiederum die staatliche Interventionspolitik in Jugendhilfe und Jugendstrafrechtspflege auf den Prüfstand gelangt, um sich zu rechtfertigen und neuen Reformimpulsen Raum zu geben.

Zwar kennt die Wissenschaft zur **Erklärung** der **Tatsituation** eine **Fülle von Ansätzen und Theorien** (Fälle 1 und 4). Zu denken ist etwa an die Theorie unterschiedlicher Kontakte, an die Anomietheorie, die Kulturkonfliktstheorie sowie an den labeling approach und die konflikt-kriminologische Blickschärfung. Wie immer man die Aussagekraft der Theorien wegen ihrer mangelnden empirischen Sicherung und Integrationskraft, ihrer Realitätsferne und zu weitgehenden Entlastung des jungen Abweichers einschätzen mag, man wird den Erkenntnisanspruch, das starke Potential zur Humanisierung und Mitverantwortung der Gesellschaft sowie die Ablehnung schicksalhafter Hinnahme von Kriminalität nicht übersehen dürfen.

3. Damit stellt sich aber die **Frage, was richtigerweise zu tun** sei, da wir ohnehin wissen, dass die Jugendkriminalität zu umfangreich und schwer ist. Lässt sich unter dem generalpräventiven Aspekt auch kaum der Nachweis führen, dass das Jugendrecht versagt habe, so kann nicht zweifelhaft sein, dass die Einrichtungen des gegenwärtigen Systems der Jugendkontrolle, d. h. des Jugendschutzes, der Jugendhilfe und des Jugendstrafrechts, vielfältige Gebrechen aufweisen. Die Übereinstimmung darüber ist so einhellig, dass die sachliche Notwendigkeit für eine Erneuerung des gesamten Jugendrechts nirgends bestritten wird.¹² Dem steht nicht entgegen, dass man weitgehend davon überzeugt ist, das JGG habe sich als Grundlage für die strafjustizielle Reaktion auf Jugendkriminalität bewährt und bedürfe nur einzelner, obschon wichtiger Korrekturen.¹³

Umso heftiger herrscht freilich Streit über den Weg, den die Reform einschlagen soll. Gerade die rechtspolitischen Bestrebungen seit den 70er-Jahren zeigen, dass am Ende dieser Diskussionsphase die **systemimmanente Reform** jeweils in den Bereichen des Jugendhilferechts und des Jugendstrafrechts steht. Das 1. JGGÄndG vom 30. 8. 1990 und das Gesetz zur Neuordnung des Kindes- und Jugendhilferechts (KJHG) vom 26. 6. 1990 bezeugen dies. Wohl greift die internationale Diskussion zum Teil darüber hinaus, indem sie die **Postulate** nach Entkriminalisierung, Diversion und Entinstitutionalisierung aufnimmt sowie mitunter in der Forderung nach „radikaler Nichtintervention“ gipfelt.¹⁴ Eine Strategie der Minimalisierung, des „Weniger-Tun“ („do less“) oder allgemein des sog. „peace-making“ reicht jedenfalls dann nicht aus, wenn die Straftaten gravierend sind, Wiederholungsgefahr besteht sowie das verfügbare Instrumentarium an Interventionsmöglichkeiten verbraucht ist. Man denke nur an die gelegentlich ebenso hektische wie hilflose Diskussion über die zweckmäßige Reaktion auf rechtsextremistische Ausschreitungen junger Menschen mit dem erneuten Ruf nach Verschärfung des

¹¹ Sampson/Laub 1993; 1995, 143 ff.; Kaiser 1999, 171 ff. (172 ff., 177 ff.); Stelly/Thomas 2004, 30 ff., 36 ff.; Schwind 2005, 151 ff.

¹² Vgl. Dünkel 1997, 632 ff.; Heinz 1997, 61 ff.; Brunner/Dölling 2002, 61 ff.; Schaffstein/Beulke 2002, 41 ff.

¹³ Vgl. H.-J. Albrecht, Gutachten, 2002, 1 ff. sowie Beschlüsse des 64. DJT Berlin 2002, NJW 2002, 3077 ff.

¹⁴ Siehe dazu die lehrreichen Vergleichsanalysen von Dünkel 1997, 565 ff.

Jugendstrafrechts. Dem stehen die generell erfolgreichen Neuerungen der „Bewährung in Freiheit“¹⁵ wie „gemeinnützige Arbeit“ und „Mediation“ nicht entgegen.¹⁶ Freilich besteht weithin Übereinstimmung darüber, dass mehr Sozialisationsangebote und -hilfen in den Bereichen der Untersuchungshaft, des Jugendarrests, des Jugendstrafvollzuges und der Bewährungshilfe erforderlich sind. Dieses Ziel lässt sich leichter erreichen, wenn der Einfluss der Jugendhilfe auf den ambulanten Anwendungsbereich des Jugendkriminalrechts erweitert und hier besonders eigenverantwortlicher Disposition anheim gegeben wird. Dadurch werden ausreichende Möglichkeiten zu experimenteller Fortentwicklung der Sozialisationshilfen im Jugendhilfebereich eröffnet, die sich auch auf die Jugendkriminalrechtspflege erneuernd auswirken. Allerdings lassen sich die zum Teil enttäuschenden Ergebnisse finanziell aufwendiger erlebnispädagogischer Experimente bei Mehrfach- und Serientätern nicht übersehen, so dass man sich vor unrealistischen Erwartungen gegenüber Jugendhilfe-Interventionen hüten sollte.¹⁷

- 11 Das 1. JGGÄndG 1990 beschränkte sich im Wesentlichen darauf, die „Jugendstrafrechts-Reform durch die Praxis“ zu stabilisieren. Die Neuerungen durch die Praxis lassen sich wie folgt kennzeichnen:¹⁸ Neben einer Zurückdrängung von durch Urteil angeordneten förmlichen Sanktionen zugunsten von sog. informellen Erledigungsformen – gemeint sind damit Verfahrenseinstellungen gem. §§ 45, 47 JGG – ging es um die Etablierung neuer ambulanter Maßnahmen wie Arbeits- und Betreuungsweisungen, sozialer Trainingskurse, Schadenswiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich. Außerdem hat man sich darum bemüht, freiheitsentziehende, d. h. sog. stationäre Sanktionen, zu vermindern und das Gewicht vor allem auf ambulante Maßnahmen zu legen sowie die Jugendstrafe vermehrt zur Bewährung auszusetzen. Das 1. JGGÄndG hat demgemäß die informellen Erledigungsmöglichkeiten gestärkt und die Betreuungsweisung, den sozialen Trainingskurs sowie den Täter-Opfer-Ausgleich in den Katalog der Weisungen von § 10 JGG aufgenommen.¹⁹ Gerade an den Täter-Opfer-Ausgleich knüpfen sich verstärkte Hoffnungen; inzwischen liegen darüber auch ermutigende Erfahrungen vor, welche die Erwartungen und den weiteren Ausbau rechtfertigen.²⁰
- 12 Der Regierungsentwurf zum 1. JGGÄndG²¹ war davon ausgegangen, dass empirische Erkenntnisse der kriminologischen Forschung dafür sprächen, dass zumindest im Bereich der leichten und mittleren Jugenddelinquenz informelle Erledigungsmöglichkeiten nicht nur kostengünstiger, schneller und humaner einzustufen seien, sondern sich auch hinsichtlich der Prävention und Rückfallvermeidung gegenüber formellen Sanktionen nicht als nachteilig erwiesen. Demgegenüber hätten die stationären Sanktionen Jugendarrest und Jugendstrafe für die jugendliche Fortentwicklung schädliche Nebenwirkungen.
- 13 Gleichwohl bleibt eine beachtliche Kluft zwischen der bisher getroffenen gesetzlichen Regelung und den Reformforderungen des Schrifttums. Demgemäß wird eingewandt, dass das 1. JGGÄndG zwar die Jugendstrafe von unbestimmter Dauer abgeschafft, jedoch einen entsprechenden Schritt für die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen nicht erwogen habe. Auch sei der Freizeitarrest auf höchstens zwei Freizeiten beschränkt worden, weshalb von einer Abschaffung des Jugendarrestes insgesamt oder zumindest des Freizeit- und des Kurzarrestes nicht die Rede sein könne.²² Dabei werde der Jugendarrest heute fast einhellig als veraltet und pädagogisch verfehlt empfunden.²³ Ferner sei eine Erweiterung der Strafaussetzung zur Bewährung auf Jugendstrafe von mehr als zwei Jahren Dauer nicht vorgesehen. Überdies seien die Erwartungen in die spezialpräventive Wirksamkeit von stationären Sanktionen nicht zurückgenommen und damit derartige Sanktionsformen auch nicht eingeschränkt worden. Deshalb könne man insgesamt von der erwünschten jugendstrafrechtlichen Neukonzeption noch nicht ausgehen.²⁴

Auch wenn man dieser **Kritik**, insbesondere bezüglich der Spezialprävention, die ja bekanntlich nicht nur Erziehung und Resozialisierung, sondern auch Individualabschreckung und Sicherung umfasst, nur eingeschränkt zustimmen kann, erscheint doch weiterer Reformbedarf unabweisbar. Dies wird denn auch von Seiten des Gesetzgebers nicht verkannt. Denn der Bundestag hat bereits bei der Verabschiedung des 1. JGGÄndG die Bun-

¹⁵ Heinz 1985, 955 ff.

¹⁶ Dazu Dünkel 1997, 588 f.; Göppinger 1997, 744 f.; Walter 2000, 471 ff.; sowie zu den Möglichkeiten und Erfahrungen mit der gemeinnützigen Arbeit Dölling 1990, 363 ff. und Feuerhelm 1997, 411 ff.

¹⁷ Siehe den mageren bis resignativen Beitrag von Wolffersdorff 1999, 319 ff.

¹⁸ Dazu i. E. Heinz 1997, 31 ff.

¹⁹ Siehe Schaffstein/Beulke 2002, 42 f., 117 ff.

²⁰ Vgl. Schöch 1999, 278 ff., 290; – Fall 5; Kerner 2002, 1252 ff.; bes. kritisch hingegen P.-A. Albrecht 2000, 184 ff.

²¹ Vgl. RegE, BT-Drucks. 11/5829, 11.

²² Vgl. Heinz 1997, 24, 53.

²³ Feltes 1993, 105 ff.

²⁴ Vgl. etwa Heinz 1997, 53.

desregierung aufgefordert, bis Oktober 1992 den Entwurf eines 2. JGGÄndG vorzulegen.²⁵ Dabei hat er auch die Bereiche mit weiterem Reformbedarf gekennzeichnet. So wurden u. a. die strafrechtliche Behandlung Heranwachsender, das Verhältnis zwischen Erziehungsmaßnahmen und Zuchtmitteln, die Voraussetzungen für die Verhängung von Jugendstrafe, die Gefahr der Überbetreuung Jugendlicher sowie die Aufwertung des Täter-Opfer-Ausgleichs besonders hervorgehoben. Doch auch an dieser Auflistung wird die fehlende Konzeption für eine umfassende Reform beanstandet. Insbesondere werden die Abschaffung der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen, die Anhebung der Bestrafungsmündigkeit auf 16 Jahre, die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Strafaussetzung zur Bewährung über die Grenze von zwei Jahren hinaus, die Streichung von Freizeit- und Kurzarrest, die Ausgestaltung des verbleibenden Jugendarrestes als stationärer sozialer Trainingskurs sowie die Verbesserung der Möglichkeiten informeller Verfahrenserledigung und schließlich die volle Einbeziehung der Heranwachsenden in das Jugendstrafrecht gefordert.²⁶ Ob sich jedoch der Gesetzgeber angesichts der Hilflosigkeit gegenüber sehr jungen Serientätern, wachsender Gewaltkriminalität und extremistischer Ausschreitungen dazu entschließen kann, die Reformforderungen in toto aufzugreifen, wird man bezweifeln dürfen,²⁷ zumal dem mehrere Gesetzgebungsinitiativen einzelner Länderregierungen und Parteien widersprechen.

Demgemäß hat der vom Bundesministerium der Justiz im April 2004 vorgelegte **Referentenentwurf zu einem 2. JGG-Änderungsgesetz** den vom BVerfG für nichtig erklärten § 51 II JGG neu gefasst und darüber hinaus einige Vorschläge aufgegriffen, die er aufgrund der gegenwärtig sehr polarisierten Situation für konsensfähig und durchsetzbar hält. Neben der Neufassung des § 51 II JGG schlägt der Entwurf u. a. vor, die Legalbewährung als gesetzliche Zielbestimmung des Jugendstrafrechts vorzusehen, wobei zur Zielerreichung die Rechtsfolgen und, soweit möglich, auch das Verfahren vorrangig am Erziehungsgedanken auszurichten sind, ferner die Durchführung im Vereinfachten Verfahren, die Verbesserung der Stellung des Verletzten, die Ausweitung der notwendigen Verteidigung, das Adhäsionsverfahren auch gegen Heranwachsende, gegen die Jugendstrafrecht zur Anwendung gelangt, schließlich die Zuständigkeit der Jugendkammer bei besonderer Schutzbedürftigkeit von Opfern.²⁸

14

Zur Erläuterung, Vertiefung und gutachtlichen Stellungnahme:

I. Aufgabe 1: Beschreiben und erklären Sie die Bewegung der Jugendkriminalität in der Nachkriegszeit.

1. Ausweislich der Polizeilichen Kriminalstatistik des Jahres 2003 ermittelte die Polizei insgesamt 2 355 161 Tatverdächtige, woran der Anteil der Jugendlichen 12,5 %, jener der Heranwachsenden 10,5 % und jener der Kinder 5,4 % betrug.²⁹ Knapp ein Viertel aller tatverdächtigen Personen stammte demnach aus der Altersgruppe der 14- bis 20-Jährigen, obwohl zur selben Zeit nur rd. 15 % der strafmündigen Bevölkerung im gleichen Alter standen.³⁰ Somit tritt die Gruppe der 14- bis 20-Jährigen nach den Ergebnissen der Polizeilichen Kriminalstatistik annähernd doppelt so stark in Erscheinung, wie ihrem Anteil an der Bevölkerung entspricht. Berücksichtigt man, dass die vergleichbare Quote 1954 nur 14,9 % betrug, so wird deutlich, in welchem beachtlichem Umfang junge Menschen heute an der Kriminalität beteiligt sind. Auch wenn man nur auf die deutschen Tatverdächtigen abstellt, ändert sich das altersspezifische Strukturbild kaum.

15

Die geschilderte Entwicklung der Jugendkriminalität – verstanden als Kriminalität der 14- bis 20-Jährigen – wird durch die Rechtspflegestatistik bestätigt, obwohl diese im Gegensatz zur Polizeilichen Kriminalstatistik die Verkehrsdelikte mit erfasst, und ferner, je nach Alter und Geschlecht, nur ein kleiner Teil der Tatverdächtigen (10 % der jugendlichen Mädchen, aber 33 % der heranwachsenden Männer) auch förmlich verurteilt wird. Legt man noch die jährlichen Zuwachsraten an erstmals straffälligen jungen Menschen zugrunde, so ist nach begründeten Schätzungen am Ende des 24. Lebensjahres bereits ein Drittel der männlichen Gesamtbevölkerung schon einmal wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich verurteilt worden. Hebt man gar auf die justizförmige Schuldfeststellung (Verurteilung einschließlich der Einstellungen nach §§ 45, 47 JGG) ab, dürften mindestens 40 % aller 24-Jährigen als Rechtsbrecher für sie folgenreiche Kontakte mit den Strafverfolgungsbehörden gehabt haben.

16

²⁵ BT-Drucks. 11/7421 C der Beschlussempfehlung.

²⁶ Heinz 1997, 60 ff.; P.-A. Albrecht 2000, 111 f.; Brunner/Dölling 2002, 62; zurückhaltend Schaffstein/Beulke 2002, 49 ff.

²⁷ Zur aktuellen Diskussion Meier u. a. 2003, 44 ff.

²⁸ Vgl. Goerdeler 2004, 184; zum Referentenentwurf des Gesetzes zur Regelung des Jugendstrafvollzugs siehe oben Fall 10, Rn. 50 m. N.

²⁹ PKS 2003, 74.

³⁰ StatJB 2004, 42.

- 17 **Allerdings** legen empirische Untersuchungen die Annahme nahe, dass **bei dem Großteil** der jungen Erstbestraften die **Straffälligkeit nur episodhaften Charakter** hat und weitere offiziell nachweisbare Konflikte mit dem Strafgesetz vermieden werden.³¹
- 18 Eine **deliktsspezifische Betrachtung** der Verurteiltenstatistik zeigt, dass bei den Jugendlichen seit langem Diebstahlsdelikte vorherrschen, während bei den Heranwachsenden und Jungerwachsenen die Verkehrsdelikte überwiegen. Verkehrsstraftaten, Diebstahl, Unterschlagung sowie Delikte gegen die Person bilden zusammen in den letzten drei Jahrzehnten etwa zu drei Vierteln die Kriminalität der 14- bis 20-Jährigen, womit das Bild der Jugendkriminalität, wenn auch mit jugendtümlichen Besonderheiten versehen, im Ganzen noch die Zusammensetzung der Erwachsenenkriminalität widerspiegelt.
- 19 Abgesehen von der Drogendelinquenz, bei welcher die 16- bis 24-Jährigen überwiegen, verzeichnen in allen drei Altersgruppen übereinstimmend Gewaltdelikte wie Raub und Erpressung sowie Verkehrsstraftaten überdurchschnittliche Zuwachsraten. Demgegenüber ist im Bereich der Vermögensdelinquenz nur ein unterdurchschnittlicher Anstieg bei den Jugendlichen und sogar eine Abnahme bei den Heranwachsenden und Jungerwachsenen festzustellen.³²
- 20 2. Der registrierte Kriminalitätszuwachs nach 1955 hat augenfällig die jugendkriminologische Phantasie angeregt und wiederholt zur Vermutung Anlass geboten, die Täter würden immer jünger. Dieser Sachverhalt hat zu verschiedenen Erklärungsversuchen geführt.
- 2.1 Besonders bekannt wurde die *Wilkinssche* Theorie der „delinquent generations“ (1960). Sie besagt, dass die Jahrgänge, die ihre ersten Lebensjahre zwischen 1935 und 1942 hatten, in der Kriegszeit besonders durch soziale Unruhe und schädigende frühkindliche Erlebnisse gefährdet worden seien. Deshalb würden diese Jahrgänge auch eine verstärkte Anfälligkeit bzgl. Jugendkriminalität aufweisen. Diese Ansicht wurde alsbald aus methodischen Gründen kritisiert. Den wichtigsten Einwand lieferte aber die Erfahrung, dass die Nachkriegsjahrgänge in ihrer Delinquenzbelastung den sog. Kriegsjahrgängen keinesfalls nachstanden, ja teilweise sogar noch eine höhere Kriminalitätsbelastungsziffer erkennen ließen.³³
- 21 2.2 Eine Erweiterung und Umgestaltung erfuhr die Theorie der „delinquent generations“ durch die Hypothese *Hilde Kaufmanns* von der Ablaufverschiebung bei gleich bleibendem Kriminalitätspensum. Der Hypothese liegt die Annahme zugrunde, dass es sich bei dem Anstieg der Jugendkriminalität in der Nachkriegszeit um eine Ablaufverschiebung in dem Sinne handele, dass sich die Kriminalitätsspitze bei insgesamt gleich bleibendem Kriminalitätspensum auf die jüngeren Altersgruppen vorverlagerte. Die Hypothese lasse sich zumindest auf die registrierte Entwicklung der einfachen Vermögensdelinquenz stützen.³⁴ Der an den biologischen Prozess der Akzeleration (Entwicklungsbeschleunigung) anlehrende Erklärungsversuch *Kaufmanns* erweist sich jedoch nicht als tragfähig, obwohl der Kriminalitätszuwachs im Bereich der klassischen Kriminalität tatsächlich auf das Konto der jüngeren Altersgruppen geht. Die These der Ablaufverschiebung bei gleich bleibendem Kriminalitätspensum unterstellt nämlich, dass die Einstellungs- und Selektionsmodalitäten der Kontrollinstanzen zumindest in den letzten Jahrzehnten gleich geblieben sind. Geht man jedoch hiervon aus, wird man nicht übersehen dürfen, dass schon bald nach den Anfängen einer selbständigen Kriminalstatistik der altersmäßige Höhepunkt der Delinquenzbelastung bei etwa 20 Jahren lag. Außerdem kann ein beträchtlicher Anstieg nur in Industrienationen festgestellt werden, nicht aber in Entwicklungsländern – vor allem also in Zeiten wirtschaftlicher Prosperität. Die entscheidenden Hintergründe der heutigen Verbreitung und Entwicklung der Jugendkriminalität sind daher eher mit dem wirtschaftlichen Konjunkturverlauf und der durch ihn angezeigten gesellschaftlichen Entwicklung verknüpft, eine Vermutung, die sowohl einerseits im Begriff der „Wohlstandskriminalität“ als auch andererseits in Erklärungen der Jugendarbeitslosigkeit, der „neuen Armut“ und der Verliererkultur ihren Niederschlag gefunden hat.³⁵
- 22 2.3 Ein damit gedanklich zusammenhängender Versuch, das Rätsel des Anstiegs der Jugendkriminalität zu erklären, geht auf die **Anomietheorie** oder Theorie der Zielerreichung mit unzulässigen Mitteln zurück. Nach dem von *Durkheim*³⁶ erstmals verwandten Konzept führt das Auseinanderfallen

³¹ Walter 2005, Rn. 186, 246; Kaiser 1996, 572; Kerner 2004, 46; jew. m. w. N.

³² Kaiser 1996, 581 ff., m. w. N.

³³ Vgl. Wilkins 1960.

³⁴ Kaufmann 1965, 37.

³⁵ Kritisch Meier 1998, 1073, 1075.

³⁶ Durkheim 1897; 1968, 273 ff.

von Bedürfnislage und Befriedigungsmöglichkeiten zu einem Zustand der Anomie, also der Normlosigkeit. In der von *Merton*³⁷ weiterentwickelten Form der Anomietheorie sind die anomischen Bedingungen dagegen in der Kluft zwischen kulturell vorgegebenen Zielen und den sozialstrukturellen Mitteln zu ihrer Verwirklichung zu sehen. Da de facto die Mittel zur Erreichung dieser Ziele beschränkt und somit die Chancen ungleich verteilt seien, würde dies zur Normlosigkeit bei denjenigen Gruppen der Gesellschaft führen, denen die sozial gebilligten Mittel zur Zielerreichung vorenthalten würden. Da dies vor allem bei den unteren Schichten der Fall sei, verbleibe diesen als Ausweg praktisch nur die Flucht in die Illegalität.

Gegen die Theorie der Zielerreichung mit unzulässigen Mitteln spricht, dass sie einen allgemeinen Konsens in der Bevölkerung über Werte und Ziele unterstellt, der in Wirklichkeit nicht vorliegt. Ferner ist einzuwenden, dass nicht nur Unterschichtangehörige delinquieren, wie etwa die Bereiche der Wirtschafts- und Verkehrsdelinquenz erkennen lassen. Der überwiegende Teil derer, die gemessen an den anspruchsvoller gewordenen Zielen mit unzureichenden Mitteln ausgestattet sind, wird nie als straffällig registriert. Außerdem sind aufgrund der höheren Mobilität die Möglichkeiten zur Zielerreichung für die fraglichen Schichten heute erheblich größer als vor 30 oder 50 Jahren, ohne dass diese Veränderung zu einem Rückgang der Eigentumskriminalität geführt hätte.³⁸

23

2.4 Wegen der Abhängigkeit der registrierten Jugendkriminalität von der Intensität der Sozialkontrolle liegt die Vermutung nahe, dass der durch die Statistik ausgewiesene Kriminalitätsanstieg nichts anderes sei als das Ergebnis eines stärkeren Verfolgungsdruckes oder einer **veränderten Kontrollpraxis**. Doch eine solche Annahme ließe sich aber pauschal weder auf eine intensiviertere Strafverfolgung noch generell auf eine schärfere jugendstrafrechtliche Sanktionspraxis stützen, wie bei dem breiten Bedeutungsgewinn von Diversionsstrategien (mit Verfahrenseinstellung) erkennbar wird. Eine Verschärfung allgemeiner Punitivität in Gesellschaft und Justiz zu vermuten, griffe daher zu kurz. Zwar hat sich die polizeiliche Kapazität in den letzten vier Jahrzehnten nicht unerheblich erhöht. Gleichwohl kann daraus nicht verlässlich auf einen stärkeren Verfolgungsdruck geschlossen werden. Die Übergewichtigkeit des verkehrspolizeilichen Tätigkeitsbereiches, der heute in Gebieten mit starker Verkehrsdichte etwa zwei Drittel der Arbeitszeit der Schutzpolizei in Anspruch nimmt, sowie die häufigen Abordnungen von Polizeibeamten zum Personen- und Objektschutz belasten den Polizeidienst erheblich. Schließlich werden Polizeikräfte vermehrt durch Sondereinsätze, z. B. Räumung besetzter Gebäude, Kontrolle von Demonstrationen und Schutzmaßnahmen bei Landtags- und Bundestagswahlen, gebunden. Die Inanspruchnahme durch derartige Aktivitäten beeinträchtigt aber die Erfüllung konventioneller Polizeiaufgaben der Verbrechensbekämpfung erheblich. Andererseits hat die Zahl der erfassten Fälle stark zugenommen. Nicht zuletzt deswegen verläuft die polizeiliche Aufklärungsquote seit Jahren rückläufig (Ausnahmen 1984 und 1985) und liegt gegenwärtig mit 53 % um mehr als ein Viertel tiefer als vor 40 Jahren. Da vor allem bei den Eigentumsdelikten die polizeiliche Aufklärungsrate kaum ein Drittel der angezeigten Fälle übersteigt, ein Großteil der Jugendkriminalität aber auf Eigentumsdelikte entfällt, könnte man annehmen, dass die jugendlichen Altersgruppen durch die rückläufige Aufklärungsquote noch begünstigt würden. Gegen diese Vermutung spricht aber die Beobachtung, dass halbwüchsige Täter im Allgemeinen leichter überführt und teilweise auch leichter verurteilt werden.

24

2.5 Mit der Zunahme der allgemeinen Toleranz gegenüber abweichendem Verhalten seit den 60er-Jahren hat offenbar die informelle Sozialkontrolle gegenüber Kindern und Jugendlichen nachgelassen. Dies ermöglichte eine Beteiligung junger Menschen auch an schweren Straftaten, deren Anstieg wiederum zu einer Verschärfung der formellen Sozialkontrolle in diesem Bereich führte. Dabei muss man freilich berücksichtigen, dass auf dem Gebiet der klassischen Kriminalität die polizeilichen Ermittlungen ganz überwiegend durch Anzeigen von Privatpersonen veranlasst, die Strafverfolgungsbehörden also vor allem reaktiv tätig werden. Nehmen in Zeiten der Normverunsicherung, des Abbaus alter und der Herausbildung neuer Normen Rechtsverletzungen epidemische Ausmaße an und provozieren diese mangels überlegener Alternativen verschärfte Kontroll- und Sanktionsstrategien, so geht diese Entwicklung in erster Linie zu Lasten der ohnehin verhaltensunsicheren und risikofreudigen Halb-

25

³⁷ *Merton* 1957; krit. *Sack* 1978, 349.

³⁸ *Kaiser* 1996, 449 ff., 469, 610.

wüchsigem. Ein derartiger Prozess führt zu dem beobachtbaren Befund des offiziell registrierten Anstiegs der Jugendkriminalität.³⁹

II. Aufgabe 2: Welcher Zusammenhang besteht zwischen Jugendarbeitslosigkeit, „neuer Armut“, modernem Städtebau sowie tiefer Erziehungskrise einerseits und Jugendkriminalität andererseits?

- 26** 1. Wird neben einer steigenden Jugendkriminalität auch eine Zunahme der **Jugendarbeitslosigkeit** registriert, so neigt man leicht dazu, eine unmittelbare Verbindung zwischen beiden zu knüpfen. Doch die Befundlage über einen etwaigen Zusammenhang zwischen wirtschaftlicher Krise, Jugendarbeitslosigkeit, „neuer Armut“ und Jugendkriminalität ist vielschichtig und rechtfertigt die Vermutungen nur teilweise.⁴⁰
- 27** Selbst wenn man berücksichtigt, dass nur ein Teil der wirklich Arbeitslosen auch amtlich als solcher registriert wird, lässt sich ein gewisser statistischer Zusammenhang zwischen Arbeitslosigkeit und Kriminalität bei jungen Menschen kaum von der Hand weisen. Denn bei dieser Gruppe von Tatverdächtigen liegt der Arbeitslosenanteil bei mehr als 30%.⁴¹ Allerdings nahm ausweislich der Sondererhebung nach der Polizeilichen Kriminalstatistik Nordrhein-Westfalens der Jahre 1978–1986 der Anteil registrierter arbeitsloser Tatverdächtiger an der Gesamtpopulation aller arbeitslosen Jugendlichen und Heranwachsenden deutlich ab.⁴² Die starke Abnahme von arbeitslosen Tatverdächtigen wird hier auf kurz- und mittelfristige Arbeitslose zurückgeführt, wohingegen vor allem arbeitslose Schulabgänger im Berichtszeitraum erhebliche Zuwächse aufzuweisen hatten. Auch wenn man die spezifische Problem- und Konfliktlage arbeitsloser junger Menschen nicht verkennt, lässt sich ein Kausalzusammenhang zwischen Arbeitslosigkeit und Kriminalität kaum begründen.⁴³ Viele junge Arbeitslose weisen schon von vornherein erhebliche Sozialisationsdefizite auf und gehören eher der Gruppe der schulisch Unterqualifizierten an. Teilweise verfügen sie über mangelnde Leistungsmotivation, haben häufig Lehrabbrüche zu verzeichnen und weisen dann all jene Merkmale auf, die für das Sozialprofil des jungen Rechtsbrechers charakteristisch sind. Damit folgen sowohl Arbeitslosigkeit als auch Jugendkriminalität letztlich derselben Chancenstruktur. Die Bedeutung der Jugendarbeitslosigkeit liegt dann nicht in einer unmittelbaren Verursachung der Straffälligkeit, sondern in der Verstärkung und Festschreibung bereits vorhandener und mit erhöhtem Delinquenzrisiko verbundener Defizite. Da kriminelles Verhalten umgekehrt wiederum die Chancen verstärkt, auch weiterhin arbeitslos zu bleiben, stehen Arbeitslosigkeit und Kriminalität in einem Wechselwirkungszusammenhang.⁴⁴
- 28** Erheblich überrepräsentiert sind freilich Arbeitslose unter den zu einer Freiheitsstrafe Verurteilten. Auch hier lässt sich wiederum ein Wechselwirkungszusammenhang feststellen. Einerseits begünstigt Arbeitslosigkeit die Verhängung von Freiheitsstrafen, andererseits trägt eine Inhaftierung zur Verfestigung bestehender Arbeitslosigkeit bei.⁴⁵
- 29** Entsprechend trifft die Arbeitslosigkeit mit weiteren Defekten zusammen wie fehllaufenden Sozialisationsprozessen, Steigerung bereits vorhandener Konfliktpotentiale der Lebenslagen sowie Stigma entlassener Strafgefangener und sozialer Desintegration. Untersuchungsergebnisse unterstreichen einen solchen kumulativen Effekt. Danach bildet Arbeitslosigkeit nur eine Dimension im kriminologischen Mängelprofil. Entsprechendes gilt für die Armutproblematik.⁴⁶ Weder gelangen die geschlechtsspezifische noch die regionale Verteilung von Jugendarbeitslosigkeit bzw. neue Armut und Jugendstraffälligkeit zur Deckung.
- 30** 2. Gelegentlich wird auch, worauf die Mutter des A hinweist, dem **modernen Städtebau** kriminogene Wirkung vor allem im Bereich der Jugenddelinquenz zugeschrieben. Die „Ghettos der neuen

³⁹ Zu „Theorie und Erklärung der Jugenddelinquenz“ Walter 2005, Rn. 46 ff.; Kaiser 1996, 608 ff.

⁴⁰ Vgl. Schwind 2005, 243 ff.

⁴¹ Spieß 1993, 35.

⁴² Vgl. H.-J. Albrecht 1988 a, 139 f.

⁴³ Albrecht 1988 a, 146; Spieß 1993, 35; Walter 2005, Rn. 97 ff.; Kaiser 1996, 606 f.; Schwind 2005, 249 ff.; zu weitgehend in seiner Annahme, da seine Forschungsdaten überfolgender, Schumann 2004, 224 ff., 233, 236 ff., der Zusammenhänge zwischen Arbeitsbiographie und Straffälligkeit gleichsam „auf den Kopf stellt“, indem er sowohl die Aussagekraft erfragten Delinquenzverhaltens mit dem Befund des sog. „Doppellebens“ von manchen Jugendlichen überschätzt als auch labelingtheoretisch-abolitionistisch folgerichtig den justiziellen Interventionen eine kriminogene Funktion zuschreibt. Zum sog. „Doppelleben“ junger Menschen siehe auch die Analyse v. Stelly/Thomas 2004, 73. Zur zentralen Bedeutung der „Arbeitswelt“, ebd. S. 41.

⁴⁴ Albrecht 1988 a, 142.

⁴⁵ Spieß 1993, 37 f.

⁴⁶ Vgl. Meier 1998, 1069 ff., 1073, 1075, 1077; Schwind 2005, 246 f.

Bauentwicklung“ seien perfekte Brutstätten für den Vandalismus der Jugend. Diese neue Art von Kriminalität werde durch die heutigen Wohn- und Lebensformen fast zwangsläufig erzeugt. Der Mangel an Entfaltungsmöglichkeiten für Kinder und Heranwachsende habe in entscheidender Weise zum desolaten Zustand der Gesellschaft beigetragen. Die Polizei habe auf dem Sektor des modernen Städtebaus die undankbare Aufgabe, das Produkt einer konzentrierten Fehlplanung zu ernten. Anonymität und Isolation seien die herausragenden Charakteristika dieser modernen Wohngebiete mit ihren „Wohnmaschinen“. Zwangsläufige Produkte solcher anonymen und wegen ihrer geringen Überschaubarkeit verfolgungsimmunen Räume seien Vandalismus, Diebstähle, Einbrüche und Raubtaten.⁴⁷

Gerade die letzten Äußerungen verdeutlichen, dass es sich in erster Linie um ein präventivpolizeiliches Problem handelt. Sicherlich bietet der moderne Städtebau vermehrt günstige Gelegenheiten für kriminelle Verhaltensweisen. Das eigentliche Problem, nämlich die Frage, weshalb und unter welchen Bedingungen diese Gelegenheiten zur Begehung von Straftaten genutzt werden, ist damit aber noch nicht geklärt. Zwar ist anzunehmen, dass ein die Anonymität und Isolierung fördernder Städtebau ohnehin fehllaufende Sozialisationsprozesse Jugendlicher begünstigt. Daneben ist aber eine ganze Reihe anderer Faktoren von entscheidender Bedeutung. Im modernen Städtebau die Hauptursache der Jugendkriminalität zu sehen oder auch bestimmte kriminelle Aktivitäten als alleinige Folge der heutigen Stadtplanung zu betrachten, hieße die Vielschichtigkeit der gesamten Problematik zu verkennen und die Bedeutung des modernen Städtebaus in diesem Zusammenhang zu überschätzen.⁴⁸ Außerdem darf man nicht übersehen, dass in den modernen Wohngebieten der Vor- und Satellitenstädte überwiegend niederen Sozialschichten angehörende Familien mit einer größeren Kinderzahl leben als in den Wohnbezirken der gehobenen Mittelschicht. An Orten, an denen aber mehr Jugendliche leben und daher auch Gefahr laufen zu delinquieren, ist erwartungsgemäß die Delinquenzbelastung höher.⁴⁹ In diesen theoretischen und vor allem präventionsstrategischen Zusammenhang gehört auch die jüngere und seit den 80er-Jahren zunehmend aktuelle „**Broken-windows-Theorie**“ sowie das „Null-Toleranz“-Konzept, um die wachsende Verwahrlosung der Innenstädte und weiterer Stadtteile zu erklären sowie dem Verbrechensanstieg und der Verbrechensfurcht entgegenzuwirken. Derartige Gedanken und Konzepte haben, namentlich in den USA, breite Zustimmung, gelegentlich aber auch heftige Kritik erfahren.⁵⁰ Dies gilt ferner für die in England und den USA verbreitete Anordnung von Ausgangssperren (sog. curfew orders) für Jugendliche. Trotz aller Grundsatzkritik hat sich auch die Polizei mehrerer Länder anlässlich der europäischen Fußballmeisterschaft 2000 strategisch von dem Null-Toleranz-Konzept durch Ausreisesperren und Gewahrsamsanordnungen gegenüber potentiellen Fußball-Hooligans leiten lassen,⁵¹ ohne erneut auf nennenswerte Einwände in der Öffentlichkeit zu stoßen.

31

3. Das Argument, dass Anstieg und Verbreitung der Jugendkriminalität auf einer **neurotischen Verwahrlosung der heutigen Jugend** beruhen, die in einer **tiefen Erziehungskrise der Gesellschaft** wurzele, wurde hauptsächlich von dem Psychotherapeuten *Affemann*⁵² und der Psychagogin *Meves*⁵³ vertreten. Obwohl in der Fachwissenschaft heftig umstritten, haben derartige Vermutungen zeitweilig einen beträchtlichen Widerhall in der Öffentlichkeit gefunden.

32

Nach tiefenpsychologischen Kenntnissen führe eine mangelhafte Mutter-Kind-Beziehung in frühester Kindheit zu der psychischen Krankheit der „neurotischen Verwahrlosung“, die aufgrund zunehmender Berufstätigkeit der Mütter in der westlichen Welt zu einer geradezu seuchenartigen Gefahr würde. Während die zwischen 1945 und 1956 Geborenen zu einem großen Teil noch engen Kontakt zu ihren Müttern gehabt hätten, würden jetzt die Jahrgänge zur Jugend, die kaum noch äußere Entbehrungen, dafür umso mehr verwöhnende Notstände kennen gelernt hätten. Dies führe neben Nikotin-, Alkohol- und Drogenmissbrauch auch zu einem konstanten Anstieg

33

⁴⁷ So *Lehmbrock* und *Westphal*, zit. n. Deutsche Polizei 5/1978, 7.

⁴⁸ *Rolinski* 1980, 213 ff.; den internationalen Forschungsstand zusf. *Kasperzak* 2000, 63 ff., 112 ff.

⁴⁹ Zum Ganzen *Kube* 1982 und *Schwind* 2005, 328 ff.

⁵⁰ Dazu *Schwind* 2005, 310 ff. m. N.

⁵¹ Zur Kritik an der Einführung einer weiteren Strafbewehrung im Passgesetz und der beabsichtigten Kriminalisierung einer verbotswidrigen Ausreise *von Danwitz*, NJ 2000, 567 ff.; zur Videoüberwachung als Präventionsstrategie s. Fall 3, Rn. 46 ff.

⁵² Vgl. *Affemann* 1973, 76 ff., 140 ff.

⁵³ Siehe *Meves* 1977, 161 ff.

der Jugendkriminalität, wobei Diebstahl und Einbruch als aggressiver Triebdurchbruch der fundamental Zu-kurz-Gekommenen an der Spitze stünden.⁵⁴

- 34** Dieser Hypothese widerspricht – sieht man einmal von der mangelnden empirischen Bestätigung ab – allerdings die Tatsache, dass der Anstieg der Jugendkriminalität in den 50er-Jahren nicht weniger stark war als in der Gegenwart und überdies damals ähnlich wie heute in den defekten Verhältnissen der Kleinkindphase und der Jugenderziehung erblickt wurde (s. o. I.2.). Neuerdings wendet sich der Sozialethiker und Pädagoge *Schwerte* wegen der zunehmenden Gewalttätigkeit sowie einer kontinuierlich steigenden Jugendkriminalität als Folge gravierender Sozialisationsdefizite heftig gegen „das sozialschädliche Treiben“ der „Erziehungssaboteure“ in den Medienanstalten, gegen die „Wertezerstörer“ und „Erziehungsverhinderer“.⁵⁵ Trotz wechselnden Inhalts, verschiedener Zeiten und Generationen sind daher die Begründungsformeln der Kritik substantiell gleich geblieben. Ihre tragfähige, zeitüberdauernde Kernaussage reduziert sich auf die Relevanz der (defizitären) Sozialisation. Darüber herrscht wiederum weite Übereinstimmung.

III. Aufgabe 3: Angenommen, A sei ein in Deutschland aufgewachsener Sohn türkischer Zuwanderer. Wie würden Sie dann seine Beteiligung an der Jugendkriminalität erklären, und welche empirischen Anhaltspunkte ließen sich dazu anführen?

- 35** Zur Erklärung der Delinquenzbelastung von Migranten und Angehörigen ethnischer Minderheiten wird verschiedentlich die Theorie des Kulturkonflikts herangezogen. Diese in verschiedenen Ausprägungen vor allem von der amerikanischen Kriminalsoziologie vertretene Hypothese geht davon aus, dass Menschen, die in einen von ihren kulturellen Wertvorstellungen divergierenden Kulturkreis eintreten, Konflikten ausgesetzt werden, da sie antagonistischen Normsystemen unmöglich zugleich entsprechen können. Ergebnis dieser kulturell bedingten Konfliktsituationen sei dann häufig delinquentes Verhalten.⁵⁶
- 36** Gegen die **Theorie des Kulturkonflikts** spricht, dass ein Großteil etwaiger Kulturkonflikte offensichtlich anders als durch Kriminalität gelöst wird. Deshalb handelt es sich bei dahin gehenden Einlassungen straffälliger Ausländer vornehmlich um Schutzbehauptungen, zumal die fraglichen Delikte auch im Herkunftsland allgemein kriminalisiert, ja vielfach scharf unter Strafe gestellt sind.⁵⁷ Ein weiteres Gegenargument liefert die Tatsache, dass die erwachsenen ausländischen Arbeitnehmer (sog. Gastarbeiter der ersten Generation) vergleichsweise gering delinquenzbelastet waren. Denn gerade bei ihnen hätte sich ein etwaiger Kulturkonflikt am stärksten auswirken müssen, da sie den heimatlichen Normen noch am stärksten verbunden waren.⁵⁸
- 37** Zwar erscheinen Personen mit Migrationshintergrund nach der kriminalstatistischen Analyse deutlich höher kriminalitätsbelastet, als dies für die deutschen Vergleichsgruppen mit Ausnahme der Spätaussiedler zutrifft.⁵⁹ Dieses Bild verändert sich auch dann nicht substantiell, wenn man die ausländerspezifischen Delikte gegen das Ausländer- und Asylverfahrensgesetz vernachlässigt. Hingegen muss man die Unterschiede in der Alters-, Geschlechts- und Sozialstruktur, ferner in den Lebens- und Problemlagen beachten sowie die Tatsache, dass ausländische Zuwanderer vornehmlich in Großstädten wohnen. Außerdem fällt der Anteil der Ausländer an der Gesamtheit der Verurteilten nach der Rechtspflegestatistik allgemein geringer aus.⁶⁰ Dies mag auf der schwierigeren Beweislage beruhen und wahrscheinlich auch darauf, dass Delikte von Zuwanderern häufig gegen Angehörige ihrer eigenen Gruppe gerichtet sind. Es ist jedoch auch möglich, dass Migranten einer verschärften Sozialkontrolle unterliegen, bedingt durch ihre Fremdheit, Mobilität und Sichtbarkeit, so dass die Anzeigebereitschaft ihnen gegenüber erhöht wäre. Solcher Annahme steht freilich entgegen, dass nicht die in stärkerem Maße fremd wirkende erste Gastarbeitergeneration besonders häufig angezeigt worden ist, sondern vielmehr die äußerlich eher angepasste nachwachsende Generation.⁶¹ Besonders sind es die zweite Zuwanderergeneration sowie die in Deutschland geborenen Ausländer, die erheblich höher als die deutsche Vergleichspopulation belastet erscheinen, vor allem wegen Rohheitsdelikten, Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung sowie beim Diebstahl.⁶²

⁵⁴ *Meves* 1977, 163 f.; ferner *Affemann* 1973, 20 ff., 25 ff. und *Krebs* nach FAZ Nr. 135 v. 29. 6. 1978.

⁵⁵ Vgl. *Schwerte* 2000, 53 f.

⁵⁶ *Kaiser* 1996, 674 ff.

⁵⁷ Vgl. *Kaiser* 1996, 678.

⁵⁸ *Villmow* 1993, 44 f.

⁵⁹ Siehe *Steffen u. a.* 1999, 337 f.

⁶⁰ Vgl. *Schöch/Gebauer* 1991, 40.

⁶¹ Vgl. *Schöch/Gebauer* 1991, 56.

⁶² *Schöch/Gebauer* 1991, 39, m. N.; ausweislich der PKS 2003, 139, 146, 161, 165, 233, stellen vor allem die in Deutschland geborenen Ausländer hohe Anteile unter den unter 21-jährigen Nichtdeutschen, insbesondere bei den Gewaltdelikten und Diebstählen mit 70 % und mehr.

Dieser Sachverhalt lässt sich nach der Kulturkonfliktstheorie damit erklären, dass die Kinder und Jugendlichen zu Hause, bei Freunden und in der Schule verschiedene Normensysteme erleben. Der dadurch entstehende Konflikt zwischen mehreren „Bezugskulturen“ führt zu Verhaltensunsicherheit, sozialen Schwierigkeiten und damit zu einer erhöhten Gefährdung. Gleichwohl bleibt fraglich, ob es sich dabei um einen Kulturkonflikt handelt oder um einen modifizierten Eltern-Kind-Konflikt. Denn gerade im Elternhaus können sich Reibungen und Zusammenstöße aus rivalisierenden Normensystemen des Herkunftslandes einerseits, repräsentiert durch die Eltern, und der Majoritätskultur andererseits, vertreten durch Schule, Beruf und Peer-group, ergeben. Danach ist die unterschiedlich geglückte Anpassung an das kulturelle Normensystem der Mehrheitsgruppe die Ursache dafür, dass Sozialisations- und Kontrollkapazität der ausländischen Elternfamilie abnehmen sowie sich Konflikte zum Nachteil von aufbegehrenden jungen Migrantinnen, etwa gegen elterlich bestimmte Zwangsehen, durch sog. Ehrenverbrechen von Familienangehörigen,⁶³ äußern. Es handelt sich also um eine **Verknüpfung** der Kulturkonfliktthese mit der Theorie von der differenziellen Sozialisation und Sozialkontrolle. Hierfür liefern die hohe Kriminalitätsbelastung der männlichen Zuwanderer im Alter von 14 bis 25 Jahren und die **Kumulation** von mangelhafter Integration, einschließlich Sprachschwierigkeiten und Ausbildungsdefekten, Konflikten im sozialen Nahraum, Jugendarbeitslosigkeit, Altersgruppeneinfluss und schärferer Sozialkontrolle zureichende Anhaltspunkte.⁶⁴

38

Die unterschiedliche Kriminalitätsbelastung der Vergleichsgruppen hingegen als lediglich schichtbedingt zu deuten, verkennt, dass schon generell die Schichtzugehörigkeit für die Kriminalitätsentstehung nicht die Bedeutung einnimmt, die man einstmals vermutet hat,⁶⁵ und schon gar nicht im Jugendalter.

39

Insgesamt scheint es daher gerechtfertigt zu sein, die Kriminalitätsbelastung junger Menschen mit Migrationshintergrund zwar mit Aufmerksamkeit, aber ohne Dramatisierung zu betrachten.⁶⁶ Das brisantere Problem scheint eher in der Delinquenzbelastung der (nicht anerkannten) Asylbewerber, der sog. Illegalen und der Erwerbslosen zu liegen. Diese Gruppen stellen mittlerweile die größten Anteile der registrierten nichtdeutschen Tatverdächtigen, obwohl ihre Anteile an der gesamten Bevölkerung der Zuwanderer weit geringer sind.⁶⁷ Auch wenn man hierbei die ausländerspezifischen Delikte vernachlässigt, kann man nicht ignorieren, dass die zur Beschränkung der Neuankömmlinge in ihrer Freizügigkeit getroffenen Maßnahmen sich ungünstig auf die Lebensbedingungen der Asylbewerber und damit kriminalitätsfördernd auswirken.⁶⁸

40

IV. Aufgabe 4: Welche Bedeutung hat die Tatsache, dass auch As Zwillingsbruder B straffällig geworden ist? Was will der Staatsanwalt mit dem Hinweis darauf sagen?

Der Hinweis des Staatsanwalts auf die wiederholte Straffälligkeit des Zwillingsbruders B zielt auf die Hypothese der Erblichkeit und Anlagebedingtheit von Kriminalität. Eine derartige Annahme suchte man vor allem vor dem Zweiten Weltkrieg in Deutschland mit der „Zwillingsforschung“ zu bestätigen. Ausgangspunkt dieser Bemühungen war der von der Natur gegebene Unterschied zwischen eineiigen (monozygotischen) Zwillingen mit identischem Erbgut und zweieiigen (bizegotischen) Zwillingen mit verschiedenen Genen. Ist die erbliche Anlage für die Kriminalität ohne Bedeutung, dürfte ein diesbezüglicher Vergleich zwischen ein- und zweieiigen Zwillingspaaren keine Unterschiede zeigen. Kommt dagegen der Anlage entscheidendes Gewicht zu, so müssten sich auch bei unterschiedlicher Sozialisation die Eineiigen übereinstimmend (konkordant), die Zweieiigen eher diskordant verhalten.

41

Als Erster untersuchte *Lange*⁶⁹ Zwillingspaare – 13 monozygotische und 17 bizegotische – auf kriminelle Anlagen. Er stellte fest, dass von den 13 eineiigen Zwillingen in 10 Fällen bereits beide im Gefängnis gewesen waren, während sich bei den 17 zweieiigen Paaren nur in 2 Fällen beide Brüder im Strafvollzug befunden hatten. *Lange* zog daraus den Schluss, dass der Erbanlage unter den Verbrechensursachen eine überragende Rolle zukomme.

42

⁶³ Im April 2005 verurteilte das LG Stuttgart einen 19-jährigen Türken wegen Ehrenmordes zu 9 Jahren Jugendstrafe, der den Geliebten seiner in Scheidung lebenden Schwester erstochen hatte, um die Familienehre wiederherzustellen; FAZ Nr. 84 v. 12. 4. 2005 und Bad Z. Nr. 83 v. 12. 4. 2005; z. Ganzen ferner FAZ Nr. 52 v. 3. 3. 2005 („Tatmotiv Kultur. Die Berliner ‚Ehrenmorde‘ an türkischen Frauen“).

⁶⁴ Vgl. *Steffen u. a.* 1999, 345.

⁶⁵ Vgl. die krit. Analyse von *G. Albrecht u. a.* 1988, 664 ff.

⁶⁶ *Kaiser* 1996, 662 ff., 690; *Villmow* 1993, 44.

⁶⁷ *Schöch/Gebauer* 1991, 46 f.; *Villmow* 1993, 40 f.

⁶⁸ *Schöch/Gebauer* 1991, 11 f., 19 f., 47; *Rebmann* 1998, 120 f., 263 ff.; PKS 2003, 75.

⁶⁹ *Lange* 1929.

Spätere Ergebnisse *Stumpfls*⁷⁰ wichen allerdings erheblich von *Langes* Resultaten ab. Von den untersuchten 15 Paaren waren nur in 9 Fällen beide Partner, im Übrigen jeweils nur einer vorbestraft. *Stumpfl* folgerte, dass konkordantes Verhalten bei eineiigen Zwillingen weitgehend auf Schwerverbrecher mit erblichen psychopathischen Anlagen beschränkt sei, während ansonsten Umwelteinflüsse bedeutsamer seien.

Nach einer neueren Untersuchung stimmte das straffällige Verhalten bei eineiigen Zwillingen in gut zwei Fünfteln und damit mehr als doppelt so häufig überein wie bei zweieiigen Zwillingen.⁷¹

- 43** Den Untersuchungen lag allerdings wegen der geringen Probandenzahl kein repräsentatives Material zugrunde.⁷² Des Weiteren wurden die Möglichkeiten frühkindlicher äußerer Einflüsse nicht genügend berücksichtigt und die Entstehung krimineller Karrieren durch Stigmatisierung außer Acht gelassen. Es konnten nur sehr wenige Fälle dargestellt werden, in denen aufgrund einer frühen Trennung eineiiger Zwillinge die Umwelteinflüsse so unterschiedlich waren, dass sie vernachlässigt werden konnten.⁷³ Darüber hinaus besagt die Tatsache, dass nur ein Zwilling als Straffälliger registriert ist, nicht, dass nicht doch beide Straftaten begangen haben. Hinzu kommen sonstige methodische Mängel der Untersuchungen. Den Nachweis einer Vererbbarkeit des Verbrechens konnte die Zwillingsforschung daher nicht führen. Der Tatsache, dass auch As Zwillingsbruder straffällig geworden ist, ist daher keinerlei weitere Bedeutung beizumessen.

V. Aufgabe 5: Prüfen Sie die Voraussetzungen und die Zulässigkeit der gestellten Anträge sowie des Urteils und äußern Sie sich zu den Verbindungen von jugendstrafrechtlichen Rechtsfolgen, wie sie im vorliegenden Fall beantragt wurden.

- 44** 1. Die Ausführungen der Jugendgerichtshelferin entsprechen der Grundauffassung vieler Sachkenner. Diese halten in Fällen der vorliegenden Art eine harte jugendkriminalrechtliche Reaktion für unangemessen und erhoffen Fortschritte für eine sinnvolle Behandlung allenfalls durch sog. ambulante Maßnahmen.
- 45** Bei der von der Jugendgerichtshelferin angestrebten Anordnung der Teilnahme an einem Gemeinschaftsdienst handelt es sich offenbar um eine Weisung i. S. d. § 9 Nr. 1 JGG, die gem. § 10 Nr. 4 JGG erteilt werden kann und gerade bei einem arbeitslosen Jugendlichen als sinnvolle und Erfolg versprechende Maßnahme in Betracht zu ziehen ist. Allerdings könnte die Jugendgerichtshelferin auch an die Auflage gemäß § 15 Ziff. 3 JGG gedacht haben, eine Arbeitsleistung zu erbringen. Dabei handelt es sich im Gegensatz zu § 10 Nr. 3 JGG um ein Zuchtmittel. Wie die Rechtspflegestatistik zeigt, macht die Praxis davon zu Lasten der Weisung zunehmend Gebrauch, ohne dass die Gründe für diesen Wandel klar erkennbar wären. Die „Bedenken wegen verschwimmender Grenzen“ zwischen Weisung und Auflage bestehen daher fort.⁷⁴ Der Praxis dienen Weisung wie Auflage in Verwirklichung des Erziehungsgedankens der Verlagerung von stationären zu ambulanten Sanktionen. Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit erscheinen hingegen unbegründet.⁷⁵ Für die gemeinnützige Arbeit als alternative Hauptsanktion spricht neben Kostengesichtspunkten ferner die Kombination verschiedener Strafzwecke, die durch sie verwirklicht werden können: Wiedergutmachung wird durch die soziale Arbeit an der Gesellschaft geleistet; Resozialisierung des Täters wird dadurch erleichtert, dass seine sozialen Kontakte durch den Eingriff nicht gestört werden, und gefördert, indem er durch die Arbeit konstantes Arbeitsverhalten erlernt, soziales Verantwortungsgefühl entwickelt und mehr Selbstvertrauen gewinnt.⁷⁶
- 46** 2. Die von der Staatsanwaltschaft beantragte Jugendstrafe von 6 Monaten darf nach § 17 II JGG als Ultima Ratio nur dann verhängt werden, wenn wegen der in der abzuurteilenden Tat hervorgetretenen schädlichen Neigungen des Jugendlichen Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel nicht ausreichen

⁷⁰ *Stumpfl* 1936.

⁷¹ *Christiansen* 1974, 71 ff.; zum heutigen Forschungsstand von „Biologie und Verbrechen“ *Schwind* 2005, 100 ff. und Fall 1 Rn. 20f.

⁷² Ausnahme *Christiansen* 1974.

⁷³ Dazu eing. *Mannheim* 1974, 273.

⁷⁴ Vgl. *Brunner/Dölling* 2002, § 10 Rn. 9 e.

⁷⁵ BVerfGE 74, 102; 83, 119.

⁷⁶ Vgl. *Kaiser* 1996, 1038; eing. *Feuerhelm* 1997, 54 ff. m. N.

oder aber wegen der Schwere der Schuld Strafe erforderlich ist. Dass die zweite Alternative bei einem Diebstahl von geringwertigen Nahrungs- und Genussmitteln nicht gegeben ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Es stellt sich daher nur die Frage, ob in der Tat des A schädliche Neigungen zum Ausdruck gekommen sind. Solche zeigt ein Jugendlicher oder Heranwachsender, bei dem erhebliche Anlage- oder Erziehungsmängel die Gefahr begründen, dass er ohne längere Gesamterziehung durch weitere Straftaten die Gemeinschaftsordnung stören wird,⁷⁷ wobei völlig unerheblich ist, ob die schädlichen Neigungen auf ererbter Charakteranlage, neurotischer Fehlentwicklung, Verführung oder sonstigen Umwelteinflüssen beruhen.⁷⁸ Umstritten ist allerdings, ob auch eine Neigung zu geringfügigen Vergehen, wie hier zur fortgesetzten Begehung kleinerer Ladendiebstähle, als schädlich i. S. d. JGG anzusehen ist. Ein Teil der Literatur⁷⁹ verneint dies, da derartige Straftaten zwar „gemeinlästig“ seien, die Verhängung von Jugendstrafe jedoch nicht rechtfertigten. Nach dieser Ansicht kann gegen A Jugendstrafe nicht verhängt werden. Folgte man dagegen einer Entscheidung des LG Hamburg,⁸⁰ das sogar in einem Fall von Mundraub zu Jugendstrafe verurteilt hatte, könnte auch im vorliegenden Fall dem Antrag der Staatsanwaltschaft entsprochen werden.

Die Anordnung von Erziehungshilfe gem. § 12 Nr. 2 JGG ist unabhängig davon, ob deren Voraussetzungen im Einzelnen vorliegen, neben Jugendstrafe nach § 8 I 1 JGG nicht zulässig. Es gilt insoweit der Grundsatz der „Einspurigkeit der freiheitsentziehenden Rechtsfolgen“, wobei das Verbot einer Verbindung von Jugendstrafe mit Erziehungshilfe auch damit begründet wird, dass dem Bedürfnis einer längeren Gesamterziehung des Täters durch eine entsprechende Dauer der Jugendstrafe Rechnung getragen werden kann. Hinzu kommt, dass im Interesse des Ansehens dieses Instituts und zur Vermeidung einer kriminellen Infektion die Heimerziehung von eigentlich kriminellen Jugendlichen freizuhalten ist.⁸¹ 47

3. Dem Hauptantrag der Verteidigung – Ermahnung mit der Verpflichtung zur Schadenswiedergutmachung und im Übrigen die Einstellung des Verfahrens – könnte nach § 47 JGG i. V. m. § 45 JGG vom Jugendrichter entsprochen werden, wenn er eine Ahndung der Tat durch ein förmliches Verfahren im konkreten Fall für entbehrlich hielte. Die Einstellung bedarf allerdings der Zustimmung der Staatsanwaltschaft, die hier, wie den Ausführungen des Staatsanwalts zu entnehmen ist, nicht vorliegt. Der Hilfsantrag zielt auf die Anwendung von § 27 JGG, der dem Jugendrichter die Möglichkeit einräumt, zunächst nur die Schuld des Angeklagten festzustellen, die Entscheidung über die Verhängung einer Jugendstrafe dagegen für eine bestimmte Zeit zur Bewährung auszusetzen. Nach Ablauf dieser Frist wird, je nach dem Verhalten des Jugendlichen, der Schuldspruch getilgt oder auf Jugendstrafe erkannt. Die Anwendung von § 27 JGG ist allerdings nur dann zulässig, wenn nach Erschöpfung der Ermittlungsmöglichkeiten nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, ob in der Straftat des Jugendlichen schädliche Neigungen in einem Umfang zum Ausdruck gekommen sind, der eine Jugendstrafe erforderlich macht. Die Zweifel müssen sich dabei auf das Vorhandensein schädlicher Neigungen überhaupt beziehen oder darauf, ob ihr Ausmaß so groß ist, dass Erziehungsmaßregeln oder Zucht- mittel nicht ausreichen.⁸² 48
49

Selbst wenn man mit dem LG Hamburg⁸³ die Meinung vertritt, dass die fortgesetzte Begehung kleiner Ladendiebstähle generell schädliche Neigungen erkennen lässt, so bestehen gegen die Anwendung des § 27 JGG in unserem Fall keine Bedenken, da nicht geklärt ist, ob die Verfehlungen des A als Ausdruck schädlicher Neigungen zu werten sind. 50

4. Der im Urteil gefällte Schuldspruch ist in diesem Fall zulässig (s. o.). Fraglich ist dagegen, ob dieser mit der Anordnung von Erziehungshilfe gekoppelt werden kann. Wie die Koppelung eines Schuldspruchs mit Jugendarrest⁸⁴ wird auch die Verbindung von Schuldspruch und Erziehungshilfe von der Rspr. zutreffend verneint.⁸⁵ 51

⁷⁷ BGH GA 1970, 339.

⁷⁸ BGHSt 11, 169.

⁷⁹ Vgl. Böhm/Feuerhelm 2004, 221 m. w. N.

⁸⁰ MDR 1959, 511.

⁸¹ Schaffstein/Beulke 2002, 102.

⁸² Schaffstein/Beulke 2002, 182.

⁸³ MDR 1959, 511.

⁸⁴ BGHSt 18, 207; a. A. z. B. KG NJW 1961, 1175; Brunner/Dölling 2002, § 27 Rn. 15.

⁸⁵ BGHSt 35, 288 = JR 1989, 297.

Der BGH begründet die Entscheidung mit drei Erwägungen: Zum Ersten verstößt eine Koppelung gegen § 8 II JGG. Zum Zweiten kann der Jugendliche nur in Freiheit beweisen, dass seine schädlichen Neigungen nicht den Umfang haben, den die Verhängung einer Jugendstrafe fordert. Bei Anordnung einer Hilfe zur Erziehung gem. § 12 Nr. 2 JGG hätte der Jugendliche dagegen diese Möglichkeit nicht. Schließlich muss der Jugendrichter bei der nachfolgenden Entscheidung nach § 30 JGG in seiner Entscheidung frei sein, ob er nach der Bewährungszeit auf eine Jugendstrafe erkennen oder den Schuldspruch tilgen will. Diese Möglichkeit ist ihm bei gleichzeitiger Anordnung der Hilfe zur Erziehung und Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe versagt, da jene als freiheitsentziehende Maßnahme dann fortbesteht und nicht vom Jugendrichter, sondern allein vom Vormundschaftsrichter aufgehoben werden kann. Somit schließt die Anordnung von Hilfe zur Erziehung auch die nachträgliche Verhängung von Jugendstrafe aus.

- 52 Mit diesem letzten Argument hat der BGH weitgehend Zustimmung gefunden.⁸⁶ Überdies widerspricht die Anordnung der Hilfe zur Erziehung nach § 12, Nr. 2 JGG dem Sinne des § 27 JGG. Jedoch wird nach wie vor die Auffassung vertreten, dass § 8 II JGG nicht entgegensteht, weil die Vorschrift nicht auf den Schuldspruch anwendbar ist. Auch ist die Hilfe zur Erziehung gem. § 12 Nr. 2 JGG heutzutage keine dem Strafvollzug vergleichbare freiheitsentziehende Maßnahme. Deshalb hat der Jugendliche die Möglichkeit, sich i. S. d. §§ 27 ff. JGG zu bewähren.⁸⁷

⁸⁶ Vgl. etwa *Böhm*, JR 1989, 297; *Brunner/Dölling* 2002, § 27 Rn. 16.

⁸⁷ Eingehend *Böhm*, JR 1989, 298.

12. Schwarzfahrerfall

Jugendrechtliche Sanktionen – Erzieherischer Bedarf – Schädliche Neigungen – Sanktions- und verfahrensrechtliche Probleme bei Heranwachsenden – Einheitsprinzip – Erziehungsstrafrecht – Verhandlungsstil – **Diversion**

Grundlage: Praktischer Fall

Sachverhalt: Gegen den fast 17-jährigen J wird wegen Beförderungerschleichung in 14 Fällen vor dem Jugendschöffengericht verhandelt. Die Hauptverhandlung hat ergeben, dass J als drittes nichteheliches Kind einer Putzfrau im „Armenviertel“ einer Großstadt geboren ist. Mit 10 Jahren kam er in ein Kinderheim, 2 Jahre später in eine Pflegefamilie. Nach Abschluss der Hauptschule mit durchschnittlichen Leistungen begann er eine Lehre als Elektriker, die er nach kurzer Zeit abbrach. Danach arbeitete er an drei verschiedenen Stellen als Hilfsarbeiter. Als J 16 Jahre alt war, verließ er die Pflegefamilie und wohnte seither in Wohngemeinschaften oder bei Freunden. In dieser Zeit wurde er wegen eines Ladendiebstahls verurteilt und kurz danach ebenfalls wegen Ladendiebstahls zu zwei Freizeitarresten verurteilt. Nach Schulabschluss fing J an, regelmäßig Alkohol zu trinken. Er war fast täglich betrunken und arbeitete nur noch stundenweise als Leerguttransporteur in einem Großmarkt. Im Übrigen ließ er sich von Freunden in München und Augsburg aushalten, bei denen er jeweils einige Tage wohnte. Da er oft kein Geld hatte, benutzte er für seine Fahrten zwischen München und Augsburg teilweise den ICE, teilweise Nahverkehrszüge ohne Fahrschein. Das geschuldete Beförderungsentgelt betrug insgesamt 190,00 €.

Der Staatsanwalt kommt zu dem Ergebnis, dass bei J schädliche Neigungen vorliegen und beantragt 1 Jahr Jugendstrafe ohne Bewährung. Der Verteidiger weist auf die schwere Kindheit des J hin und beantragt, sich mit einer Betreuungsweisung und der Teilnahme an einem sozialen Trainingskurs zu begnügen.

Aufgaben:

1. Sie sind als Referendar zur Ausbildung beim Jugendrichter und werden beauftragt, den Schöffen die in Betracht kommenden Sanktionen unter Berücksichtigung der jugendstrafrechtlichen Praxis zu erläutern, einen eigenen Sanktionsvorschlag zu begründen und einen vollständigen Urteilstenor zu entwerfen.
2. Wie wäre Aufgabe 1 zu lösen, wenn J sieben der Taten als 17-Jähriger und die restlichen sieben nach Vollendung des 18. Lebensjahres mit der Strafreife eines Erwachsenen begangen hätte?
Ist die Hauptverhandlung in diesem Fall öffentlich?
3. Was hätte bereits der Jugendstaatsanwalt unternehmen können, wenn es sich um die erste und einzige Beförderungerschleichung eines ansonsten unauffälligen Jugendlichen handelte? Erläutern Sie in diesem Zusammenhang Begriff und Bedeutung der Diversion im Jugendstrafverfahren.

Zur Problemstellung: Der Ausgangsfall wurde in Anlehnung an ein umstrittenes Urteil des AG München gebildet, das gegen einen 20-Jährigen eine Jugendstrafe von einem Jahr ohne Bewährung verhängt hatte (Der Spiegel 1972/9 v. 21. 2. 1972, 64f.; dort nur Schwarzfahrten in der Stadt München). 1

Das Jugendstrafrecht bietet – anders als das Erwachsenenstrafrecht – eine breite Palette von Reaktionsmöglichkeiten auf delinquentes Verhalten Jugendlicher und Heranwachsender. Der Fall gibt Anlass zur Erörterung aller jugendstrafrechtlichen Sanktionen. Ferner sollen die Gestaltung der Hauptverhandlung und die Möglichkeiten informeller Erledigung von Jugendstrafsachen geprüft werden.

I. Aufgabe 1: Sie sind als Referendar zur Ausbildung beim Jugendrichter und werden beauftragt, den Schöffen die in Betracht kommenden Sanktionen unter Berücksichtigung der jugendstrafrechtlichen Praxis zu erläutern, einen eigenen Sanktionsvorschlag zu begründen und einen vollständigen Urteilstenor zu entwerfen.

- 2 Für den Aufbau jugendstrafrechtlicher Gutachten gibt es weder im Gesetz noch in der Praxis verbindliche Regeln. Wenn nach einer summarischen „Evidenzbeurteilung“ von vornherein eine bestimmte Sanktion nahe liegt, können direkt ihre Voraussetzungen geprüft und bejaht werden, während von den anderen Möglichkeiten nur die nächstliegenden ganz knapp erörtert und die ferner liegenden überhaupt nicht erwähnt werden. So dürfte es i. d. R. bei Verwarnungen und Auflagen sein, die zusammen etwa 60 % der Rechtsfolgen des Jugendstrafrechts ausmachen (vgl. Tab. 2). Umgekehrt kann man diese oder andere Sanktionen oft von vornherein knapp ausscheiden, um sich auf die wesentlichen Alternativen zu konzentrieren. Häufig sind jedoch – wie im vorliegenden Fall – alle drei in § 5 I, II genannten Sanktionsarten in Betracht zu ziehen. Auch in diesen Fällen sollte aber eine schematische Aufzählung und Erörterung in gleicher Breite vermieden werden.
- 3 Die wenig gelungene Formulierung des § 5 II könnte dazu verleiten, vorrangig alle Erziehungsmaßnahmen zu prüfen, dann die Zuchtmittel und schließlich die Jugendstrafe. Dieser Aufbau ist aber unzulässig und entspricht weder den gesetzlichen Intentionen bei der Stufenfolge der Sanktionen noch ihrer Anwendung in der Praxis. Trotz der missverständlichen Formulierung in § 5 II soll etwa die Hilfe zur Erziehung gem. § 12 Nr. 2 keinen Vorrang vor der Verwarnung und vor Auflagen und nicht einmal vor dem Jugendarrest haben. Vielmehr ist als Leitgedanke aus § 5 und aus den materiellen Voraussetzungen der einzelnen Sanktionen (z. B. §§ 10 I, 13 I, 17 II) das Prinzip der **Verhältnismäßigkeit von Straftat und Sanktion** zu entnehmen.¹ Es folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) und bringt präziser als das **Subsidiaritätsprinzip**² zum Ausdruck, dass das vorrangige Erziehungsziel nicht jeden – aus erzieherischen Gründen für notwendig gehaltenen – Eingriff in die Individualsphäre deckt, sondern dass die Tat Anlass und Limitierung für das Sanktionsziel ist. Das bedeutet, dass im Rahmen der Tatangemessenheit nichtfreiheitsentziehende (ambulante) den freiheitsentziehenden (stationären) Sanktionen vorgehen,³ wenn sie für künftiges Legalverhalten ausreichen. Nur im Rahmen der Tatangemessenheit hat die erzieherisch zweckmäßigste Sanktion Vorrang; bei mehreren gleich geeigneten geht diejenige vor, die den Jugendlichen am wenigsten belastet.⁴ Als Faustregel kann deshalb folgende Prüfungsreihenfolge empfohlen werden:
- 4 **Ambulante Sanktionen:**
 Verwarnung (Zuchtmittel)
 Auflagen (Zuchtmittel)
 Weisungen (Erziehungsmaßregel)
 Erziehungsbeistandschaft (Erziehungsmaßregel)
- Stationäre Sanktionen:**
 Jugendarrest (Zuchtmittel)
 Heimerziehung/betreutes Wohnen (Erziehungsmaßregel)
 Jugendstrafe (bei Aussetzung gem. § 21 oder § 27 evtl. vorrangig vor Heimerziehung)
- Bei der Prüfung ist jeweils darauf zu achten, ob durch die nach § 8 zulässigen **Kombinationen** oder die nach §§ 6, 7 zulässigen **Nebenfolgen** oder **Maßregeln der Besserung und Sicherung** eine Verbesserung der voraussichtlichen Wirkung zu erwarten ist.

¹ Ebenso *Ostendorf* 2003, § 5 Rn. 2; *Meier/Rössner/Schöch* 2003, § 6 Rn. 9, 17.

² Leitprinzip nach *Brunner/Dölling* 2002, § 5 Rn. 1; *Eisenberg* 2004, § 5 Rn. 20.

³ *P.-A. Albrecht* 2000, § 15 A I 3.

⁴ *Schaffstein/Beulke* 2002, § 11 I 2 b; *Streng* 2003, § 8 Rn. 3.

Tabelle 1: Rechtsfolgeentscheidungen im Jugendstrafverfahren (JGG)¹

Beschuldigte vor Anklageerhebung	absolute Zahlen			% der Abgeurteilten ³ 1966/1984/2002
	1966	1984	2002	
Absehen von der Verfolgung (§ 45 II a. F., § 45 I, II n. F.)	k. A.	(52 000) ²	192 148 ²	
Absehen von der Verfolgung (§ 45 I a. F., § 45 III n. F.)	13 930	30 209	8 106	
Abgeurteilte insgesamt ³	79 493	206 229	153 450	100/100/100
Sonstige Entscheidungen				
Freispruch	2 456	4 553	4 266	3,1/2,2/2,8
Einstellung durch Richter (§ 47)	5 065	53 721	41 209	6,4/26,0/26,9
Überweisung an Vormundschaftsrichter (§ 53)	53	25	10	0,07/0,01/0,01
selbständige Maßregeln (vgl. § 7)	24	25	38	0,03/0,01/0,02
sonstige Einstellungen	1 709	12 318	5 080	2,1/6,0/3,3
Verurteilte				
Erziehungsmaßregeln allein	2 677	24 708	7 155	3,4/12,0/4,7
Erziehungsmaßregeln und Zuchtmittel	7 674	30 105	14 096	9,7/14,6/9,2
Zuchtmittel allein	50 269	59 051	62 547	63,2/28,6/40,8
Jugendstrafe mit Zuchtmitteln und/oder Erziehungsmaßregeln	337	809	901	0,4/0,4/0,6
Jugendstrafe allein	8 741	18 924	16 783	11,0/9,2/10,9
Schuldpruch gemäß § 27	488	1 990	2 227	0,6/1,0/1,0

¹ Quelle: Stat. Bundesamt, Strafverfolgung 1966, Tab. 10, 11; 1984, Tab. 1, 9, 10; 2002, Tab. 2.2, 2.3; da in den neuen Bundesländern die Strafverfolgungsstatistik noch nicht flächendeckend durchgeführt wird, beziehen sich die Zahlen nur auf die alten Bundesländer (einschl. Ost-Berlin).

² Keine Angabe in der Strafverfolgungsstatistik, jedoch Hochrechnung aufgrund der staatsanwaltlichen Zählkartenstatistik für 8 Bundesländer nach *Heinz* 1990, 214; die Zahlen für 2002 beziehen sich nach der Statistik „Staatsanwaltschaften“ des Statistischen Bundesamtes auf die alten Bundesländer inkl. Ost-Berlin.

³ Angeklagte, gegen die nach Eröffnung des Hauptverfahrens eine Entscheidung ergangen ist.

Zur Praxis des Jugendstrafrechts lässt sich aus Tab. 1 entnehmen, dass Verfahrenseinstellungen durch den Staatsanwalt und Richter nach §§ 45, 47 heute die größte praktische Bedeutung bei den Rechtsfolgeentscheidungen haben. Diese Entwicklung entspricht der international seit Mitte der 80er-Jahre dominierenden **Diversions-Bewegung** (s. u. Rn. 62 ff.), hängt aber vermutlich auch mit Kapazitätsgrenzen der Strafverfolgungsbehörden zusammen. Der Anteil der sog. informellen Erledigungen übersteigt mittlerweile denjenigen der formellen Verurteilungen beträchtlich (2001: 69 % zu 31 %).⁵ Bemerkenswert ist der geringe Zuwachs bei den richterlichen Einstellungen von 1984 bis 2002 (26,0 % auf 26,9 %) während die staatsanwaltschaftliche Diversion erheblich zugenommen hat, insbesondere diejenige ohne jede richterliche Beteiligung nach § 45 I, II. 5

Bei den **Abgeurteilten** fallen die starken Schwankungen auf (vgl. Tab. 1). Die Zunahme bis 1984 geht im Wesentlichen auf steigende Jugendkriminalität zurück. Es schloss sich bis 1990 ein rapider Rückgang an (123 209), der teils auf der Diversionsausweitung im Ermittlungsverfahren, teils auf stagnierenden Kriminalitätsziffern bei geringeren Jahrgangsstärken beruhte. Seither ist trotz Ausweitung der Diversion wieder ein leichter Anstieg zu beobachten (2002: 153 450 Abgeurteilte), der vor allem auf die erneute Zunahme der Jugendkriminalität in den 90er-Jahren zurückzuführen ist.

Bei den **Sanktionen** (Tab. 2) ging der Anteil der **Zuchtmittel**, die 1966 mit 63,2 % und 1984 mit 59,8 % noch die größte Rolle spielten, zunächst auf 26,6 % im Jahre 1990 zurück, ist danach aber beträchtlich gestiegen (2002: 73,6 %). Damit ist das vom Gesetzgeber und vielen Wissenschaftlern angestrebte Ziel der Zurückdrängung von Zuchtmitteln zugunsten der Erziehungsmaßregeln seit 1990 nicht weiter realisiert worden, sondern einem entgegengesetzten Trend gewichen. Dies lässt sich vor allem mit der durch das 1. JGGÄndG vom 30. 8. 1990 eingeführten **Arbeitsaufgabe** (§ 15 I 1 Nr. 3) erklären, die 2002 allein oder zusammen mit einer Entschuldigungsaufgabe einen Anteil von 28,0 % an allen verhängten Sanktionen aufwies. Innerhalb der Auflagen ist eine Verlagerung von der Geldbuße zur Arbeitsaufgabe zu konstatieren. Der viel kritisierte **Jugendarrest** hat im Langzeitvergleich von 3 Jahrzehnten in allen drei Varianten deutlich abgenommen. Die Jugendstrafe weist 2002 einen höheren Anteil an den Sanktionen auf als es 1966 der Fall gewesen ist. Während die unbedingt verhängte Jugendstrafe dabei 6

⁵ Seit 1998 konstant bei 69 %, 1988 noch 52 %; zur Entwicklung seit 1981 *Heinz* 2003, Schaubild 25; *Schaffstein/Beulke* 2002, § 36 I.

Tabelle 2: Art und Häufigkeit jugendstrafrechtlicher Sanktionen (JGG)
(Stat. Bundesamt, Strafverfolgung 1966, 1984, Tab. 10; 2002 Tab. 4.1, 4.3.)

	absolute Zahlen			% aller Sanktionen ¹
	1966	1984	2002 ²	1966/1984/2002
Sanktionen insgesamt (§§ 5, 8)	96 181	186 632	148 387	100/100/100
Erziehungsmaßregeln (§ 9)				
Weisungen (§ 10)	9 428	55 177	21 525	9,8/29,6/14,5
Erziehungsbeistandschaft (§ 12 Nr. 1)	597	247	329	0,6/0,1/0,2
Heimerziehung (§ 12 Nr. 2) ³	498	114	52	0,5/0,06/0,04
Zuchtmittel (§ 10)				
Jugendarrest (§ 16)				
Dauerarrest (§ 16 IV)	13 749	11 582	9 131	14,3/6,2/6,2
Kurzarrest (§ 16 III)	1 482	2 368	1 320	1,5/1,3/0,9
Freizeitarrrest (§ 16 II)	14 392	13 707	8 300	15,0/7,3/5,6
Auflagen				
Schadenswiedergutmachung (§ 15 I 1 Nr. 1)	1 637	1 819	2 364	1,7/1,0/1,6
Zahlung eines Geldbetrages (§ 15 I 1 Nr. 4)	21 158	37 776	18 749	22,0/20,2/12,6
Entschuldigung (§ 15 I 1 Nr. 2)	2 451	179	235	2,5/0,1/0,2
Arbeitsleistung (§ 15 I 1 Nr. 3) ⁴	–	–	39 736	– /–/26,8
Arbeitsleistung und Entschuldigung	–	–	261	– /–/0,2
Verwarnung (§ 14)	21 711	43 930	28 701	22,6/23,5/19,3
Jugendstrafe (§ 17)				
mit Bewährung (§ 21)	4 240	11 847	10 876	4,4/6,3/7,3
ohne Bewährung				
von unbestimmter Dauer (§ 19) ⁵	967	246	–	1,0/0,1/–
Verhängung nach Aussetzung (§ 30)	40	406	693	0,04/0,2/0,5
Jugendstrafe, best. Dauer (§ 18)	3 831	7 234	6 115	4,0/3,9/4,1

¹ Wegen der Möglichkeit der Verbindung von Maßnahmen und Jugendstrafe lassen sich die %-Angaben nicht auf die Gesamtheit aller Verurteilten beziehen.

² Der Rückgang der Sanktionierten beruht auf der Ausweitung der formlosen Erledigung (Diversion; s. Tab. 1).

³ Bis 1. 12. 1990 Fürsorgeerziehung, § 12 a. F.

⁴ Eingeführt durch das 1. JGGÄndG.

⁵ Abgeschafft durch das 1. JGGÄndG.

weitgehend konstant blieb (Tab. 2: 1966: 4,0 %, 2002: 4,1 %), kam es zu einer deutlichen **Zunahme der zur Bewährung ausgesetzten Jugendstrafen** (1966: 4,4 %, 2002: 7,3 %). Die über Jahre zu beobachtende deutliche Steigerung des Anteils der Erziehungsmaßregeln an den Rechtsfolgeentscheidungen ist seit 1990 einem bemerkenswerten **Rückgang der Erziehungsmaßregeln** (allein und in Verbindung mit Zuchtmitteln) gewichen (1984: 29,8 %; 2002: 14,7 %). Angesichts der bis 1990 überragenden Bedeutung der Arbeitsleistungen im Bereich der Weisungen⁶ dürfte auch dies mit der Einführung der Arbeitsauflage zusammenhängen, die eine bestehende Gesetzeslücke geschlossen hat: Bis 1990 erfüllte die **Arbeitsweisung** dank großzügiger Auslegung des präventiven Bezuges die Funktion der Arbeitsauflage mit.

- 7 Die vermehrte Anwendung von Zuchtmitteln und Jugendstrafe bei gleichzeitiger deutlicher Abnahme der Erziehungsmaßregeln wird teilweise als „**Repressionssteigerung**“ interpretiert.⁷ Das ist aber ungenau, weil dabei nur die Gruppe der Abgeurteilten betrachtet wird. Relativiert wird diese Entwicklung durch die weitere Zunahme der Einstellungen nach §§ 45, 47 sowie die Tatsache, dass für die Verlagerung von den Weisungen zu den Auflagen vor allem die Einführung der Arbeitsauflage verantwortlich ist. Bezieht man dies mit in die Betrachtung ein, so zeigt sich in den letzten 36 Jahren insgesamt ein massiver Wandel der Sanktionsstrategien. Besonders eindrucksvoll ließ sich diese **innere Reform der Jugendstrafrechtspflege** bis zum 1. JGGÄndG daran belegen, dass die Erziehungsmaßregeln von 1966 bis 1990 um das Dreifache angestiegen waren. Diese Entwicklung beruhte auf einem erheblichen **Ausbau ambulanter sozialpädagogischer Möglichkeiten** im Bereich der Weisungen.⁸ Demgegenüber spielen die Heimerziehung (bis 1990: Fürsorgeerziehung) und Erziehungsbeistand-

⁶ Brunner/Dölling 2002, § 10 Rn. 9: 1983 waren nach Mitteilung von 435 Jugendämtern 83,4 % der verhängten Weisungen Arbeitsweisungen.

⁷ Vgl. P.-A. Albrecht 2000, § 15 A II 4.

⁸ Kaiser 1993 c, 201.

schaft als jugendstrafrechtliche Sanktionen praktisch keine Rolle mehr (anders im Rahmen der öffentlichen Erziehung nach dem SGB VIII). Das Zuchtmittel der Verwarnung ist leicht rückläufig, während der **Rückgang des Jugendarrests** seit 1966 deutlich ausfällt. War er vor 36 Jahren noch die häufigste Sanktion, so liegt er 2002 mit einem Gesamtanteil von 12,7 % für alle drei Arrestarten erst an vierter Stelle der Sanktionen, und zwar hinter den Auflagen (44,6 %), Verwarnungen (19,3 %), Weisungen (14,5 %) und vor der Jugendstrafe (11,9 %).

Insgesamt kommt in der Sanktionsentwicklung eine **Zurückdrängung der stationären Sanktionen zugunsten der ambulanten Maßnahmen und der informellen Reaktionen** zum Ausdruck. Das zeigt sich auch im Bereich der Jugendstrafe. Hier nahm lediglich die zur Bewährung ausgesetzte Jugendstrafe beträchtlich zu, die zu den ambulanten Sanktionen zu zählen ist.⁹ Die Jugendstrafe ohne Bewährung blieb im Wesentlichen konstant, während die Jugendstrafe von unbestimmter Dauer massiv abnahm, bis sie schließlich durch das 1. JGGÄndG abgeschafft wurde. Insgesamt handelt es sich in allen Bereichen um eine relativ kontinuierliche Entwicklung in den letzten vier Jahrzehnten, die jedoch erst seit der 2. Hälfte der siebziger Jahre besonders deutlich ausgeprägt ist.¹⁰ Die in den letzten Jahren relativ konstant gebliebenen Prozentsätze von Jugendarrest und Jugendstrafe ohne Bewährung sprechen allerdings dafür, dass in der Praxis wohl auch weiterhin nicht völlig auf freiheitsentziehende Sanktionen verzichtet werden kann.

Die Entwicklung der Sanktionspraxis ist umso beachtlicher, als bis zum 1. JGGÄndG (1990) keine gravierende Gesetzesänderung erfolgte, mit Ausnahme der 1975 in Kraft getretenen Einbeziehung der Heranwachsenden in das „formlose Erziehungsverfahren“ nach §§ 45, 47, sofern nach § 105 Jugendstrafrecht zur Anwendung kommt. Das 1. JGGÄndG vom 30. 8. 1990 hat im Wesentlichen der geschilderten inneren Reform durch die Praxis Rechnung getragen.¹¹ Ziel der Neufassung war es, unter Beibehaltung der Grundstruktur des Jugendstrafrechts den informellen gegenüber formellen Reaktionen und den ambulanten gegenüber stationären Sanktionen besser Geltung zu verschaffen. Im Bereich der Sanktionen führte dies zur Aufnahme der seit längerem praktizierten Betreuungsweisung, des sozialen Trainingskurses und des Täter-Opfer-Ausgleichs in den Weisungskatalog des § 10, ferner zur Einführung der Arbeitsauflage (§ 15 I 1 Nr. 3) neben der bisherigen Arbeitsweisung (§ 10 I 3 Nr. 4) und zur Abschaffung der unbestimmten Jugendstrafe. Die Ausweitung der informellen Reaktionsmöglichkeiten wurde durch die Neufassung der §§ 45, 47 gefördert (s. u. Rn. 64 ff.). Weitere Neuerungen betrafen den Ausbau der Strafaussetzung zur Bewährung, die Verbesserung der Funktion der Jugendgerichtshilfe und Einschränkungen im Bereich der Untersuchungshaft.

Durch das **Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG = SGB VIII)** vom 26. 6. 1990, das am 1. 1. 1991 das alte JWG abgelöst hat, wurde das JGG nochmals geändert. Wichtigste Neuerung für das JGG war neben der allgemeinen Ausweitung erzieherischer Möglichkeiten, auf die auch die Jugendrichter bei Weisungen zurückgreifen können, die Abschaffung der Fürsorgeerziehung, an deren Stelle die Verpflichtung zur Inanspruchnahme von Hilfe in einer Einrichtung über Tag und Nacht oder einer sonstigen betreuten Wohnform (§ 12 Nr. 2 i. V. m. § 34 SGB VIII) getreten ist.¹²

Einige seit langem erörterte **Reformfragen** hat der Gesetzgeber bei den letzten Gesetzesänderungen offen gelassen. Offenbar in dem Bemühen, eine breite parlamentarische Mehrheit für das 1. JGGÄndG sicherzustellen,¹³ hat der Deutsche Bundestag im Zuge der Gesetzesverabschiedung in einer besonderen Entscheidung¹⁴ die Bundesregierung aufgefordert, bis zum 1. 10. 1992 den Entwurf eines 2. JGGÄndG vorzulegen, der u. a. Lösungsvorschläge zu folgenden Problembereichen enthalten sollte: die strafrechtliche Behandlung Heranwachsender, das Verhältnis von Erziehungsmaßnahmen und Zuchtmitteln, die Voraussetzungen der Jugendstrafe,¹⁵ die Gefahr der Überbetreuung Jugendlicher (Erziehungsgedanke und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) und den weiteren Ausbau des Täter-Opfer-Ausgleichs. Zur Vorlage eines entsprechenden Entwurfs ist es bisher nicht gekommen, vermutlich weil sich das rechtspolitische Klima durch den Anstieg der Jugendkriminalität in den 90er-Jahren und besonders durch rechtsextremistische Gewalttaten junger Menschen geändert hat.

Obwohl das 1. JGGÄndG den **Erziehungsgedanken** als Grundlage des Jugendstrafrechts noch ausgebaut hat,¹⁶ wird er in den letzten Jahren, zumindest hinsichtlich seiner Praktizierung im Jugendstrafrecht, in Zweifel gezogen.¹⁷ Die ursprüngliche Idee des JGG 1923, mit der erzieherischen Aus-

⁹ Schaffstein/Beulke 2002, § 5 IV 2 b.

¹⁰ Heinz 1989, 16 ff.

¹¹ Vgl. Böttcher/Weber 1990, 561 ff.; 1991, 7 ff.; Jung 1992, 186 ff.

¹² Böttcher/Weber 1990, 562; s. u. Rn. 40 ff.

¹³ Dazu Böttcher/Weber 1990, 561.

¹⁴ BT-Drucks. 11/7421.

¹⁵ Zur Abschaffung der „schädlichen Neigungen“ Heinz 1991, 900.

¹⁶ Brunner/Dölling 2002, Einf. II Rn. 43.

¹⁷ Z. B. Pfeiffer 1991, 122 ff.; P.-A. Albrecht 2000, § 8; kritische Zusammenfassung bei Beulke 1990, 677 ff.; Schaffstein/Beulke 2002, § 5 IV 3.

gestaltung der Sanktionen eine Besserstellung der Jugendlichen gegenüber den Erwachsenen zu erreichen („Erziehen, nicht Strafen“), werde in der Praxis zunehmend in ihr Gegenteil verkehrt („Erziehung durch Strafe“).¹⁸ Das sei teilweise bereits im Gesetz angelegt, z. B. hinsichtlich der Rechtsmittelbeschränkung nach § 55, der Eintragungspflichtigkeit informeller Reaktionen im Erziehungsregister (§ 60 I Nr. 7 BZRG) oder der Nichtanrechenbarkeit erlittener Untersuchungshaft aus erzieherischen Gründen (§ 52 a I 2, 3). Teilweise habe sogar die höchstrichterliche Rechtsprechung eine Überschreitung der schuldangemessenen Strafe aus erzieherischen Gründen für zulässig gehalten.¹⁹

- 12** „Eine Strafe für die Jugend“²⁰ sei das Jugendstrafrecht vor allem deshalb, weil gegen Jugendliche und Heranwachsende häufiger und länger freiheitsentziehende Sanktionen verhängt würden als gegen junge Erwachsene, wofür insbesondere die §§ 16, 17 II, 18 II und 31 II verantwortlich seien.²¹ Trotz erklärungsbedürftiger Unterschiede in der Straf- und Haftpraxis erscheinen mir die Ergebnisse bezüglich einer härteren Sanktionierung der nach Jugendstrafrecht Verurteilten noch nicht hinreichend gesichert, weil bei den Bestrafungs- und Untersuchungshaftquoten,²² die sich nur auf die Verurteilten als Grundgesamtheit beziehen, der weitaus höhere Diversionsanteil im Jugendstrafrecht außer Betracht bleibt.²³ Das ist auch bedeutsam bezüglich der selteneren Anwendung der völlig sanktionslosen Einstellungen nach § 45 I gegenüber § 153 I StPO,²⁴ zumal zu den sanktionierten Einstellungen auch die Ermahnungen nach § 45 III und die anderweitig eingeleiteten erzieherischen Maßnahmen nach § 45 II gerechnet werden.²⁵
- 13** Von einigen Autoren wird die Forderung nach Abschaffung oder Zurückdrängung des Jugendstrafrechts auch mit der angeblich erwiesenen Ineffektivität des Behandlungsgedankens im Strafrecht sowie mit straftheoretischen, rechtsstaatlichen und kriminalpädagogischen Bedenken begründet.²⁶ An die Stelle des bisherigen Jugendstrafrechts sollen hauptsächlich informelle Erledigungen ohne Sanktionsäquivalente, elterliche Erziehungsmaßnahmen, geringst mögliche Eingriffe unter Verzicht auf freiheitsentziehende Sanktionen und ausgeprägtere Verfahrensgarantien treten.²⁷ Eine moderne Konzeption, die sich auch an der internationalen Entwicklung orientiert, will das Jugendstrafrecht konsequent im Sinne eines jugendgemäß gemilderten Schuldstrafrechts ausbauen, bei dem das Ziel eines künftigen Lebens ohne Straftaten durch jugendstrafrechtliche Sanktionen ohne erzieherischen Überbau verfolgt wird.²⁸
- 14** Tatsächlich rechtfertigen die bisherigen Erkenntnisse der Sanktionsforschung keine pauschale Preisgabe des Erziehungs- und Behandlungsgedankens.²⁹ Jedenfalls bei den Sanktionen ohne Freiheitsentzug besteht kein Anlass zu „resignierender Ermüdung“,³⁰ insbesondere wenn das **Autonomieprinzip**, d. h. die freiwillige Verantwortungsübernahme als Erziehungsgrundsatz, bei den Rechtsfolgen der Straftat noch stärker beachtet wird.³¹ Hinsichtlich derjenigen Jugendlichen und Heranwachsenden, bei denen wegen ihrer Gefährlichkeit für andere eine vollstreckte Jugendstrafe unerlässlich bleibt, sollte folgende Maxime gelten: „Wir sperren nicht ein, um zu resozialisieren, sondern wenn wir schon zur Sicherung der Gesellschaft einsperren müssen, bieten wir eine Resozialisierung an“ (**Angebotssozialisierung**).³² Auch die Kritiker des derzeitigen Jugendstrafrechts wollen keine Abschaffung, sondern

¹⁸ Pfeiffer 1991, 121 f.

¹⁹ Z. B. BGH MDR 1955, 372; BGH StV 1982, 27; dagegen aber BGH NStZ 1990, 389; BGH NStZ 1995, 536 (bei Böhm), sowie die h. L., vgl. Schaffstein/Beulke 2002, § 23 III m. w. N.

²⁰ Pfeiffer 1991, 114 ff.

²¹ Pfeiffer 1991, 114, 117 ff.

²² Dazu Pfeiffer 1991, 119; Heinz 1992, 386 ff.; 1996, 107.

²³ Nach Heinz 2003, Schaubild 5, 25: 69 % gegenüber 55 % im allgemeinen Strafrecht.

²⁴ Heinz 1989, 35; Pfeiffer 1991, 121.

²⁵ Vgl. Heinz 1992, 382.

²⁶ Zusammenfassend P.-A. Albrecht 2000, §§ 8–9; H.-J. Albrecht 2002, 11 ff.; vgl. auch Fall 7 Rn. 26.

²⁷ P.-A. Albrecht 2000, § 9 VII; zurückhaltender Ostendorf 2003, Grdl. z. §§ 1–2, Rn. 4f.: primär positive Individualprävention zur Unterbindung weiterer Straftaten, sekundär negative Individualprävention durch individuelle Abschreckung und Sicherung.

²⁸ H.-J. Albrecht 2002, 97 ff.

²⁹ Schöch 1992, 40; Kaiser 1996, § 31 Rn. 49 ff.; § 92 Rn. 16.

³⁰ Zutreffend Roxin § 3 Rn. 20.

³¹ Ansätze in den §§ 10 II 2, 45 II 2; dazu Schöch 1992, 42; ähnlich Rössner 1992, 347 f.; Ostendorf 2003, Grdl. z. §§ 1–2, Rn. 5: „anregende und stützende Maßnahmen“.

³² Ostendorf 2003, Grdl. z. §§ 1–2, Rn. 5.

eine „**Reformulierung des Erziehungsgedankens**“,³³ der als Eckpfeiler für die Folgenorientierung des Jugendstrafrechts erhalten bleiben soll. Nur erzieherisch gebotene – nicht metaphysisch begründete – Sanktionen sollen zulässig sein. Aber das erzieherisch Notwendige soll durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip und eine generelle Schuldilderung bei jungen Tätern begrenzt werden.³⁴ Erziehung ist nicht das Ziel des Jugendstrafrechts, sondern nur ein Mittel zum Zweck künftigen Legalverhaltens.³⁵ Die Neuorientierung des Erziehungsprinzips hat neben der Begrenzung erzieherischer Sanktionen auch das Bewusstsein dafür geschärft, dass zu einem modernen Jugendstrafrecht rechtsstaatliche Verfahrensgarantien³⁶ und die Gebote der Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit strafrechtlicher Sanktionen gehören. Individualisierung der Reaktion auf Jugendkriminalität darf weder zu übermäßiger Ausforschung der Täterpersönlichkeit führen noch zu einer Missachtung des Gleichbehandlungsgebotes in der Weise, dass jeder Richter oder Staatsanwalt ohne Rücksicht auf die sonstige Praxis seine kriminalpolitische Überzeugung durchsetzt.

Die **kriminalpolitischen Konsequenzen** dieser Neuorientierung sind noch offen. Während eine beachtliche Meinung das geltende Recht durch Beachtung rechtsstaatlicher Prinzipien und Ausbau der Verteidigung³⁷ für korrekturfähig hält,³⁸ verlangt etwa eine Reformkommission der DVJJ³⁹ unter Betonung des sozialpädagogischen Ansatzes weitgehende Veränderungen des jugendstrafrechtlichen Reaktionskataloges, z. B. Ersetzung der „überholten Kategorien der Erziehungsmaßregeln und der Zuchtmittel“ durch eine am Subsidiaritätsprinzip orientierte Stufung der Rechtsfolgen mit strikter Trennung von ambulanten sozialpädagogischen, medizinisch-therapeutischen und ahndenden Maßnahmen, Aufgabe der Zweispurigkeit von Strafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung, restriktivere Ausgestaltung der Verbindung mehrerer Rechtsfolgen gemäß § 8 JGG, Verbot freiheitsentziehender Maßnahmen für 14- und 15-Jährige und Streichung der Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen. Die Forderungen von Pfeiffer⁴⁰ gehen teilweise noch darüber hinaus, z. B. Herabsetzung der Strafuntergrenze auf einen Monat und der Höchstgrenze auf 2 bzw. 5 Jahre bei Jugendlichen, sowie Streichung der §§ 18 II, 31 II, III, 52 a I 2 und 55 I.

15

Es ist zweifelhaft, ob derart grundlegende Eingriffe in das bewährte und vor kurzem moderat erweiterte Rechtsfolgensystem erforderlich sind. Die behaupteten Fehlentwicklungen des Jugendstrafrechts sind nicht so eindeutig oder evident, dass sofortiges Handeln geboten wäre. Der Gesetzgeber hat gut daran getan, das **Reformtempo zu mäßigen** und der Praxis Zeit zu lassen, die Erfahrungen mit dem jetzigen Recht und die teilweise begründete Kritik an der bisherigen Praxis zu verarbeiten. Umgekehrt besteht auch kein kriminalpolitischer Bedarf für die in den letzten Jahren wiederholt erhobenen Forderungen nach Strafverschärfungen im Jugendstrafrecht, wie z. B. die generelle Bestrafung von Heranwachsenden nach Erwachsenenstrafrecht bzw. eine Regelvermutung zugunsten des allgemeinen Strafrechts in § 105, die Möglichkeit der Arrestverhängung neben der ausgesetzten Jugendstrafe („Einstiegsarrest“), die Herabsetzung des Strafmündigkeitsalters auf 12 Jahre sowie die generelle Anhebung der Höchststrafe von 10 Jahren Jugendstrafe auf 15 Jahre (s. zur Höchststrafe im Jugendstrafrecht auch Fall 13 I). Überzeugend und maßvoll sind die Reformvorschläge, die auf dem 64. Deutschen Juristentag am 18./19. 2. 2002 in Berlin verabschiedet worden sind.⁴¹ Danach hat sich der Erziehungsgedanke als Leitprinzip des Jugendstrafrechts bewährt, da er flexible Sanktionsformen sichert und gesellschaftliche Akzeptanz für adäquate Reaktionsformen ermöglicht. Die Strafmündigkeitsgrenze von 14 Jahren soll ohne Einschränkungen nach unten oder oben beibehalten werden, während die volle Einbeziehung der Heranwachsenden in das Jugendstrafrecht, also die Abschaffung der individuellen Reifeprüfung gemäß § 105 JGG, empfohlen wurde. Eine generelle Erhöhung der Jugendstrafe bei Heranwachsenden auf 15 Jahre wurde abgelehnt, jedoch in den Fällen befürwortet, in denen nach allgemeinem Strafrecht lebenslange Freiheitsstrafe angedroht ist, also im Wesentlichen nur bei Mord. Die Unterscheidung zwischen Erziehungsmaßregeln und Zuchtmitteln sei im Prinzip erforderlich, jedoch wurde die terminologische Korrektur der DVJJ („unterstützende, medizinisch-therapeutische und ahndende Maßnahmen“) für sinnvoll gehalten.

16

Im Bereich der Freiheitsbeschränkungs- bzw. Freizeitbeschränkungssanktionen moderner Art⁴² wurde der Vorschlag eines Fahrverbotes als eigenständige Sanktion bei Straftaten ohne Kraftfahrzeugbezug abgelehnt, während die Einführung einer freizeitbeschränkenden Meldepflicht befürwortet wurde. Sämtliche Beschlüsse zum Jugend-

³³ Heinz 1992, 369 ff.

³⁴ Pfeiffer 1991, 125 ff.; Heinz 1992, 398 ff.

³⁵ Heinz 1997, 58.

³⁶ Beulke 1990, 677 ff.

³⁷ Dazu Beulke 1990, 697.

³⁸ Beulke 1990, 693 ff.; Brunner/Dölling 2002, Einf. II Rn. 4–10; Schlüchter 1992, 390 ff.; Schaffstein/Beulke 2002, § 5 IV 4, die lediglich Gesetzesänderungen im Bereich geeigneter Heimunterbringung und durch Einführung eines sog. Einstiegsarrestes für diskutabel halten.

³⁹ DVJJ 2002, 227 ff.

⁴⁰ Pfeiffer 1991, 127.

⁴¹ Abgedruckt u. a. in NJW 2002, 3077–3079; zusammenfassender Bericht bei Schöch 2003 a, 299 ff.

⁴² Dazu Schöch 1992, 120 m. w. N.; ablehnend Streng 2002 a, 95 m. w. N.

arrest lassen zwar eine gewisse Skepsis gegenüber diesem stationären Zuchtmittel erkennen, jedoch fand der Antrag auf Abschaffung keine Mehrheit. Jugendstrafe soll nur noch wegen der Schwere der Schuld verhängt werden, nicht mehr wegen schädlicher Neigungen. Die dadurch entstehende Sanktionslücke bei rückfallgefährdeten Tätern soll durch eine neuartige Betreuungssanktion ersetzt werden, die von ambulanter Betreuung bis zu stationärer Intensivbetreuung reichen kann.⁴³ Bei Jugendlichen unter 16 Jahren soll Jugendstrafe nur noch wegen schwerster Gewaltverbrechen möglich sein. Im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit persönlich betroffener Deliktsoffer soll künftig auch die Nebenklage im Jugendstrafverfahren zulässig sein. Der aus dieser Diskussion hervorgegangene moderate **Referentenentwurf zu einem 2. JGG-Änderungsgesetz** vom April 2004 (→ Fall 11, Rn. 14) wurde in der im Jahr 2005 vorzeitig beendeten Legislaturperiode nicht mehr ins Gesetzgebungsverfahren eingebracht.

- 17** Alle Sanktionen des JGG stellen (mit Einschränkungen bei der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld, Fall 13, VI.) auf bestimmte Merkmale der Täterpersönlichkeit und deren erzieherische Beeinflussbarkeit ab (§§ 10 I 1, 13 I, 17 II, 18 II JGG, §§ 27, 30, 34 SGB VIII). Deshalb ist es i. d. R. zweckmäßig, vor der Anwendung der einzelnen Bestimmungen eine kurze Diagnose der Täterpersönlichkeit und ihrer prognostischen Ausgangssituation vorzunehmen, um die voraussichtliche Wirkung der Maßnahmen beurteilen zu können. Auf diese Weise lassen sich ständige Wiederholungen oder oberflächliche Persönlichkeitsbeurteilungen bei der Prüfung der einzelnen Sanktionen vermeiden.
- 18** Eine vertiefte Erörterung der Voraussetzungen des § 3 ist nur dann erforderlich, wenn der Fall dafür Anhaltspunkte bietet. Allerdings muss der Richter in der Praxis, anders als bei § 20 StGB, die Schuldfähigkeit gem. § 3 stets positiv feststellen und begründen.⁴⁴ Allgemein anerkannte Tätertypologien oder Klassifikationen für die Persönlichkeitsdiagnose gibt es nicht. Dem JGG liegt aber eine Differenzierung der Sanktionen nach dem Grad der kriminellen oder psychosozialen Gefährdung zugrunde; deshalb liegt es nahe, die Erfahrungen der Prognoseforschung zu verwerten (Fall 6). Geht man von der derzeit für die Praxis empfehlenswerten Kombination statistischer und intuitiver Prognoseverfahren aus (→ Fall 6, Rn. 44), so ergibt sich folgender Befund:
- 19** Bei Anwendung der neueren **statistischen Prognosen**, die teilweise falladäquat interpoliert werden müssen, ergibt sich für J eine mittlere bis hohe Wahrscheinlichkeit weiterer Straffälligkeit (z. B. nach *Mannheim/Wilkins* ca. 87 %, nach *Klapdor* ca. 63 %, nach *Hartmann/Eberhard* 41,5 %–60 %). Sie stützt sich vor allem auf die Merkmale Alkoholismus, Lehrabbruch, instabiles Arbeitsverhalten, Wechsel bzw. Trennung von Erziehungspersonen. Ergänzend lässt sich aus diesen Verfahren erschließen und zugleich für die Korrektur einer evtl. anders lautenden intuitiven Prognose verwenden, dass die bisherigen Straftaten wegen ihres relativ späten Beginns und geringen Gewichtes keine besondere Rolle spielen, ebenso wenig die nichteheliche Geburt. Auch das Fehlen sonst typischer Prognosemerkmale im schulischen Bereich (Schuldefizite, Sitzenbleiben, Schwänzen) ist bemerkenswert.
- 20** Bei der intuitiven Gesamtbeurteilung müssen einerseits die relativ harmlosen Straftaten und die relativ langen Rückfallintervalle als gefahrmindernd, die Verdichtung der Gefährdungssymptome in den letzten beiden Jahren seit Lehrabbruch und die Trennung von den Erziehungspersonen als gefahrverstärkend angesehen werden. Insgesamt liegen demnach erhebliche Gefahren für weitere soziale Auffälligkeiten vor, deren Schwerpunkt jedoch im psychosozialen Bereich liegt (Alkoholismus, Arbeitsscheu, Verlust sozialer Bindungen) und nur am Rande im Bereich der Kriminalität. Ladendiebstahl und Beförderungerschleichung gehören – wie die Dunkelfeldforschung gezeigt hat – zu den Delikten, die auch in der Normalbevölkerung nicht ganz selten sind und – besonders bei seltener Begehung durch Jugendliche – noch keine echte Kriminalitätsgefährdung indizieren, weil sie i. d. R. mit zunehmendem Alter und mit dem Aufbau stabiler Rollen abklingen.⁴⁵
- 21** Nach der **Persönlichkeitsdiagnose** von *Göppinger*⁴⁶ liegen wohl kriminalitätsbegleitende Relevanzbezüge (Freizeitkontakte, Alkohol) sowie eine kriminovalente Konstellation vor (→ Fall 6, Rn. 16). Das Übergreifen der sozialen Auffälligkeiten vom Freizeitbereich (Alkohol, zweifelhafte Freundschaften) auf den Leistungsbereich (Aufgabe regelmäßiger Arbeit) spricht auch für eine „kontinuierliche Hinentwicklung zum Verbrechen“. Allerdings haben diese Auffälligkeiten erst während der Pubertät begonnen und sich noch nicht über Jahre verfestigt, vor allem haben sie sich noch nicht massiv im Delinquenzbereich niedergeschlagen. Man kann daher wohl von einem Grenzfall zwischen „Kriminalität im Rahmen der Persönlichkeitsreifung“ und Vorstufen einer „kontinuierlichen Hinentwicklung“ sprechen.
- 22** Die beiden leichteren Zuchtmittel, die **Verwarnung** (§ 14) und die **Auflagen** (§ 15) als gesteigerte Form der Verwarnung, sollen bei geringfügigen Entgleisungen einem „im Grunde gut gearteten Täter“ (frühere RL Nr. 1 zu § 13 bis 1990) ohne längeren Eingriff in seine Lebensführung eindringlich zum Bewusstsein bringen, dass er für das von ihm begangene Unrecht einzustehen hat (§ 13). Die etwas unglückliche Formulierung „gut geartet“ bedeutet geringe Kriminalitätsgefährdung oder günstige Pro-

⁴³ Dazu *Streng* 2002 a, 89 ff.

⁴⁴ Vgl. *Schaffstein/Beulke* 2002, § 7 I; RGSt 58, 128.

⁴⁵ *Schöch* 1976, 222 f.

⁴⁶ *Göppinger* 1997, 302 ff.

gnose bei ungestörter sozialer Integration. Diese Voraussetzungen liegen bei J nicht vor, und es leuchtet auch ohne weiteres ein, dass durch eine Verwarnung oder eine **Geldauflage** (§ 15 I 1 Nr. 4) die bedenkliche Lebensführung des J nicht beeinflusst werden kann (zur **Entschuldigungsauflage** gem. § 15 I 1 Nr. 2 Fall 13, Rn. 20–23).

Mit der durch das 1. JGGÄndG eingeführten **Arbeitsauflage** (§ 15 I 1 Nr. 3) soll die Verpflichtung zu Arbeitsleistungen als **Denkzettel** ermöglicht werden, während die ähnliche **Arbeitsweisung** nach § 10 I 3 Nr. 4 vor allem **Lernerlebnisse** im sozialen Bereich oder in der Einstellung zur Arbeit vermitteln soll. Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit, die das BVerfG der Arbeitsweisung bescheinigt hat,⁴⁷ dürfte trotz des repressiven Einschlages der Arbeitsauflage auch für diese gelten, da auch sie letztlich erzieherisch geprägt ist und zeitlich begrenzt werden muss, um keine unzumutbaren Anforderungen an den Jugendlichen zu stellen.⁴⁸ Inzwischen hat sich der Schwerpunkt der Arbeitsleistungen auf die Arbeitsauflage verlagert (s. o. Tab. 2). Im vorliegenden Fall kommt weder die Arbeitsauflage, die als Alternative zum Jugendarrest und zur Geldbuße konzipiert ist, noch eine erzieherisch verstandene Arbeitsweisung in Betracht, da sie für die Behandlung schwererer Sozialisationsdefizite nicht ausreicht und nicht geeignet ist.⁴⁹

23

Auch die Auflage der **Schadenswiedergutmachung**, deren Einsatz zunehmend empfohlen wird,⁵⁰ lässt jedenfalls bei J nicht die erforderliche Einwirkung erwarten. Zwar hat diese Sanktion wegen der Pflicht zur Auseinandersetzung mit dem Deliktsoffer, wegen ihrer Einsichtigkeit für den jugendlichen Täter und ihrer geringen Stigmatisierungswirkung beträchtlichen erzieherischen Wert. Dieser kann sich nur dann voll entfalten, wenn dem Täter ein persönlich betroffenes Opfer gegenübersteht. Prinzipiell ausgeschlossen ist jedoch die Wiedergutmachungsaufgabe auch dann nicht, wenn der Staat, juristische Personen oder Personenvereinigungen verletzt sind, zumal Wiedergutmachung auch durch Arbeitsleistungen für den Geschädigten möglich ist (RL Nr. 1 zu § 15).

24

Die seltene Anwendung in der jugendrichterlichen Praxis (Tab. 2) beruht vor allem darauf, dass die Jugendrichter nicht die zivilrechtlichen Schadensersatzprobleme (Mitverschulden, Schadenshöhe u. Ä.) auf dem Rücken der Jugendlichen mit der Drohung des Beugearrestes (§§ 11 III, 15 III) austragen wollen. Seit Mitte der achtziger Jahre versuchen daher verschiedene **Täter-Opfer-Ausgleichsprojekte** vor dem Urteil, möglichst sogar vor der Hauptverhandlung, durch Einschaltung der JGH oder andere Vermittler eine Wiedergutmachungsvereinbarung und Aussöhnung zwischen Tätern und Opfern herbeizuführen, damit diese dann bei Entscheidungen gemäß §§ 45, 47 oder bei der Sanktionsentscheidung berücksichtigt werden können.⁵¹ Die insgesamt recht positiven Erfahrungen im Bereich der leichteren und mittelschweren Kriminalität haben dazu geführt, dass der **Täter-Opfer-Ausgleich (TOA)** im 1. JGGÄndG an zwei Stellen in das Gesetz aufgenommen wurde: als Weisung nach § 10 I 3 Nr. 7 und als erzieherische Maßnahme gemäß § 45 II 2, die eine Verfahrenseinstellung rechtfertigt. Die Erfahrungen aus den Modellversuchen beziehen sich lediglich auf den zweiten Weg, wobei das Gesetz über die frühere Praxis hinaus das ernsthafte Bemühen des Jugendlichen um eine Konfliktregelung auch dann berücksichtigt, wenn das Tatopfer seine Mitwirkung versagt.⁵²

25

Wenig überzeugend ist die TOA-Weisung (§ 10 I 3 Nr. 7), da diese Maßnahme eher tatbezogen ist und unrechtsverdeutlichenden Charakter hat. Eine Abgrenzung von der Wiedergutmachungsaufgabe und deren Anwendungsbarrieren ist daher kaum möglich. Hinzu kommt, dass eine oktroyierte Weisung dem tragenden Prinzip der Wiedergutmachung widerspricht: Anerkennung eines autonomen Beitrags zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens durch freiwillige Verantwortungsübernahme.⁵³ Folgerichtig ist die neu eingeführte Weisung totes Recht geblieben.⁵⁴

26

Die Durchführung eines Täter-Opfer-Ausgleichs hängt zurzeit noch vielfach davon ab, ob die JGH oder ein freier Trägerverein entsprechende Vermittlungen anbietet und ob ein Staatsanwalt dazu bereit ist, im

27

⁴⁷ BVerfGE 74, 102.

⁴⁸ Böttcher/Weber 1990, 565; zweifelnd Ostendorf 2003, § 15 Rn. 13, § 10 Rn. 13.

⁴⁹ Pfeiffer 1989, 150 ff.

⁵⁰ Überblick bei Schöch 1987, 182 ff.

⁵¹ Schöch 1987, 182 ff.; Bannenberg 1993; Dölling u. a. 1998; Schöch 1999 a, 278 ff.

⁵² BReg. BT-Drucks. 11/5829.

⁵³ Schöch 1992, 69; AE-WGM 1992, § 1 I 1 und Begr. S. 24 f.; Schöch 1999, 280; Schöch 2001, 1049 f.: Autonomiemodell statt Sanktionsmodell.

⁵⁴ Schöch 2001 a, 126.

Verfahrensablauf derartige erzieherische Maßnahmen zu fördern und nach § 45 II 2 anzuerkennen. Im konkreten Fall scheidet ein Täter-Opfer-Ausgleich nach den Kriterien der bisherigen Projekte schon deshalb aus, weil es kein persönlich geschädigtes Opfer gibt. Die weitere Einschränkung, dass Beförderungerschleichungen im Nahverkehr zu den klassischen Bagatelldelikten gehören, bei denen eine derart persönlichkeitsintensive Maßnahme unverhältnismäßig wäre,⁵⁵ spielt im vorliegenden Fall keine Rolle, da 14 Fahrten im Umfang von 190,00 € Beförderungsentgelt die Bagatellgrenze überschreiten.

28 Weisungen sind Gebote oder Verbote, welche die Lebensführung des Jugendlichen regeln und dadurch seine Erziehung fördern und sichern sollen (§ 10 I 1). Sie setzen **Erziehungsmängel** voraus, die gerade **in der Straftat** zum Ausdruck kommen.⁵⁶ Dies kann bei der Beförderungerschleichung zweifelhaft sein, doch wird man bei 14 Fällen einen symptomatischen Zusammenhang mit den „Erziehungsmängeln“ Alkoholismus und Arbeitsscheu i. S. der Folge- oder Beschaffungsdelinquenz bejahen können. In Betracht kommen von den in § 10 I beispielhaft genannten Weisungen daher folgende:

Nr. 2: bei einer Familie oder in einem Heim zu wohnen (z. B. Pflegefamilie, Wohnheim der Arbeiterwohlfahrt o. Ä.),

Nr. 3: eine Ausbildungs- oder Arbeitsstelle anzunehmen,

Nr. 5: sich der Betreuung und Aufsicht einer bestimmten Person zu unterstellen,

Nr. 8: den Verkehr mit bestimmten Personen oder den Besuch von Gast- oder Vergnügungsstätten zu unterlassen. Außerdem kommt das früher in § 10 I 1 Nr. 6 genannte Alkoholverbot in Betracht.

29 Erforderlich ist jedoch, dass diese Weisungen **zweckmäßig** sind und eine **Beseitigung der Erziehungsmängel erwarten lassen**.⁵⁷ Gerade bei Weisungen besteht allzu leicht die Gefahr, dass wegen ihres erzieherischen Anspruchs und der Beruhigung des „pädagogischen Gewissens“ nur das berechnete Ziel, nicht aber die Chancen einer Durchsetzung und Zielverwirklichung beachtet werden, möglicherweise auch nicht immer die verfassungsrechtlichen Grenzen.⁵⁸ Die **Jugendgerichtshilfe**, die für die **Überwachung** zuständig ist (§ 38 II 5) und deshalb vor der Erteilung von Weisungen zu hören ist (§ 38 III 3), kann diese Aufgabe meist nur unzureichend erfüllen und hat auch selten ausreichend Personal, um die ihr zugeordneten **Betreuungsaufgaben** wahrzunehmen.

30 Wegen unzureichender Überwachungsmöglichkeiten scheidet das Alkoholverbot (so schon der Gesetzgeber), aber auch das **Gaststätten- und Verkehrsverbot** (§ 10 I 3 Nr. 8) im vorliegenden Fall aus. Die anderen Weisungen versprechen i. d. R. nur bei einem relativ geordneten Hintergrund Erfolg. Wenn die familiären und sozialen Bindungen weitgehend aufgelöst sind, das Arbeitsverhalten über längere Zeit gestört ist und vor allem wenn die persönlichkeitszerstörenden Wirkungen des Alkoholmissbrauchs eine vernünftige Lebensplanung verhindern, dann fallen Weisungen (z. B. hinsichtlich **Ausbildungs- oder Arbeitsstelle**) auf fruchtlosen Boden. Sie können weder allein noch in Verbindung mit einem Ungehorsamsarrest (§ 11 III) die erforderliche tief greifende Umstrukturierung bewirken. Auch die erneute Eingliederung in die **Pflegefamilie**, die bei einem 17-Jährigen ohnehin kaum möglich ist, würde die übrigen Ursachen der Dissozialität nicht beseitigen.

31 Die schon vor ihrer Einfügung durch das 1. JGGÄndG häufig praktizierte **Betreuungsweisung** (§ 10 I 3 Nr. 5), deren Laufzeit ein Jahr nicht überschreiten soll (§ 11 I 2), ist als flankierende Maßnahme auch bei Suchtgefährdung und Verwahrlosungssymptomen geeignet. Sie bietet sich vor allem als Ersatz für die bei älteren Jugendlichen unzumutbare Erziehungsbeistandschaft im Vorfeld schädlicher Neigungen an.⁵⁹ Sie ermöglicht die Unterstellung unter eine Art Bewährungshilfe ohne die Verhängung einer Jugendstrafe⁶⁰ und eignet sich besonders, wenn die Bewältigung konkreter Alltagsprobleme im Mittelpunkt steht (z. B. Behördengänge, Schuldenregulierung).

32 Ein sozialpädagogischer Zusammenhang besteht oft zwischen der Betreuungsweisung und der ebenfalls neu eingeführten Weisung, an einem **sozialen Trainingskurs** teilzunehmen (§ 10 I 3 Nr. 6). Meist geht es darum, in themenzentrierten oder erlebnisorientierten Gruppenangeboten im Freizeitbereich unter fachlicher Betreuung Gemeinschaftssinn, Handlungskompetenz und Verantwortungsgefühl zu vermitteln.⁶¹ Soziale Trainingskurse sind seit einigen Jahren als ambulante Sanktionen ausgebaut worden und bieten in geeigneten Fällen sinnvolle Alternativen. Allerdings lässt der Anteil der über eine Zusatzausbildung spezialisierten Fachkräfte für die in der Regel drei Monate dauernden Freizeitkurse (Höchstdauer 6 Monate nach § 11 I) noch zu wünschen übrig.⁶² Deshalb kommen auch andere Formen erzieherischer Gruppenarbeit in Betracht.⁶³

⁵⁵ Einzelheiten zur Praxis bei Schöch 1992, 58 ff.; Bannenberg 1993, 91 ff.

⁵⁶ Brunner/Dölling 2002, § 9 Rn. 4.

⁵⁷ Vgl. Schaffstein/Beulke 2002, § 15 II 3, 4; BayObLGSt 1982, 254 f.

⁵⁸ Dazu Miebe 1987, 112 ff.

⁵⁹ Vgl. Pfeiffer 1989, 201, 207; Schaffstein/Beulke 2002, § 16 II.

⁶⁰ Böhm/Feuerhelm 2004, § 23, 2 g bb.

⁶¹ Brunner/Dölling 2002, § 10 Rn. 11 m. w. N.

⁶² Dünkel/Geng/Kirstein 1998, 163.

⁶³ Böttcher/Weber 1990, 564.

Angesichts der massiven Eingliederungsschwierigkeiten des J, insbesondere aber seiner Alkoholabhängigkeit, erscheinen derartige ambulante Betreuungsangebote allein hier nicht ausreichend.

Nahe liegend ist dagegen die in § 10 II vorgesehene Weisung, sich einer **heilerzieherischen Behandlung** oder einer **Entziehungskur** zu unterziehen. Die heilerzieherische Behandlung ist primär als psychotherapeutische Behandlung für neurotisch gestörte Jugendliche gedacht und kommt vor allem für kontaktgestörte Delinquenten bei Straftaten mit sexuellem Hintergrund in Betracht,⁶⁴ sollte aber nicht hierauf beschränkt sein. 33

Sie wird bisher sehr selten angewandt, wofür Indikationsschwierigkeiten, Kostentragsprobleme, Mangel an Therapeuten und das Freiwilligkeitsdogma mancher Therapeuten als Gründe genannt werden. Da bei J eher Verwahrlosungssymptome als neurotische Störungen vorliegen und die Behandlungsmotivation zumindest unklar bleibt, könnte nach bisherigen Maßstäben kein Therapeut gefunden werden, selbst wenn die Kostenträgerschaft geklärt wäre. Die ambulante Entziehungskur für Drogenabhängige und Alkoholiker muss nach allen Erfahrungen bei Jugendlichen – trotz der erforderlichen Einwilligung bei über 16-Jährigen – als praktisch erfolglos gelten, weil nur in besonderen Ausnahmefällen bei stabilem sozialem Hintergrund (Familie, Arbeit) Motivationen und Durchhaltevermögen für einen längeren Zeitraum ausreichen. Bei einer freiwilligen **stationären Entziehungskur** sind die Chancen vielleicht etwas günstiger, doch würde sie bei J nicht zur Beseitigung seiner Dissozialität genügen, da seine Schwierigkeiten nicht ausschließlich oder primär alkoholbedingt sind, sondern auch im Lehrabbruch und Arbeitsverhalten zum Ausdruck kommen.

In Betracht kommt die Weisung zur Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung gem. § 12 Nr. 1 i. V. m. § 30 SGB VIII in Form der **Erziehungsbeistandschaft**. Deren Einordnung in das SGB VIII durch das Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) vom 26. 6. 1990 verdeutlicht, dass die Hilfen zur Erziehung gem. §§ 27 ff. SGB VIII weniger staatliche Eingriffsrechte in die Erziehung als vielmehr Leistungsangebote darstellen sollen.⁶⁵ Die Erziehungsbeistandschaft setzt voraus, dass eine dem Wohle des Kindes oder Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet und die Hilfe für seine Entwicklung geeignet und notwendig ist (§ 27 SGB VIII i. V. m. § 12 Nr. 1 JGG). Art und Umfang richten sich nach dem erzieherischen Bedarf im Einzelfall (§ 27 II 2 SGB VIII; s. u. Rn. 37). 34

Ob eine solche Diagnose bei J gerechtfertigt ist, soll zunächst dahingestellt bleiben. Denn auch diese Erziehungsmaßregel setzt erzieherische Zweckmäßigkeit und Erfolgsaussicht voraus. Der Erziehungsbeistand hat nach § 30 SGB VIII die Aufgabe, den J bei der Bewältigung von Entwicklungsproblemen zu unterstützen und seine Selbstständigkeit zu fördern. Der Jugendliche soll in seiner Familie verbleiben, und die Erziehungsberechtigten sollen in die Arbeit des Erziehungsbeistandes miteinbezogen werden. 35

Erziehungsbeistandschaft scheidet somit von vornherein aus, wenn die Erziehungsberechtigten keinerlei Einfluss auf den Jugendlichen haben. Es ist daher nicht zu erwarten, dass J durch Erziehungsbeistandschaft erzieherisch wirksam zu beeinflussen ist, zumal bei einem Alkoholiker mit massiven Störungen im Arbeitsverhalten erfahrungsgemäß mit bloßem Rat nichts zu erreichen ist.

Der **Jugendarrest** als schwerstes Zuchtmittel war ursprünglich zur Ahndung für „nicht allzu schwere Verfehlungen gutgearteter Jugendlicher“ vorgesehen (so bis 1994 RL Nr. 1 zu § 16). Durch den Schock eines kurzen, strengen Freiheitsentzuges und den damit verbundenen Zwang zur Selbstbesinnung sollte der Jugendliche zu der Einsicht gebracht werden, dass sich Straftaten nicht lohnen. Im Hinblick auf den schweren Eingriff und die „Abschöpfung“ der prognostisch günstigen Fälle durch Verwarnung, Auflagen und Weisungen musste der Begriff „Gutartigkeit“ schon vor seiner Abschaffung i. S. einer mittleren Prognose verstanden werden. In der Praxis findet der Jugendarrest mittlerweile eher bei bereits erheblich Gefährdeten Anwendung.⁶⁶ 36

Im Langzeitvergleich ist die Bedeutung des Jugendarrestes rückläufig (Tab. 2). Allerdings ist es in den neunziger Jahren nicht zur weiteren Zurückdrängung des Jugendarrestes gekommen. Im Gegenteil ist der Anteil der Jugendarrestes an den verhängten Sanktionen wieder etwas gestiegen. Diese „Trendwende“⁶⁷ steht im Widerspruch zu den überwiegenden Stimmen aus der Wissenschaft, die – insbesondere wegen höherer Rückfallquoten als bei ambulanten Sanktionen – für die völlige Abschaffung des Jugendarrestes plädieren.⁶⁸ Allerdings sind die Rückfallquoten (60–70 % generell; 33 % mit schwereren Sanktionen)⁶⁹ immer noch etwas günstiger als bei vollstreckter Jugendstrafe (70–90 %).⁷⁰ Die jugendrichterliche Praxis hält trotz aller Kritik überwiegend am Jugend- 37

⁶⁴ Vgl. Böhm/Feuerhelm 2004, § 23, 21.

⁶⁵ Schaffstein/Beulke 2002, § 17 I.

⁶⁶ Vgl. Schaffstein/Beulke 2002, § 21 I.

⁶⁷ Schaffstein/Beulke 2002, § 21 I.

⁶⁸ Schöch 2001 a, 127.

⁶⁹ Schaffstein/Beulke 2002, § 21 V m. w. N; Ostendorf 2003, Grdl. zu §§ 13–16 Rn. 9 m. w. N.

⁷⁰ Schaffstein/Beulke 2002, § 23 V m. w. N.

arrest fest. Neben der Hoffnung auf eine gewisse pädagogische Ausgestaltung des Arrestvollzugs dürfte dabei die Überlegung maßgeblich sein, auch bei erheblich gefährdeten Jugendlichen – meist nach mehreren Diversions-, Auflagen- und Weisungsversuchen – noch eine „Warteschleife“ im Jugendarrest einzuschleiben, bevor die Sanktionsspirale die Jugendstrafe erreicht.⁷¹

Während Freizeitarrest teilweise auch bei Ersttätern und sozial weitgehend integrierten jungen Tätern verhängt wird, entwickelt sich der Dauerarrest immer mehr zu einer kurzen intensiven Maßnahme, mit der versucht wird, schwerer gestörte Täter mit Hilfe von Erziehungskursen und Nachbetreuung einzugliedern. Die Schockwirkung des Jugendarrestes und seine erzieherische Effektivität bleiben freilich umstritten.⁷² Als Alternativen werden Arbeitsauflage und ambulantes soziales Training bevorzugt.

- 38** Angesichts der Ernüchterung über die Wirksamkeit des „short sharp shock“ und die „tostlose Arrestvollzugspraxis“⁷³ wird zunehmend auch für den Jugendarrest eine sinnvolle sozialpädagogische Ausgestaltung gefordert.⁷⁴ In einigen Anstalten werden bereits Angebote zu stationärem sozialem Training gemacht, jedoch ist die Praxis noch überaus uneinheitlich.⁷⁵

Teilweise wird dagegen der vollständige Verzicht auf den Jugendarrest,⁷⁶ zumindest aber die Abschaffung des Kurz- und Freizeitarrestes befürwortet.⁷⁷ Dieser Kritik hat das 1. JGGÄndG nur insoweit Rechnung getragen, als die mögliche Dauer eines Freizeitarrestes von vier auf zwei Freizeiten und der Kurzarrest auf höchstens vier Tage beschränkt wurde. Dass auch der Jugendarrest erzieherisch ausgestaltet sein und dem Jugendlichen bei der Bewältigung von Problemen, die zur Begehung der Tat beigetragen haben, helfen soll, kommt nunmehr in § 90 I 2 zum Ausdruck.

- 39** Nach dem Gewicht der Straftaten und möglicherweise auch nach der Kriminalitätsprognose käme im vorliegenden Fall zwar Jugendarrest in Betracht, doch bewirkt die damit beabsichtigte „ernste Mahnung“⁷⁸ bei J vermutlich nichts. Die Grundprobleme des J, Alkoholismus und Arbeitsscheu, werden selbst durch einen vierwöchigen Dauerarrest nicht gelöst oder beeinflusst.

- 40** Die seit dem 1. JGGÄndG 1990 in § 12 Nr. 2 i. V. m. § 34 SGB VIII vorgesehene Hilfe zur Erziehung in einer **Einrichtung über Tag und Nacht** (Heimerziehung) oder einer sonstigen **betreuten Wohnform** ersetzt im Wesentlichen die frühere Fürsorgeerziehung, die eine umfassende Gesamterziehung unter staatlicher Aufsicht bezweckte, wenn die Erziehungsberechtigten ausfielen oder versagten.⁷⁹ Anordnungsgrund ist jetzt ebenso wie für die Erziehungsbeistandschaft, dass „eine dem Wohl des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet und die Hilfe für seine Entwicklung geeignet und notwendig ist“ (§ 27 SGB VIII). Wesentlich ist dabei der **Verzicht** auf den als stigmatisierend empfundenen Begriff der „**Verwahrlosung**“ durch den „**erzieherischen Bedarf**“ (§ 27 II 2 SGB VIII), der auch für Art und Umfang der Hilfe maßgeblich ist. Im Übrigen sind die Neuerungen durch das SGB VIII hier weniger inhaltlicher als terminologischer Natur.⁸⁰

- 41** Die Auswahl der jeweiligen Hilfsart richtet sich nach dem **erzieherischen Bedarf des Jugendlichen im Einzelfall** (§ 27 II 2 SGB VIII). Die Formulierung von Hilfsalternativen in § 34 S. 2 Nr. 2 und 3 SGB VIII (Betreuung in anderen Familien, Vonselbständigkeit) zeigt, dass Hilfe zur Erziehung nach § 34 SGB VIII auch dann in Betracht kommen soll, wenn eine Zusammenarbeit mit dem Erziehungsberechtigten und eine Verbesserung der familiären Situation nicht mehr möglich ist.⁸¹ Berücksichtigt man die derzeitige Situation des J, insbesondere die regelmäßige Trunkenheit sowie die völlige Vernachlässigung von Arbeit und Ausbildung, so erscheint auch im Hinblick auf das Fehlen sozialer Bindungen eine längere Betreuung unter Aufsicht durch Erziehungshilfe gem. § 12 Nr. 2 durchaus sinnvoll, zumal Erziehungsbeistandschaft als weniger einschneidende Maßnahme keinen Erfolg verspricht (s. o. Rn. 36).

- 42** Die frühere Begrenzung der Fürsorgeerziehung auf Jugendliche bis zur Vollendung des 17. Lebensjahres (§ 64 JWG) wurde nicht übernommen. Gegen den fast 17-jährigen J ist daher – nach Anhörung des Jugendamtes – die Anordnung der **Hilfe zur Erziehung in einem Heim** (§ 12 Nr. 2) bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres möglich. Damit ist eine längere Ersatzerziehung unter Aufsicht möglich, die am ehesten Chancen für eine Beseitigung der Dissozialität eröffnet. J wird für längere Zeit der Zugang zu Alkohol erheblich erschwert, und er muss sich wieder an regelmäßige Arbeit gewöhnen. Außerdem kann durch pädagogische und therapeutische Maßnahmen auf die Ursachen seiner Fehlentwicklung eingewirkt werden. Die seit Herabsetzung des Volljährigkeitsalters

⁷¹ Vgl. Schöch 2001 a, 127; differenzierend auch Diemer/Schoreit/Sonnen 2002, § 16 Rn. 5 ff.

⁷² Kritisch Pfeiffer 1989, 28 ff.; Eisenberg 2004, § 16 Rn. 19.

⁷³ Dünkel 1991, 27.

⁷⁴ Brunner/Dölling 2002, § 16 Rn. 6 ff. m. w. N.

⁷⁵ Schaffstein/Beulke 2002, § 21 IV.

⁷⁶ P.-A. Albrecht 2000, § 27 IV 2 b.

⁷⁷ Ostendorf 2003, Grdl. z. §§ 13–15 Rn. 9; DVJJ-Kommission 2002, 252 ff.

⁷⁸ BGHSt 18, 207, 209.

⁷⁹ Schaffstein/Beulke 2002, § 17 I.

⁸⁰ Schaffstein/Beulke 2002, § 17.

⁸¹ Schellhorn 2000, § 33 Rn. 8, Rn. 21, § 34 Rn. 5 f., Rn. 11.

(1. 1. 1975) vorgeschriebene Beendigung der Fürsorgeerziehung nach dem 18. Lebensjahr hatte die Ausbildungsmöglichkeiten und die sonstigen therapeutischen Maßnahmen bei älteren Jugendlichen beeinträchtigt; eine Berufsausbildung wurde deshalb oft nicht begonnen oder zu Ende geführt. Nach § 41 SGB VIII kann das Jugendamt jetzt eine dem Jugendlichen gewährte Hilfe zur Erziehung als Hilfe für junge Volljährige gewähren, wenn und solange dies nach der individuellen Situation des Betroffenen notwendig ist, in begründeten Einzelfällen sogar über das 21. Lebensjahr hinaus (§ 41 I 2 SGB VIII). Angesichts der Bedeutung für die soziale Eingliederung sollte eine Berufsausbildung möglichst aufgenommen oder fortgesetzt werden, zumal die Chancen für eine Weiterführung auf freiwilliger Grundlage nach einjähriger erzieherischer Einwirkung besser sein dürften als für Lehrversuche aufgrund von Weisungen. Nach § 8 I wäre es auch zulässig, die Anordnung der Erziehungshilfe gem. § 12 Nr. 2 mit der Weisung zu verbinden, eine begonnene Ausbildung nach Beendigung der Fürsorgeerziehung fortzusetzen.

Hilfe zur Erziehung gem. § 12 Nr. 2 müsste aber wegen fehlender Zweckmäßigkeit ausscheiden, wenn bereits schädliche Neigungen vorliegen, die eine **Jugendstrafe** erforderlich machen (vgl. § 17 II). **Schädliche Neigungen** zeigt ein Jugendlicher, bei dem erhebliche Anlage- oder Erziehungsmängel die Gefahr begründen, dass er ohne Durchführung einer Gesamterziehung durch weitere Straftaten die Gemeinschaftsordnung stören wird.⁸² In solchen Fällen liegt in der Regel auch Hilfsbedürftigkeit gem. § 27 SGB VIII vor, während umgekehrt Hilfsbedürftigkeit auch ohne schädliche Neigungen vorkommt (z. B. bei Alkoholismus, Drogenabhängigkeit oder Prostitution). Die oft schwierige Abgrenzung muss sich an der **Kriminalprognose** orientieren, während es auf die Entstehungszusammenhänge der Mängel oder gar auf ein diesbezügliches Verschulden des Täters nicht ankommt.⁸³ Begründen die Erziehungsmängel nach dem bisherigen Verhalten und Lebenslauf mit relativ hoher Wahrscheinlichkeit die Gefahr weiterer **Straftaten von einigem Gewicht**⁸⁴ oder weiterer **erheblicher Straftaten**,⁸⁵ so liegen schädliche Neigungen vor.⁸⁶

43

Zwar weist J beträchtliche Erziehungsmängel auf, jedoch kann man noch nicht von schädlichen Neigungen sprechen. Die bisher abgeurteilten Delikte sind geringfügig, und selbst die jetzt zur Verurteilung anstehende Serie von 14 Fällen der Beförderungerschleichung mit einem Gesamtschaden von 320 DM spricht allenfalls für eine zunehmende Neigung zur Begehung von leichteren Vergehen, nicht aber für erhebliche Straftaten. Deshalb kommt Jugendstrafe nicht in Betracht, und auch eine gem. § 21 **zur Bewährung ausgesetzte Jugendstrafe**, scheidet aus, da diese insoweit an dieselben Voraussetzungen geknüpft ist.

Allerdings ist die obige Definition nicht ganz unstrittig, da einige Autoren nur „Bagatelldelikte“ oder „gemeinlästige Straftaten“ aus dem Begriff der schädlichen Neigungen ausklammern wollen.⁸⁷ Darunter würden nach herkömmlichem Verständnis nur Vermögensdelikte mit einem Schaden unter 30 Euro⁸⁸ – 50 Euro⁸⁹ oder vergleichbar leichte Verletzungen anderer Rechtsgüter fallen. Die Rechtsprechung hat sich bezüglich der Schwere der zu erwarteten Delikte bisher kaum geäußert. Die einzige publizierte Entscheidung, ein Urteil des LG Gera vom 6. 8. 1998, hat die Messlatte relativ hoch angesetzt; denn es hat den Hang eines 15-Jährigen zum Fahren ohne Fahrerlaubnis trotz vielfacher Begehung dieser nicht ganz ungefährlichen Tat nicht für ausreichend gehalten, um schädliche Neigungen zu begründen.⁹⁰ Auch die in der Literatur genannten Beispiele sprechen für einen engeren Begriff der schädlichen Neigungen. Es muss sich um drohende Straftaten handeln, welche die Bagatellgrenze deutlich überschreiten. Nicht ausreichen sollen z. B. Hausfriedensbruch, Ladendiebstahl, Sachbeschädigung, Beförderungerschleichung, kleinere Zechprellereien, Fahren ohne Fahrerlaubnis, Betäubungsmittelbesitz in geringen Mengen für den Eigenkonsum,⁹¹ wobei auch die wiederholte Begehung nicht notwendig zur Bejahung von schädlichen Neigungen führen müsse.⁹² Da aber die Einzeltaten unter der Bagatellgrenze bleiben und der Gesamtschaden mit 190,00 € ebenfalls nicht gravierend ist, würden wohl auch die Praxis und die herrschende Literaturauffassung in einem solchen Fall schädliche Neigungen eher verneinen bzw. bezweifeln.

44

⁸² BGHSt 11, 169; 16, 262; 18, 210; kritisch zum Begriff der schädlichen Neigungen *Kaiser* Fall 5, Rn. 10 ff. m. w. N.

⁸³ P.-A. Albrecht 2000, § 30 II 3 a.

⁸⁴ Vgl. Schaffstein/Beulke 2002, § 22 II 1.

⁸⁵ Diemer/Schoreit/Sonnen 2002, § 17 Rn. 19; Ostendorf 2003, § 17 Rn. 3; so jetzt auch Brunner/Dölling 2002, § 17 Rn. 11.

⁸⁶ Zur Verfassungsmäßigkeit der erzieherisch orientierten Jugendstrafe trotz Zweifels an der Wirksamkeit OLG Schleswig NStZ 1985, 475 ff. m. Anm. Schüler-Springorum.

⁸⁷ Eisenberg 2004, § 17 Rn. 18 a, weiter aber Rn. 22.

⁸⁸ Vgl. z. B. Tröndle/Fischer 2004, § 248 a Rn. 3 m. w. N.

⁸⁹ Meyer-Goßner 2005, § 153 Rn. 17.

⁹⁰ LG Gera DVJJ-J 1998, 280 ff.

⁹¹ Böhm/Feuerhelm 2004, § 25, 1 a; Ostendorf 2003, § 17 Rn. 3.

⁹² Böhm/Feuerhelm 2004, § 25, 1 a; LG Gera DVJJ-J 1998, 280 ff.

- 45 Eine im Rechtsfolgenteil des JGG nicht ausdrücklich vorgesehene Reaktionsform hat die Praxis mit dem Institut der **Vorbewährung nach § 57** entwickelt.⁹³ Im Gegensatz zum allgemeinen Strafverfahren (§ 260 IV 4 StPO) muss nach dem JGG nicht zwingend im Urteil über die Frage der Strafaussetzung zur Bewährung entschieden werden, vielmehr kann dies gemäß § 57 auch in einem selbständigen nachträglichen Beschlussverfahren bis zum Beginn der Strafvollstreckung geschehen. Der Jugendrichter kann zwischen beiden Wegen nach pflichtgemäßem Ermessen wählen, wobei ein ausdrücklicher Vorbehalt späterer Beschlussentscheidung im Urteil nur im Falle eines Antrages auf Strafaussetzung zur Bewährung in der Hauptverhandlung geboten ist (§ 57 IV i. V. mit § 267 III 4 StPO).⁹⁴ Selbst wenn im Urteil die Aussetzung zunächst abgelehnt wurde, ist ihre nachträgliche Anordnung noch zulässig, wenn seit Erlass des Urteils neue Umstände hervorgetreten sind, die eine Aussetzung nunmehr rechtfertigen (§ 57 II).

Diese prozessuale Flexibilität bietet die Möglichkeit einer **Erprobung vor der Aussetzungsentscheidung**, weil – abweichend von §§ 21 ff. – in der Zeit nach dem Urteil und **nach der Verhängung der Jugendstrafe** (insoweit abweichend von § 27), aber vor Verbüßung eines Teils der Jugendstrafe (danach nur Reststrafenaussetzung gem. § 88) getestet werden kann, ob sich der Verurteilte auch ohne die Einwirkung des Strafvollzuges bewährt. Gegenüber der meist üblichen Aussetzungsentscheidung nach § 21 im Urteil bietet das Verfahren nach § 57 die Möglichkeit, neben den Erkenntnissen aus der Hauptverhandlung auch die weitere Entwicklung bei der Entscheidung über die Aussetzung zu berücksichtigen, insbesondere auch die Auswirkungen der Verurteilung (Erweiterung der Prognosekriterien; vgl. Fall 6, Rn. 29–35). Besonders Zusagen und Anerbieten über eine heilerzieherische Behandlung oder Entziehungskur (§§ 57 III, 23) können auf diese Weise bei der Bewährungsentscheidung realistischer beurteilt und mit größerem Nachdruck – ohne Beeinträchtigung des eigenen Verteidigungsvorbringens – geltend gemacht werden.⁹⁵ Wegen dieser Möglichkeit, den Verurteilten weiter zu beobachten und positive Anstrengungen (wie z. B. freiwillige Behandlungszusagen) zur Bedingung einer Aussetzung zu machen, würde sich die Vorbewährung auch im vorliegenden Fall anbieten.⁹⁶ Jedoch scheitert ihre Anwendbarkeit hier daran, dass Jugendstrafe verhängt werden müsste, deren Voraussetzungen nicht vorliegen (s. o. Rn. 43 f.).

Im Übrigen ist das Institut der Vorbewährung umstritten. Teilweise wird es ganz abgelehnt, weil es neben den gesetzlich genau geregelten Aussetzungsfällen der §§ 21, 27 in der praktizierten Form ohne gesetzliche Grundlage sei und zu einer zusätzlichen Belastung für den Verurteilten führe.⁹⁷ Gegen seine Anerkennung spricht auch, dass im nachträglichen Beschlussverfahren die Schöffen nicht beteiligt sind und dass die Vorbewährungszeit zeitlich nicht begrenzt ist und auf die Bewährungszeit nicht angerechnet wird.⁹⁸ Trotz dieser Bedenken ist aber anzuerkennen, dass das Gesetz das nachträgliche Beschlussverfahren ausdrücklich regelt und damit eine praktikable Erweiterung der Aussetzungsmöglichkeiten geschaffen hat. Allerdings gebietet die unvollständige gesetzliche Regelung dieses Instituts auf Ausnahmefälle unzureichender Erkenntnismöglichkeiten in der Hauptverhandlung.⁹⁹ Außerdem sollte aus Gründen der Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit der Vorbewährungszeitraum 3 Monate nicht übersteigen und – entgegen einer verbreiteten Praxis – auf die Hauptbewährungszeit nach § 22 angerechnet werden.¹⁰⁰

- 46 Im Hinblick auf die oben erwähnten Anzeichen für eine kontinuierliche Hinentwicklung zur Kriminalität und das Vorliegen einer kriminovalenten Konstellation i. S. *Göppingers* und die nicht ganz unbeachtliche Tatserie von 14 Delikten ist das Vorliegen schädlicher Neigungen aber auch nicht völlig ausgeschlossen. In solchen Fällen kommt die **Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe gem. § 27** in Betracht, wenn „nach Erschöpfung der Ermittlungsmöglichkeiten nicht mit Sicherheit beurteilt werden“ kann, „ob in der Straftat des Jugendlichen schädliche Neigungen von einem Umfang hervorgetreten sind, dass eine Jugendstrafe erforderlich ist“. Die in § 27 vorausgesetzte **Unsicherheit bezüglich schädlicher Neigungen** kann sich nicht nur aus sozialbiographischen Prognosemerkmalen ergeben, sondern auch aus Zweifeln am Gewicht künftiger Delinquenz. Auch hier müssen die möglicherweise vorliegenden schädlichen Neigungen in der Straftat hervorgetreten sein. Hierfür ist nicht primär auf das Gewicht der Straftat abzustellen, sondern auf ihre symptomatische Bedeutung für die

⁹³ OLG Stuttgart NStZ 1986, 219 m. Anm. *Eisenberg/Wolski*; KG NStZ 1988, 182, dazu *Walter/Pieplow* 1988, 165.

⁹⁴ Vgl. BGHSt 14, 74 f.; Vorbehalt trotz § 59 I nicht gesondert anfechtbar nach OLG Stuttgart NStZ 1986, 219 m. krit. Anm. *Eisenberg/Wolski*.

⁹⁵ *Brunner/Dölling* 2002, § 23 Rn. 8, § 57 Rn. 4, 6; *Diemer/Schoreit/Sonnen* 2002, § 57 Rn. 6 ff.; im Wes. zustimmend auch *Eisenberg* 2004, § 57 Rn. 6 ff.

⁹⁶ Vgl. *Flümann* 1983, 269; praktische Schwerpunkte bei Drogenabhängigen und Jugendstrafen über einem Jahr.

⁹⁷ *Schaffstein/Beulke* 2002, § 25 V; *P.-A. Albrecht* 2000, § 33 D II; *Ostendorf* 2003, Grdl. z. §§ 57–60 Rn. 7, § 57, Rn. 5 ff.; *Walter/Pieplow*, NStZ 1988, 168.

⁹⁸ Vgl. *Flümann* 1983, 19 ff., 275 ff.

⁹⁹ Vgl. *Eisenberg* 2004, § 57 Rn. 6; *Brunner/Dölling* 2002, § 57 Rn. 3.

¹⁰⁰ *Eisenberg* 2004, § 57 Rn. 6 b; de lege lata auch *Schaffstein/Beulke* 2002, § 25 V; vgl. aber OLG Dresden NStZ-RR 1998, 318; sechs Monate noch hinnehmbar.

vielleicht vorliegenden schädlichen Neigungen.¹⁰¹ Bei wiederholten Beförderungerschleichungen oder Ladendiebstählen wird man aber einen solchen kriminologischen Zusammenhang annehmen können, da es sich um typische Folgedelikte bei Alkoholismus und Vernachlässigung des Arbeitsbereiches handelt.

Die **hypothetische Erforderlichkeit der Jugendstrafe** ist jedoch nur gegeben, wenn Erziehungsmaßnahmen oder Zuchtmittel nicht ausreichen (§ 17 II). Zwar wird man diese Voraussetzung nicht so verstehen dürfen, dass in Zweifelsfällen stets die Hilfe zur Erziehung gem. § 12 Nr. 2 den Vorrang hat. Vielmehr ist eine **Abwägung** zwischen der voraussichtlichen Wirkung dieser beiden Sanktionen vorzunehmen. Im Falle des J ist es jedoch so, dass die Hilfe zur Erziehung gem. § 12 Nr. 2 als stationäre Maßnahme für die Beseitigung der Arbeits- und Alkohol-Verwahrlosung besser geeignet ist als die Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe, da in solchen Fällen die Einwirkungsmöglichkeiten durch Bewährungshilfe und Weisungen (§ 29) sehr begrenzt sind.

47

In der jugendrichterlichen Entscheidung wird nur die Art der Hilfe nach § 12 Nr. 1 oder Nr. 2 bestimmt, während die Entscheidung über Heimerziehung oder sonstige betreute Wohnform von der Jugendhilfe getroffen wird.¹⁰² Außerdem ist im vorliegenden Fall von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, den Jugendlichen von den Verfahrenskosten zu befreien (§ 74), da er sie nicht aus eigenen Mitteln bezahlen kann und ihm die zusätzliche „Geldstrafenwirkung“ der Kostentragung erspart werden sollte (vgl. RL Nr. 1 zu § 74).

48

Deshalb wird folgende **Entscheidung** vorgeschlagen (Urteilstenor):

49

J wird wegen Beförderungerschleichung gem. § 265a StGB in 14 Fällen verpflichtet, Hilfe zur Erziehung gem. § 12 Nr. 2 JGG in Anspruch zu nehmen.

Es wird davon abgesehen, dem Angeklagten Kosten und Auslagen aufzuerlegen.

II. Aufgabe 2: Wie wäre Aufgabe 1 zu lösen, wenn J sieben der Taten als 17-Jähriger und die restlichen sieben nach Vollendung des 18. Lebensjahres mit der Strafreife eines Erwachsenen begangen hätte? Ist die Hauptverhandlung in diesem Fall öffentlich?

1. Wenn mehrere Straftaten gleichzeitig abgeurteilt werden, auf die teils Jugendstrafrecht, teils allgemeines Strafrecht anzuwenden wäre (z. B. nach § 105 oder bei Taten nach dem 21. Lebensjahr), so könnte es zu einer erzieherisch widersprüchlichen und unzweckmäßigen Häufung von Sanktionen kommen. Deshalb realisiert § 32 das **Einheitsprinzip** auch in diesen Fällen. Es gilt einheitlich das Jugendstrafrecht, wenn das **Schweregewicht** bei den Straftaten liegt, die nach Jugendstrafrecht zu beurteilen wären. Ist dies nicht der Fall, so ist einheitlich das allgemeine Strafrecht anzuwenden. In einem solchen Fall gelten die §§ 5–31 also nicht für Straftaten Jugendlicher.

50

Wo das **Schweregewicht der Taten** liegt, ist wegen der Täterorientierung des Jugendstrafrechts nicht primär nach der Zahl der Taten oder ihrem Unrechtsgehalt zu beurteilen, sondern nach ihrer Bedeutung im Rahmen der Persönlichkeitsentwicklung.¹⁰³ Es kommt also darauf an, welchen Delikten unter Berücksichtigung ihrer Ursachen für die jetzt bestehende Gefährdung des Täters größere Bedeutung zukommt. Bei etwa gleichem objektiven Gewicht der Straftaten haben im Allgemeinen die früheren Taten größere Bedeutung,¹⁰⁴ wenn es sich nicht um typische Fehlritte im Rahmen der Persönlichkeitsreifung handelt. Das wird besonders deutlich bei Dauerstraftaten, die sich über verschiedene Altersstufen erstrecken und bei denen ein anfänglicher Gesamtvorsatz bestand, sowie in den Fällen der fortgesetzten Handlung, auf die § 32 analog angewendet wird.¹⁰⁵ Letztere haben freilich durch die Aufgabe dieser Rechtsfigur durch den Großen Senat des BGH¹⁰⁶ an Bedeutung verloren.

51

Im vorliegenden Fall ist dieser Gesichtspunkt ebenfalls entscheidend. Da sich die Taten auf die verschiedenen Altersstufen gleich verteilen, läge die Annahme einer Unentscheidbarkeit nahe, die nach herrschender Meinung zur Anwendung des allgemeinen Strafrechts führen würde, weil diese Alternative in § 32 als Auffangtatbestand formuliert ist.¹⁰⁷ Bereits die ersten Beförderungerschleichungen sind aber entscheidende Symptome dafür, dass

52

¹⁰¹ Vgl. *Schaffstein/Beulke* 2002, § 22 II 1.

¹⁰² *Ostendorf* 2003, § 12 Rn. 11.

¹⁰³ *Schaffstein/Beulke* 2002, § 9 I; BGH NStZ 1986, 219.

¹⁰⁴ Vgl. *Böhm/Feuerhelm* 2004, § 8, 2 a.

¹⁰⁵ BGHSt 6, 6.

¹⁰⁶ BGHSt 40, 138.

¹⁰⁷ BGHSt 12, 129, 134; *Böhm/Feuerhelm* 2004, § 8, 2 a; *Schaffstein/Beulke* 2002, § 9 I; a. A. *Eisenberg* 2004, § 32 Rn. 17.

die Verwahrlosung des J nunmehr auch in die Delinquenz übergreift. Sie haben daher im Rahmen der Persönlichkeitsentwicklung größere Bedeutung. Deshalb ist einheitlich Jugendstrafrecht anzuwenden.

- 53** 2. Bei den in Betracht kommenden Sanktionen **scheidet** die für J am besten geeignete **Heimerziehung gem. § 12 Nr. 2 nach Vollendung des 18. Lebensjahres** aus (§§ 27 SGB VIII i. V. m. 1 II JGG). Diese **Altersbegrenzung**, die seit der Herabsetzung des Volljährigkeitsalters von 21 auf 18 Jahre (1. 1. 1975) zu beachten ist (s. o. Rn. 42), hat zu einer empfindlichen Lücke im System der jugendstrafrechtlichen Sanktionen geführt. Es gibt auch unter den 18- bis 20-Jährigen noch zahlreiche Täter, bei denen noch keine schädlichen Neigungen i. S. des § 17 II vorliegen, die aber wegen drohender oder bereits eingetretener Verwahrlosung einer intensiven Nacherziehung bedürfen. Die stationäre Behandlung erscheint dann in der Praxis oft so unausweichlich, dass Jugendstrafe ohne Bewährung verhängt wird, obwohl deren Voraussetzungen nicht sicher vorliegen (so im Ausgangsfall AG München). Die „Milderung“ dieser Jugendstrafe durch Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 21 ist bei exakter Prüfung nicht zulässig, da auch hierfür zunächst schädliche Neigungen festgestellt werden müssen (s. Rn. 43).
- 54** In Betracht kommt daher nur eine **Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe** gem. § 27. Die dafür erforderliche Ungewissheit über das Vorliegen schädlicher Neigungen lässt sich in den meisten Fällen, in denen die Voraussetzungen des § 12 Nr. 2 vorliegen, begründen, weil Erziehungsmängel und erzieherischer Bedarf die gleichen Sozialisationsdefizite ansprechen. Die bei schädlichen Neigungen zusätzlich erforderliche Prognose bezüglich erheblicher Straftaten ist im vorliegenden Schwere-Grenzfall nicht zweifelsfrei, weshalb die Unsicherheit i. S. des § 27 bejaht werden kann. Im vorliegenden Fall des J ist die Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe auch im Sinne des Subsidiaritätsprinzips sinnvoll, da die an sich besser geeignete Sanktion (Hilfe zur Erziehung) wegen Überschreitung der Altersgrenze nicht mehr zulässig ist.
- 55** Erweist sich nachträglich die Verhängung der Jugendstrafe als erforderlich, so kann diese seit dem 1. JGGÄndG 1990 gem. § 21 erneut zur Bewährung ausgesetzt werden. Das zu starre und systemfremde Aussetzungsverbot nach § 30 I 2 a. F. wurde nicht übernommen, da es als wesentlicher Grund für die seltene Anwendung des § 27 galt.¹⁰⁸
- 56** Für die Dauer der Bewährungszeit, die mindestens 1 Jahr und höchstens 2 Jahre beträgt (§ 28), wird J **obligatorisch** der Aufsicht und Leitung eines **Bewährungshelfers** unterstellt (§ 29). In Verbindung mit den ebenfalls zulässigen **Weisungen** (§ 29 i. V. m. §§ 23, 10) sollte versucht werden, J zu einem regelmäßigen Arbeitsverhalten zu veranlassen, indem er angewiesen wird, irgendeine Ausbildungs- oder Arbeitsstelle anzunehmen (§ 10 I 3 Nr. 3), während die pädagogisch und ökonomisch vielleicht sinnvolle Weisung, die frühere Ausbildung wieder aufzunehmen, wegen des Eingriffs in die freie Berufswahl nicht verfassungskonform wäre.¹⁰⁹ Die Rückkehr in die Pflegefamilie kann man einem 18-Jährigen nicht mehr auferlegen, jedoch sollte zur Vermeidung gefährdender Kontakte im Freizeitbereich eine Weisung zum betreuten Wohnen in einem Wohnheim (§ 10 I 3 Nr. 2)¹¹⁰ und zur Meidung abendlicher Gast- oder Vergnügungsstättenbesuche (§ 10 I 3 Nr. 8) erteilt werden. Besonders wichtig wäre, sofern J zustimmt, die Weisung, sich einer **Entziehungskur** zu unterziehen (§ 10 II). Durch den Ungehorsamsarrest bei schuldhaftem Verstoß gegen die Weisungen (§§ 29 S. 2, 23 I 4, 11 III) könnte den Weisungen der notwendige Nachdruck verliehen werden (→ Fall 13, Rn. 15 f.), wenn J vorher über die Folgen der Zuwiderhandlung belehrt wurde.

3. Entscheidungsvorschlag (Urteilstenor):

- 57** J wird wegen Beförderungsererschleichung (§ 265 a StGB) in 14 Fällen schuldig gesprochen. Die Entscheidung über die Verhängung der Jugendstrafe wird für 2 Jahre zur Bewährung ausgesetzt. Es wird davon abgesehen, dem Angeklagten die Kosten und Auslagen aufzuerlegen.
- 58** **Beschluss** (vgl. §§ 62 IV, 58, I 1, 2, 4, III 1):

J wird während der Bewährungszeit der Aufsicht und Leitung eines Bewährungshelfers unterstellt. Er erhält mit seinem Einverständnis die Weisung, sich einer Entziehungskur zu unterziehen.

¹⁰⁸ Jung 1992, 190; Schaffstein/Beulke 2002, § 26 III 1; allerdings ist es durch diese Streichung nicht zur erhofften häufigeren Anwendung des § 27 gekommen (Tab. 1: Schuldspruch gemäß § 27: 1984 1,0 %, 2002 1,1 %); zu den möglichen Gründen für die seltene Anwendung siehe Eisenberg 2004, § 27 Rn. 14 f.

¹⁰⁹ Brunner/Dölling 2002, § 10 Rn. 8 a; Diemer/Schoreit/Sonnen 2002, § 10 Rn. 30 f.; zur Zulässigkeit der allgemeinen Weisung – auch bezüglich einer versicherungspflichtigen Tätigkeit – LG Würzburg NJW 1983, 463, bestätigt durch BVerfG NJW 1983, 442.

¹¹⁰ Trotz der ähnlichen Formulierung ist diese Weisung nicht identisch mit der Heimerziehung nach § 12 Nr. 2; zur Unterscheidung Brunner/Dölling 2002, § 10 Rn. 8; Diemer/Schoreit/Sonnen 2002, § 10 Rn. 28. Gemeint sind hier z. B. Wohnheime der Arbeiterwohlfahrt, der Inneren Mission, der Caritas o. Ä.

Außerdem wird er angewiesen,

- in einem Wohnheim zu wohnen,
- eine Ausbildungs- oder Arbeitsstelle anzunehmen,
- den Besuch von Gast- oder Vergnügungsstätten abends nach 20 Uhr zu unterlassen.

4. Wenn über Straftaten Heranwachsender verhandelt wird, ist die Jugendgerichtsverhandlung grundsätzlich öffentlich, sofern nicht im Interesse des Heranwachsenden die Öffentlichkeit ausgeschlossen wird (§ 109 I 4). Dagegen ist die Hauptverhandlung über **Straftaten Jugendlicher grundsätzlich nicht öffentlich** (§ 48 I), auch wenn der Angeklagte zur Zeit der Hauptverhandlung bereits Heranwachsender oder Erwachsener ist, da nach § 1 II generell für das JGG auf die Zeit der Tat abzustellen ist.¹¹¹ Der Schutzgedanke des § 48 greift deshalb auch ein, wenn Taten angeklagt sind, die der Angeklagte teils als Jugendlicher, teils als Heranwachsender begangen hat.¹¹² 59

Eine entsprechende Anwendung des § 32 ist ausgeschlossen, da die Entscheidung über das Schwergewicht der Taten erst auf der Grundlage einer abgeschlossenen Hauptverhandlung möglich ist, während die Frage des Ausschlusses der Öffentlichkeit bereits zu Beginn der Hauptverhandlung beantwortet werden muss. 60

Die Hauptverhandlung gegen J ist also **nicht öffentlich**. Allerdings wäre eine öffentliche Verhandlung unter Verstoß gegen § 48 kein absoluter Revisionsgrund i. S. des § 338 Nr. 6 StPO, weil nur die unzulässige Beschränkung, nicht die Ausdehnung der Öffentlichkeit unter diese Vorschrift fällt.¹¹³ Es läge also nur eine unter den Voraussetzungen des § 337 StPO beachtliche Gesetzesverletzung vor. 61

III. Aufgabe 3: Was hätte bereits der Jugendstaatsanwalt unternehmen können, wenn es sich um die erste Beförderungser schleichung eines ansonsten unauffälligen Jugendlichen handelte? Erläutern Sie in diesem Zusammenhang Begriff und Bedeutung der Diversion im Jugendstrafverfahren.

Die bei der Dunkelfeldforschung gewonnene Erkenntnis, dass fast alle jungen Männer im Laufe ihrer Entwicklung mindestens einige geringfügige Straftaten begehen (→ Fall 1, Rn. 69), hat im Zusammenwirken mit der Überlastung der Jugendstrafrechtspflege dazu geführt, dass in den letzten Jahren bei leichteren Straftaten Alternativen zur formellen gerichtlichen Verurteilung erheblich ausgeweitet wurden.¹¹⁴ Für diese neue Sanktionsstrategie hat sich die Bezeichnung **Diversion** (Ablenkung, Umleitung) eingebürgert. Das bedeutet bei uns nicht – wie in den USA – primär Privatisierung und Herausnahme aus der Justiz, sondern hauptsächlich Ausschöpfung des strafprozessualen Opportunitätsprinzips für informelle Verfahrensformen innerhalb der Justiz, die eine schnellere und weniger stigmatisierende Reaktion auf Straftaten gestatten als in normalen Strafverfahren.¹¹⁵ 62

Rechtsgrundlage für diese begrenzte Art von Diversion sind im Jugendstrafrecht hauptsächlich die §§ 45, 47, die sogar für Verbrechen gelten. **Das Verhältnis zu den allgemeinen strafprozessualen Einstellungsmöglichkeiten** ist bezüglich der zentralen Diversionsnormen §§ 153, 153 a StPO streitig, während die Anwendbarkeit der sonstigen Opportunitätsvorschriften (§§ 153 b–e, 154, 154 a–c StPO) im Wesentlichen unstrittig ist.¹¹⁶ Eine beachtliche Meinung befürwortet bei Vergehen und richterlicher Zustimmung einen Vorrang des § 153 StPO vor § 45 I, weil Letzterer zu einer Eintragung im Erziehungsregister führt (§ 60 I Nr. 7 BZRG).¹¹⁷ Aus diesem Grund sowie wegen des Geständnis-Erfordernisses in § 45 III wird von einigen Autoren subsidiär auch § 153 a StPO für anwendbar gehalten, wenn kein Geständnis vorliegt.¹¹⁸ Teilweise wird § 153 a StPO ausnahmsweise dann für anwendbar gehalten, wenn jugendrichterliche Maßnahmen gemäß § 45 III aus erzieherischen Gründen nicht „passen“ und nur eine der in § 153 a StPO bezeichneten Auflagen geeignet erscheint.¹¹⁹ 63

¹¹¹ BGHSt 6, 354, 356.

¹¹² BGHSt 22, 21, 25; a. A. *Streng* 2003, § 7 Rn. 72.

¹¹³ BGHSt 23, 176, 178; *Streng* 2003, § 7 Rn. 74 m. w. N.

¹¹⁴ *Heinz* 1992 a, 597 ff.; *Kaiser* 1993, 91.

¹¹⁵ *Heinz* 1992 a, 597 ff.; *Kaiser* 1993, 88, 90; zur Anwendungshäufigkeit s. o. Rn. 5 f.

¹¹⁶ *Brunner/Dölling* 2002, § 45 Rn. 3; *Ostendorf* 2003, § 45 Rn. 7 m. w. N.; einschränkend bezüglich § 153 b StPO i. V. mit § 46 a StGB (Täter-Opfer-Ausgleich) *Schaffstein/Beulke* 2002, § 35 III 2.

¹¹⁷ *Ostendorf* 2003, § 45 Rn. 5; *Eisenberg* 2004, § 45 Rn. 10 f.; *P.-A. Albrecht* 2000, § 14 B V 2; LG Itzehoe StV 1993, 537 m. zust. Anmerkung von *Ostendorf*.

¹¹⁸ *P.-A. Albrecht* 2000, § 14 B V 3 a; *Eisenberg* 2004, § 45 Rn. 12.

¹¹⁹ LG Aachen NSz 1991, 450; *Ostendorf* 2003, § 45 Rn. 6.

Demgegenüber lehnt die wohl überwiegende Meinung die subsidiäre oder gar vorrangige Anwendung der §§ 153, 153 a StPO zutreffend ab, weil diese durch die jugendrechtlichen **Spezialregelungen der §§ 45, 47 ersetzt werden**.¹²⁰ Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz, dass ein Jugendlicher oder Heranwachsender niemals schlechter gestellt werden darf als ein Erwachsener.¹²¹ Die **Registrierung** der jugendstrafrechtlichen Diversionsmaßnahmen **im Erziehungsregister** bedeutet keine wirkliche Belastung, da sie nur für justizinterne Zwecke verwendet werden darf und die scheinbare Privilegierung der Einstellungen nach den §§ 153, 153 a StPO durch das seit 1994 gesetzlich geregelte und beim Bundeszentralregister geführte zentrale staatsanwaltschaftliche Verfahrensregister nach §§ 492 ff. StPO entfallen ist. Die lückenlose Dokumentation aller Diversionsmaßnahmen gibt dem Jugendstaatsanwalt und dem Jugendrichter in den meisten Fällen gerade die Freiheit, die §§ 45, 47 in geeigneten Fällen auch wiederholt anzuwenden und nicht aus Skepsis gegenüber einer „dunklen“ Vergangenheit zu härteren förmlichen Maßnahmen zu greifen.¹²² Schließlich darf auf das vom Gesetzgeber in § 45 III aus pädagogischen Gründen verlangte „Geständnis“ nicht contra legem durch Anwendung des § 153 a StPO verzichtet werden.¹²³

- 64** Die Systematik der §§ 45, 47 ist durch das 1. JGGÄndG geändert worden. Während früher das staatsanwaltschaftliche Absehen von der Verfolgung unter Mitwirkung des Jugendrichters an erster Stelle stand, ist jetzt – einer praktikablen Prüfungsreihenfolge entsprechend – die völlig folgenlose Einstellung durch den Staatsanwalt ohne Mitwirkung des Richters an die erste Stelle gerückt (§ 45 I); dann folgt die Einstellung ohne Einschaltung des Jugendrichters, jedoch mit vorangegangenen oder parallel laufenden erzieherischen Maßnahmen (§ 45 II), und erst an letzter Stelle ist die Einstellung mit formlosem Erziehungsverfahren unter Einschaltung des Jugendrichters geregelt (§ 45 III).¹²⁴ Diese Reihenfolge soll das systematische Stufenverhältnis der Bestimmungen verdeutlichen und eine am Subsidiaritätsprinzip orientierte Abfolge der Prüfung durch den Staatsanwalt nahe legen.¹²⁵
- 65** ■ **§ 45 I** eröffnet dem Staatsanwalt die Möglichkeit, unter den Voraussetzungen des § 153 StPO ohne Zustimmung des Richters (nicht nur ausnahmsweise wie in § 153 I 2 StPO) von der Verfolgung abzusehen. Vorausgesetzt wird also, dass die **Schuld des Täters** gering ist und kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. Die jugendgemäße Auslegung der Begriffe „geringe Schuld“ und des fehlenden „öffentlichen Interesses“ ermöglichen es dem Jugendstaatsanwalt, eine dem Einzelfall und der kriminalprognostischen Beurteilung entsprechende Entscheidung nach erzieherischen Gesichtspunkten zu treffen.¹²⁶ In Betracht kommen hierfür Erstverfahren im Bagatellbereich.
- **§ 45 II** überlässt ebenfalls allein dem Staatsanwalt die Entscheidung über das Absehen von der Verfolgung, wenn bereits eine **erzieherische Maßnahme**¹²⁷ **durchgeführt oder eingeleitet** ist, z. B. durch Eltern, Schule, Ausbilder, Jugendamt; selbst Abmahnungen durch die Polizei oder JGH können genügen, falls sie den Jugendlichen beeindruckt haben. In § 45 II 2 wird der **Täter-Opfer-Ausgleich** ausdrücklich einer erzieherischen Maßnahme gleichgestellt. Der Gesetzgeber betont damit zutreffend deren Charakter als freiwillige Ausgleichsleistung.¹²⁸
- 66** **Nicht zulässig** ist dagegen eine selbständige **Diversionstätigkeit der Polizei** oder der **Jugendgerichtshilfe**; darin läge ein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip¹²⁹ und gegen das Gewaltenteilungsprinzip.¹³⁰ Problematisch sind insoweit die in den Jahren 1998/99 erlassenen Richtlinien der Länder Schleswig-Holstein und Berlin, teilweise auch Niedersachsen, die polizeiliche Vorschlags- und Entscheidungsbefugnisse vorsehen, welche einen Einstieg in die unzulässige „Polizei-Diversion“ darstellen könnten.¹³¹ Während in Niedersachsen nur ein ermahnendes Gespräch der Polizei mit dem Beschuldigten als erzieherische Maßnahme i. S. von § 45 II vorgesehen ist, sollen in Berlin und Schleswig-Holstein Polizeibeamte zusätzlich nach telefonischer Rücksprache mit dem Staatsanwalt Maßnahmen wie gemeinnützige Arbeit, Arbeit zur Schadenswiedergutmachung, kleinere Geldzahlungen

¹²⁰ Brunner/Dölling 2002, § 45 Rn. 3; Diemer/Schoreit/Sonnen 2002, § 45 Rn. 9; Schaffstein/Beulke 2002, § 35 III 2; Böhm/Feuerhelm 2004, § 13, 2; mit Ausnahme der o. g. Einschränkung bei § 153 a StPO auch Ostendorf 2003, § 45 Rn. 5 f.; LG Aachen NStZ 1991, 450.

¹²¹ Böhm/Feuerhelm 2004, § 13, 2; Schaffstein/Beulke 2002, § 35 III 2.

¹²² Ähnlich Böhm/Feuerhelm 2004, § 13, 2.

¹²³ Kritisch auch Ostendorf 2003, § 45 Rn. 6.

¹²⁴ Vgl. Schaffstein/Beulke 2002, § 36 II.

¹²⁵ Böttcher/Weber 1990, 562 f.; Brunner/Dölling 2002, § 45 Rn. 16.

¹²⁶ Brunner/Dölling 2002, § 45 Rn. 17.

¹²⁷ Zum Begriff vgl. Meier/Rössner/Schöch 2003, § 7 Rn. 9 f.

¹²⁸ S. o. Rn. 25 f.

¹²⁹ Brunner/Dölling 2002, § 45 Rn. 12 ff.

¹³⁰ Ostendorf 2003, § 45 Rn. 15 ff.

¹³¹ Dokumentiert bei Heinz 1999, 131 ff.; Ostendorf 2003, § 45 Rn. 16.

o.Ä. entweder selbst anordnen (so in Schleswig-Holstein) oder durch Einschaltung eines Diversionsmittlers veranlassen können (so in Berlin). Trotz der formalen Zustimmung der Staatsanwaltschaft hat die Polizei jedenfalls nach dem Berliner und Schleswig-Holsteinischen Modell so viel Entscheidungs- und Auswahlkompetenzen bezüglich des Ob und Wie der Diversion, dass m. E. ein Verstoß gegen die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft und ihre Entscheidungsbefugnisse nach § 45 II vorliegt.¹³²

Bei dem vorweggenommenen **Erziehungsgespräch des Polizeibeamten** in Niedersachsen handelt es sich dagegen um eine nach § 45 II 1 zulässige erzieherische Maßnahme¹³³ mit der nicht in die richterliche Ermahnungskompetenz nach § 45 III eingegriffen wird und durch die auch die Staatsanwaltschaft in ihrer Entscheidung faktisch weniger präjudiziert wird als bei den detaillierten Erziehungsmaßnahmen der anderen Modelle, bei denen die telefonische Rücksprache mit dem – i. d. R. aktenunkundigen – Staatsanwalt nur eine formale Absicherung darstellt.¹³⁴

§ 45 II ist durch das 1. JGGÄndG zwingend ausgestaltet worden: Hält der Staatsanwalt vor dem Hintergrund einer erzieherischen Maßnahme sowohl die Anklageerhebung als auch die Zuziehung eines Richters für entbehrlich, so ist das Absehen von der Verfolgung obligatorisch. Der Anwendungsbereich des § 45 II wurde in den letzten Jahren vor allem dadurch ausgeweitet, dass auch dem Staatsanwalt das Recht zugestanden wurde, die Voraussetzungen für ein Absehen von der Verfolgung zu schaffen;¹³⁵ in der amtlichen Begründung zum 1. JGGÄndG wurde diese Befugnis ausdrücklich bekräftigt.¹³⁶ Allerdings beschränkt sich die Kompetenz des Staatsanwalts darauf, erzieherische Maßnahmen lediglich anzuregen und nicht anzuordnen.¹³⁷ Umstritten ist allerdings, ob die **Anregungskompetenz des Staatsanwalts** alle Maßnahmen des § 45 III umfasst, also z. B. auch einen Täter-Opfer-Ausgleich, Arbeitsleistungen oder die Zahlung eines Geldbetrages zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung.¹³⁸ Die inzwischen h. M. hält nur Maßnahmen **unterhalb der Eingriffsintensität des § 45 III** für zulässig und schließt damit die beispielhaft genannten Anregungen aus, weil diese dem Richter vorbehalten seien.¹³⁹ Der Staatsanwalt kann danach nur ein erzieherisches Ermahnungsgespräch führen, bei den Erziehungsberechtigten oder beim Jugendamt erzieherische Maßnahmen anregen oder – kraft ausdrücklicher Einbeziehung in § 45 II 2 – einen Ausgleich mit dem Verletzten vorschlagen;¹⁴⁰ hierzu gehören neben dem Täter-Opfer-Ausgleich auch die einfache Schadenswiedergutmachung (§ 15 I 1 Nr. 1) und die Entschuldigung beim Verletzten (§ 15 I 1 Nr. 2). Bei diesen eher an die persönliche Verantwortung appellierenden Anregungen ist die Gefahr eines unzumutbaren Drucks auf den Beschuldigten erheblich geringer als bei den sanktionsähnlichen Maßnahmen des § 45 III, die der Beschuldigte u. U. nur akzeptiert, um eine stigmatisierende Anklage oder Hauptverhandlung zu vermeiden. Obwohl sich die Mindermeinung auf Beispiele in der amtlichen Begründung zum 1. JGGÄndG sowie auf die den §§ 45, 47 zugrunde liegende Konzeption des Vorrangs der einfacheren vor der komplizierteren Maßnahme berufen kann, wiegen doch die prinzipiellen rechtsstaatlichen Einwände gegen eine zu starke Ausweitung der staatsanwaltschaftlichen Diversion¹⁴¹ so schwer, dass die hier vertretene Mittelmeinung vorzuziehen ist: Staatsanwaltschaftliche Anregungen müssen sich – mit Ausnahme des Täter-Opfer-Ausgleichs – unterhalb der Eingriffsschwelle des § 45 III bewegen.¹⁴²

67

■ Beim Absehen von der Verfolgung nach § 45 III liegt das Verfahren ebenfalls in den Händen des Staatsanwaltes, doch erhält das Verfahren durch Einschaltung des Richters größeres Gewicht. Diese Variante wird als **formloses jugendrichterliches Erziehungsverfahren** bezeichnet.¹⁴³ Die von den Staatsanwälten angeregten Ermahnungen, Geldauflagen und Arbeitsweisungen werden fast immer von den Jugendrichtern übernommen.

68

■ Nach Anklageerhebung kann auch der **Richter gemäß § 47 I** mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft auf drei verschiedenen Stufen reagieren:

69

- folgenlose Einstellung: § 47 I 1 Nr. 1 JGG i. V. m. § 153 StPO;
- Einstellung im Hinblick auf anderweitig erfolgte erzieherische Maßnahmen: §§ 47 I 1 Nr. 2, 45 II;
- Einstellung gegen Ermahnung, Weisungen oder Auflagen: §§ 47 I 1 Nr. 3, 45 III 1.

¹³² Ebenso *Heinz* 1999, 141.

¹³³ In diesem Punkt a. A. *Heinz* 1999, 141.

¹³⁴ Routinemäßige „Gegenzeichnungsprozedur“ (*Heinz* 1999, 141).

¹³⁵ *Ostendorf* 2003, § 45 Rn. 13; a. A. *Diemer/Schoreit/Sonnen* 2002, § 45 Rn. 45 f., da Anregungskompetenz der Staatsanwaltschaft in § 45 III abschließend geregelt.

¹³⁶ BT-Drucks. 11/5829, S. 24.

¹³⁷ *Brunner/Dölling* 2002, § 45 Rn. 21; *Ostendorf* 2003, § 45 Rn. 13.

¹³⁸ Für diese weite Kompetenz *Brunner/Dölling* 2002, § 45 Rn. 26; *Heinz* 1999, 137; einschränkend *Schaffstein/Beulke* 2002, § 36 II 2.

¹³⁹ *Ostendorf* 2003, § 45 Rn. 13; *Eisenberg* 2004, § 45 Rn. 21; *Böttcher/Weber* 1990, 563; *Böhm/Feuerhelm* 2004, § 13, 2; a. A. mit beachtlichen Gründen *Streng* 2003, § 7 Rn. 41.

¹⁴⁰ Ebenso *Ostendorf* 2003, § 45 Rn. 13; auch insoweit ablehnend *Diemer/Schoreit/Sonnen* 2002, § 45 Rn. 15.

¹⁴¹ S. u. Rn. 76 f.

¹⁴² *Meier/Rössner/Schöch* 2003, § 7 Rn. 18.

¹⁴³ *Schaffstein/Beulke* 2002, § 36 II 3; *P.-A. Albrecht* 2000, § 14 B III; *Meier/Rössner/Schöch* 2003, § 7 Rn. 24.

- 70 Auch für **Heranwachsende** gelten gem. § 109 II die §§ 45, 47, wenn der Richter Jugendstrafrecht anwendet. Die h. M. bejaht die Anwendbarkeit auch der Absätze 1 und 2 des § 45, obwohl in diesen Fällen der Richter gar nicht mit der Sache befasst ist.¹⁴⁴
- 71 Insgesamt wird dieses reichhaltige Instrumentarium immer häufiger angewandt (s. o. Rn. 5). Den dabei zu verzeichnenden z. T. erheblichen regionalen Unterschieden¹⁴⁵ sollte durch die Neustrukturierung der §§ 45, 47 entgegengewirkt werden,¹⁴⁶ was bisher allerdings nicht gelungen ist.¹⁴⁷ Die Praxis beschränkt sich nicht mehr auf Erst- und Bagatellkriminalität, sondern bezieht zunehmend auch die mittelschwere Kriminalität mit ein.¹⁴⁸ Die Anwendungsbereiche wurden noch erweitert durch die vielfach praktizierte sog. **Aussetzung der Entscheidung zur Bewährung**¹⁴⁹ bis zur Erfüllung der vereinbarten oder angeordneten erzieherischen Maßnahmen. In § 47 I 2 ist die vorläufige Einstellung des Verfahrens durch den Richter mit einer Fristsetzung von höchstens 6 Monaten seit 1990 ausdrücklich geregelt.

Eine vergleichbare gesetzliche Regelung existiert für das Absehen von der Verfolgung durch den Staatsanwalt nicht, jedoch ist anerkannt, dass dieser in solchen Fällen mit dem Verfahren für kurze Zeit innehalten kann, bis der Jugendliche seine Leistungen erbracht hat.¹⁵⁰ Bei Einschaltung des Richters ergibt sich dieses Vorgehen jetzt aus § 45 III 2.¹⁵¹ Der Vergleich dieser rein prozessualen Aussetzung mit der Bewährung ist insofern richtig, als der Aussetzungszeitraum dazu dient, die Erfüllung der vom Jugendlichen übernommenen Verpflichtung zu überprüfen; nur bei positivem Verlauf wird das Verfahren endgültig eingestellt, während es bei negativem Verlauf in der üblichen Weise, also in der Regel durch Anklage und Urteil, weitergeführt wird. Jedoch erfolgt die „Bewährung“ nicht – wie bei sonstigen Bewährungsanktionen – nach der verfahrensbeendenden Entscheidung „Einstellung“, sondern vorher. Auch bei § 57 ist ja das Urteil schon vorher gefällt, nur der Beschluss über die Aussetzung der Jugendstrafe zur Bewährung kann nachgeholt werden.

- 72 Das Gesetz verlangt ein **Geständnis** des Beschuldigten nur für die Einstellung mit richterlichen Auflagen und Weisungen (§§ 45 III, 47 I 1 Nr. 3),¹⁵² nicht für alle Entscheidungen des Staatsanwalts oder des Richters (§§ 45 I, II, 47 I 1 Nr. 1, 2, 4). Angesichts der enormen Ausweitung der Kompetenzen des Staatsanwaltes (selbständige Maßnahmen nach § 45 II) wird in der Literatur zum Teil per argumentum a fortiori auch für § 45 II ein Geständnis verlangt.¹⁵³ Die Praxis scheint dieser Auslegung weitgehend zu folgen.

Die überwiegende Auffassung in der Literatur lehnt diese Auffassung jedoch zutreffend ab.¹⁵⁴ Die gesetzliche Systematik legt eher einen Umkehrschluss zu § 45 III nahe. Zwar muss die Schuld des Jugendlichen auch für § 45 II feststehen, jedoch ist das Geständnis hierfür angesichts der Aussagebereitschaft Jugendlicher keine Garantie. Außerdem fällt es gerade Jugendlichen leichter, Sanktionen zu akzeptieren, wenn sie sich nicht ausdrücklich zu ihrer Schuld bekennen müssen.¹⁵⁵ Als Kompromiss überzeugend ist daher die Richtlinie Nr. 3 zu § 45: **Der Beschuldigte bestreitet den Tatvorwurf nicht ernstlich**.

- 73 In den letzten beiden Jahrzehnten sind in der Praxis viele **Diversions-Modelle** zur systematischen Ausweitung der §§ 45, 47 und ambulanter pädagogischer Maßnahmen entstanden. Sie bezwecken meist die Vermeidung förmlicher Verurteilungen, die Zurückdrängung des Jugendarrestes und – bei Wiederholungstätern – die Verlängerung der „Sanktionsspirale“, um die Ultima Ratio Jugendstrafe zu vermeiden oder doch erst später einsetzen zu müssen. Dabei soll auch die „Eskalation von Straftaten und Reaktionen durch gezielte erzieherische Maßnahmen“ unterbrochen werden.¹⁵⁶ Erprobt werden

¹⁴⁴ Brunner/Dölling 2002, § 109 Rn. 5; Ostendorf 2003, § 109 Rn. 5, 10; Eisenberg 2004, § 109 Rn. 15; a. A. Böhm/Feuerhelm 2004, § 7, 2, § 13, 2.

¹⁴⁵ Heinz 1999, 261 ff. m. w. N.; Diemer/Schoreit/Sonnen 2002, § 45 Rn. 31.

¹⁴⁶ Böttcher/Weber 1990, 563.

¹⁴⁷ S. u. Rn. 76.

¹⁴⁸ Schaffstein/Beulke 2002, § 36 II: z. B. Eigentumskriminalität mit Schäden bis 250 Euro.

¹⁴⁹ Eisenberg 2004, § 45 Rn. 30.

¹⁵⁰ Brunner/Dölling 2002, § 45 Rn. 35; Eisenberg 2004, § 45 Rn. 30; ablehnend für § 45 II Diemer/Schoreit/Sonnen 2002, § 45 Rn. 17.

¹⁵¹ Schaffstein/Beulke 2002, § 36 II 3 f.

¹⁵² Kritisch Eisenberg 2004, § 45 Rn. 24 ff.

¹⁵³ Brunner/Dölling 2002, § 45 Rn. 24; einschränkend Böhm/Feuerhelm 2004, § 13 Fn. 10; offen gelassen im 1. JGGÄndG nach Böttcher/Weber 1990, 563.

¹⁵⁴ Ostendorf 2003, § 45 Rn. 14; Eisenberg 2004, § 45 Rn. 18; Diemer/Schoreit/Sonnen 2002, § 45 Rn. 17.

¹⁵⁵ Ostendorf 2003, § 45 Rn. 14.

¹⁵⁶ DVJJ 1984, 231.

die verschiedensten erzieherischen Maßnahmen, insbesondere gemeinnützige Arbeit, Betreuungsweisungen, soziale Trainingskurse (meist in Form erzieherischer Gruppenarbeit) und Täter-Opfer-Ausgleich. Dabei arbeiten je nach Projektschwerpunkt verschiedene Träger sozialer Kontrolle zusammen, meist Staatsanwaltschaft, Gericht und Jugendgerichtshilfe, oft unter Beteiligung der Polizei, freier Träger der Jugendhilfe oder gemeinnütziger Vereinigungen.¹⁵⁷

Überregionale Bedeutung hat das von der BRÜCKE e. V. München seit 1978 praktizierte Modell¹⁵⁸ erlangt, gemeinnützige Arbeit für Jugendliche zur organisieren und bei Bedarf sozialpädagogische Gespräche bzw. Betreuungsweisungen damit zu verbinden (ähnlich später in Köln und Kiel). Dieses Angebot eignet sich auch für Weisungen im förmlichen Verfahren (vgl. § 10 I 3 Nr. 4, 5, 6), hat seinen Schwerpunkt aber im formlosen richterlichen Erziehungsverfahren nach § 45 III und § 47 I 1 Nr. 3.¹⁵⁹ Im formlosen Erziehungsverfahren kann anstelle der Betreuungsweisung, die in § 45 III nicht genannt ist, Betreuungshilfe nach § 30 SGB VIII angeboten werden.

Die **spezial- und generalpräventiven Wirkungen** von Diversionsentscheidungen sind nach bisherigen Erkenntnissen jedenfalls nicht schlechter als diejenigen förmlicher Verurteilungen,¹⁶⁰ auch wenn im Hinblick auf die schwierigen methodischen Probleme von gesicherten Erkenntnissen wohl noch nicht gesprochen werden kann.¹⁶¹ Ihre Überzeugungskraft beruht hauptsächlich auf ihrer kriminalitätstheoretischen Plausibilität hinsichtlich der Vermeidung unerwünschter Folgen strafgerichtlicher Urteile und der konsequenten Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips,¹⁶² außerdem auf der Tatsache, dass für viele Jugendliche bereits die Entdeckung der Tat und polizeiliche Vernehmung hinreichend eindrucksvoll sind.

Noch nicht geklärt ist die Frage, ob die seit über 10 Jahren praktizierte extrem hohe Diversionsrate von über 90 % in Hamburg und über 80 % in Bremen¹⁶³ und die damit verbundene Gefahr einer schematischen Abwicklung langfristig nicht doch zu einer Beeinträchtigung der normbegründenden staatlichen Reaktion führt.¹⁶⁴ Mit Recht weisen *Brunner/Dölling* darauf hin, dass auch die „Nichtintervention“ dazu beitragen soll, dem Jugendlichen zum Bewusstsein zu bringen, dass er für begangenes Unrecht einzustehen hat.¹⁶⁵ Gleichwohl bleibt – aufs Ganze gesehen – die Empfehlung richtig, in konsequenter Anwendung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips auf die Straftat eines Jugendlichen **im Zweifel eher mit informellen Erledigungsarten** zu reagieren.¹⁶⁶

Es wird jedoch auch ernst zu nehmende **Kritik** vorgetragen: In einigen ausländischen Projekten habe der Verzicht auf strafrechtliche Verurteilung eher zur Vorverlagerung und Ausweitung des Netzes sozialer Kontrolle geführt mit der Konsequenz, dass mehr Menschen von der Justiz in ihrem Verhalten kontrolliert werden als zuvor bei förmlichen Verurteilungen (sog. **Net-widening-Effekt**).¹⁶⁷ Obwohl diese Hypothese für unser Strafrecht bisher empirisch nicht bestätigt werden konnte,¹⁶⁸ besteht doch auch bei uns die Gefahr der Überbelastung und Kontrollausweitung in Fällen sonst folgenloser Einstellungen. Hierfür ist es auch wichtig, dass sich die Justiz die Entscheidungen nicht von der Polizei oder der Jugendgerichtshilfe aus den Händen nehmen lässt.¹⁶⁹ Problematisch ist ferner die nahezu unvermeidbare schichtenspezifische und **regionale Ungleichbehandlung**.¹⁷⁰ Hinzu kommen strafprozessuale, jugendstrafrechtliche und rechtsstaatliche Bedenken wegen der Unschuldsvermutung und der Stützung auf das rechtlich nicht gebotene, aber faktisch verlangte Geständnis als einziges Beweismittel bei fast allen Diversionsprojekten;¹⁷¹ der damit verbundene Geständnisdruck kann zu unredlichen Geständnissen führen. Außerdem wird die wünschenswerte Persönlichkeitserforschung wegen der überwiegenden Tatorientierung bei fast allen Diversionsmodellen meist vernachlässigt. Die

¹⁵⁷ Vgl. *Kaiser* 1993, 88 ff.

¹⁵⁸ Vgl. zu den neusten Entwicklungen *BRÜCKE e. V.* (Hrsg.) 2003.

¹⁵⁹ *Pfeiffer* 1989, 117 ff.

¹⁶⁰ *Pfeiffer* 1989, 233 ff., 332 ff.; *Heinz* 1992 a, 610 ff.; *ders.* 2004, 43 f.

¹⁶¹ *Kaiser* 1993, 92.

¹⁶² Vgl. *Kaiser* 1993, 89.

¹⁶³ Vgl. *Heinz* 1998, 252.

¹⁶⁴ Zweifel bei *Schöch* 2001 a, 130.

¹⁶⁵ *Brunner/Dölling* 2002, § 45 Rn. 10.

¹⁶⁶ *Heinz* 1992 a, 622; *ders.* 1999, 266.

¹⁶⁷ Vgl. *Kaiser* 1993, 91.

¹⁶⁸ *Heinz* 1992 a, 627 ff.; *Streng* 2003, § 7 Rn. 57.

¹⁶⁹ *Brunner/Dölling* 2002, § 45 Rn. 12 ff.; s. auch oben Rn. 66.

¹⁷⁰ Vgl. hierzu und zum Folgenden *Schöch* 1992, 34; *Heinz* 1992 a, 627 ff.; *ders.* 1999, 261 ff.

¹⁷¹ Zur Rechtslage oben Rn. 72.

Gefahren verstärken sich bei der Vorverlagerung aller Kompetenzen auf den Staatsanwalt als alleinigen Träger von Diversionsentscheidungen (s. o. Rn. 5, 65 ff.). Bei diesem Verfahren werden, worauf *Schaffstein*¹⁷² mit Recht hinweist, fast sämtliche Errungenschaften des modernen Strafprozesses aufgegeben: das Legalitäts- und Akkusationsprinzip, die Unabhängigkeit des Richters, sowie die Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens.¹⁷³ Selbst wenn man – der überwiegenden Praxis folgend – auch bei der staatsanwaltschaftlichen Einstellung nach § 45 II ein Geständnis des Beschuldigten fordert,¹⁷⁴ räumt das die Gefahren eines weitgehenden Verzichtes auf alle Förmlichkeiten des Strafverfahrens nicht aus.¹⁷⁵

77 Der in BGHSt 32, 357 = NStZ 1986, 27 m. Anm. *Fezer* zugrunde liegende Fall, in dem ein Staatsanwalt wegen Körperverletzung im Amt in 20 Fällen (!) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt wurde, weil er vor dem Absehen von der Verfolgung leichterer Straftaten gemäß § 45 II männlichen Jugendlichen und Heranwachsenden mit deren Einverständnis unter Ermahnungen zu künftigem Wohlverhalten Schläge auf das nackte Gesäß gab (in der Regel in der elterlichen Wohnung und teils mit ausdrücklicher Zustimmung der Eltern), beruht natürlich primär auf individuellem Fehlverhalten, zeigt aber doch exemplarisch die Gefahren, die mit einer schrankenlosen Diversion verbunden sein können, wenn Verfahrensförmlichkeiten und richterliche Kontrolle zu stark zurückgedrängt werden. Es ist daher erforderlich, eine besser „strukturierte Diversion“¹⁷⁶ zu entwickeln.¹⁷⁷

Die Beförderungerschleichung bei Ersttätern gehört zu den typischen Anwendungsfällen der §§ 45, 47.¹⁷⁸ Auch der vorliegende Fall bietet sich daher in der 3. Fallvariante für eine Einstellung an, da die bisherige Unauffälligkeit ohne weiteres anhand des Erziehungsregisterauszuges festgestellt werden kann. Ergeben sich auch sonst keine Anhaltspunkte für Erziehungsdefizite, so erscheint angesichts der Geringfügigkeit des Falles eine folgenlose Einstellung gemäß § 45 I i. V. mit § 153 I StPO vertretbar. Nach Richtlinie Nr. 2 zu § 45 kommt die Anwendung des § 45 I insbesondere bei Taten erstmals auffälliger Jugendlicher in Betracht, wenn es sich um jugendtypisches Fehlverhalten mit geringem Schuldgehalt handelt. In solchen Fällen sind weitere erzieherische Maßnahmen entbehrlich, weil man davon ausgehen kann, dass in den meisten Fällen „die bereits von der Entdeckung der Tat und dem Ermittlungsverfahren ausgehenden Wirkungen“¹⁷⁹ zur Einwirkung auf den Jugendlichen ausreichen.

¹⁷² *Schaffstein* 1985, 949.

¹⁷³ Kritisch auch *P.-A. Albrecht* 2000, § 14 C II.

¹⁷⁴ Kritisch dazu oben Rn. 72.

¹⁷⁵ Zu weiteren Problemen *Heinz* 1992 a, 627 ff.; *P.-A. Albrecht* 2000, § 14 C II.

¹⁷⁶ *Schüler-Springorum* 1985, 1117.

¹⁷⁷ Konstruktiv dazu *Heinz* 1992 a, 631 ff.; *Brunner/Dölling* 2002, § 45 Rn. 8; *Ostendorf* 2003, Grdl. z. §§ 45 u. 47, Rn. 8 f.

¹⁷⁸ Vgl. *Schaffstein/Beulke* 2002, § 36 II.

¹⁷⁹ RL Nr. 2 zu § 45 (abgedruckt in allen JGG-Kommentaren).

13. Jugendstaatsanwaltsfall

Jugendstrafrecht als Sonderstrafrecht – Einheitsprinzip – Verbindungsprobleme und Kombinationsverbote – Erziehungsmaßregeln, Zuchtmittel und Jugendstrafe – Strafzwecke im Jugendstrafrecht

Grundlage: Praktische Fälle, teilweise in Anlehnung an höchstrichterliche Entscheidungen

Aufgabe: Der Leitende Oberstaatsanwalt einer großen Staatsanwaltschaft legt Wert auf eine exakte und vernünftige Handhabung des Jugendstrafrechts. Er legt dem Jugendstaatsanwalt K folgende Auszüge aus Urteilen von Jugendrichtern, Jugendschöffengerichten und Jugendstrafkammern vor und bittet ihn um kurze Gutachten, ob und mit welcher Begründung Revision eingelegt werden soll, ggf. auch zugunsten des Angeklagten.

Zur Problemstellung: Die Besonderheiten des Jugendstrafrechts werden mit dem meist geläufigen Schlagwort „Erziehungsstrafrecht“ nur unvollkommen erfasst. Das Verständnis für die differenzierten Regelungen des JGG erschließt sich am besten bei der Anwendung einzelner Vorschriften, vor allem anhand von Grenzfällen, die in der höchstrichterlichen Rspr. entschieden wurden. Der Einstieg über die Prüfung der Revisionsaussichten dient vor allem der juristischen Präzisierung der Fragen und Lösungen. In der Praxis wird allerdings bei Urteilen des Jugendrichters und des Jugendschöffengerichts, bei denen jede Seite entweder nur Berufung oder Revision einlegen kann (§ 55 II), wegen der unbeschränkten Nachprüfbarkeit meist die Berufung bevorzugt. Gegen erstinstanzliche Urteile der Jugendstrafkammer ist jedoch nur die Revision zulässig (§ 333 StPO).

I. Fall A: A verbüßt zurzeit aufgrund eines Urteils vom 1. 7. wegen mehrerer Raubüberfälle eine Jugendstrafe von vier Jahren. Am 1. 12. wird er wegen mehrerer gefährlicher Körperverletzungen, die vor dem 1. 7. desselben Jahres begangen wurden, zu einer weiteren Jugendstrafe von vier Jahren verurteilt, und aus beiden Urteilen wird eine „Gesamtstrafe“ von fünf Jahren und sechs Monaten gebildet.

Die jugendstrafrechtlichen Sanktionen knüpfen nicht in erster Linie an die Tat, sondern an die Erziehungsbedürftigkeit des Täters an. Deshalb ersetzt § 31 bei mehreren selbständigen Straftaten das auf der Verschärfung von Einzelstrafen beruhende Asperationsprinzip des allgemeinen Strafrechts (Gesamtstrafenbildung nach §§ 53–55 StGB, § 460 StPO) durch das sog. **Einheitsprinzip**.¹ Sowohl bei einer gleichzeitigen Aburteilung mehrerer Straftaten eines Jugendlichen (§ 31 I) als auch bei einer Erledigung mehrerer Straftaten in verschiedenen Urteilen wird nur eine einheitliche Rechtsfolge festgesetzt (§§ 31 II, 66), also entweder eine Jugendstrafe, ein Zuchtmittel, eine Erziehungsmaßregel oder eine der nach § 8 zulässigen Verbindungen. Es kann sogar ein früheres Urteil einbezogen werden, in dem von der Verhängung einer Jugendstrafe oder von Zuchtmitteln abgesehen wurde, weil eine Unterbringung nach den §§ 63, 64 StGB eine weitere Ahndung gem. § 5 III entbehrlich machte.² Im vorliegenden Fall geht es um die Ersetzung der nachträglichen Gesamtstrafenbildung gem. § 55 StGB durch die Verhängung einer einheitlichen Sanktion gem. § 31 II. Da die im ersten Urteil festgesetzte Jugendstrafe noch nicht verbüßt ist, muss eine neue **Einheitsstrafe** gebildet werden. Dabei darf aber nicht von den Grundsätzen der Gesamtstrafenbildung ausgegangen werden, „für die Auswerfung von Einzelstrafen ist – auch rein gedanklich – kein Raum“.³ Gegenstand der Einbeziehung ist nicht

¹ Schaffstein/Beulke 2002, § 12 II, III; Meier/Rössner/Schöch 2003, § 1 Rn. 24, 45, § 6 Rn. 20.

² BGH NStZ 1993, 187.

³ BGH NStZ 1982, 466; zur neuen, von der früheren Beurteilung unabhängigen einheitlichen Rechtsfolgenbemessung für sämtliche Taten siehe auch BGH ZJJ 2/2004, 196.

die im früheren Urteil verhängte Strafe, sondern das Urteil als solches, einschließlich des Schuldspruchs und der ihm zugrunde liegenden Feststellungen.

Die im Ausgangsfall vorgenommene Art der Vereinheitlichung beider Jugendstrafen verstößt gegen § 31 II, weil darin erkennbar auch für den zweiten Komplex eine verwirkte Einzelstrafe zugrunde gelegt wurde und nicht die sich aus der Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit ergebende **erzieherisch zweckmäßige Jugendstrafe**. Obwohl dies u. U. zu demselben Ergebnis führt wie bei einer Gesamtstrafenbildung (außer bei Überschreitung der Höchststrafe, s. u.), kommt es doch entscheidend auf die Abwägung der für die Erziehung maßgebenden Gesichtspunkte an. Dabei kann im Einzelfall sogar eine Einheitsjugendstrafe, die milder ist als die einbezogene Verurteilung selbst, gerechtfertigt sein, wenn der Richter eine völlig neue und an erzieherischen Gesichtspunkten orientierte Bewertung der Tat vornimmt.⁴

- 3** Das Gericht kann aber nach § 31 III auch davon absehen, die schon abgeurteilten Straftaten in die neue Entscheidung einzubeziehen, wenn dies aus erzieherischen Gründen zweckmäßig ist.⁵ Die **Überschreitung des gesetzlichen Höchstmaßes** der Jugendstrafe von fünf Jahren (§ 18 I 1) durch das Nebeneinander von zwei Jugendstrafen spricht in der Regel gegen die **erzieherische Zweckmäßigkeit**.⁶ Allenfalls in Ausnahmefällen (z. B. bei Straftaten während einer Entweichung) könnte eine solche Überschreitung zulässig sein, etwa wenn der Verurteilte bereits im ersten Urteil die Höchststrafe erhalten hat und er den Ausschluss weiterer Straferhöhung als „Freibrief“ für weitere Straftaten verstehen könnte.⁷ Diese Gefahr ist aber gering, weil der Verurteilte auch in solchen Fällen i. d. R. die Chance auf vorzeitige Entlassung zur Bewährung nicht verlieren möchte (§ 88).⁸ Das Freibrief-Argument gegen die Einbeziehung ist auch gegenstandslos, wenn die erste Tat zum Zeitpunkt der weiteren Tat noch gar nicht abgeurteilt war.⁹ Hinzu kommt, dass in solchen Fällen statt einer getrennten auch eine gleichzeitige Verurteilung möglich wäre und daher im allgemeinen Strafrecht die Voraussetzungen für eine Gesamtstrafenbildung nach § 55 StGB zwingend vorlägen; deshalb kann schon die mit der Anwendung des § 31 III verbundene Ungleichbehandlung gegenüber einem erwachsenen Täter erzieherisch nachteilig sein.¹⁰ Der BGH hält allerdings im Falle einer Strafenkumulation gem. § 31 III eine Überschreitung des gesetzlichen Höchststrafrahmens von 10 Jahren für einen Heranwachsenden (§ 105 III) für zulässig, um den Unrechts- und Schuldgehalt der neuen Tat (besonders scheußlicher Mord) hinreichend zum Ausdruck bringen zu können.¹¹ Da die Vorverurteilung nur eine Jugendstrafe von 16 Monaten wegen Diebstahls betraf, hätte aber noch beträchtlicher Spielraum für eine Einbeziehung zur Verfügung gestanden.¹² Selbst wenn man mit dieser neueren Rspr. eine Überschreitung der Höchststrafe für zulässig hält, liegt bei der Verurteilung des A eine solche Ausnahmekonstellation nicht vor, da die zweite Tat nicht deutlich schwerer wiegt und noch ein Jahr Spielraum für eine erzieherische verdeutlichende Einbeziehung in dem zweiten Urteil bestanden hätte, so dass dieses auf einer fehlerhaften Anwendung des § 31 II und des § 31 III beruht.

II. Fall B: Der 22 Jahre alte B wurde seit seinem sechzehnten Lebensjahr schon mehrfach wegen Diebstahls zu Weisungen und Jugendarrest verurteilt. Als Heranwachsender hatte er im Alter von 20 Jahren einen Raubüberfall auf eine Tankstelle begangen. Wenig später entwendete er kurz nach seinem 21. Geburtstag bei einem Einbruchsdiebstahl in eine Villa einige Wertsachen. Wegen dieser Tat wurde er am 1. 2. durch das Schöffengericht zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren ohne Bewährung verurteilt. Aufgrund des danach aufgeklärten und angeklagten Raubüberfalls verurteilte das Jugendschöffengericht den B am 1. 8. „unter Einbeziehung des Urteils vom 1. 2.“ zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren, die es zur Bewährung aussetzte.

⁴ BGHSt 37, 34, 39 f.; BGH StV 1990, 505, 507; zust. *Ostendorf* 2003, § 31 Rn. 21; *Eisenberg* 2004, § 31 Rn. 42.

⁵ BGH NStZ 1989, 574, 575; zur ausschließlichen Orientierung an erzieherischen Gesichtspunkten BGH StV 1998, 349; so ist insbesondere die Tatsache, dass die „neue Tat“ auf einem anderen Gebiet liegt, für sich allein kein Grund, von einer Einbeziehung abzusehen, BGH NStZ 1997, 387.

⁶ Vgl. *Schaffstein/Beulke* 2002, § 12 III; BGH StV 1998, 343.

⁷ Offen gelassen bei BGHSt 22, 21, 24; ferner BGH StV 1986, 69 ff. m. Anm. *Böhm*.

⁸ Vgl. *Böhm/Feuerhelm* 2004, § 22, 2 b, bb; *Eisenberg* 2004, § 31 Rn. 33.

⁹ BGH NStZ 1995, 595, 596.

¹⁰ BGH NStZ 1995, 596.

¹¹ BGHSt 36, 37, 42 ff.

¹² Bestätigend aber BGH NStZ 2000, 263 f. mit abl. Anm. *Eisenberg*, NStZ 2000, 484; BGH NStZ 2002, 204 m. krit. Anm. *Walter*.

Fallabwandlung: Das Urteil durch das Jugendschöffengericht wegen des Raubüberfalls erging bereits am 1. 2. und lautete auf zwei Jahre Jugendstrafe mit Bewährung. Am 1. 8. verurteilte das Schöffengericht den B wegen des Einbruchdiebstahls zu einer Einzelstrafe von zwei Jahren und bildete hieraus und aus der Jugendstrafe vom 1. 2. eine Gesamtstrafe von drei Jahren ohne Bewährung.

Im Unterschied zu Fall A liegen hier Taten aus **verschiedenen Alters- und Reifestufen** vor. Werden mehrere Taten, auf die teilweise materielles Jugendstrafrecht und teilweise allgemeines Strafrecht anzuwenden wäre, **gleichzeitig** abgeurteilt, so ist gemäß § 32 je nach dem Schwergewicht der Taten die Sanktion einheitlich entweder dem Jugendstrafrecht oder dem allgemeinen Strafrecht zu entnehmen. Wie § 31 zielt auch diese Regelung darauf ab, eine einheitliche Ahndung verschiedener Taten zu bewirken. Insbesondere soll hier eine erzieherisch unzweckmäßige Kumulation von Sanktionen des Jugendstrafrechts und des allgemeinen Strafrechts verhindert werden.¹³ Für die dem zweiten Urteil zugrunde liegende Heranwachsendentat des B wäre § 32 zwar über § 105 I grundsätzlich anwendbar, jedoch ist die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nicht einschlägig, da es hier zu einer **zeitlich getrennten Verurteilung** gekommen ist. Es kommt also darauf an, ob über § 105 II i. V. mit § 31 II in solchen Fällen eine Einheitssanktion verhängt werden kann, bei der **§ 32 analog** anzuwenden wäre.

Wäre eine Bearbeitung in einem Verfahren möglich gewesen, so widerspräche die Durchführung getrennter Verfahren dem Grundgedanken der §§ 31, 32. Gleichwohl wurde dies von der früheren Rechtsprechung als zulässig erachtet.¹⁴ In der Literatur wird dagegen überzeugend eine aus einer Ermessensreduzierung resultierende Verpflichtung zur Verbindung solcher Verfahren angenommen.¹⁵ Das Jugendschöffengericht hat hier nachträglich dem Zusammenhang zwischen den Taten des B durch Einbeziehung des Urteils vom 1. 2. Rechnung getragen und damit im Prinzip § 31 II angewendet. Nach dem Gesetzeswortlaut ist das allerdings nicht ohne weiteres möglich: Über § 31 II können nur Urteile einbezogen werden, die jugendstrafrechtliche Sanktionen aussprechen. Soll die Tat eines Heranwachsenden abgeurteilt werden, so erlaubt es zwar der seit 1975 durch das EGStGB eingefügte § 105 II, den Mechanismus des § 31 II auch auf Straftaten anzuwenden, für die „der Heranwachsende (. . .) bereits rechtskräftig nach allgemeinem Strafrecht verurteilt worden ist“. Ob darunter aber auch Taten zu verstehen sind, die wie hier erst im Erwachsenenalter begangen wurden, war lange umstritten.

Nach anfangs gegenteiligen Äußerungen hat der BGH inzwischen in mehreren Entscheidungen ausgeführt, dass der Wortlaut des § 105 II es ermöglicht und dass die Entstehungsgeschichte und der Zweck der Norm es sogar gebieten, auch nach dem 21. Lebensjahr begangene und bereits abgeurteilte Taten über § 31 II in eine einheitliche Sanktion zu überführen, solange nicht ausnahmsweise nach § 31 III davon abgesehen wird.¹⁶ Ausschlaggebend war dabei der – schon für die Einführung des § 105 II durch das EGStGB maßgebende – Umstand, dass der die Heranwachsendentat aburteilende Jugendrichter bei der nach § 105 I gebotenen Entscheidung über die Anwendung materiellen Jugendstrafrechts eine genauere Persönlichkeitserforschung vornimmt als der insoweit ohne Alternative handelnde Strafrichter. Mit der Notwendigkeit, eine einheitliche Sanktion zu bilden, ist jedoch nicht der Zwang verbunden, diese dem Jugendstrafrecht zu entnehmen. Vielmehr hält es der BGH für geboten, analog § 32 den Schwerpunkt der insgesamt abzuurteilenden Taten zu ermitteln. Liegt dieser bei den Geschehnissen im Erwachsenenalter, so ist statt einer Anwendung des § 31 II bzw. III auch für die Heranwachsendentaten jeweils eine Einzelstrafe nach allgemeinem Strafrecht zu bestimmen und gegebenenfalls über § 55 StGB eine nachträgliche Gesamtstrafe zu bilden.¹⁷

Folgt man dieser Lösung, so hat das Jugendschöffengericht hier korrekt gehandelt. Die Verhängung einer einheitlichen Jugendstrafe über §§ 105 II war analog § 32 geboten, da das Schwergewicht der abzuurteilenden Taten auf dem qualitativ schwereren und zeitlich früheren Raub liegt. Anders sähe es aus, wenn B den im hier zu überprüfenden zweiten Urteil behandelten Raub nicht erst als Heranwachsender, sondern schon als Jugendlicher begangen hätte. In den §§ 105 ff. sind Besonderheiten für die Aburteilung einer Heranwachsendentat geregelt. Wenn über eine im Jugendalter begangene Tat zu entscheiden ist, kann folglich die Vorschrift des § 105 II, durch

¹³ Ostendorf 2003, Grdl. z. §§ 31–32 Rn. 3; Meier/Rössner/Schöch 2003, § 5 Rn. 32.

¹⁴ BGHSt 10, 100, 101.

¹⁵ So Ostendorf 2003, § 32 Rn. 17 m. w. N.; Brunner/Dölling 2002, § 32 Rn. 13.

¹⁶ Grundlegend BGHSt 37, 34 ff.; zuletzt BGH StV 1998, 345 und 346, 346.

¹⁷ BGHSt 40, 1 ff.; Brunner/Dölling 2002, § 32 Rn. 7; Diemer/Schoreit/Sonnen 2002, § 105 Rn. 33; Eisenberg 2004, § 105 Rn. 44; ebenso, aber ohne Rückgriff auf § 105 II Schaffstein/Beulke 2002, § 9 II.

die der Anwendungsbereich des § 31 II auf nach allgemeinem Strafrecht ergangene Urteile ausgeweitet wird, nicht unmittelbar genutzt werden. Eine Einbeziehung des Urteils vom 1.2. hätte deshalb nur auf eine analoge Anwendung dieser Norm gestützt werden können. Dies wird aber von der Rechtsprechung abgelehnt, da der über die Tat eines Jugendlichen urteilende Jugendrichter genau wie der über eine Erwachsenenat entscheidende Strafrichter gerade nicht zwischen materiellen Jugend- und Erwachsenenrecht wählen muss (§ 105) und damit nicht aufgrund einer „genaueren Persönlichkeitserforschung“ handelt. Außerdem würde man sich damit über das systematische Verhältnis zwischen dem Zweiten Teil und dem Dritten Teil des JGG hinwegsetzen. Im Umkehrschluss zu § 105 II werde daher deutlich, dass eine Einbeziehung ausschließlich bei Aburteilung einer Heranwachsendentat zulässig sei. Tatsächlich will der BGH es deshalb bei der sich ergebenden Kumulation verschiedener Sanktionsarten bewenden lassen.¹⁸ Trotzdem erscheint diese Betonung historischer und systematischer Argumente zu einseitig, da der Normzweck des § 105 II diesen Fall ebenso erfasst. Deshalb sprechen gute Gründe für eine analoge Anwendung des § 105 II i. V. mit §§ 31, 32.¹⁹

- 7 Ähnlich verlaufen die Fronten auch bei der genau entgegengesetzten Konstellation, die der **Abwandlung** zugrunde liegt. Obwohl der Sachverhalt sich gegenüber dem Ausgangsfall nur durch die meist auf Zufälligkeiten beruhende zeitliche Reihenfolge der Verurteilung unterscheidet, verneint die Rechtsprechung hier jede Möglichkeit einer einheitlichen Sanktionierung, wendet also weder § 31 II noch § 55 StGB an.

Begründet wurde dies zunächst mit der „wesensmäßigen Verschiedenheit“ von Jugend- und Freiheitsstrafe.²⁰ In neueren Entscheidungen betont der BGH die genannten Argumente der fehlenden Wahlmöglichkeit des über eine Erwachsenenat urteilenden Strafrichters und der systematischen Stellung des § 105 II, mit dessen Einführung der Gesetzgeber gerade nur den gegenteiligen Fall geregelt und dadurch eine ausweitende richterliche Rechtsfortbildung ausgeschlossen habe. Ferner sei nicht einzusehen, warum ein nach allgemeinem Strafrecht zu verurteilender Erwachsener für seine Tat in den Genuss einer jugendstrafrechtlichen Sanktion gelangen sollte, nur weil er zusätzlich wegen einer anderen Tat bereits zu einer Jugendstrafe verurteilt worden ist. Die in der Verhängung einer zweiten Strafe liegende Härte ist allerdings bei der Strafzumessung auszugleichen.²¹ Demnach hätte hier das Urteil des Schöffengerichts vom 1. 8. in der Revision keinen Bestand. Mit dieser Lösung wird jedoch die bloße Formalität der Reihenfolge der Verurteilung über die in den §§ 31, 32 und 105 II zum Ausdruck gebrachten erzieherischen Grundsätze gestellt. Vorzugswürdig erscheint es deshalb, in der Abwandlung wie im Ausgangsfall auf den Gedanken des § 32 zurückzugreifen und so entweder über § 31 II oder über § 55 StGB eine einheitliche Sanktionierung zu ermöglichen.²² Auch nach dieser Auffassung ist das Urteil vom 1. 8. jedoch nicht korrekt: Zwar lagen beide Taten zeitlich vor der ersten Verurteilung, so dass die Voraussetzungen des vom Schöffengericht angewandten § 55 StGB grundsätzlich gegeben sind. Da jedoch das Schwergewicht der Taten hier genauso wie im Ausgangsfall bei dem Raub im Heranwachsendenalter liegt, hätte das Schöffengericht analog §§ 32, 31 II eine Einheitsjugendstrafe statt einer Gesamtfreiheitsstrafe verhängen müssen.

III. Fall C/D: Wegen eines gemeinschaftlich begangenen schweren Raubes wird C zu vier Wochen Jugendarrest verurteilt. Gegen seinen Komplizen D ergeht folgendes Urteil: D ist eines gemeinschaftlich begangenen schweren Raubes schuldig; die Entscheidung über die Verhängung der Jugendstrafe wird für ein Jahr zur Bewährung ausgesetzt; außerdem wird D zu vier Wochen Jugendarrest verurteilt.

- 8 Die Verurteilung wegen schweren Raubes ist nicht zu beanstanden, da § 250 StGB abschließende Qualifizierungen und nicht bloße Strafzumessungsregeln (wie § 243 StGB) enthält. Trotz Annahme eines schweren Raubes, der im allgemeinen Strafrecht im Regelfall mit Freiheitsstrafe nicht unter drei bzw. fünf Jahren, in minder schweren Fällen von einem bis zu zehn Jahren gehandelt wird, ist das Gericht nicht gezwungen, bei C und D **Jugendstrafe „wegen der Schwere der Schuld“** gem. § 17 II zu verhängen.
- 9 Zwar muss sich das Gericht bei der Ablehnung des § 17 II auch mit der gesetzlichen Bewertung der Schwere des Tatenrechts auseinandersetzen, die in der Strafdrohung des allgemeinen Strafgesetzes zum Ausdruck kommt.²³ Entscheidend aber ist für die Verhängung der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld die individuelle Schuldbeurteilung. Nach früherer Ansicht des BGH (BGHSt 15, 224; BGHSt 16, 261) muss die Jugendstrafe

¹⁸ BGH NJW 1978, 384; BGH NStZ 1987, 24; BGH NJW 1990, 523.

¹⁹ Ähnlich *Eisenberg* 2004, § 105 Rn. 44; *Ostendorf* 2003, § 32 Rn. 9.

²⁰ BGHSt 10, 100 ff.

²¹ BGHSt 36, 270 ff.; BGHSt 36, 294 ff.

²² So etwa *Brunner/Dölling* 2002, § 32 Rn. 11; *Eisenberg* 2004, § 32 Rn. 9; *Schaffstein/Beulke* 2002, § 9 II.

²³ BGH NJW 1972, 693.

wegen der Schwere der Schuld zusätzlich sogar aus erzieherischen Gründen erforderlich sein.²⁴ Mittlerweile hat die Rechtsprechung ihre Position allerdings etwas abgeschwächt, indem sie hervorhebt, neben dem Erziehungszweck dürften auch Schuldgesichtspunkte berücksichtigt werden;²⁵ die Bemessung solle sich aber vorrangig nach erzieherischen Gesichtspunkten richten.²⁶ Eine reine Schuldstrafe sei grundsätzlich nicht und allenfalls bei Kapitalverbrechen oder sonstigen Fällen schwerer Kriminalität zulässig.²⁷ Die Verurteilung des C zu vier Wochen Jugendarrest und die unterschiedliche Behandlung von C und D ist nach unserem täterorientierten Jugendstrafrecht rechtlich nicht zu beanstanden.

Zweifelhaft könnte jedoch bei D die Kombination von Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe gem. § 27 mit Jugendarrest sein, da § 8 II vom Grundsatz der „Einspurigkeit der freiheitsentziehenden Rechtsfolgen“²⁸ ausgeht und neben der Jugendstrafe nur Weisungen, Erziehungsbeistandschaft und Auflagen zulässt. Daraus folgt ein **Kombinationsverbot** für Jugendstrafe und Jugendarrest. Ob dieses auch für die **Verbindung von Jugendarrest und Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe** (§ 27) gilt, ist umstritten, da § 8 II nur die Jugendstrafe ausdrücklich nennt. 10

Für die **Zulässigkeit** dieser Verbindung werden folgende Argumente geltend gemacht:²⁹ 11

- (1) § 8 II wolle nur die gleichzeitige Verhängung mehrerer freiheitsentziehender Sanktionen ausschließen; bei einer Aussetzung der Verhängung werde aber keine zweite Freiheitsentziehung neben dem Jugendarrest angeordnet.
- (2) Bei einer Verhängung der Jugendstrafe im Nachverfahren wegen fehlender Bewährung (§ 30) sei § 8 II ebenfalls nicht tangiert, weil sie nicht neben, sondern nach dem Arrest verhängt werde.
- (3) Bei Gemeinschaftstaten könne der Beteiligte, bei dem eindeutig keine schädlichen Neigungen vorlägen und der deshalb Jugendarrest erhalte, schlechter gestellt sein als derjenige, bei dem möglicherweise schädliche Neigungen vorliegen, der aber wegen dieser Ungewissheit nur nach § 27 schuldig gesprochen würde und nach erfolgreicher Bewährung völlig straffrei ausgehe (§ 30 II). Diese Besserstellung des kriminell eher Gefährdeten sei nicht nur ungerecht, sondern auch erziehungsfeindlich.
- (4) Es sei pädagogisch sinnvoll und notwendig, zu Beginn der Bewährungszeit die Denkkettelfunktion des Jugendarrestes einzusetzen, damit der Jugendliche die Bewährung ernst nehme. Andernfalls bestehe die Gefahr, dass zu diesem Zweck unzulässig Untersuchungshaft vorgeschaltet würde.³⁰

Die **überwiegende Meinung** in der Rspr. und Literatur hält jedoch die Verhängung von Jugendarrest neben einer Entscheidung gem. § 27 de lege lata für **unzulässig**.³¹ Sie stützt sich auf folgende Argumente: 12

- (1) Tragende Gründe für die Unvereinbarkeit von Jugendstrafe und Jugendarrest seien die verschiedenen Ziele und Voraussetzungen der beiden Sanktionen. Jugendarrest sei nach § 13 I nur zulässig, wenn Jugendstrafe nicht geboten sei. Jugendarrest sei als fühlbarer Ordnungsruf für „gutgeartete“ (frühere RL Nr. 1 zu § 16) Gelegenheitstäter gedacht,³² während § 27 die Möglichkeit schädlicher Neigungen und der Erforderlichkeit der Jugendstrafe voraussetze.³³
- (2) Der Jugendarrest habe nicht die Aufgabe, die Aussichten für einen erfolgreichen Ablauf der Bewährungsfrist zu erhöhen. Dafür sehe das Gesetz Bewährungshilfe, Weisungen und Auflagen vor (§ 29).
- (3) Die Besserstellung des „kriminell gefährdeten“ Jugendlichen gegenüber dem „gutgearteten“ Jugendarrestanten ergebe sich bei Beendigung einer Bewährungszeit ohne Widerruf nicht nur bei § 27, sondern auch im Falle der Strafaussetzung nach § 21; sie sei notwendig, damit ein starker Anreiz zum straffreien Durchhalten der Bewährung in Freiheit gegeben sei.
- (4) Da Jugendarrest nach § 8 II ausdrücklich nicht mit dem ebenfalls als „ambulantes Reaktionsprogramm“ ausgestalteten § 21 verbunden werden dürfe, müsse dies erst recht für eine Verbindung mit § 27 gelten.³⁴
- (5) Es verstoße gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ (Art. 103 III GG), wenn wegen derselben Straftat nach Verbüßung eines Jugendarrestes die Verhängung einer Jugendstrafe gem. § 30 erfolgen könne.

²⁴ A. A. insoweit die überwiegende Literatur, vgl. *Schaffstein/Beulke* 2002, § 22 II 2 c m. w. N.

²⁵ BGH NStZ-RR 2001, 215.

²⁶ BGH ZJJ 2003, S. 302.

²⁷ OLG Hamm ZJJ 2004, S. 437; eingehender zu diesem Problemkreis siehe unten VI.

²⁸ *Schaffstein/Beulke* 2002, § 13, 2; *Meier/Rössner/Schöch* 2003, § 10 Rn. 41.

²⁹ Vgl. KG NJW 1961, 1175; AG Winsen NStZ 1982, 120 m. Anm. *Bietz*; LG Augsburg NStZ 1986, 507 m. zust. Anm. *Brunner* u. krit. Anm. *Schaffstein*; AG Meppen ZJJ 2004, S. 200 ff. mit krit. Anm. *Spahn*; *Brunner/Dölling* 2002, § 27 Rn. 13 ff.

³⁰ *Schaffstein/Beulke* 2002, § 26 IV a.

³¹ BGHSt 18, 207; OLG Celle NStZ 1988, 315 mit zust. Anm. *Bietz* = JR 1989, 214 mit abl. Anm. *Brunner*; BayObLG StV 1998, 331; 1999, 657; *Schaffstein/Beulke* 2002, § 26 IV a; *P.-A. Albrecht* 2000, § 34 II 1. *Eisenberg* 2004, § 8 Rn. 11; *Ostendorf* 2003, Grundl. zu §§ 27–30 Rn. 7, § 27 Rn. 10; *Meier/Rössner/Schöch* 2003, § 10 Rn. 41.

³² Dag. AG Winsen NStZ 1982, 120.

³³ So neuerdings auch das BVerfG ZJJ 2005, S. 73 ff., das deswegen bei der Koppelung einen Verstoß gegen Art. 103 II GG (Analogieverbot) annimmt, da die Voraussetzungen des § 13 I JGG nicht vorlägen.

³⁴ So jetzt *Brunner/Dölling* 2002, § 27 Rn. 15.

- 13 Das zuletzt gegen eine Verbindung genannte Argument überzeugt nicht, da keine Doppelbestrafung vorliegt, sondern nur eine nach den §§ 27, 30 vorbehaltene Folgeentscheidung, die auch sonst unzweifelhaft nach bereits erfüllten Auflagen und Weisungen zulässig ist.
- 14 Im Übrigen aber sind die gesetzessystematischen und teleologischen Argumente der überwiegenden Meinung überzeugender. Die ungleiche Behandlung verschiedener Beteiligten bei einer Gemeinschaftstat ist eine notwendige Folge der Täterorientierung jugendstrafrechtlicher Sanktionen. Die Eingriffsintensität nach § 27 ist nicht unbedingt geringer als bei Jugendarrest, da der Betroffene durch Auflagen und Weisungen und eine bis zu 2 Jahren drohende Verhängung der Jugendstrafe (§§ 28, 30) erheblich länger in seiner Lebensführung tangiert wird. Außerdem besteht die Gefahr, dass aufgrund der Schwerfälligkeit der Justizbürokratie der Einstiegsarrest erst während einer bereits gut verlaufenen Bewährungszeit vollstreckt wird,³⁵ was nicht nur wirkungslos, sondern sogar in hohem Maße schädlich wäre.
- Inzwischen hat das BVerfG durch Beschluss vom 9. 12. 2004 die h. M. bestätigt und entschieden, dass die Anordnung von Jugendarrest neben § 27 gegen das Analogieverbot zum Nachteil des Betroffenen im Strafrecht (Art. 103 II GG) verstoße.³⁶ Der Wortsinn des § 13, der die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation markiere, verbiete es, Jugendarrest neben einer Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe anzuordnen, weil ein Zuchtmittel nur in Betracht komme, wenn Jugendstrafe nicht geboten sei oder deren Voraussetzungen nicht auszuschließen seien. Wenn sich bei einer Kombination dieser beiden Sanktionen später herausstelle, dass eine Verhängung von Jugendstrafe erforderlich sei, so wäre der vorangegangene Jugendarrest vollzogen worden, obwohl dessen Voraussetzungen nicht vorgelegen hätten. Dies sei verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.³⁷
- 15 Die Schockwirkung eines anfänglichen Jugendarrestes erscheint kriminalpädagogisch kaum sinnvoller als die nach § 29 mögliche erzieherische Beeinflussung während der Bewährungszeit durch Bewährungshilfe und geeignete Weisungen und die „gesteigerte Verwarnung“ durch Auflagen (vgl. BGHSt 18, 207, 213). Dabei ist besonders zu beachten, dass seit der Neufassung des § 23 I 4 (ab 1. 1. 1975) schuldhaft Verstöße gegen Weisungen auch mit Jugendarrest bis zu 4 Wochen geahndet werden können (§ 29 i. V. m. §§ 23 I 4, 11 III). Mit diesem nachträglich angeordneten **Ungehorsamsarrest** (sog. „Beugearrest“), für den die Voraussetzungen des § 13 I nicht gelten, kann auf die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles besser reagiert werden als mit einem schematisch angeordneten Einstiegsarrest.
- 16 Beim **Beugearrest** (§ 11 III), der nur nach vorheriger Belehrung in Betracht kommt, reicht oft schon die Verhängung ohne Vollstreckung aus (§ 11 III 1, 3). Auch im Übrigen ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und zuvor die Möglichkeit einer sinnvollen Abänderung der verletzten Weisung oder Auflage zu prüfen.³⁸
- Die Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen, die früher de lege ferenda eine Kombination der „Bewährung in Freiheit mit dem Jugendarrest“ befürwortet hatte,³⁹ hat sich mittlerweile gegen jegliche Form des **Einstiegsarrestes** ausgesprochen.⁴⁰ Auch das 1. JGGÄndG 1990 hat die Verbindung von Jugendarrest mit § 27 nicht übernommen.⁴¹
- 17 Einen neuen Anlauf zu einer **gesetzlichen Verankerung des Einstiegsarrestes** hat aber im Jahr 1999 die Bayerische Staatsregierung im Wege einer Bundesratsinitiative unternommen. Ihr Entwurf eines „Gesetzes zur Erweiterung des strafrechtlichen Sanktionensystems“⁴² sieht in Übereinstimmung mit dem ersten Referentenentwurf zum 1. JGGÄndG aus dem Jahr 1983 vor, durch eine Änderung des § 8 II die Verbindung von Jugendarrest mit Entscheidungen nach §§ 21 und 27 ausdrücklich zu gestatten. Sogar in den Fällen der sog. „Vorbewährung“ nach § 57 I (vgl. Fall 12, Rn. 45) soll der Jugendrichter gleichzeitig mit der nachträglichen Aussetzung des Vollzugs der Jugendstrafe Jugendarrest anordnen dürfen. Wird später doch noch Jugendstrafe vollstreckt, so soll bereits verbüßter Jugendarrest auf sie angerechnet werden. Neben bereits bekannten Argumenten wird die Neuregelung auch mit der Aussicht begründet, dass sich durch die Verhängung von Jugendarrest mitunter eine positive Sozialprognose ergeben könne, die eine Aussetzung der Jugendstrafe zur Bewährung auch in Fällen ermögliche, in denen sie bis jetzt nicht in Betracht gekommen sei. Der erkannten Gefahr einer zeitlichen zu späten und damit

³⁵ Schaffstein/Beulke 1998, § 26 IV a.

³⁶ BVerfG NJW 2005, 214 f.

³⁷ So bereits BGHSt 18, 207, 211.

³⁸ Feltes 1993, 108 ff.

³⁹ DVJJ 1977, 25 f.; ebenso noch RefE 1. JGGÄndG 1983, für eine Kombination mit § 21 und § 27.

⁴⁰ Nachweise bei Brunner/Dölling 2002, § 27 Rn. 14.

⁴¹ Zustimmend jetzt auch Schaffstein/Beulke 2002, § 26 IV a.

⁴² BR-Drucks. 449/99.

erzieherisch kontraproduktiven Vollstreckung des Arrests könne durch einzelfallorientiertes Absehen von der Vollstreckung nach § 87 III begegnet werden. Trotz der sorgfältigen Begründung des erneuerten Anliegens bleibt das Bedenken, dass die Jugendgerichte die Kombination von ausgesetzter Jugendstrafe und Jugendarrest allzu häufig auch in solchen Fällen wählen würden, in denen bisher Bewährungs ohne diese repressive Komponente erfolgreich verlaufen sind. Bei insgesamt 10 876 ausgesetzten Jugendstrafen im Jahr 2002 (Aussetzungsquote 64 %) und 2227 Aussetzungen nach § 27 droht eine Inflation des Jugendarrestes, der in den letzten Jahren mühsam zurückgedrängt wurde (2002: 9131 Dauerarreste).⁴³

Nach bisherigem Recht verstößt die vorliegende Kombination also gegen § 8 II (i. V. m. § 13 I), so dass die Revision nach § 337 StPO begründet wäre. **18**

IV. Fall E: Die 16-jährige E ist wegen eines Ladendiebstahls angeklagt. In der Hauptverhandlung stellt sich aufgrund des Jugendgerichtshilfeberichts heraus, dass sie seit Monaten der Prostitution nachgeht. Der Jugendrichter ordnet daraufhin in der Hauptverhandlung Unterbringung in einer Einrichtung über Tag und Nacht oder einer sonstigen betreuten Wohnform gem. § 12 Nr. 2 an.

Die Voraussetzungen des § 12 Nr. 2 sind an sich gegeben: E hat das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet und diese Erziehungsmaßregel ist erforderlich, weil die Prostitution bei einem 16-jährigen Mädchen nach allgemeiner Auffassung als sexuelle Verwahrlosung gilt. Aus § 5 I ergibt sich jedoch, dass der Jugendrichter Erziehungsmaßregeln nicht „bei Gelegenheit“ einer Straftat, sondern „**aus Anlass der Straftat**“ anordnen kann. Das bedeutet, dass die Erziehungsmängel gerade in der Straftat ihren Ausdruck gefunden haben müssen.⁴⁴ Der Ladendiebstahl eines 16-jährigen Mädchens steht normalerweise nicht in einem symptomatischen Zusammenhang mit der Prostitution. In solchen Fällen kann nur das Familiengericht gemäß §§ 1666, 1666 a BGB i. V. mit § 34 SGB VIII Heimerziehung anordnen, wobei die Mitwirkung des Jugendamtes gesetzlich vorgeschrieben ist (§ 50 I 1 SGB VIII). Anders könnte etwa bei einer Zechprellerei, einem Mietbetrug oder einem Beischlafdiebstahl zu entscheiden sein, u. U. auch bei einem Ladendiebstahl, wenn dieser mit den aus der Hilfsbedürftigkeit resultierenden Bedürfnissen oder Notlagen zusammenhängt. Hierfür wären jedoch nähere Anhaltspunkte erforderlich. Liegen solche nicht vor, so kann die Verletzung des § 5 I gerügt werden. Die inhaltliche Rechtsmittelbeschränkung gemäß § 55 I 1, die für alle anderen Erziehungsmaßregeln und Zuchtmittel gilt, ist nach § 55 I 2 bei der Anordnung der Heimerziehung durchbrochen. **19**

V. Fall F: Der 19-jährige F hat zweimal in angetrunkenem Zustand den Abendgottesdienst in einer Großstadtkirche gestört. Er erhält wegen Störung der Religionsausübung (§ 167 StGB) die Auflage, sich beim nächsten Abendgottesdienst vor der Gemeinde zu entschuldigen und viermal am Gottesdienst teilzunehmen.

Bei der Auflage, viermal am Gottesdienst teilzunehmen, handelt es sich nicht um eine der in § 15 abschließend aufgezählten Auflagen, sondern um eine fälschlicherweise als Auflage bezeichnete Weisung i. S. des § 10. **20**

Während Erziehungsbeistandschaft und Hilfe zur Erziehung gem. § 12 Nr. 2 wegen der Altersgrenze von 18 ausscheiden, können Weisungen als dritte Art der Erziehungsmaßregeln auch bei Heranwachsenden angeordnet werden, wenn die Voraussetzungen des § 105 vorliegen.

Weisungen sind Gebote und Verbote, welche die Lebensführung des Jugendlichen regeln und dadurch seine Erziehung fördern und sichern sollen (§ 10 I). Sowohl bei den in § 10 I 3 beispielhaft („insbesondere“) aufgezählten Weisungen, die hier nicht einschlägig sind, als auch bei den vom Richter ausgestalteten Weisungen müssen neben der **Zumutbarkeitsgrenze** (§ 10 I 2) vor allem die **verfassungsrechtlichen Schranken** beachtet werden.⁴⁵ So darf z. B. trotz § 10 I 3 Nr. 3 nicht die Weisung erteilt werden, eine bestimmte Ausbildungs- oder Arbeitsstelle anzunehmen, weil dadurch das Grundrecht auf freie Berufswahl (Art. 12 GG) verletzt wird. **21**

⁴³ Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung 2002, Tab. 2.2, 4.1, 4.2.

⁴⁴ Brunner/Dölling 2002, § 9 Rn. 4; Meier/Rössner/Schöch 2003, § 6 Rn. 17.

⁴⁵ Vgl. Schaffstein/Beulke 2002, § 15 II 1 a; Miehe 1987, 112 ff.; Meier/Rössner/Schöch 2003, § 9 Rn. 26 ff.

- 22** Dagegen ist die allgemein gehaltene Weisung, Arbeitsleistungen zu erbringen, verfassungskonform, selbst wenn sie ohne Einwilligung des Jugendlichen erfolgt.⁴⁶ Gemeinnützige Arbeiten fallen nicht in den **Schutzbereich des Zwangsarbeitsverbotes des Art. 12 II, III GG**, weil dieses nur die Herabwürdigung der Person durch Einsatzmethoden totalitärer Herrschaftssysteme verhindern soll. Die engen Zumutbarkeitsschranken, die zeitliche **Begrenzung der Arbeitsweisung** und die geringere Eingriffsintensität im Vergleich mit freiheitsentziehenden Sanktionen (Jugendstrafe, Jugendarrest) rechtfertigen die Verpflichtung zu gemeinnützigen Arbeiten. Da der vom BVerfG ergänzend herangezogene **subsidiäre Erziehungsauftrag des Staates** (Art. 6 II 2 GG) nur für Jugendliche gilt (BVerfGE 74, 102: 17-Jähriger), empfiehlt es sich, bei Heranwachsenden eine Arbeitsweisung nur mit Einwilligung des Täters zu erteilen.⁴⁷

Eindeutig unzulässig ist jedenfalls die hier vorliegende Weisung, den Gottesdienst zu besuchen, weil sie gegen das Grundrecht der Glaubensfreiheit (Art. 4 I GG) verstößt, zu dem auch das Recht gehört, Gottesdiensten fernzubleiben.

- 23** Die Auflage, sich beim nächsten Abendgottesdienst vor der Gemeinde zu entschuldigen, entspricht an sich der in § 15 I 1 Nr. 2 vorgesehenen Entschuldigung beim Verletzten, da durch § 167 StGB die ungestörte Religionsausübung der Kirchengemeinde geschützt ist. Sie verstößt auch nicht gegen Art. 4 I GG, weil F nicht zur Teilnahme am Gottesdienst gezwungen wird. Allerdings dürfen auch bei Auflagen keine **unzumutbaren Anforderungen** an den Jugendlichen gestellt werden (§ 15 I 2).⁴⁸ Bei der Entschuldigungsaufgabe sollen zwar Ehrgefühl und Unrechtseinsicht geweckt werden, doch müssen dabei unnötige Demütigungen und peinliche Situationen vermieden werden. Ein Heranwachsender ist i. d. R. überfordert, wenn er vor einer fremden Versammlung derart schwierige persönliche Erklärungen abgeben muss. Nicht umsonst sah die RL Nr. 2 zu § 15 bis 1994 sogar ausdrücklich vor, dass die Entschuldigung möglichst in Gegenwart des Richters im Anschluss an die Hauptverhandlung erfolgen soll, weil hier noch der unmittelbare Bezug zur Tat und die Vermittlung des Richters gewährleistet sind. Zumutbar wäre daher allenfalls eine Entschuldigung gegenüber einem Gemeindevertreter oder Pfarrer, möglichst im Anschluss an die Hauptverhandlung. Die hier angesprochene Auflage verstößt also gegen § 15 I 2.

Die Revision ist trotz § 55 I zulässig, da sie sich nicht gegen Art und Umfang der Erziehungsmaßregel oder des Zuchtmittels richtet, sondern gegen deren Gesetzwidrigkeit.⁴⁹

VI. Fall G: Der 17-jährige G wird wegen Mordes zu 8 Jahren Jugendstrafe verurteilt. Er hat seine frühere Freundin aus Eifersucht heimtückisch erstochen, nachdem sie sich in der Öffentlichkeit über ihn lustig gemacht hatte. Das Gericht hat diesen Umstand zwar strafmildernd berücksichtigt und ist davon überzeugt, dass weitere Delikte bei dem sensiblen G auch ohne Strafverbüßung völlig unwahrscheinlich wären. Es hält aber wegen der Schwere der Schuld diese hohe Strafe für erforderlich.

- 24** Da schädliche Neigungen bei G nicht vorliegen, kommt eine Jugendstrafe nur wegen **Schwere der Schuld** in Betracht (§ 17 II 2. Alt.). Der Gesetzgeber hat mit dieser Alternative bewusst den das JGG beherrschenden Erziehungsgedanken durchbrochen und ohne Rücksicht auf die Erziehungsbedürftigkeit des Täters dem Sühnebedürfnis der Allgemeinheit Rechnung getragen.⁵⁰ Bei der Anwendung dieses systemfremden Instituts ergeben sich schwierige Probleme, vor allem im Jugendvollzug (§§ 91 f.), der für die „Vergeltungsfälle“ noch weniger eingerichtet ist als der allgemeine Strafvollzug.⁵¹
- 25** Zur Reduzierung dieser Schwierigkeiten hat der BGH den interessanten Versuch unternommen, die unterschiedlichen Voraussetzungen „**schädliche Neigungen**“ und „**Schwere der Schuld**“ zu **harmonisieren**. BGHSt 15, 224 hat bei einem Diebstahl von 22 Stück Großvieh (Wert ca. 10 €) ausgeführt, dass „für die Frage, ob und in welcher Höhe die reine Schuldstrafe nach § 17 II verhängt werden“

⁴⁶ BVerfGE 74, 102; BVerfG NStZ 1991, 181; einschränkend *Ostendorf* 2003, § 10 Rn. 13: nur mit Einwilligung oder nachträglicher Zustimmungsfiktion.

⁴⁷ *Schöch* 1992, 92.

⁴⁸ A. A. *Brunner/Dölling* 2002, § 15 Rn. 11, die diese Einschränkung nur auf die Geldauflage beziehen, bei der Entschuldigungsaufgabe aber das Einverständnis des Täters verlangen (a. a. O. Rn. 9).

⁴⁹ Vgl. *Schaffstein/Beulke* 2002, § 38 I 2.

⁵⁰ *Schaffstein/Beulke* 2002, § 22 II.

⁵¹ Zum Jugendvollzug vgl. *Böhm/Feuerhelm* 2004, § 25, 5 b.

solle, „in erster Linie das **Wohl des Jugendlichen** maßgebend“ sei. BGHSt 16, 261, 263 hat bei einem Raub auf öffentlicher Straße ebenfalls hervorgehoben, dass auf eine Jugendstrafe wegen der Schwere der Schuld nur dann erkannt werden dürfe, „wenn diese **aus erzieherischen Gründen erforderlich**“ sei.⁵²

Etwas abgeschwächt fordert der BGH inzwischen, dass der Erziehungsgedanke bei der Verhängung und Bemessung einer Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld vorrangig zu berücksichtigen sei.⁵³ In der Regel werde aber eine Strafe, deren Schuldangemessenheit unter Berücksichtigung des Entwicklungsstandes und des Persönlichkeitsbildes des Jugendlichen bestimmt sei, auch dem Erziehungsgedanken nicht widersprechen.⁵⁴

Umgekehrt widerspreche es sogar dem Erziehungszweck der Jugendstrafe, wenn ihre Dauer so gering bemessen werde, dass das Maß der Schuld gegenüber dem Täter verniedlicht werde.⁵⁵

In der Literatur sind die beiden erstgenannten Entscheidungen fast durchweg abgelehnt worden, weil sie „entgegen dem Wortlaut, dem Sinn und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes der Strafvoraussetzung“ der **„Schwere der Schuld“** gegenüber den „schädlichen Neigungen“ **jede selbständige Bedeutung nehmen**.⁵⁶

Dieser Kritik kann nur teilweise zugestimmt werden. Obwohl der BGH die erzieherische Erforderlichkeit der Schuldstrafe vielleicht etwas zu weitgehend postuliert hat, muss die Tragweite der Entscheidungen doch auf der Grundlage der entschiedenen Fälle beurteilt werden. Es handelt sich um Grenzfälle, bei denen die Schwere der Schuld nicht eindeutig beurteilt werden kann und bei denen auch die Praxis im allgemeinen Strafrecht oft minder schwere Fälle annimmt (z. B. §§ 249 II, 250 III StGB). In derartigen **Grenzfällen** ist es durchaus gerechtfertigt, den Begriff „Schwere der Schuld“ im Hinblick auf den das Jugendstrafrecht beherrschenden Erziehungsgedanken **eng auszulegen** und dabei auch die Hauptintention der Jugendstrafe, die Beseitigung schädlicher Neigungen, ergänzend zu berücksichtigen. Wenn dagegen Tötungsdelikte oder andere schwere Straftaten vorliegen, bei denen die Erhöhung des Höchstmaßes der Jugendstrafe auf 10 Jahre (§ 18 I 2) praktisch relevant wird, leugnet auch der BGH die dominante Bedeutung der „Schwere der Schuld“ nicht.⁵⁷ Er hat vielmehr ausdrücklich klargestellt, dass der Schwere der Schuld neben dem Erziehungszweck eine eigenständige Bedeutung zukomme.⁵⁸ Das gilt um so mehr, als sich inzwischen auch in der Rechtsprechung die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass eine Jugendstrafe von über 5 Jahren Dauer aufgrund ihrer entsozialisierenden Wirkung erzieherisch eher nachteilig wirkt, die vom Gesetz andererseits durchaus vorgesehene Verhängung solcher Strafen also nicht ohne die Heranziehung von Gesichtspunkten des Schuldausgleichs begründbar ist.⁵⁹

Im vorliegenden Fall ist deshalb die **„Schwere der Schuld“** als Voraussetzung der Jugendstrafe anzunehmen. Dennoch verdienen auch in einem solchen Fall die Ausführungen des BGH besondere Beachtung. In den zitierten Entscheidungen wird betont, dass die **Erziehungsbedürftigkeit des Täters** auch bei der Bemessung der **Höhe der Schuldstrafe** beachtet werden müsse.⁶⁰ Das ergibt sich auch aus § 18 II, der uneingeschränkt für beide Arten der Jugendstrafe gilt. Da bei G keine besondere Resozialisierungsbedürftigkeit vorliegt, muss dieser Gesichtspunkt wenigstens in der Weise berücksichtigt werden, dass die „schädlichen Folgen des Freiheitsentzuges“ (vgl. § 3 II StVollzG) möglichst weitgehend vermieden werden. Nach den bisher vorliegenden Erfahrungen sollte daher eine Strafdauer von 4–5 Jahren nicht überschritten werden,⁶¹ wobei die tatsächliche Verbüßungsdauer bei günstiger Prognose in Ausnahmefällen bis zu einem Drittel, jedenfalls bis zur Hälfte der Strafe, reduziert werden könnte.

Die hier festgesetzte Jugendstrafe von 8 Jahren überschreitet das nach diesen Kriterien vertretbare Maß und verstößt daher gegen die §§ 17, 18 II. Selbst wenn man mit der neueren Rspr. dem Schuld-

⁵² Vgl. auch BGH StV 1981, 130: Vergewaltigung; BGH StV 1981, 240: Einfuhr von Betäubungsmitteln; BGH StV 1981, 241: räub. Erpressung und schwerer Raub; BGH StV 1982, 173: Totschlag; BayObLG StV 1985, 155 f. m. Anm. Böhm: fahrlässige Tötung; OLG Karlsruhe NStZ 1997, 241 m. Anm. Böhm: Körperverletzung.

⁵³ BGH StV 1982, 78 f., 121, 173; vgl. auch OLG Köln StV 1991, 426 f.; zuletzt BGH ZJJ 2003, S. 203.

⁵⁴ BGH StV 1982, 335, 336; BGH NStZ-RR 1998, 283; OLG Köln StV 1999, 667.

⁵⁵ BGH NStZ-RR 1996, 120.

⁵⁶ Schaffstein/Beulke 2002, § 22 II 2 c m. w. N.

⁵⁷ BGH StV 1981, 26 f.; BGH StV 1998, 332: „Kapitalverbrechen“, dagegen nicht „Beihilfe zum Diebstahl mit vergleichsweise geringem Schaden“; vgl. auch Böhm/Feuerhelm 2004, § 25, 1 c; problematisch Eisenberg 2004, § 17 Rn. 34 f.

⁵⁸ BGH bei Böhm, NStZ 1987, 442.

⁵⁹ BGH NStZ 1996, 232; BGH NStZ 1997, 29; BGH StV 1998, 344; differenzierend BGH NStZ 1996, 496 m. Anm. Dölling, NStZ 1998, 39 f.

⁶⁰ Vgl. Fn. 58 u. 59 sowie BGH StV 1981, 26 f.

⁶¹ Vgl. Schöch 1975, 262 f. m. w. N.

gehalt der Tat neben dem Erziehungszweck eigenständige Bedeutung beimisst, hätte hier wegen erheblicher Schuldmilderungsgründe nur eine deutlich niedrigere Jugendstrafe verhängt werden dürfen.

VII. Fall H: Der 18-jährige „Fußballfan“ H, der in seiner Entwicklung noch einem Jugendlichen gleichsteht, wird wegen gefährlicher Körperverletzung und Sachbeschädigung zu einer Jugendstrafe von 6 Monaten ohne Bewährung verurteilt . . . „Zwar ist H bisher nicht auffällig gewesen, doch gebietet das gefährdete Vertrauen der Öffentlichkeit in den Bestand der Rechtsordnung, dass gegen Fußballrowdys, die ganze Städte und Stadien in Schrecken versetzen, mit aller Entschiedenheit vorgegangen wird.“

- 29** Mit dem Hinweis auf „das gefährdete Vertrauen der Öffentlichkeit in den Bestand der Rechtsordnung“ hat das Gericht bei seiner Entscheidung den Teilaspekt der Generalprävention berücksichtigt, der im allgemeinen Strafrecht mit dem Begriff „Verteidigung der Rechtsordnung“ erfasst wird (vgl. §§ 47 I, 56 III, 59 I 1 Nr. 3 StGB). Das BVerfG (E 45, 187 ff. = NJW 1977, 1525 ff., 1531) hat ihn als „positiven Aspekt der Generalprävention“ bezeichnet, im Unterschied zu den negativen Gesichtspunkten, die herkömmlicherweise mit dem Begriff der „Abschreckung anderer“ umschrieben werden („spezielle Generalprävention“, vgl. BGHSt 24, 40, 44; oder: „negative Generalprävention“ s. o. Fall 7, Rn. 27–30).

Aus den obigen Entscheidungsgründen ist zu entnehmen, dass die Verteidigung der Rechtsordnung sowohl bei der Entscheidung über die Verhängung der Jugendstrafe als auch bei der Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung eine Rolle gespielt hat. Unter beiden Gesichtspunkten darf die **Generalprävention im Jugendstrafrecht keine Rolle** spielen.⁶² Das gilt übrigens auch für die besonders empörenden Gewalttätigkeiten gegenüber Ausländern durch jugendliche Gemeinschaftstäter, bei denen die konsequente Anwendung des Jugendstrafrechts – auch der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld – letztlich wirkungsvoller und problemüberwindender ist als der populistische Ruf nach generalpräventiver Strafschärfung.⁶³

- 30** Die Voraussetzungen für die **Verhängung einer Jugendstrafe** sind in § 17 II abschließend genannt: schädliche Neigungen des Jugendlichen oder Schwere der Schuld. Aus **generalpräventiven Gründen darf Jugendstrafe nicht verhängt werden**.⁶⁴

- 31** Die **Strafaussetzung zur Bewährung** ist nach § 21 I ausschließlich an die Erwartung geknüpft, „dass der Verurteilte sich schon die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs unter der erzieherischen Einwirkung in der Bewährungszeit künftig einen rechtsschaffenden Lebenswandel führen wird“. Obwohl bei den Exzessen fanatischer Fußballanhänger in den letzten Jahren manche Symptome aggressiver Gruppendingelinqenz erkennbar wurden, die die Rückfallgefahr erhöhen könnten, dürfte angesichts der fehlenden bisherigen Auffälligkeit und der Beeinflussungsmöglichkeiten durch Weisungen und Bewährungshilfe eine günstige Prognose gerechtfertigt sein. Falls das Gericht überhaupt zur Verhängung der Jugendstrafe kommt, so ist sie nach § 21 auszusetzen. Die Aussetzung darf weder mit dem Hinweis auf das Sühnebedürfnis der Allgemeinheit, das insoweit schon nach dem allgemeinen Strafrecht keine Rolle mehr spielt (vgl. BGHSt 24, 40, 44; 24, 64, 65), noch aus generalpräventiven Gründen versagt werden. Bei der durch das 1. StrRG 1969 geänderten Fassung des § 21 wurde im Gegensatz zu § 56 StGB der Gesichtspunkt der Verteidigung der Rechtsordnung ausgeklammert.⁶⁵

Durch das 1. JGGÄndG 1990 wurde auch die Aussetzung einer Jugendstrafe zwischen 1 und 2 Jahren nach § 21 II bei günstiger Prognose obligatorisch ausgestaltet. Hinzu kommen muss aber, dass die Vollstreckung nicht im Hinblick auf die Erziehung des Jugendlichen geboten ist. Da generalpräventive Gründe nicht berücksichtigt werden dürfen (s. o.), ist bei einer günstigen Prognose eine Vollstreckung selten gerechtfertigt.⁶⁶

⁶² Meier/Rössner/Schöch 2003, § 11 Rn. 13.

⁶³ Überzeugend aus kriminologischer Sicht Neubacher 1999, 1 ff., 12.

⁶⁴ BGHSt 15, 224; BGH StV 1990, 505.

⁶⁵ Vgl. BGH StV 1991, 428; Schaffstein/Beulke 2002, § 25 II 3.

⁶⁶ Jung 1992, 190.

Bei der **Höhenbemessung** dürfte im vorliegenden Fall die Generalprävention keine Rolle gespielt haben, weil das Gericht das Mindestmaß der Jugendstrafe gewählt hat. Möglicherweise ging das Gericht aber von der Überlegung aus, dass 2 Wochen Jugendarrest zu wenig seien. In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, bei der Strafbemessung seien generalpräventive Gesichtspunkte, die auf die Normbegründung in der Bevölkerung abstellen, nicht ausgeschlossen.⁶⁷ Diese Ansicht ist aber mit § 18 II nicht vereinbar. Auch bei der Bemessung der Jugendstrafe dürfen generalpräventive Gesichtspunkte keine Rolle spielen.⁶⁸ BGHSt 15, 224, 226 hat deshalb mit Recht die Berücksichtigung dieses Strafzweckes ausgeschlossen, weil er „nicht das Interesse des Jugendlichen berücksichtigt“.⁶⁹ Im Übrigen ist nach kriminologischen Erkenntnissen eine generalpräventive Wirkung von Strafschärfungen bei Jugendlichen kaum zu erwarten (Fall 7, Rn. 29–32). Die generalpräventive Wirkung des Jugendstrafrechts liegt in seiner bloßen Existenz und Anwendung.⁷⁰ Die vorliegende Entscheidung ist daher unter allen drei Aspekten fehlerhaft (§§ 17 II, 18 II, 21 I) und wäre bei einer Revision aufzuheben.

⁶⁷ So für eine strafhöhenbegrenzende Wirkung generalpräventiver Erwägungen *Bottke* 1984, 40 ff., der Schwere der Schuld i. S. einer „generalpräventiven Erforderlichkeit von Strafe“ verstehen will.

⁶⁸ BGH bei *Böhm*, NStZ 1994, 529; so jetzt auch *Schaffstein/Beulke* 2002, § 23 III.

⁶⁹ Ebenso BGH StV 1981, 183; ähnlich BGH StV 1990, 505.

⁷⁰ Vgl. *Bottke* 1984, 7 ff., 37 ff.; *Schöch* 1985, 1103 ff.

14. Mauerschützenfall

Anstaltsarten und Insassenkultur – Gewaltverbrechen – Verbindung von Strafsachen – Anwendbarkeit des Jugendstrafrechts auf Heranwachsende – Schuld und Generalprävention bei Verhängung der **Jugendstrafe** – Ausnahme aus dem Jugendvollzug – Vollzugsziel – Gemeinsame Unterbringung mit Sicherungsverwahrten – Prisonisierung – Urlaub – Besitz von Gegenständen für die Freizeitbeschäftigung im Vollzug – Aussetzung des Restes einer Jugendstrafe zur Bewährung – Rechtsweg

Grundlage: Kombinierte Fallanalyse aus dem Jugendstrafrecht und dem Strafvollzug

Sachverhalt: Der 40-jährige A ist mit anderen Tätern in einem sog. Mauerschützenprozess bei der Jugendkammer des Landgerichts in B wegen Mordes angeklagt. Ihm wird vorgeworfen, im Jahre 1984 an der Berliner Mauer einen unbewaffneten und ungefährlichen Flüchtling gezielt mit Vernichtungswillen mittels einer auf Dauerfeuer eingestellten Maschinenpistole vorsätzlich getötet zu haben. Zur Tatzeit war er 19 Jahre alt. Er wird wegen Mordes zu 4 Jahren Jugendstrafe rechtskräftig verurteilt.

Aufgaben:

1. Legen Sie dar, aufgrund welcher Erwägungen A zu einer Jugendstrafe verurteilt werden konnte. War die Jugendstrafe etwa generalpräventiv geboten? Gelten die Zumessungsgesichtspunkte nach dem Strafgesetzbuch auch im Jugendstrafrecht? Wieso war hier die Jugendkammer zuständig?

A befindet sich in der JVA X. Nach einem Jahr verbüßter Jugendstrafe bittet er die Anstaltsleitung um drei Wochen Urlaub. Der Anstaltsleiter weist jedoch sein Gesuch als unzulässig ab.

2. Was kann A hiergegen tun und ggf. mit welchem Erfolg? Welcher Art wird die Justizvollzugsanstalt sein, in der A seine Jugendstrafe verbüßt, und warum?

Da A mit dem Sicherungsverwahrten B in einer Zelle gemeinsam untergebracht ist, beantragt er die „Verlegung“ in eine Einzelzelle.

3. Muss die Anstaltsleitung seinem Antrag entsprechen?

Außerdem macht A geltend, dass er weder der Erziehung noch der Resozialisierung bedürfe. Wie seine Lebensführung in Freiheit bis zu seiner Verhaftung ausreichend bewiesen habe, sei er in dieser Zeit weder straffällig geworden, noch habe er einen unsittlichen Lebenswandel geführt. Im Vollzug hingegen könne er nur „schlechter“ werden. Dies jedoch widerspräche eindeutig sowohl dem Strafzweck wie auch dem Vollzugsziel. Er müsse daher sofort aus dem Vollzug entlassen werden, zumindest auf Bewährung.

4. Treffen die Erwägungen des A zu? Welche Konsequenzen hätte dies? Was kann und was muss die Anstaltsleitung tun? Wer ist für die Entscheidung zuständig?

Zum Beweis für die behauptete Ansteckungsgefahr durch Mitgefangene beruft A sich auf die sog. Subkultur des Gefängnisses, insbesondere auf das ungünstige Beispiel durch den Mitgefangenen B. Dieser nämlich, wegen Zuhälterei und Vergewaltigung verurteilt, besitzt in der Zelle ein eigenes Rundfunkgerät, mit dem er regelmäßig den Polizeifunk abhört. Er steht im Übrigen mit einem weiteren Gerät, das er in einer Kakadose verborgen hat, in Funkkontakt mit einigen Prostituierten, die in der Nähe der JVA ihrem „Gewerbe“ nachgehen. Daraufhin entzieht die Anstaltsleitung dem B das Rundfunkgerät und beschlagnahmt das Funkgerät. B allerdings will dieses Vorgehen des Anstaltsleiters nicht hinnehmen, zumal ihm dieser schon das ihm zugesandte Buch von Ehebald „Patient oder Verbrecher“ rechtswidrig vorenthalten und trotz seiner Bitten nicht ausgehändigt habe.

5. Was will A mit Hinweisen auf die „Subkultur des Gefängnisses“ und das „ungünstige Beispiel“ sagen? Bringen Sie die Argumente des A in einen wissenschaftlichen Erklärungszusammenhang.

6. Wie ist die Rechtslage im Falle des B?

- 1 **Zur Problemstellung:** 1. Die Ziele des Strafvollzuges wie des Jugendvollzuges im Besonderen bleiben inhaltsleer, wenn sie nicht in der inneren und äußeren Vollzugsorganisation Gestalt gewinnen. Dies gilt ebenso für die Resozialisierung wie für die Sicherung. Daher ist außer der Organisation des Vollzuges in Anstalten mit unterschiedlichen Sicherheitsvorkehrungen die weitere **Differenzierung durch verschiedene Anstalten und Abteilungen** notwendig, die eine auf die Bedürfnisse des einzelnen Gefangenen abgestimmte Behandlung gewährleisten (§ 141 I StVollzG). Überdies sind die Voll-

zugsanstalten so zu gliedern, dass die Gefangenen in überschaubaren **Betreuungs- und Behandlungsgruppen** zusammengefasst werden können (§ 143 II i. V. m. § 201 Nr. 4 StVollzG). **Differenzierung der Anstalten und Klassifikation der Gefangenen** bilden also die unabdingbare Grundlage des Vollzugssystems. Dieses hat in erster Linie zum Ziel, den verurteilten Straftäter zu einem Leben in sozialer Verantwortung ohne Straftaten zu befähigen (§§ 2 StVollzG, 91 I JGG; § 2 JVollzGE 2004).

2. Ebenso wie Strafverfahren und Sanktionenrecht bei Straftaten junger Menschen im JGG besonders geregelt werden, gibt dieses Gesetz auch einen Rahmen für den Vollzug an Jugendlichen. Daran ändert das StVollzG nichts, obschon es durch seine Spezialregelungen und durch die hierzu ergangenen Verwaltungsvorschriften nicht ohne Einfluss geblieben ist. Neben dem unmittelbaren Zwang in Justizvollzugsanstalten (§ 178 StVollzG) bestimmt das StVollzG lediglich das Arbeitsentgelt in den Jugendstrafanstalten (§ 176), um eine ungerechtfertigte Benachteiligung junger Gefangener zu vermeiden. Im Übrigen aber bleibt es bei der **Regelung des Jugendstrafvollzuges** durch § 91 JGG. Verwaltungsvorschriften füllen diese Rahmenbestimmung bis zur Schaffung einer neuen Rechtsgrundlage für den Jugendstrafvollzug aus.¹ Gem. § 92 I JGG ist die Jugendstrafe in gesonderten Anstalten zu vollziehen.

3. Während danach der **Strafvollzug an Jugendlichen und jener an Erwachsenen streng voneinander zu trennen** sind (vgl. zum Trennungsgrundsatz auch § 140 StVollzG), lässt das JGG zwei wichtige und praktisch belangvolle **Ausnahmen** zu:

- Einmal dürfen Verurteilte, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und sich für den Jugendstrafvollzug eignen, ihre Freiheitsstrafen in der Jugendstrafanstalt verbüßen (§ 114 JGG). Maßgebend ist dafür das Alter zur Zeit des Vollzugs, nicht etwa zur Tatzeit.
- Auf der anderen Seite kann an einem Verurteilten, der das 18. Lebensjahr vollendet hat und sich für den Jugendstrafvollzug nicht eignet, die Jugendstrafe nach den Vorschriften des Strafvollzuges für Erwachsene vollzogen werden (§ 92 II 1 JGG).

Diese Regelung schafft nicht nur die Möglichkeit, den Jugendstrafvollzug von Störern zu entlasten, sondern auch von solchen Gefangenen, die sich nach Persönlichkeitsentwicklung und Alter für die Behandlungsmethoden im Jugendvollzug nicht mehr eignen. Ist der verurteilte Gefangene 24 Jahre und älter, so soll die Jugendstrafe stets nach den Vorschriften des StVollzG vollzogen werden (§ 92 II 3 JGG). Gem. § 92 III JGG trifft der als besonderer Vollstreckungsleiter tätige Jugendrichter die Entscheidung über die Ausnahme vom Jugendstrafvollzug sowie über die Überweisung in den Erwachsenenstrafvollzug.² Er bleibt auch weiterhin für die Vollstreckung zuständig. Hingegen bestimmt sich der Rechtsweg bei vollzugsrechtlichen Entscheidungen nach § 109 StVollzG. Denn gem. § 92 II 2 JGG wird die Jugendstrafe in diesem Fall nach den Vorschriften des Erwachsenenvollzugs, zu denen auch die Rechtswegvorschriften zu zählen sind,³ vollzogen.

Die Schwerpunkte des vorliegenden Falles liegen daher in Rechts- und Organisationsfragen, die sich aus der Besonderheit der Fallgestaltung auf den Gebieten des Strafvollzuges und des Jugendstrafrechts ergeben.

4. Schwierigkeiten bereitet vor allem die Klärung der Frage, **welche Aufgaben** das Jugendstrafrecht, ferner der Jugend- und der Erwachsenenstrafvollzug noch erfüllen sollen und können, wenn wie hier die Tat mehr als 20 Jahre zurückliegt und der Verurteilte im Zeitpunkt des Strafantritts **sozial völlig integriert** erscheint. Er könnte sogar bei der Verbüßung seiner mehrjährigen Jugendstrafe im Erwachsenenstrafvollzug erheblichen Ansteckungsgefahren seitens seiner Mitgefangenen ausgesetzt sein. Damit würde die tatsächliche Strafverbüßung im Grenzfall erst das bewirken, was sie nach ihrer Zielsetzung gerade vermeiden sollte. Gemeint ist die Prisonisierung, die von der „Subkultur des Gefängnisses“ ausgehen mag, also die Angleichung der Wertorientierung des Gefangenen an die Insassennormen.

Zwar erscheint wegen solch schwerwiegender Straftaten wie der vorsätzlichen Tötung unbewaffneter und ungefährlicher politischer Flüchtlinge durch Dauerfeuer mit einer Maschinenpistole⁴ im Zeitpunkt der Urteils-

¹ Bundeseinheitliche Verwaltungsvorschriften zum Jugendstrafvollzug, sog. VVJug; s. ferner JVollzGE 2004, sowie Fall 10, Rn. 50.

² Vgl. RL zu §§ 82–85 JGG; abgedruckt bei *Brunner/Dölling* 2002, § 85 vor Rn. 1.

³ BGH NJW 1980, 351.

⁴ Vgl. BGHSt 39, 1 ff.; 40, 241, 243; BVerfGE 95, 96, 135 ff.; zur Problematik sog. Mauerschützenprozesse eingehend *Lackner/Kühl* 2004, § 2 Rn. 11 ff.; *Tröndle/Fischer* 2004, vor §§ 3–7 Rn. 55 ff., sowie ferner *Kreicker*

findung eine mehrjährige Freiheitsentziehung geboten, sei es im Hinblick auf die Schuldschwere (§ 17 II 2. Alt. JGG) oder gar aufgrund der im Jugendstrafrecht allgemein unzulässigen Generalprävention.⁵ Gleichwohl sind weder Schuldausgleich noch Generalprävention **Strafzwecke**, die sich **im Strafvollzug** umsetzen und folgerichtig verwirklichen lassen.⁶ Dies jedenfalls dann nicht, wenn man kein Verwahrungs- oder Terrorssystem ermöglichen oder schaffen will. Es kann daher nicht fraglich sein, dass im vorliegenden Fall der Vollzug bestenfalls Prisonisierungseinflüsse vermeiden (vgl. § 3 II StVollzG) und das Leben im Vollzug den allgemeinen Lebensverhältnissen weitmöglichst angleichen kann (§ 3 I StVollzG). Einen darüber hinausgehenden Beitrag vermag er nicht zu leisten.

8 5. Neben der erwünschten Art der Anpassung im Wege der Neu- oder Wiedersozialisierung vollzieht sich also im Strafvollzug mitunter ein weiterer, negativer Sozialisationsprozess. In dessen Verlauf gleicht der Strafgefangene seine Einstellungen und Verhaltensweisen an die in der Anstalt herrschenden Normen und Werte an, mithin an einen Zustand, den man als die sog. Subkultur des Gefängnisses bezeichnet. Das anstaltsinterne Wertgefüge weicht hier von dem allgemeinen gesellschaftlichen Wertesystem ab und stellt ein auf die **Gefängnisgesellschaft** beschränktes und sozial unerwünschtes subkulturelles Wertgefüge dar. Dieses verstärkt die ohnehin vorhandenen Abweichungstendenzen und wirkt damit dem Behandlungsziel scharf entgegen.

9 Seine Übernahme durch den Gefangenen im Laufe des Vollzugs aufgrund des sog. **Prisonisierungsprozesses** vollzieht sich bei den bereits sozialisierten Straftätern modellhaft in Form einer U-Kurve. Die zu Beginn der Haft noch bestehende hohe Konformität mit den außerhalb der Anstalt geltenden gesellschaftlichen Normen sinkt ab auf eine Stufe geringerer Konformität gegen Mitte der Haft, um sich dann gegen deren Ende oder nach der Entlassung wieder auf eine Stufe relativ hoher Konformität mit den allgemein geltenden Normen zu entwickeln. Gelingt dies nicht, hat die **negative Sozialisierung im Vollzug** bei dem Gefangenen einen bleibenden Haftschaden verursacht.⁷

Allerdings ist gegenüber einer übermäßig verallgemeinernden Betrachtung i. S. e. Zwangsläufigkeit subkultureller Angleichungsprozesse, wie sie herkömmlich im gefängnissoziologischen Schrifttum behauptet werden, ebenso wie gegenüber den gleichmacherischen Effekten der „totalen Institution“ Strafanstalt Zurückhaltung geboten.⁸ Für die Interpretation vorherrschender Einstellungen und Verhaltensweisen muss **auch** die Vollzugsform (Offener oder Geschlossener Vollzug) sowie die bereits vor der Inhaftierung geprägte Persönlichkeit des Gefangenen, also seine **vorinstitutionelle Biographie**, mitberücksichtigt werden.

10 6. Um das Vollzugsziel zu erreichen, muss der Strafvollzug dementsprechend gestaltet werden. Die **Konkretisierung** der in § 3 StVollzG statuierten **Gestaltungsgrundsätze** erfasst auch die Urlaubsregelung und den Besitz von Gegenständen für die Freizeitbeschäftigung.

Im Hinblick auf den Missbrauch und wegen sonstiger Gefahren für Sicherheit und Ordnung steht allerdings die konkrete Durchführung weitgehend im Ermessen der zuständigen Vollzugsbeamten.⁹ Nur dort, wo die Interessen über die Außenweltkontakte hinausgreifen und das grundrechtlich geschützte Informationsrecht betreffen, ist die **Rechtsstellung des Gefangenen** gestärkt. Die Regelung der Freizeitgestaltung nach § 67, der Informationsfreiheit nach §§ 68, 69 und über den Besitz von Gegenständen zur Fortbildung oder Freizeitbeschäftigung nach § 70 StVollzG belegen dies. Demgemäß dürfen die Einschränkungsründe „Vollzugsziel“ sowie „Sicherheit und Ordnung“, von Sonderfällen konkreter Gefahrenlage abgesehen, nicht zu weit ausgelegt werden.¹⁰

11 7. Der letzte Problemschwerpunkt des Falles liegt nicht im Vollzugs-, sondern im Vollstreckungsrecht. Er betrifft die **Frage nach der bedingten Entlassung**, insbes. **bei wegen Mordes Verurteilten**.

Während das allgemeine Strafrecht für Erwachsene, wenn eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt wurde, gem. §§ 57 a StGB, 462 a StPO die richterliche Entscheidung durch die Strafvollstreckungskammer vorsieht – bis zum 1. Mai 1982 bestand hier nur die Begnadigungsmöglichkeit (Fall 8) –, ist im Jugendstrafrecht, das nur die zeitige

2000, 49 ff., u. *Rummler* 2000, 276 ff., 477, 487 ff., 500 f., 559 ff.; jew. m. ausführl. Hinw. auf Rspr., Literatur und Kritik; zur Regierungs- und Systemkriminalität *Kaiser* 1997, 201 ff.

⁵ Vgl. BGHSt 15, 226; dazu *Böhm/Feuerhelm* 2004, 233.

⁶ Dazu *Kaiser/Schöch* 2003, 115 ff., 122 ff.

⁷ Dazu *Kaiser* 2003, 10 f.; *Schöch* 2003, 324 ff.; ferner *Ortmann* 1993 a, 403 ff.; *Laubenthal* 2003, 64, 99, 103, Rn. 230.

⁸ *Laubenthal* 2003, 91, 106.

⁹ Zum Urlaub *Schöch* 2003, 158 ff.; zum Besitz pers. Gegenstände vgl. §§ 19 II, 70 II StVollzG; ferner *Schöch* 2003, 166 f.

¹⁰ *Schöch* 2003, 220.

Jugendstrafe kennt (§§ 18 I, 105 III JGG), der Vollstreckungsleiter für die Aussetzung des Restes einer Jugendstrafe zuständig (§ 88 JGG), unabhängig davon, ob es sich bei der Anlasstat für die auszusetzende Jugendstrafe um Mord oder andere Delikte gehandelt hat. Obwohl mit der bedingten Entlassung ebenso wie bei der Strafaussetzung zur Bewährung seit dem englischen Progressivsystem, dem diese Einrichtung entstammt, vornehmlich das Wohlverhalten des Gefangenen honoriert werden sollte, steht diese heute vollständig unter dem Gedanken der Resozialisierung, allerdings vorbehaltlich einer günstigen Kriminalprognose.

Zur Erläuterung, Vertiefung und gutachtlichen Stellungnahme:

I. Aufgabe 1: Aufgrund welcher Erwägungen konnte A zu einer Jugendstrafe verurteilt werden? War die Jugendstrafe etwa generalpräventiv geboten? Gelten die Zumessungsgesichtspunkte nach dem Strafgesetzbuch auch im Jugendstrafrecht? Wieso war hier die Jugendkammer zuständig?

Auf den ersten Blick mag es verwunderlich erscheinen, dass ein 40-Jähriger zu Jugendstrafe verurteilt werden kann. Fragt man danach, wie sich diese Tatsache erklären lässt, so ist zu unterscheiden zwischen der Anwendbarkeit des Jugendstrafrechts ganz allgemein und der Verhängung der Jugendstrafe im Besonderen. **12**

1. Was die **generelle Anwendbarkeit des Jugendstrafrechts auf Verfehlungen von zur Tatzeit Heranwachsenden** betrifft, so ergibt sich diese aus den §§ 1, 105 JGG. Zentrale Vorschrift ist dabei die Regelung des erstmals 1953 in das JGG aufgenommenen § 105, der unter bestimmten Voraussetzungen die Anwendung materiellen Jugendstrafrechts auf Heranwachsende, also 18- bis 20-Jährige, erlaubt. Damit wurde ein altes Reformanliegen der deutschen Jugendgerichtsbewegung erfüllt sowie der Erkenntnis Rechnung getragen, dass auch die Delikte der Heranwachsenden vielfach durch jugendtypische Beweggründe veranlasst werden und in diesem Alter darüber hinaus eine fest gefügte Persönlichkeit in aller Regel nicht vorliegt. Daher sind Heranwachsende einer erzieherischen Einwirkung mit spezifisch jugendstrafrechtlichen Mitteln noch zugänglich.¹¹ Dem steht die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters nicht entgegen. **13**

Auf diesen theoretischen Überlegungen und praktischen Erfahrungen beruht die Regelung des § 105 JGG. Danach sind Straftaten Heranwachsender dann nach Jugendstrafrecht abzuurteilen, wenn nach einer Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit des Delinquenten dessen Reifestand jenem eines Jugendlichen gleichzustellen ist (§ 105 I Nr. 1) oder es sich nach der Art, den Umständen oder Beweggründen der Tat um eine typische Jugendverfehlung handelt (§ 105 I Nr. 2 JGG). Dass Letzteres im gegebenen Fall nicht in Betracht kommt, bedarf keiner weiteren Erörterung. Fraglich ist jedoch, ob nicht § 105 I Nr. 1 einschlägig ist: **14**

Wenn zwischen der Tat und ihrer Aburteilung wie im Falle des A ein längerer Zeitraum, hier sogar Jahrzehnte, verstrichen sind, wird sich freilich in aller Regel nicht mehr feststellen lassen, ob der Angeklagte zur Tatzeit den Reifestand eines Jugendlichen besaß. **15**

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs¹² ist in solchen Zweifelsfällen stets Jugendstrafrecht anzuwenden. Mit Urteil vom 6. 12. 1988¹³ stellt der BGH nochmals ausdrücklich fest, dass die Anwendung von Jugend- oder Erwachsenenstrafrecht nicht im Verhältnis von Regel und Ausnahme steht. § 105 I Nr. 1 JGG stellt keine Vermutung für die grundsätzliche Anwendung des einen oder anderen Rechts auf. Im Gesetz findet die Forderung, grundsätzlich Jugendrecht anzuwenden, wenn nicht ausnahmsweise der Täter eindeutig einem Erwachsenen gleichzustellen ist, keine Stütze. Nur wenn der Tatrichter nach Ausschöpfung aller Möglichkeiten Zweifel nicht beheben kann, muss er die Sanktion dem Jugendrecht entziehen. Hingegen wollen Vertreter des Schrifttums¹⁴ dies im Hinblick auf den Grundsatz „in dubio pro reo“ nur dann gelten lassen, wenn im konkreten Fall die Rechtsfolge nach dem JGG milder ist als diejenige, worauf bei der Anwendung des Erwachsenenstrafrechts erkannt werden würde. **16**

Im vorliegenden Fall ist diese Kontroverse allerdings unerheblich, da die Tat des A als Mord beurteilt wurde. Bei einem Heranwachsenden muss diese Straftat nach allgemeinem Strafrecht gem. § 106 I JGG zumindest eine Freiheitsstrafe zwischen 10 und 15 Jahren nach sich ziehen, so dass die im kon- **17**

¹¹ Schaffstein/Beulke 2002, 69; zur Problematik einer „Neuordnung der strafrechtlichen Behandlung junger Volljähriger“ Gebb/Dranger 2004, 259 ff.

¹² BGHSt 12, 116; 36, 40; StV 1982, 27.

¹³ BGHSt 36, 37 ff.; dazu Böhm/Feuerhelm 2004, 48.

¹⁴ Vgl. Brunner/Dölling 2002, § 105 Rn. 17; Schaffstein/Beulke 2002, 75; P.-A. Albrecht 2000, 110, jew. m. w. N.

kreten Fall verhängte vierjährige Jugendstrafe wesentlich günstiger ist. Deshalb ist hier zugunsten des A unproblematisch von § 105 I Nr. 1 JGG auszugehen und damit materielles Jugendstrafrecht anzuwenden.

- 18 2. Nachdem geklärt ist, weshalb A nach Jugendstrafrecht abzuurteilen war, kommen wir zur konkret gewählten Sanktion der **Jugendstrafe**. Diese kann als schärfstes Reaktionsmittel und einzige Kriminalstrafe des Jugendstrafrechts nach § 17 II JGG überhaupt nur Anwendung finden, wenn wegen der schädlichen Neigungen, die in der Tat hervorgetreten sind, Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel zur Erziehung nicht ausreichen oder aber wegen der Schwere der Schuld Strafe erforderlich ist. Dieses Nebeneinander zweier grundsätzlich verschiedener Gesichtspunkte – die erste Alternative folgt eindeutig dem das Jugendstrafrecht beherrschenden Gedanken der Erziehung, während die Schuldstrafe und damit der Vergeltungsgedanke als zweite Alternative das Erziehungsprinzip unstrittig durchbrechen – gibt Anlass zu heftigen Kontroversen. Umstritten ist vor allem, was unter „Schwere der Schuld“ zu verstehen ist und ob der zweiten Alternative des § 17 II JGG überhaupt eine eigenständige Bedeutung zukommt.
- 19 Gegen eine solche Funktion der **Schuldalternative** hat sich bereits der BGH ausgesprochen. Er will für die Beurteilung der Schuld im Jugendstrafrecht weitgehend auf die charakterliche Haltung und das gesamte Persönlichkeitsbild des Jugendlichen abstellen. Er versucht also, das Schwergewicht von der Einzeltatschuld auf eine Charakter- oder Lebensführungsschuld zu verlagern, und erreicht damit eine weitgehende Gleichsetzung mit den „schädlichen Neigungen“. ¹⁵ Ebenfalls im Bemühen, das Spannungsverhältnis zwischen Erziehungs- und Schuldstrafe zu lösen, hat derselbe BGH-Senat später ausdrücklich festgestellt, dass eine Verurteilung wegen der Schwere der Schuld nur dann zulässig ist, wenn Jugendstrafe aus erzieherischen Gründen erforderlich ist. ¹⁶ Neuerdings stellt der BGH aber klar, dass bei Verhängung und Bemessung der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld neben dem vorrangigen Erziehungsgedanken auch der Sühne und der Vergeltung eigenständige Bedeutung zukommen soll. ¹⁷ Bleibt aber nach Ansicht des BGH eine reine Schuldstrafe weiterhin unzulässig, so dürfte bei fehlendem Erziehungsbedürfnis wie im Fall des A auf Jugendstrafe eigentlich nicht erkannt werden.
- 20 Mit seiner neueren Rspr. scheint sich der BGH nunmehr der überwiegenden Meinung im Schrifttum anzunähern, die in der Schuld schwere eine eigenständige Alternative des § 17 II JGG erblickt, die – und insoweit geht die Literaturmeinung wohl weiter als die Rspr. – allein Jugendstrafe erfordern kann. ¹⁸ Die Jugendstrafe ist aber nach dem Sinn des Gesetzes nur dann zu verhängen, wenn bei Berücksichtigung der Tat einerseits und des Entwicklungsstandes des Täters andererseits ein Absehen von Strafe zugunsten von Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmitteln in unerträglichem Widerspruch zum allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl stehen würde, was vor allem bei den sog. Kapitalverbrechen der Fall sein wird. ¹⁹ Diese Auffassung verdient Zustimmung.
- 21 Abweichend von der herrschenden Lehre versteht allerdings *Tenckhoff* ²⁰ unter Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld in restriktiver Auslegung des § 17 II 2 JGG a. F. nur Fälle schwersten Unrechts, nicht aber der Schuld, da das Gesetz nicht an einen gesteigerten Schuldvorwurf anknüpfe, sondern daran, dass der Unrechtsgehalt besonders hoch sei. Die zweite Alternative des § 17 II JGG sei hingegen im Ergebnis als generalpräventiv orientierte Zweckstrafe zu deuten. Eine derartige Auslegung sei zwar zunächst mit der vom Gesetzgeber des JGG gegebenen Begründung, generalpräventive Gesichtspunkte der Abschreckung anderer sollten bei der Verhängung von Jugendstrafe ausscheiden, ²¹ unvereinbar. Da jedoch seit dem 1. StrRG der Gedanke der „sittenbildenden Kraft“ der Strafe gegenüber der Abschreckungsfunktion überwiege, erscheint *Tenckhoff* die Berücksichtigung der positiven Komponente der Generalprävention zulässig. Allein eine solche Auffassung findet in Gesetz und Gesetzesgeschichte keinerlei Stütze. Sie steht überdies der Zielsetzung des JGG scharf entgegen und könnte dazu beitragen, den Charakter des JGG als „Sonderstrafrecht“ zu beeinträchtigen. ²²
- 22 Prüfen wir, unter welchem Aspekt im gegebenen Fall die Verhängung von Jugendstrafe geboten war.

Was die **Spezialprävention** anbelangt, so vermag diese eine strafrechtliche Verfolgung von Gewaltverbrechen durch sog. Mauerschützen regelmäßig nicht zu begründen. Denn derartige Täter treten sonst – wie am Beispiel des A zu erkennen – in aller Regel kriminell nicht in Erscheinung. Auch besteht kaum die Gefahr, dass sie – von Verkehrsstrafsachen abgesehen – noch jemals straffällig werden. ²³

¹⁵ BGHSt 15, 224.

¹⁶ BGHSt 16, 261.

¹⁷ Hierzu *Böhm/Feuerhelm* 2004, 225 f., und *Meier/Rössner/Schöch* 2003, 214.

¹⁸ Vgl. *Weber* 1990 a, 105 ff.; *Schaffstein/Beulke* 2002, 152 f.

¹⁹ Ähnlich *Eisenberg* 2004, § 17 Rn. 32; *Brunner/Dölling* 2002, § 17 Rn. 15 b; *Schaffstein/Beulke* 2002, 156; *Meier/Rössner/Schöch* 2003, 222 sowie auch Fall 13.

²⁰ *Tenckhoff* 1977, 485, 490, 492.

²¹ BT-Drucks. 1/3264, 40; ganz h. M.

²² *Böhm/Feuerhelm* 2004, 225 f.; *Meier u. a.* 2003, 219 ff.; *Streng* 2003, 210, 217; siehe Fall 11, Rn. 10 ff.

²³ *Jescheck/Weigend* 1996, 75; *S/S-Stree* 2001, vor §§ 38 ff. Rn. 15.

Das Gleiche gilt aber auch für die **Generalprävention** i. e. S. (sog. negative Generalprävention). Denn hier sind es schon die Taten allein, welche die Rechtsgemeinschaft abschrecken und sie davon abhalten, ähnliche Wege nochmals zu gehen, so dass es insofern einer Bestrafung nicht bedarf. Versteht man aber die Generalprävention in einem weiteren Sinn (sog. positive Generalprävention), so erfordert sie allerdings eine Ahndung derartiger Verbrechen. Denn Strafe und Strafrecht im weitesten Sinne haben auch die Aufgabe, die wichtigsten Rechtsgüter im sozialen Zusammenleben mit einem besonders wirksamen Schutz zu versehen, indem sie das Vertrauen in die Durchsetzungskraft der Rechtsordnung stärken. Dieser Zweck wird auch durch die Bestrafung ermöglicht. Erst das Wissen darum, dass jede Straftat geahndet und die verletzte Rechtsordnung in jedem Falle wiederhergestellt wird, soll bewirken, dass der so verstandene Zweck des Strafrechts und der Strafe auch erreicht wird. Im Hinblick auf das Bedürfnis, die Unverbrüchlichkeit des Rechts zu beweisen und ganz allgemein auf das Rechtsbewusstsein der Bürger einzuwirken, gebietet somit die Generalprävention die Bestrafung von Gewaltverbrechen an politischen Flüchtlingen, eine Forderung, die im gegebenen Fall nur durch die Verhängung einer Jugendstrafe erfüllt werden konnte. 23

Allerdings folgt die **Sanktionsbemessung im Bereich des Jugendstrafrechts** – losgelöst vom allgemeinen Strafrecht – eigenen Regeln. Das JGG bestimmt ausdrücklich, dass dem Strafraum des allgemeinen Strafrechts keine Geltung zukommt (§ 18 I 3 JGG). Diese Regelung beruht darauf, dass die Strafraum des StGB sich für die primär auf die Persönlichkeit des Täters abstellende Strafbemessung im Jugendstrafrecht nicht eignen, da sie regelmäßig nach der Schwere der Tat abgestuft sind. Im Jugendstrafrecht haben wir daher einen einheitlichen Strafraum mit einer Mindeststrafe von 6 Monaten und einer Höchststrafe von regelmäßig 5, in Ausnahmefällen 10 Jahren (§ 18 I JGG), während bei Heranwachsenden, die nach materiellem Jugendstrafrecht abgeurteilt werden, die Höchststrafe allgemein 10 Jahre beträgt (§ 105 III JGG). Innerhalb dieses vorgegebenen Rahmens hat der Richter ebenso wie im allgemeinen Strafrecht die konkrete Dauer der Strafe nach pflichtgemäßem Ermessen festzusetzen, wobei er jedoch durch die spezielle Zumessungsregel des § 18 II JGG gebunden ist. Danach ist die Jugendstrafe so zu bemessen, dass die erforderliche erzieherische Einwirkung möglich ist. Allerdings ist zu beachten, dass selbst der Erziehungsgedanke, der das gesamte Jugendstrafrecht durchzieht, eine Strafdauer, die außer jedem Verhältnis zur Tatschuld steht, nicht zu rechtfertigen vermag.²⁴ Im Übrigen darf der bei der Begründung von Jugendstrafe unzulässige Gedanke der Generalprävention²⁵ im Rahmen der Strafzumessung zwar insoweit Berücksichtigung finden, als er nicht zum Erziehungszweck in Widerspruch steht.²⁶ Jedoch erscheint dann der Rückgriff auf ihn entbehrlich, da er die Sanktionsbemessung nicht zu präzisieren, geschweige selbständig zu begründen vermag. 24

Freilich können ausnahmsweise wie hier Fälle auftreten, bei denen der Täter nicht mehr zu erziehen ist. Dies wird beim 40-jährigen A der Fall sein, weil der Täter bereits eine fest gefügte, sozial integrierte Persönlichkeit ist, die sowohl die Möglichkeit als auch das Bedürfnis zur Erziehung ausschließt. Dem Fall kann aber auch eine kriminelle Karriere zugrunde liegen (Fall 5), bei der eine erzieherische Einwirkung sinnlos erscheint. Wenn dies aber durch den Vollzug der Jugendstrafe nicht mehr zu erreichen ist und demzufolge erzieherische Gesichtspunkte bei der Strafbemessung keine Bedeutung gewinnen können, ist der von den Regeln des allgemeinen Strafrechts abweichenden Sonderregelung des § 18 II JGG auch die Grundlage entzogen. Deshalb ist in derartigen Fällen auf die allgemeinen Zumessungserwägungen zurückzugreifen.²⁷ In solchen Fällen ist die Jugendstrafe allein nach den Grundsätzen des allgemeinen Strafrechts (§ 46 StGB) zu bemessen.²⁸ Bei der Entscheidung, A zu 4 Jahren Jugendstrafe zu verurteilen, konnte somit § 46 StGB Berücksichtigung finden. 25

3. Gem. §§ 41, 108 JGG sind die Verfehlungen Heranwachsender grundsätzlich von der **Jugendkammer** des Landgerichts abzuurteilen. Gem. § 103 I i. V. m. § 112 JGG besteht noch die Möglichkeit, Strafsachen gegen Jugendliche und Heranwachsende mit solchen gegen Erwachsene zur gemeinsamen Verhandlung zu verbinden, wenn eine derartige Koppelung nach der StPO (§§ 2, 3) wegen des vorliegenden Sachzusammenhangs zulässig sowie zur Erforschung der Wahrheit oder aus anderen wichtigen Gründen geboten ist. Hierzu wird in den RL zu § 103 JGG ausgeführt, dass eine Verbin- 26

²⁴ Vgl. *Schaffstein/Beulke* 2002, 158 f.; besonders *Streng* 2003, 206 f., 209 f. m. w. N.

²⁵ Siehe BGHSt 15, 224; BGH StV 1990, 505; *Böhm/Feuerhelm*, 2004, 233; *Schaffstein/Beulke* 2002, 157, 164 f., m. w. N.; ferner Fall 11.

²⁶ So im Ergebnis auch *Schaffstein/Beulke* 2002, 163 ff.; *Tröndle/Fischer* 2004, § 46 Rn. 18.

²⁷ Siehe *Böhm/Feuerhelm* 2004, 228 ff.

²⁸ *Brunner/Dölling* 2002, § 18 Rn. 17.

derung von Strafsachen gegen Jugendliche und Erwachsene zwar grundsätzlich nicht zweckmäßig sei, sie sich jedoch dann gebiete, wenn ohne sie umfangreiche Beweisaufnahmen wiederholt werden müssten. Das wäre hier sicher der Fall, falls man keine Verbindung vorgenommen hätte. Werden die Verfahren verbunden, so ist seit dem Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 grundsätzlich das Jugendgericht zuständig (§ 103 II 1 JGG). Nur die Wirtschaftsstrafkammer und die Staatsschutzkammer gehen dem Jugendgericht vor (§ 103 II 2 JGG).

II. Aufgabe 2: Was kann A gegen die Ablehnung seines Urlaubsgesuches tun und ggf. mit welchem Erfolg? Welcher Art wird die Justizvollzugsanstalt sein, in der A seine Jugendstrafe zu verbüßen hat, und warum?

27 1. Wenden wir uns zunächst der letztgenannten Frage zu, auf die uns § 92 JGG Antwort gibt.

Nach § 92 I JGG erfolgt der Vollzug der Jugendstrafe grundsätzlich in besonderen Jugendvollzugsanstalten. Er soll vor allem der Erziehung des Bestraften dienen (§ 91 JGG). Da sich bestimmte Delinquenten jedoch nach ihrem Entwicklungsstand für die jugendmäßigen Erziehungsmethoden des Jugendstrafvollzugs nicht mehr eignen, sieht § 92 II 1 JGG unter dieser Voraussetzung für die über 18-Jährigen die Möglichkeit einer Einweisung in den Erwachsenenvollzug vor. Nach Vollendung des 24. Lebensjahres soll die Jugendstrafe dann grundsätzlich nach den Vorschriften des Erwachsenenvollzugs durchgeführt werden (§ 92 II JGG).

28 Demzufolge wird A seine **Jugendstrafe in einer allgemeinen Justizvollzugsanstalt** nach den Regeln des Erwachsenenvollzugs zu verbüßen haben. Deshalb findet das StVollzG Anwendung, das im Übrigen grundsätzlich auf die Regelung des Strafvollzugs an Erwachsenen beschränkt ist. Die Anwendbarkeit des StVollzG erstreckt sich auch auf die Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer bei Anträgen auf gerichtliche Entscheidung (§§ 109 ff. StVollzG). Denn innerhalb einer Vollzugsanstalt sollten nicht verschiedene Gerichte für die Entscheidung gleichartiger Vollzugsfragen zuständig sein.²⁹

29 2. Gem. § 13 I i. V. m. § 11 II StVollzG können einem Gefangenen bis zu 21 Kalendertage Urlaub pro Jahr gewährt werden, wenn nicht zu befürchten ist, dass sich der Gefangene dem Vollzug entziehen oder die Vollzugslockerung zu Straftaten missbrauchen wird. Durch diese Kann-Vorschrift des § 13 I StVollzG wird zwar – selbst wenn die Befürchtungen des § 11 II StVollzG fehlen – ein Rechtsanspruch des Gefangenen auf Urlaub nicht begründet, wohl aber besteht ein Recht darauf, dass der Gefangene auf seinen Urlaubsantrag einen ermessensfehlerfreien Bescheid erhält.³⁰

30 Hiervon kann aber keine Rede sein, wenn wie bei A ein Urlaubsgesuch vom Anstaltsleiter bereits als unzulässig zurückgewiesen wird. Seinen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung kann der betroffene Gefangene sowohl im Beschwerdeweg (§ 108 StVollzG) als auch durch einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 109 StVollzG verfechten.

31 Eine Vornahmeklage nach § 113 StVollzG kommt hier nicht in Betracht. Die „Maßnahme“, die A begehren kann, ist nicht etwa die Gewährung von Urlaub, sondern nur der Erlass einer diesbezüglichen (Ermessens-)Entscheidung. Der Anstaltsleiter hat die begehrte Entscheidung vorgenommen, wenn auch ablehnend. Dagegen kann A sofort mit einem Verpflichtungsantrag gem. § 109 I 2 StVollzG vorgehen. § 113 StVollzG regelt nur die Frage, wann der Antragsteller bei Unterlassen einer Maßnahme nach § 109 StVollzG tätig werden kann.

32 Allerdings kann das Landesrecht vorsehen, dass der Antrag nach § 109 StVollzG erst nach einem vorangegangenen Vorverfahren gestellt werden kann (§ 109 III StVollzG), eine Ermächtigung, von der verschiedene Länder Gebrauch gemacht haben.³¹ Da der Weg des § 108 StVollzG, eine an den Anstaltsleiter gerichtete Beschwerde, nicht viel Erfolg verspricht, wenn dieser bereits einmal eine ablehnende Entscheidung getroffen hat, empfiehlt sich für A, ggf. nach dem erforderlichen Vorverfahren, ein sofortiges Vorgehen nach § 109 StVollzG. Die Strafvollstreckungskammer wird allerdings unter Aufhebung des fehlerhaften Erstbescheids die Entscheidung in der Sache an die Vollzugsbehörde, d. h. den Anstaltsleiter, zurückverweisen. Ob damit ein Erfolg dergestalt verbunden ist, dass As Urlaubs-

²⁹ BGHSt 29, 33.

³⁰ Böhm 1986, 163; Kaiser/Schöch 2003, 160, 241 f.

³¹ Dazu BVerfG NJW 1976, 36.

gesucht entsprechen wird, muss im Hinblick auf den Ermessensspielraum des Anstaltsleiters im Rahmen des § 13 StVollzG jedoch zumindest als zweifelhaft erscheinen.

III. Aufgabe 3: Muss die Anstaltsleitung dem Antrag des A, nicht weiter mit einem Sicherungsverwahrten in einer Zelle untergebracht zu werden, entsprechen?

Nach § 140 I StVollzG wird die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung, deren Vollzug sich z. T. wesentlich von dem einer Freiheitsstrafe unterscheidet (vgl. §§ 129 ff. StVollzG), **grundsätzlich in getrennten Anstalten oder getrennten Abteilungen** einer für den Vollzug von Freiheitsstrafe bestimmten Anstalt **vollzogen**. Für eine gemeinsame Unterbringung eines Strafgefangenen mit einem Sicherungsverwahrten in einer Zelle ist daher kein Raum, nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass den schädlichen Folgen des Freiheitsentzuges entgegenwirkt werden muss (§ 3 II StVollzG). Denn diese Aufgabe des Vollzugs kann überhaupt nur dann befriedigend gelöst werden, wenn die Gefangenen klassifiziert, sorgfältig ausgewählt und zur Vermeidung von krimineller Infektion differenziert untergebracht werden, die Harmloseren geschieden von den Gefährlicheren und die Erstbestraften von den Rückfälligen.³² Daher muss dem Antrag des A auf „Verlegung“ aus der gemeinsamen Zelle mit einem Sicherungsverwahrten stattgegeben werden (zur Unterbringung im Übrigen §§ 18, 201 Nr. 3 StVollzG). **33**

IV. Aufgabe 4: Treffen die Erwägungen des A zu und welche Konsequenzen hätte dies? Was kann und was muss die Anstaltsleitung tun? Wer ist für die Entscheidung zuständig?

1. Mit In-Kraft-Treten des StVollzG wurde der Gedanke der Resozialisierung von Straftätern, der seit langem die Diskussion um die Reform des Strafvollzuges beherrscht hatte, zum **Vollzugsziel**. Denn wie § 2 S. 1 StVollzG bestimmt, soll der Gefangene im Vollzug der Freiheitsstrafe befähigt werden, künftig ein Leben in sozialer Verantwortung ohne Straftaten zu führen, was in einem Klammerzusatz ausdrücklich als Vollzugsziel gekennzeichnet wird. Ein planvoller Behandlungsvollzug ist dabei als Mittel zur Erreichung dieses Zieles vorgesehen. **34**

Da die **Strafzumessung** allerdings primär am Gedanken des Schuldausgleichs ausgerichtet ist – nach § 46 I 1 StGB ist die Schuld des Täters Grundlage der Strafzumessung, so dass spezial- oder generalpräventive Zwecke nur in dem dadurch vorgegebenen Rahmen berücksichtigt werden können –, folgt die Strafe demnach bei der Strafbemessung einem anderen Hauptziel als im Strafvollzug. Hieraus kann sich ein **Zielkonflikt** ergeben, wenn sich die Schuldstrafe im Hinblick auf die Resozialisierung als zu kurz oder zu lang erweist.³³ **35**

Da aber durch die Strafrechtsreform im Wege der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Strafaussetzung zur Bewährung auch bei der Strafzumessung eine verstärkte Berücksichtigung spezialpräventiver Erwägungen möglich geworden und darüber hinaus eine nachträgliche Korrektur durch eine Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung nicht ausgeschlossen ist, reduziert sich das **Problem** aus empirisch-kriminologischer Sicht auf **wenige Fallgruppen**. Bei den für eine Resozialisierung in Betracht kommenden Langstrafigen ist neben dem Kreis der „Lebenslänglichen“ sowie der Konflikttäter mit schweren Delikten und neben einigen Verkehrstätern (bei Freiheitsstrafen über sechs Monaten aus generalpräventiven Gründen) auch an politisch motivierte Gewalttäter mit langjährigem Freiheitsentzug zu denken. **36**

Wenn A mit Recht von sich behauptet, er habe bis zu seiner Verhaftung ein völlig sozial integriertes Leben geführt, so dass von daher **Resozialisierungsbemühungen** bei ihm praktisch gegenstandslos seien, gilt dies nicht für ihn allein, sondern für die Täter solcher Gewaltverbrechen ganz allgemein. Aus dieser Tatsache aber – wie A – zu schließen, dass in derartigen Fällen die Unterbringung im Strafvollzug sowohl dem Strafzweck als auch dem erklärten Ziel des Vollzuges widerspreche, was zur Folge haben müsste, dass bei Straftaten von Mauerschützen nicht auf Freiheitsstrafe erkannt werden **37**

³² Kaiser/Schöch 2003, 258 ff.

³³ Vgl. Kaiser/Schöch 2003, § 6 Rn. 29 ff. sowie Fall 15, Rn. 1 ff.

dürfte, ist verfehlt. Denn – wie bereits ausgeführt – ist bei solchen Konflikttätern die Verhängung von Freiheitsstrafe im Hinblick auf die Notwendigkeit erforderlich, die Unverbrüchlichkeit des Rechts zu erweisen.

- 38** Zwar scheint das Vollzugsziel der Resozialisierung gegen eine Unterbringung von sozialintegrierten Delinquenten in dem stationären Vollzug zu sprechen. Es fragt sich jedoch, ob sich diese **Inkongruenz** bei näherer Betrachtung nicht **lösen** lässt, indem man versucht, den Strafvollzug an den fraglichen Tätern mit dem Vollzugsziel der Resozialisierung zu vereinbaren. Versteht man unter dem Vollzugsziel auch, den Strafvollzug menschenwürdig auszugestalten und das Leben im Vollzug so weit wie möglich den allgemeinen Lebensverhältnissen anzugleichen (§ 3 I StVollzG), ist diese Zielsetzung auf eine befriedigende Art und Weise zu erreichen.³⁴ Damit steht auch unter Beachtung des § 2 S. 1 StVollzG dem Vollzug der gegen A verhängten Jugendstrafe kein unüberwindliches Hindernis entgegen.
- 39** 2. Darin, dass A vorträgt, er müsse zumindest auf Bewährung sofort aus dem Vollzug entlassen werden, kann man jedoch einen **Antrag auf bedingte Entlassung** sehen, der nach allgemeinem Strafrecht gem. §§ 57 StGB, 454 I StPO und im Jugendstrafrecht nach § 88 JGG zulässig ist. Einschlägig im gegebenen Fall ist die Regelung des JGG, welche die Voraussetzungen für eine Aussetzung des Strafrestes bei Jugendstrafen normiert. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Strafe selbst nach § 92 II JGG entsprechend den Vorschriften des Erwachsenenvollzuges zu vollziehen ist. Denn § 92 II 3 JGG bezieht sich allein auf den Vollzug, berührt aber Vollstreckungsentscheidungen – um solche handelt es sich bei der bedingten Entlassung – nicht.
- 40** Nach § 88 I und II JGG kommt bei Jugendstrafen von mehr als einem Jahr die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung dann in Betracht, wenn der Verurteilte mindestens ein Drittel seiner Strafe verbüßt hat und darüber hinaus die Strafrestausssetzung im Hinblick auf die Entwicklung des Heranwachsenden, auch unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit, verantwortet werden kann. Damit weicht die Regelung des § 88 JGG vor allem hinsichtlich der Mindestdauer der Teilverbüßung beträchtlich von jener des § 57 StGB ab, weil danach eine Aussetzung des Strafrestes auf Bewährung im Allgemeinen erst nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafe in Betracht zu ziehen ist (§ 57 I StGB), in Ausnahmefällen nach der Hälfte (§ 57 II StGB). Somit wirkt sich die Verurteilung zu einer Jugendstrafe auch hier zugunsten des A aus, da bei der positiven Prognose hinsichtlich seines künftigen Lebenswandels in Freiheit, die in jedem Fall zu stellen ist, nach Verbüßung der Hälfte seiner Strafe die Voraussetzungen des § 88 I und II JGG unproblematisch gegeben sind. Demgegenüber erscheint bei Anwendung des § 57 StGB angesichts des Ausnahmecharakters des § 57 II eine positive Aussetzungsentscheidung zwar möglich, aber keinesfalls sicher.
- 41** Fragt man, was der Anstaltsleiter aufgrund des Entlassungsverlangens von A tun muss, so gibt uns § 88 IV JGG Antwort hierauf. Dort ist bestimmt, dass die Entscheidung über die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung vom Vollstreckungsleiter nach Anhörung des Gefangenen, des Anstaltsleiters und der Staatsanwaltschaft zu treffen ist. Deshalb muss der Anstaltsleiter den Antrag des A mit einer eigenen Stellungnahme versehen und ihn sodann an den für die Entscheidung zuständigen Vollstreckungsleiter weiterleiten. Vollstreckungsleiter ist nach Jugendstrafrecht grundsätzlich der Jugendrichter (§ 82 JGG). Im gegebenen Fall ist nach § 84 II der Jugendrichter des Amtsgerichts zuständig, dem die vormundschaftsrichterlichen Erziehungsaufgaben obliegen, da hier weder § 84 I noch § 85 II JGG einschlägig sind.³⁵
- 42** Die Zuständigkeit des Jugendrichters und nicht jene der Strafvollstreckungskammer, die nach § 462 a I und IV StPO über eine bedingte Entlassung von nach allgemeinem Strafrecht Verurteilten entscheidet, war allerdings in Fällen wie hier, wo sich A von Anfang an im Erwachsenenvollzug befindet, lange Zeit umstritten.
- 43** Jedoch hat der BGH in der bereits zitierten Entscheidung überzeugend festgestellt, dass der **Jugendrichter grundsätzlich** auch für nachträgliche Vollstreckungsentscheidungen **zuständig** bleibt, wenn eine Jugendstrafe nach § 92 II JGG im Erwachsenenvollzug verbüßt wird. Begründet wird dies in erster Linie damit, dass nach § 92 II 1 JGG die Jugendstrafe nach den Vorschriften des Strafvollzuges für Erwachsene vollzogen wird und deshalb davon auszugehen ist, dass die bisherigen Vollstreckungs-

³⁴ Eingehend *Kaiser/Schöch* 2003, § 6 Rn. 31 ff.

³⁵ Zu Letzterem BGH MDR 1978, 329, 330.

organe zuständig bleiben sollen. Darüber hinaus sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit § 92 JGG etwas an der Zuständigkeit der Vollstreckungsbehörde (nach § 82 JGG in Jugendstrafsachen der Jugendrichter, bei Erwachsenenstrafrecht nach § 451 StPO die Staatsanwaltschaft) habe ändern wollen. Demgemäß bestätigt der BGH seine Rspr.,³⁶ wonach bei einem Nebeneinander von Jugendstrafe und Freiheitsstrafe keine einheitliche Zuständigkeit für die Vollstreckung eintritt, sondern für die Vollstreckung der Jugendstrafe der Jugendrichter als Vollstreckungsleiter, für die Vollstreckung der Freiheitsstrafe die Strafvollstreckungskammer zuständig ist.³⁷

Aufgrund des durch das 1. JGGÄG v. 30. 8. 1990 eingefügten § 85 VI JGG wurde die Möglichkeit eröffnet, die Vollstreckung einer nach den Vorschriften des Strafvollzugs für Erwachsene vollzogenen Jugendstrafe an die nach den allgemeinen Vorschriften zuständige Vollstreckungsbehörde abzugeben. Hierdurch wurde das gesetzgeberische Ziel, eine einheitliche Vollstreckungsleitung während der gesamten Zeit des Vollzugs in einer Erwachsenenstrafanstalt zu erreichen, verwirklicht.³⁸ Gem. § 85 VI 1, 2. Hs. JGG ist eine einmal erfolgte Abgabe bindend. Die **Abgabe** muss jedoch für Verurteilte, die bereits das 24. Lebensjahr vollendet haben, nicht zwingend erfolgen, da es sich um eine Kann-Vorschrift handelt. Die Entscheidung liegt **im pflichtgemäßen Ermessen des Vollstreckungsleiters** und soll erfolgen, wenn der Strafvollzug voraussichtlich noch länger dauern wird und die besonderen Grundgedanken des Jugendstrafrechts unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Verurteilten für die weiteren Entscheidungen nicht mehr maßgebend sein können (§ 85 VI 1 JGG).

Diese Gesichtspunkte treffen auf den Fall des zu einer vierjährigen Jugendstrafe Verurteilten A zu, der aufgrund seines fortgeschrittenen Alters einen Entwicklungsstand erreicht hat, in welchem er mit den besonderen Maßnahmen des Jugendstrafvollzugs nicht besser gefördert werden kann. Der Vollstreckungsleiter kann die Vollstreckung demnach an die Staatsanwaltschaft abgeben. Mit der Abgabe gelten die Vorschriften des Erwachsenenstrafrechts, auch hinsichtlich der Zuständigkeit bei der Strafrestaussetzung, so dass die Strafvollstreckungskammer zuständig wäre.³⁹ Dennoch wird auch weiterhin Jugendstrafe vollstreckt, für deren Aussetzung § 88 JGG maßgebend bleibt.⁴⁰ Mit der Abgabe wandelt sich die Jugendstrafe nicht etwa in eine Freiheitsstrafe um; denn die wäre wegen des Verschlechterungsverbotens unzulässig.⁴¹

Im Ergebnis bleibt daher festzustellen, dass über die Entscheidung zur bedingten Entlassung des A der Jugendrichter zu befinden hat.

V. Aufgabe 5: Was will A mit Hinweisen auf die „Subkultur des Gefängnisses“ und das „ungünstige Beispiel“ sagen? Bringen Sie die Argumente des A in einen wissenschaftlichen Erklärungszusammenhang.

Die Argumente des A haben insofern eine Berechtigung, als sich im Strafvollzug neben der angestrebten Anpassung der Gefangenen im Wege der Neu- oder Wiedersozialisierung häufig noch ein weiterer, allerdings **negativer Sozialisationsprozess** vollzieht. In dessen Verlauf gleicht der Gefangene, der vor der Notwendigkeit steht, einen für ihn erträglichen Platz in der Gefängnisgesellschaft zu suchen, seine Einstellungen und Verhaltensweisen mehr oder weniger an die in der Anstalt herrschenden Normen und Wertvorstellungen an. Denn dieses sowohl von den Gefangenen als auch dem Rechtsstab geprägte anstaltsinterne Wertgefüge unterscheidet sich teilweise erheblich von dem allgemeinen gesellschaftlichen Wertesystem. Es stellt ein allein auf die „Gefängnisgesellschaft“ bezogenes, sozial unerwünschtes subkulturelles Wertgefüge dar. Dieses verstärkt vorhandene Abweichungstendenzen und wirkt damit dem Behandlungsziel entgegen.⁴²

Der Prozess der **allmählichen Anpassung an die Gefängniskultur** wird nach den heutigen Erkenntnissen von einem Großteil aller Gefangenen – wenn auch in unterschiedlicher Intensität – durchlau-

³⁶ BGHSt 28, 351.

³⁷ BGH NStZ 1985, 92; *Schaffstein/Beulke* 2002, 283, 286 f.; *Meier u. a.* 2003, 283.

³⁸ Vgl. BT-Drucks. 11/5829; vgl. auch *Meier u. a.* 2003, 291.

³⁹ Vgl. OLG Düsseldorf MDR 1993, 171.

⁴² *Brunner/Dölling* 2002, § 85 Rn. 14.; *P.-A. Albrecht* 2000, 406 f.

⁴¹ Hierzu *Kühn* 1992, 526 f.

⁴² *Kaiser/Schöch* 2003, 10 f., 325; *Laubenthal* 2003, 64, 93, 98 ff.

fen. Die grundsätzliche Deprivation der Haftsituation lässt nur demjenigen Chancen im Sinne der Verschaffung von Lebenserleichterungen, der die subkulturellen Regeln beherrscht und sie befolgt. Als Bezeichnung für diesen Vorgang der stärkeren oder schwächeren Übernahme der Gebräuche, Sitten und Gewohnheiten der Gefängnisgesellschaft hat inzwischen in Anlehnung an den von *Clemmer*⁴³ gewählten Terminus der „*prisonization*“ im deutschen Sprachgebrauch der Begriff der **Prisonisierung** Eingang gefunden.

- 49 Nach einer Untersuchung *Wheeler*⁴⁴ vollzieht sich der Prisonisierungsprozess bei bereits sozialisierten Straftätern in Form einer U-Kurve, d. h. bei Haftbeginn und Haftende stimmen die Insassen weitgehend mit den außerhalb der Anstalt herrschenden allgemeingesellschaftlichen Wertvorstellungen überein, während sie sich in der Mitte der Haftzeit am weitesten von den „*offiziellen*“ Normen entfernen. Dies wird – um nur eine der verschiedenen Begründungen zu nennen – von *Hoppensack*⁴⁵ damit erklärt, dass sich der Gefangene während der Mittelphase seiner Anstaltszeit am meisten von der „Außenwelt“ abgeschnitten und auf das Überleben in der „Anstaltswelt“ angewiesen sieht. Die jeweils am Anfang und Ende der Haft näher stehende „Außenwelt“ lässt die offiziellen Normen entsprechend an Kraft gewinnen.⁴⁶
- 50 Zwar werden die geschilderten Prozesse im Vollzug beobachtet. Doch wird eine Auswirkung der Prisonisierung auf die Resozialisierungschancen der Inhaftierten und insbesondere die These, die Vollzugsanstalten erwiesen sich als reine Schulen des Verbrechens – worauf wohl auch der Hinweis von A auf das ungünstige Beispiel seines Mitgefangenen B hindeuten soll –, mangels eindeutiger Untersuchungsergebnisse über deutsche Anstaltsverhältnisse zurückhaltend beurteilt.⁴⁷ Prisonisierung bedeutet nach neueren Erkenntnissen nur selten eine irreversible Haftprägung in dem Sinn, dass ein Verurteilter die Anstalt als ein ganz anderer verlässt, als er sie betreten hat. Darüber hinaus ist gegenüber zu verallgemeinernden subkulturellen Angleichungsprozessen, wie sie anfänglich vor allem im gefängnissoziologischen Schrifttum behauptet wurden, Zurückhaltung geboten. Denn bei der Interpretation von Einstellungen und Verhaltensweisen von Gefangenen muss immer **auch** deren **vorinstitutionelle Biographie Berücksichtigung** finden. Der Strafvollzug ist auch hier keinesfalls isoliert zu sehen.⁴⁸
- 51 Abschließend ist festzustellen, dass die Gefängniskultur wohl vorhandene antisoziale Einstellungen verschärfen und vertiefen kann. Auch muss der Gefangene um des psychischen Überlebens in der totalen Institution willen erhebliche Anpassungsleistungen erbringen, was ihn u. U. später für stigmatisierende Einflüsse erhöht verwundbar macht. Von einer Zwangsläufigkeit derart negativer Auswirkungen kann aber keinesfalls die Rede sein.⁴⁹

VI. Aufgabe 6: Wie ist die Rechtslage im Falle des B?

- 52 1. Aufgrund der **Regelung** des § 69 i. V. m. § 70 II 2 StVollzG kommt ein Besitzverbot für ein eigenes Rundfunkgerät eines Gefangenen praktisch nur bei Gefährdung des Vollzugszieles oder der Sicherheit und Ordnung der Anstalt in Betracht. Daher ist im Regelfall der Besitz eines Rundfunkgerätes zu gestatten. Stellt sich allerdings nachträglich heraus, dass der Gefangene diese Erlaubnis in einer das Vollzugsziel oder die Sicherheit und Ordnung der Anstalt gefährdenden Art und Weise missbraucht, kann der Hörfunkempfang vorübergehend ausgesetzt oder untersagt werden (§ 69 Abs. 1 Satz 3 StVollzG), ohne die Gestattung zu widerrufen (§ 70 III StVollzG) und das Gerät von der Anstalt bis zur Entlassung des Betroffenen in Gewahrsam zu nehmen (§ 83 II StVollzG).
- 53 2. Der Entzug des **Rundfunkgeräts** des B durch die Anstaltsleitung ist daher korrekt und von B nicht angreifbar, wenn dieser durch das Abhören des Polizeifunks seiner Resozialisierung entgegenwirkt oder Sicherheit und Ordnung der Anstalt dadurch gefährdet. Letzteres wird man annehmen

⁴³ *Clemmer* 1958, 299.

⁴⁴ *Wheeler* 1961, 697 f.

⁴⁵ *Hoppensack* 1969, 156.

⁴⁶ *Kritisch Weis* 1988, 249.

⁴⁷ Vgl. *Hoppensack* 1969, 160 ff., 171; *Harbordt* 1972, 89 ff., 94; *Laubenthal* 2003, 93, 103, 106 f.

⁴⁸ Vgl. *Kaiser/Schöch* 2003, 10 f. m. w. N.

⁴⁹ Zum Ganzen *Ortmann* 1993 a, 402 ff.

müssen. Denn B kann durch das Mithören von nicht für ihn bestimmten Mitteilungen der Polizei sich in die Lage versetzen, Sicherheit und Ordnung in der Anstalt zu stören.⁵⁰

Sind allerdings im konkreten Einzelfall die tatsächlichen Missbrauchsgefahren äußerst gering, oder lassen sie sich technisch dadurch verhindern, dass man durch Entfernung des Empfängers für den UKW- und KW-Bereich ein Abhören des Polizeifunks ausschaltet, entfallen die Voraussetzungen für einen Widerruf nach § 70 III StVollzG. Soweit sich B daher nur darum bemüht, den Besitz eines auf den Empfang von Mittel- und Langwelle beschränkten Rundfunkgeräts gestattet zu erhalten, wird ein Vorgehen nach §§ 108 f. StVollzG erfolgreich sein. Der Entzug seines Gerätes mit UKW- und KW-Empfangsbereich kann jedoch von B keinesfalls mit Erfolg angegriffen werden, wenn wie hier eine missbräuchliche Verwendung festgestellt wurde.

3. Was nun das **Funkgerät** betrifft, so war dieses schon deshalb aus Bs Besitz zu entfernen, da Gefangene nach § 83 II StVollzG nur Sachen in Gewahrsam haben dürfen, die ihnen von der Vollzugsbehörde oder mit deren Zustimmung überlassen worden sind. Davon kann bei einem verborgenen Funkgerät nicht die Rede sein. Im Übrigen sind bei einem derartigen Gerät die Voraussetzungen für eine Gestattung des Besitzes nach § 70 StVollzG auch keinesfalls gegeben. Denn dadurch könnte außer der Planung von Ausbrüchen und Straftaten auch deren Durchführung vom Vollzug aus geleitet werden, was neben einer Gefährdung von Sicherheit und Ordnung der Anstalt vor allem auch die Erreichung des Vollzugsziels illusorisch werden ließe. Dies zeigt der Fall des B, der sich aufgrund einer Verurteilung wegen Zuhälterei im Vollzug befindet und durch Funkkontakt mit einigen Prostituierten die Zuhälterei praktisch von der Zelle aus weiter betreibt. Damit sind jegliche Resozialisierungsbemühungen im Vollzug von vornherein zum Scheitern verurteilt. Die Beschlagnahme des Funkgeräts ist daher rechtens und von B nicht mit Erfolg anzugreifen. **54**

4. Damit stellt sich nur noch die Frage, ob B auch das **Buch von Ehebald „Patient oder Verbrecher“** von der Anstaltsleitung mit Recht vorenthalten wird. Einschlägig zur Lösung dieser Frage ist wiederum § 70 I i. V. m. II StVollzG. Danach ist den Gefangenen der Besitz von Büchern und anderen Gegenständen zur Fortbildung und Freizeitbeschäftigung in angemessenem Umfang zu gestatten. Allerdings besteht die bereits genannte Einschränkung, dass das Ziel des Vollzugs und/oder Sicherheit und Ordnung der Anstalt nicht gefährdet werden dürfen und darüber hinaus der Besitz auch nicht mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist. Letzteres ist hier nicht der Fall, so dass allenfalls das Vollzugsziel oder Sicherheit und Ordnung der Anstalt zur Begründung der Vorenthaltung des genannten Buches herangezogen werden können. Da aber bei einem Einbehalten dieses Taschenbuchs die Einschränkungsgünde – von Sonderfällen mit konkreter Gefährdungslage einmal abgesehen, wofür hier nichts spricht – überstrapaziert werden, steht einer Aushändigung von „Patient oder Verbrecher“ an B grundsätzlich nichts entgegen. An der Rspr. vor In-Kraft-Treten des StVollzG, die gerade für das Buch „Patient oder Verbrecher“ ein Besitzverbot ausgesprochen hatte,⁵¹ kann nicht mehr festgehalten werden. **55**

⁵⁰ Vgl. OLG Hamburg MDR 1972, 347; weitere Rechtsprechungsnachweise bei *Kaiser/Schöch* 2003, 204 f.; *Callies/Müller-Dietz* 2005, § 69 Rn. 3; *Arloth u. a.* 2004, § 70 Rn. 4 f.

⁵¹ Vgl. OLG Nürnberg VollzD 1975, 3, 11; krit. *Kaiser/Schöch* 2003, 201; *Callies/Müller-Dietz* 2005, § 70 Rn. 1 f.; *Arloth u. a.* 2004, § 70 Rn. 6.

15. Zielkonfliktsfall

Zielkonflikte im Strafvollzug – Vollzugsziel – Sicherungsaufgabe – Vollzugsgrundsätze – Garantstellung des Anstaltsleiters – Strafvereitelung bei Vollzugstaten – Mitwirkungsbereitschaft – Urlaub – Arbeitspflicht – Besuchsverkehr – Besuchsüberwachung – Disziplinarmaßnahmen

Grundlage: Praktische Fälle, überwiegend in Anlehnung an gerichtliche Entscheidungen

Aufgabe: Dem Anstaltsleiter einer größeren Justizvollzugsanstalt liegen verschiedene Fälle zur Entscheidung vor. Der während seiner Wahlstation in der Anstalt tätige Referendar R erhält den Auftrag, ein Rechtsgutachten zu den einzelnen Fragen zu erstellen und darüber hinaus einen praktischen Entscheidungsvorschlag zu machen, bei dem möglichst auch Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte und kriminologische Aspekte berücksichtigt werden sollten.

- Zur Problemstellung:** Bei der Anwendung des StVollzG ergeben sich interessante Rechtsfragen und Probleme des Ermessensgebrauchs, bei denen juristische Auslegungsmethoden, straftheoretische Grundprobleme und kriminologische Aspekte zu berücksichtigen sind. Die folgenden Fälle lassen sich nicht allein aufgrund einzelner Normen über Rechte und Pflichten der Gefangenen entscheiden, sondern erfordern auch eine Berücksichtigung des Vollzugsziels und der Zielkonflikte im Strafvollzug.¹ Vergleichbare Entscheidungen zu dem seit 1. 1. 1977 geltenden StVollzG sowie neuere Erfahrungen aus dem Vollzugsalltag lassen erkennen, dass bei vielen konkreten Entscheidungen immer wieder die Grundfragen des Vollzugs bedacht werden müssen.

I. Fall 1: Der 32-jährige Gefangene T verbüßt seit 10 Jahren eine Gesamtfreiheitsstrafe von 14 Jahren wegen eines Verbrechens des Totschlags in Tatmehrheit mit einem gemeinschaftlich begangenen Verbrechen der versuchten schweren räuberischen Erpressung. Das Strafende ist in vier Jahren vorgemerkt. Zwei Drittel der Strafe waren am 15. 3. dieses Jahres verbüßt; die Vollstreckung des letzten Drittels der Strafe wurde nicht zur Bewährung ausgesetzt.

Am 15. 11. beantragte der Verurteilte, dem im April dieses Jahres erstmals Ausgang und im Juni erstmals Urlaub gewährt worden war und der bis zum Zeitpunkt der Antragstellung insgesamt 16 Tage Regelurlaub erhalten hatte, die Bewilligung von 5 Tagen Urlaub für die Zeit vom 24. 12. bis zum 28. 12. dieses Jahres.

Wegen der besonderen Bedeutung des Falles wird der Antrag – wie schon bei der Erstbeurlaubung – nochmals in der Anstaltskonferenz (§ 159) erörtert. Dabei werden von mehreren Teilnehmern Bedenken dagegen geäußert, dem T bereits im ersten Jahr der Beurlaubung den vollen Regelurlaub von 21 Tagen zu gewähren, da er eine besondere Schwere der Schuld auf sich geladen habe. Zwar bestehe zur Zeit keine Missbrauchs- bzw. Fluchtgefahr, jedoch müsse T, der trotz guter Ausbildungs- und Arbeitsleistungen während des Strafvollzugs wegen seines aufbrausenden Wesens im Alltag oft nur schwer zu ertragen sei, noch besser lernen, mit Frustrationen umzugehen und seine Schuld zu verarbeiten. Ein nachdrücklicher Strafvollzug ohne Ausschöpfung aller Lockerungsmöglichkeiten diene dem Schuldausgleich und der Sühne, und diese Strafzwecke dürften neben der Resozialisierung auch bei Ermessensentscheidungen im Strafvollzug berücksichtigt werden.

Darf der Anstaltsleiter den Urlaub mit dieser Begründung ablehnen?²

1. Nach § 13 I kann ein Gefangener bis zu 21 Tagen in einem Jahr aus der Haft beurlaubt werden.

Neben diesem sog. **Regelurlaub** kennt das StVollzG drei weitere Formen des Urlaubs: Sonderurlaub zur Entlassungsvorbereitung bis zu einer Woche (§ 15 III), Sonderurlaub für Freigänger (§ 15 IV), Urlaub aus wichtigem Anlass bis zu sieben Tagen (§ 35)

¹ Vgl. *Schöch* 2002, § 6 Rn. 36 ff.

² Fall in Anlehnung an OLG Nürnberg NStZ 1984, 92 f.; dazu auch OLG Karlsruhe JR 1978, 213 ff.; OLG Frankfurt SH ZfStrVo 1979, 28 ff.; BVerfGE 64, 261 ff. m. abw. Meinung *Mabrenholz*, 285 ff.; OLG Stuttgart NStZ 1984, 525 ff. m. Anm. *Müller-Dietz*.

Urlaub aus der Haft ist eine speziell geregelte Vollzugslockerung, die es dem Gefangenen ermöglichen soll, persönliche Beziehungen zu nahe stehenden Personen aufrechtzuerhalten und sich unter normalen Lebensbedingungen zurechtzufinden. Da der Gefangene während des Urlaubs völlig frei und unbeaufsichtigt ist, handelt es sich um eine therapeutisch wertvolle Bewährungsprobe und Entlassungsvorbereitung, zugleich um eine Maßnahme, die geeignet ist, den schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs entgegenzuwirken (vgl. § 3).

Da T keine besonderen Gründe geltend macht, handelt es sich um einen Antrag auf Gewährung eines Teils des Regelurlaubs. Nach § 13 I 2 i. V. m. § 11 II kann Urlaub gewährt werden, wenn nicht zu befürchten ist, dass der Gefangene sich dem Vollzug der Freiheitsstrafe entziehen oder den Urlaub zu Straftaten missbrauchen werde. 3

Obwohl die Rechtsprechung der Vollzugsbehörde bei der Prüfung dieser Tatbestandsvoraussetzungen für alle Lockerungsentscheidungen (§ 11 II) einen Beurteilungsspielraum zugesteht (→ Fall 16, Rn. 6 ff.), wäre hier nach den klaren Vorgaben des Sachverhalts eine Bejahung der Flucht- oder Missbrauchsgefahr fehlerhafte Rechtsanwendung. Weder begründet das aufbrausende Wesen des T im Zusammenhang mit Vollzugsentscheidungen die Gefahr der Flucht oder der Begehung neuer Straftaten, noch ist die Schuldverarbeitung ein Gesichtspunkt, der bereits bei den Voraussetzungen des Urlaubs berücksichtigt werden darf. Soweit die Vollzugsverwaltungen einiger Bundesländer³ Richtlinien zur weitgehenden Berücksichtigung der **Schwere der Schuld** bei Lockerungsentscheidungen erlassen haben, handelt es sich nicht um Auslegungsrichtlinien für die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 11 II, sondern um Ermessensrichtlinien, die – ebenso wie sonstige Strafzweckerwägungen – allenfalls das **Rechtsfolgeermessen** betreffen.

Obwohl hier also die Voraussetzungen für die Gewährung von Urlaub unstreitig vorliegen, hat T, da § 13 I eine Kann-Vorschrift ist, **keinen Anspruch auf Urlaub**, sondern nur ein **Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch**. Die Ermessensausübung kann nach § 115 V gerichtlich überprüft werden.

2. Im Rahmen der **Ermessensentscheidung** des Anstaltsleiters nach § 13 I, bei der alle wesentlichen Umstände des Einzelfalles abzuwägen sind, stellt sich die Frage, ob neben den in §§ 2, 3 geregelten Aufgaben und Gestaltungsmaximen des Vollzugs auch die Gesichtspunkte des **gerechten Schuldausgleichs** und der **Sühnefunktion der Strafe** berücksichtigt werden dürfen.⁴ Einige Oberlandesgerichte⁵ halten dies für zulässig, um den **Zielkonflikt zwischen materiellen Strafzwecken und Vollzugszielen** zu überwinden. Bei der internen Ausgestaltung des Vollzugs stehe zwar das Vollzugsziel im Vordergrund, bei Maßnahmen, die – wie der Urlaub – nach außen wirkten und einer Strafunterbrechung nahe kämen, müsse aber der Gedanke des Schuldausgleichs und der Strafzweck der Sühne einen breiteren Raum einnehmen.⁶ 4

Zunächst wurde dies auf nationalsozialistische Gewaltverbrechen mit lebenslanger Freiheitsstrafe beschränkt, deren besondere Problematik auch den beiden Verfassungsbeschwerden zugrunde lag, bei denen das **Bundesverfassungsgericht** 1983 feststellte, dass diese Auslegung „von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden“ sei, ohne sich allerdings mit der Richtigkeit der Gesetzesauslegung zu befassen.⁷ Diese Entscheidung kann daher nicht so interpretiert werden, als sei die Berücksichtigung der anderen Strafzwecke sogar verfassungsrechtlich geboten, um einen „Bruch“ zwischen Verhängung der Strafe und ihrem Vollzug zu vermeiden. Vielmehr hat das BVerfG die Frage einer entsprechenden Verpflichtung ausdrücklich offen gelassen.⁸

Gleichwohl beriefen sich in der Folgezeit einige Landesjustizverwaltungen und Oberlandesgerichte auf das BVerfG, um eine noch weitergehende Berücksichtigung anderer Strafzwecke zu rechtfertigen. So wurde der Kreis 5

³ Baden-Württemberg und Bayern (s. u. Rn. 5).

⁴ Exemplarisch für die intensive Diskussion: *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 2 Rn. 8 ff.; *Schöch* 2003, § 6 Rn. 31 ff.

⁵ Bejahend OLG Karlsruhe NStZ 1989, 247; OLG Nürnberg NStZ 1984, 92 f.; OLG Stuttgart NStZ 1987, 430 ff. m. abl. Anm. *Schüler-Springorum* und *Funck*; eingeschränkt OLG Hamm VollzD 1985, 6, 13 ff.; bejahend ursprünglich auch OLG Frankfurt (NStZ 1983, 140 ff.), das seine Ansicht mittlerweile jedoch geändert hat (NStZ 2002, 53 m. krit. Anm. *Arloth*, NStZ 2003, 280); die übrigen 14 Oberlandesgerichte hatten noch keine Gelegenheit, sich mit dieser Frage zu befassen, da die Mehrheit der Vollzugsverwaltungen auf Sühneaspekte bei der Entscheidung über Vollzugslockerungen verzichtet.

⁶ OLG Karlsruhe JR 1978, 213 ff. m. abl. Anm. *Peters*; ähnlich *Arloth* 1988, 330 „Maßnahmen mit Außenwirkung“; *S/B-Ullenbruch* 2005, § 11 Rn. 3: bei faktischen Lockerungen gem. §§ 10, 11, 13, 35.

⁷ BVerfGE 64, 261; kritisch dazu Sondervotum *Mahrenholz* (S. 285 ff.) wegen Verstoßes gegen das Strafvollzugsgesetz und damit gegen die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 II GG).

⁸ BVerfGE 64, 261, 275.

der betroffenen Gefangenen von den NS-Tätern auf andere zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilte Gefangene⁹ sowie auf Gefangene mit zeitigen Freiheitsstrafen¹⁰ ausgedehnt. Auch spielten die allgemeinen Strafzwecke nicht mehr nur bei Urlaubsentscheidungen (§§ 13, 35),¹¹ sondern auch bei der Verlegung in den offenen Vollzug (§ 10)¹² sowie bei Entscheidungen über Vollzugslockerungen (§ 11)¹³ eine Rolle. Als berücksichtigungsfähiger Strafzweck wurde außer dem Schuldausgleich und der Sühne auch der Gedanke der Generalprävention (Verteidigung der Rechtsordnung) genannt.¹⁴ Baden-Württemberg und Bayern ordneten in allgemeinen Verwaltungsrichtlinien an, dass sowohl bei den Vollzugslockerungen als auch bei den Urlaubsentscheidungen „die Schwere der Tatschuld des Gefangenen sowie die mit der Verhängung einer Freiheitsstrafe verfolgten Zwecke“ zu berücksichtigen seien.¹⁵ Eine entsprechende Gesetzesinitiative, die 1987 als zusätzliche Kriterien für Vollzugsentscheidungen in den §§ 2, 3, 4, 10, 11 und 13 die Berücksichtigung der Schwere der Tatschuld und der Verteidigung der Rechtsordnung verankern sollte, ist an der überwältigenden Mehrheit der Länder im Bundesrat gescheitert.¹⁶

- 6 Hieraus ergibt sich, dass nicht nur die herrschende Meinung in der **Literatur**,¹⁷ sondern auch die **überwiegende Strafvollzugspraxis** in den Ländern **Schuldausgleichsaspekte bei Lockerungsentscheidungen ausschließt**. Der Gesetzgeber hat sich nämlich in § 2 im Gegensatz zu früheren Vollzugszielbestimmungen (zuletzt Nr. 57 DVollzO) bewusst gegen eine Vereinigungsformel ausgesprochen und Sühne und Abschreckung als Vollzugsziele unmissverständlich ausgeschlossen, weil das rational nicht kontrollierbare Nebeneinander mehrerer Vollzugsziele – wie die frühere Praxis gezeigt hat – eine einheitliche Anwendung des Vollzugsrechts und ein Resozialisierungsfreundliches Klima in den Justizvollzugsanstalten gefährdet. Die nach § 2 verbleibende Antinomie zwischen dem vorrangigen Vollzugsziel der Resozialisierung und der Aufgabe des Schutzes vor weiteren Straftaten¹⁸ bereitet geringere Schwierigkeiten, weil sich die Sicherungsbedürfnisse klarer eingrenzen lassen als die sich aus den Strafzwecken der Sühne und Abschreckung ergebenden Anforderungen.
- 7 Dieser eindeutige Ausschluss des Strafzwecks der Sühne durch das StVollzG und dessen bewusste Orientierung an der künftigen Wiedereingliederung des Verurteilten kann nicht dadurch umgangen werden, dass Schuldeinsicht und Schuldverarbeitung durch den Gefangenen als Voraussetzung des Schutzes vor weiteren Straftaten oder als innere Rechtfertigung der Resozialisierung definiert werden. Sühne ist zwar eine mögliche oder gar wünschenswerte, aber keine notwendige Voraussetzung für ein künftiges Leben ohne Straftaten.¹⁹ Darüber hinausgehende **Schein-Harmonisierungen zwischen Sühne und Spezialprävention** führen stets zu Abstrichen von einem konsequenten Resozialisierungsvollzug, für den sich das StVollzG nun einmal entschieden hat.
- 8 3. Für den Urlaub lässt sich auch keine besondere Doppelnatur in der Weise konstruieren, dass man ihn als nach außen wirkende oder strafunterbrechungähnliche Vollzugsmaßnahme bezeichnet, bei welcher der strafrechtliche Sühnezweck wieder aufleben müsse²⁰ oder der Resozialisierungsgedanke kein Übergewicht habe.²¹ Der Urlaub ist vielmehr ein wesentlicher Teil des Behandlungsprogramms i. S. des § 7²² und eine therapeutisch wertvolle Bewährungsprobe vollzugsrechtlicher Natur, die **keine Strafunterbrechung** bewirkt (§ 13 V). Auch aus §§ 14, 60 ergibt sich, dass der Strafvollzug während des Urlaubs nicht aufgehoben ist.

⁹ OLG Nürnberg ZfStrVo 1980, 122.

¹⁰ OLG Frankfurt NStZ 1983, 140; OLG Nürnberg NStZ 1984, 92.

¹¹ OLG Karlsruhe NStZ 1989, 247.

¹² OLG Frankfurt NStZ 1983, 140; ZfStrVo 1984, 373 (375).

¹³ OLG Stuttgart NStZ 1984, 525; StV 1985, 466 (467); OLG Celle ZfStrVo 1984, 251 (252); diese Entscheidungen betrafen den Ausgang (§ 11 Abs. 1 Nr. 2), der letztlich gewährt wurde.

¹⁴ OLG Frankfurt NStZ 1983, 140: Verlegung eines Gewalttäters (u. a. Vergewaltigung) in den offenen Vollzug; OLG Stuttgart NStZ 1984, 525 (526): sog. Konflikttäter mit lebenslanger Freiheitsstrafe.

¹⁵ Baden-Württemberg 1985, Bayern 1987; Nachweise bei *Schöch* 2003, § 6 Rn. 36 (Fn. 88, 89).

¹⁶ *Schüler-Springorum* 1989 a, 63, 65.

¹⁷ *Schöch* 2002, § 6 Rn. 39 ff.; *Mahrenholz*, BVerfGE 64, 287 ff.; *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 2 Rn. 8; § 13 Rn. 22; *AK-Feest/Lesting* 2000, § 2 Rn. 3 f., § 11 Rn. 59 f.; *Laubenthal* 2003, Rn. 184 ff.; *S/B-Böhm* 2005, § 2 Rn. 6 (anders nur bei lebenslanger Freiheitsstrafe); a. A. *Arloth* 1988, 421 ff., 1990, 330; *Arloth/Lückemann* 2004, § 2 Rn. 3; *S/B-Ullenbruch* 2005, § 11 Rn. 3.

¹⁸ S. dazu *Kudlich* 2003, 704.

¹⁹ *Schöch* 2002, § 6 Rn. 45 m. w. N.; zust. *Arloth/Lückemann* 2004, § 2 Rn. 8, die zutreffend darauf hinweisen, dass das Vorliegen von Schuldeinsicht und Schuldverarbeitung aber durchaus positiven Einfluss auf Lockerungsentscheidungen haben können.

²² So aber OLG Karlsruhe NStZ 1989, 247; *Arloth* 1988, 422 ff.; 1990, 330 f.

²¹ So BVerfGE 64, 261, 276 f.: befristete Aufhebung.

²² Vgl. OLG Saarbrücken SH ZfStrVO 1978, 5; OLG München ZfStrVO 1978, 183.

Soweit der **besondere Schuldgehalt** der zugrunde liegenden Straftaten Ausnahmen gebietet, ist dies vom Gesetzgeber abschließend in der Weise berücksichtigt worden, dass bei lebenslanger Freiheitsstrafe eine Beurlaubung erst nach einer Vollzugsdauer von 10 Jahren möglich ist (§ 13 III). Darüber hinaus wird die Tatschuld weder beim Urlaub noch an einer anderen Stelle des StVollzG berücksichtigt. Auch bei „Lebenslänglichen“ gilt das Vollzugsziel der Resozialisierung (§ 2) uneingeschränkt.²³ Besondere Bedeutung erlangen hier die allgemeinen Grundsätze für die Gestaltung des Vollzugs.²⁴

Selbst im materiellen Strafrecht wird bei Entscheidungen, die sich auf die Strafvollstreckung beziehen (§§ 57, 67 d II StGB), überwiegend auf spezialpräventive Gesichtspunkte abgestellt. Gerade aus der **Gegenüberstellung von § 57 und § 57 a StGB** ergibt sich schließlich, dass die Schwere der Schuld des Verurteilten nur ausnahmsweise, nämlich wenn wegen der absoluten Strafdrohung der §§ 211 Abs. 1, 220 a Abs. 1 StGB eine Erhöhung des Strafmaßes ausgeschlossen ist,²⁵ bei der Aussetzung des Strafrestes berücksichtigt werden darf. Wäre demgegenüber die Auffassung der Rechtsprechung richtig, würde dies zu dem ungereimten Ergebnis führen, dass bei Verbüßung von zeitigen Freiheitsstrafen die Schuldschwere zwar bei Vollzugsmaßnahmen, nicht aber bei der gewichtigeren Entscheidung über die Aussetzung des Strafrestes berücksichtigt werden könnte. Die Schwere der Schuld i. S. des § 57 a StGB kann bei Lockerungsentscheidungen der JVA nur in den Fällen lebenslanger Freiheitsstrafe mittelbar relevant werden, da die verbleibende Vollzugsdauer bei der Beurteilung der Missbrauchsgefahr i. S. des § 11 Abs. 2 zu berücksichtigen ist.²⁶ Das BVerfG mahnt aber insoweit zu größter Zurückhaltung bei der Beurteilung durch die JVA oder die Strafvollstreckungskammer, solange die Entscheidung einer Schwurgerichtskammer noch nicht vorliegt.²⁷

Folgt man dieser überzeugend begründeten Mehrheitsmeinung in der Literatur und in der Vollzugspraxis, so verstößt die Berücksichtigung der Schuldschwere und Sühne bei der Entscheidung über den Urlaub gegen § 2 und ist daher ermessensfehlerhaft. Zwar könnte der Anstaltsleiter bei der Ermessensentscheidung über die Urlaubsgewährung auch organisatorische und ausbildungsbezogene Gesichtspunkte berücksichtigen.²⁸ Obwohl hier solche Begründungen nicht ersichtlich sind, kann man eine „Ermessensreduzierung auf null“²⁹ nicht ohne nähere Kenntnis aller Vollzugsbelange bejahen, weshalb im Falle einer gerichtlichen Entscheidung praktisch immer nur ein Bescheidungsbeschluss gemäß § 115 IV 2 ergeht.³⁰

II. Fall 2: Der Anstaltsleiter A hat einen Gefangenen, der wegen Sexualmordes an einer Prostituierten zu 15 Jahren Freiheitsstrafe mit anschließender Sicherungsverwahrung verurteilt worden war, nicht angezeigt, obwohl dieser zwischen 1990 und 1994 gegenüber weiblichen Bediensteten und externen Mitarbeiterinnen fünf weitere Sexualstraftaten (u. a. Vergewaltigung und sexuelle Nötigung) begangen hatte. Da die Geschädigten jede öffentliche Bloßstellung vermeiden wollten, kam man überein, dass weder Strafanzeigen erstattet noch Meldungen an die Aufsichtsbehörde erfolgen sollten. Die Taten wurde erst 2000 durch den Nachfolger des A angezeigt und waren zu diesem Zeitpunkt teilweise verjährt.

Hat sich A wegen Strafvereitelung strafbar gemacht? Hat A verwaltungsrechtliche Dienstpflichten verletzt? Ist eine strafrechtliche Haftung des A für die von G begangenen Taten denkbar?

Um den G in seiner hoffnungslosen Situation zu motivieren, vereinbart A mit ihm nach dem fünften Vorfall, dass er seine Ausbildung als Koch innerhalb der Anstalt in den nächsten zwei Jahren abschließen könne und dass er dann – wenn zwischenzeitlich nichts passiere – eine Woche Urlaub erhalte. G übersteht die Probezeit und erhält Urlaub, bringt aber am vierten Urlaubstag ein 16-jähriges Mädchen um, nachdem er es zuvor sexuell missbraucht hatte.

Hat sich der Anstaltsleiter in diesem Fall strafbar gemacht?
(Ausgangsfall OLG Hamburg NStZ 1996, 102 f.)

1. Eine Strafbarkeit des A wegen **Strafvereitelung** kommt nur im Hinblick auf die in § 258 Abs. 1 StGB geregelte einfache Verfolgungsvereitelung, und zwar in der Begehungsweise des Unterlassens (§ 13 I StGB) in Betracht. Als Anstaltsleiter ist er zwar tauglicher Täter einer qualifizierten Vollstre-

²³ Vgl. auch BVerfGE 45, 187 ff.

²⁴ § 3; vgl. Schöch 2002, § 6 Rn. 60 ff.

²⁵ Verfehlt daher OLG Stuttgart NStZ 1984, 429 f.; vgl. zum Ganzen LK-Gribbohm 1993, § 57 Rn. 17, § 57 a Rn. 2, 11; SK-Horn 2001, §§ 57 a, b Rn. 7 ff.

²⁶ Siehe unten § 7, 3. und 4.; VV Nr. 4 II a zu § 13.

²⁷ BVerfG ZfStrVO 1998, 180, 181, 183.

²⁸ Böhm 2003, Rn. 282.

²⁹ Vgl. Maurer 2004, § 7 Rn. 24 f.

³⁰ Der Anstaltsleiter muss z. B. die Möglichkeit behalten, auch auf kurzfristige Persönlichkeitskrisen oder Beunruhigung der Umgebung wegen spektakulärer Lockerungsmissbräuche flexibel zu reagieren.

ckungsvereitelung im Amt gem. § 258 a I StGB, durch die Nichtanzeige neuerlicher Straftaten eines Gefangenen (sog. Vollzugstaten) ist jedoch nicht die Strafvollstreckung, sondern allein der **Bereich der Strafverfolgung** betroffen, für den A anders als beispielsweise Polizeibeamte oder Staatsanwälte (§§ 163, 152 StPO) – keine originäre dienstliche Zuständigkeit hat. § 258 a StGB in Form der qualifizierten Verfolgungsvereitelung scheidet deshalb für A aus. Es kommt also darauf an, ob A eine anderweitig zu begründende **Garantenpflicht** trifft, ihm bekannt gewordene Vollzugstaten anzuzeigen.³¹

Die mitunter schwierige Feststellung des Vereitelungserfolges, nämlich einer vollständigen Verhinderung oder „geraumen“ zeitlichen Verzögerung der Ahndung der Tat,³² bereitet im vorliegenden Fall wegen des teilweisen Verjährungseintritts bzw. der langen Zeitspanne zwischen Entdeckung und Anzeige keine Probleme. Da von der Institution Strafvollzug keine spezifische Gefahr für den in § 258 I StGB geschützten staatlichen Strafverfolgungsanspruch ausgeht und der Anstaltsleiter auch keine Herrschaft über das Anzeigeverhalten der Gefangenen und Bediensteten hat, kann sich eine Erfolgsabwendungspflicht des A nicht aus einer Überwacher-, sondern nur aus einer Beschützergarantenstellung ergeben.

- 13** Das OLG Hamburg³³ vertritt in einem Fall, dem der vorliegende Sachverhalt nachgebildet ist, die Auffassung, eine **Obhutsgarantenstellung des Anstaltsleiters für die Belange der Strafverfolgung** ergebe sich jedenfalls bei schweren Vollzugstaten aus seiner in § 156 II 2 normierten Verantwortung für die Erfüllung der in § 2 definierten Vollzugsaufgaben. Diese Herleitung einer strafbewehrten Anzeigepflicht verkennt die Reichweite der in § 2 enthaltenen Vollzugsgestaltungsmaximen und missachtet die heutigen Anforderungen an eine materielle Garantenpflichtsbegründung. Sie ist daher in der Literatur nahezu einhellig auf Ablehnung gestoßen³⁴ und auch von BGHSt 43, 82 in einer späteren Entscheidung verworfen worden, in der es um die Nichtanzeige von Straftaten des Vollzugspersonals an Gefangenen ging.
- 14** Aus der in § 2 Satz 2 festgelegten **Sicherungsaufgabe des Strafvollzugs** ergibt sich allein eine **präventive Verpflichtung** zur Verhinderung von Straftaten während der Dauer der Strafverbüßung durch entsprechende vollzugliche Maßnahmen.³⁵ Etwaige spezial- oder generalpräventive **Abschreckungseffekte** einer Strafverfolgung lassen sich darunter nicht subsumieren und würden auch keine ausreichende verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlage für eine strafbarkeitsbegründende Garantenstellung abgeben. Ebenso wenig ergibt sich aus dem in Satz 1 vorgegebenen **Vollzugsziel der Resozialisierung** eine strafrechtliche Verpflichtung, Vollzugstaten des Gefangenen aufzudecken und anzuzeigen.

Selbst wenn man der wenig praxisnahen These des OLG Hamburg folgen wollte, ein weiteres Strafverfahren sei der Behandlung des rückfälligen Gefangenen dienlich,³⁶ und auch unberücksichtigt ließe, dass die Schuld-schwere insoweit kein taugliches Differenzierungskriterium sein kann,³⁷ ergäbe sich daraus lediglich eine vollzugsrechtliche Verpflichtung zur Anzeigeerstattung. Seit der Überwindung der formellen Rechtspflichttheorie durch die materielle, nach Beschützer- und Überwachergaranten unterscheidende Funktionenlehre ist anerkannt, dass nicht jede beliebige Rechtspflicht zum Handeln unter § 13 StGB fällt, sondern nur diejenige, die dem Täter gerade zum Schutz des Rechtsgutes des jeweiligen Tatbestandes auferlegt worden ist.³⁸ Sollte der Anstaltsleiter also tatsächlich einmal aus Behandlungsgründen zur Strafanzeige von Vollzugstaten verpflichtet sein, wäre die dadurch ermöglichte Strafverfolgung lediglich ein Mittel des Resozialisierungsvollzugs; er hätte aber **keine Obhutsgarantenstellung für den staatlichen Strafverfolgungsanspruch**. Entgegen der Ansicht des OLG Hamburg, ist der Anstaltsleiter auch nicht aufgrund der „Sachnähe“ seines Aufgabenbereichs zum Schutzzweck des § 258 StGB Garant für die Strafverfolgung von Vollzugstaten.³⁹ Dem steht die klare gesetzliche Unterscheidung zwischen Verfolgungs- und Vollstreckungsvereitelung sowie der Umstand entgegen, dass Vollzugsbedienstete nicht Täter einer Verfolgungsvereitelung im Amt sein können.

- 15** Wegen der **fehlenden „Nämlichkeit des Schutzzwecks“**,⁴⁰ aber auch im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt des Art 103 II GG⁴¹ kann eine Garantenstellung des Anstaltsleiters auch nicht auf seine

³¹ Dazu umfassend Verrel 2003.

³² Vgl. Rengier 2002, § 21 Rn. 3 f.

³³ NStZ 1996, 102 f.

³⁴ Roxin 2003, § 32 Rn. 81 ff.; Lackner/Kühl 2004, § 258 Rn. 7 a; Walter 1999, Rn. 53; Verrel 2003, 599 ff.; zustimmend Kleszczewski 1996, 103 f., unklar Tröndle/Fischer 2004, § 258 Rn. 6 u. Wessels/Beulke 2004, Rn. 721.

³⁵ Schöch 2002, § 6 Rn. 21 ff.; S/B-Böhm 2005, § 2 Rn. 16; Verrel 2003, 600.

³⁶ Kritisch dazu Walter 1999, Rn. 53.

³⁷ Schöch 2002, § 6 Rn. 35.

³⁸ Tröndle/Fischer 2004, § 13 Rn. 5.

³⁹ Verrel 2003, 603 f.

⁴⁰ BGHSt 43, 86.

⁴¹ Verrel 2003, 604 ff.

durch Verwaltungsvorschriften begründete **Dienstpflicht** gestützt werden, der Aufsichtsbehörde außerordentliche Vorkommnisse unverzüglich mitzuteilen (VV Nr. 3 zu § 156 StVollzG; § 9 DSVollz regelt eine entsprechende Meldepflicht im Verhältnis zwischen Vollzugsbediensteten und Anstaltsleiter; daneben bestehen Länderverwaltungsvorschriften, die z. T. ausdrückliche Anzeigepflichten beinhalten). Dagegen hat A zwar verstoßen und muss deshalb auch mit ernsthaften **disziplinarischen Konsequenzen** rechnen. Zweck dieser Pflicht ist es aber allein, einen geordneten Strafvollzug aufrechtzuerhalten und dem rechtlich und politisch verantwortlichen Dienstherrn eine Entscheidung über die vollzuglich angemessene Reaktion auf eine Vollzugstat zu ermöglichen.⁴² Auch auf dieser Ebene besteht **keine strafrechtliche Anzeigepflicht** und dürfen sich die Entscheidungsverantwortlichen im Rahmen einer Gesamtabwägung von Vollzugsbelangen und Opferinteressen selbst bei schweren Taten für einen Anzeigeverzicht entscheiden.⁴³

Die fehlende Schutzzweckidentität ist auch der maßgebliche Gesichtspunkt bei der im Fall des BGH relevant werdenden Frage, ob der Dienstvorgesetzte verpflichtet ist, schwere Taten seiner Untergebenen anzuzeigen. Der BGH bejaht zwar eine Pflicht des Anstaltsleiters, Gefangenenmisshandlungen durch das Vollzugspersonal anzuzeigen (Ermessensreduktion auf null), diese Pflicht bestehe jedoch wiederum nur im Interesse eines ordnungsgemäßen Strafvollzugs und schlage nicht in eine Verpflichtung zur Wahrnehmung oder Förderung von Strafverfolgungsbelangen um.⁴⁴

In Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Anzeigepflicht, wie sie für andere Amtsträger ohne originäre Strafverfolgungszuständigkeit z. T. besteht (z. B. § 159 I StPO für Polizei- und Gemeindebehörden beim Leichenfund, § 183 I GVG für das Gericht bei Straftaten in der Hauptverhandlung), macht sich ein Anstaltsleiter nicht wegen Strafvereitelung durch Unterlassen strafbar, wenn er bei Vollzugstaten keine Strafanzeige erstattet. **16**

2. Von der fehlenden strafrechtlichen Verpflichtung des Anstaltsleiters, die Verfolgung bereits begangener Vollzugstaten zu ermöglichen, ist seine in § 2 Satz 2 normierte Aufgabe zu unterscheiden, die Allgemeinheit, zu der auch das Vollzugspersonal gehört,⁴⁵ vor der Begehung derartiger Taten Gefangener zu schützen. Verstößt er in schuldhafter Weise gegen diese **Straftatverhinderungspflicht**, die zugleich eine Überwachergarantenstellung im Hinblick auf die Gefangenen als potentielle menschliche Gefahrenquellen begründet,⁴⁶ kann sich auch der Anstaltsleiter strafbar machen. Da eine vorsätzliche Beteiligung regelmäßig ausscheidet – es fehlt an der voluntativen Komponente des bedingten Vorsatzes – ist dafür aber die Existenz eines entsprechenden Fahrlässigkeitstatbestandes Voraussetzung (§ 15 StGB). Im vorliegenden Fall käme demnach nur eine **fahrlässige Körperverletzung gem. § 229 StGB** in Betracht. Da der Sachverhalt keine Angaben über den Hergang der Sexualstraftaten des G enthält, kann letztlich nicht beurteilt werden, ob sich A objektiv sorgfaltswidrig verhalten hat. In Anbetracht der Rückfallhäufigkeit und des Rückfallzeitraums dürften jedenfalls an der Vorhersehbarkeit der Taten spätestens nach dem zweiten Vorfall keine Zweifel bestehen; es spricht daher viel dafür, dass A nicht alles getan hat, um die in der Vollzugsanstalt tätigen Beamtinnen und ehrenamtlichen Mitarbeiterinnen vor G ausreichend zu schützen. Denkbare Schutzmaßnahmen wären gewesen, diese Frauen überhaupt nicht oder jedenfalls nicht ohne Begleitung in die Nähe von G zu lassen, Gesprächskontakte – etwa mit ehrenamtlichen Mitarbeiterinnen – nur unter mechanischen Sicherheitsvorkehrungen wie Hand- oder Fußfesseln (§ 88 II Nr. 5, 90) oder Trennscheiben (§ 27 I → Rn. 34 ff.) zu erlauben oder etwa G in einen Anstaltsbereich mit ausschließlich männlichen Vollzugsbediensteten zu verlegen, notfalls auch unausgesetzt von anderen Gefangenen abzusondern (Einzelhaft gem. §§ 88 II Nr. 3, 89). **17**

Das OLG Hamburg hat sich zu dem nahe liegenden Verdacht einer Strafbarkeit des Anstaltsleiters wegen fahrlässiger Körperverletzung nicht geäußert, sondern nur mitgeteilt, dass nach den Vorfällen ein „internes Warnsystem“ eingerichtet wurde. Die Prüfung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit dürfte sich aber ohnehin wegen Verjährungseintritts erübrigen haben. Der fehlende Strafantrag der verletzten Frauen wäre dagegen kein Hindernis für eine Bestrafung des A gewesen, da die Staatsanwaltschaft bei rechtzeitiger Kenntnis ein besonderes öffentliches Strafverfolgungsinteresse bejahen könnte (§ 230 I 1 Alt. 2 StGB). **18**

⁴² BGHSt 43, 86 f.

⁴³ Schöch 2002, § 6 Rn. 33.

⁴⁴ BGHSt 43, 88 f.

⁴⁵ Laubenthal 2003, Rn. 174.

⁴⁶ Unstreitig, z. B. Wessels/Beulke 2004, Rn. 724.

- 19 3. Für den Tod des von G während seines Hafturlaubs umgebrachten Mädchens könnte sich A, der diesen Urlaub gewährt hat, wegen **fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB** zu verantworten haben. Eine vorsätzliche Beteiligung an dem Tötungsdelikt des G als Teilnehmer oder gar Täter scheidet mangels Vorsatzes des A aus. Selbst wenn er mit der Möglichkeit eines Rückfalls gerechnet haben sollte, hat er nach der beanstandungsfrei verlaufenen Probezeit offensichtlich darauf vertraut, dass G auch im Urlaub straffrei bleiben wird.
- 20 Mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Entscheidungsträgern für Straftaten, die Gefangene oder Patienten des Maßregelvollzugs im Rahmen von Vollzugslockerungen außerhalb der Anstalt begehen, ist nach der (verneinten) Strafanzeige- und der internen Straftatverhinderungspflicht der dritte und brisanteste Bereich möglicher berufsspezifischer Strafbarkeitsrisiken des Vollzugspersonals angesprochen. Soweit ersichtlich hat der **Missbrauch von Vollzugslockerungen zu Straftaten** allerdings bisher nur in drei Fällen, die zudem ausschließlich aus dem Maßregelvollzug stammten, zu einer Verurteilung der Entscheidungsverantwortlichen geführt.⁴⁷ Die geringe Zahl der Verurteilungen beruht auf der Seltenheit von Lockerungsfehlschlägen⁴⁸ und auf den noch näher darzulegenden Besonderheiten prognostischer Beurteilungen, die Grundlage jeder Lockerungsentscheidung sind.
- 21 Die Lockerungsgewährung als solche kann nach zutreffender Ansicht weder den Tatbestand der **Gefangenenbefreiung** gem. § 120 I, II bzw. IV („Patientenbefreiung“) StGB noch den der **Strafvollstreckungsvereitelung im Amt** gem. §§ 258 II, 258 a StGB erfüllen, da sie den Zustand der Gefangenschaft bzw. die Vollstreckung der Freiheitsstrafe nicht unterbricht.⁴⁹ Dies geschieht erst, wenn der Gefangene die Lockerung zur Flucht missbraucht; für eine dann tatbestandlich vorliegende Förderung der Selbstbefreiung gem. § 120 I 3. Alt. StGB⁵⁰ oder eine Vollstreckungsvereitelung fehlt es jedoch bei normalem Geschehensablauf am erforderlichen bedingten (§ 120 StGB) oder gar direkten (§ 258 StGB) Vorsatz des Entscheidungsträgers.⁵¹
- 22 Die Urlaubsgewährung war ursächlich für den Tod des Mädchens.⁵² Das vorsätzliche Handeln des G unterbricht den Zurechnungszusammenhang hier nicht, da aus **§§ 2 Satz 2, 11 II** eine spezifische **Verantwortlichkeit** des A folgt, die Allgemeinheit auch bei der Durchführung von Lockerungsentscheidungen **vor Straftaten Gefangener zu bewahren**. Da die Rückfalltat des einschlägig vorbestraften und im Vollzug weiterhin durch Sexualstraftaten auffällig gewordenen G auch objektiv vorhersehbar war,⁵³ kommt es entscheidend darauf an, ob A bei der Urlaubsbewilligung nach § 13 eine **Sorgfaltspflicht** verletzt hat.
- 23 Gegenstand dieser Prüfung, die zumeist unter dem Gesichtspunkt des **erlaubten Risikos** behandelt wird,⁵⁴ ist die Frage, ob sich A bei der nach § 13 I 2 i. V. m. § 11 II erforderlichen Einschätzung der **Missbrauchsgefahr** im Rahmen des von der Rechtsprechung für prognostische Entscheidungen zugestandenen **Beurteilungsspielraums** (→ Fall 16, Rn. 6 ff.) gehalten hat.
- 24 BGHSt 30, 320⁵⁵ beschränkt die gerichtliche Überprüfung der in § 11 II enthaltenen **unbestimmten Rechtsbegriffe** „Flucht“- und „Missbrauchsgefahr“ darauf, ob der Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt, der richtige Begriff des Versagungsgrundes zugrunde gelegt wurde und die Grenzen des Beurteilungsspielraums eingehalten worden sind. Die beiden letztgenannten Gesichtspunkte lassen sich inhaltlich kaum voneinander abgrenzen und umschreiben letztlich das Erfordernis einer pflichtgemäßen Gesamtwürdigung aller konkret für und gegen die Lockerungsmaßnahme sprechenden Umstände. Bei der Ausfüllung dieser Prüfungspunkte sind die zu § 11 II erlassenen **Verwaltungsrichtlinien** zu beachten, die zwar keine unmittelbare Bindungswirkung entfalten, aber gewichtige erfahrungsgestützte Hinweise darauf geben, in welchen Fällen eine erhöhte Flucht- oder Missbrauchsgefahr besonders nahe liegend ist.⁵⁶ Sie sind daher auch von Bedeutung für die inhaltliche Konkretisierung der Sorgfaltspflichten im Rahmen der Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Lockerungsmissbräuche. Maßgeblich ist dabei jedoch allein die Erkenntnislage im Zeitpunkt der Lockerungsentscheidung, also nicht die Beurteilungsbasis, die bei der ex post Überprüfung einer fehlgeschlagenen Lockerung zur Verfügung steht.⁵⁷

⁴⁷ LG Göttingen NStZ 1985, 410; unveröffentlichte Entscheidungen des AG Oldenburg vom 13. 12. 1984 und des LG Paderborn vom 28. 2. 1986, dargestellt bei Schöch 2004, 411 f.

⁴⁸ Vgl. Schöch 2003, § 7 Rn. 50.

⁴⁹ Schöch 2004, 410.

⁵⁰ A. A. S/S-Eser 2001, § 120 Rn. 7 u. SK-Horn 2000, § 120 Rn. 8 für den Fall einer ordnungsgemäßen Lockerungsentscheidung, die dagegen nach Lackner/Kühl 2004, § 120 Rn. 9 erst Rechtfertigungsgrund ist.

⁵¹ Vgl. S/B-Ullenbruch 2005, § 11 Rn. 28; Verrel 2001, 182 ff.

⁵² Die früher vertretene Lehre vom Regressverbot ist überholt, vgl. Roxin 1997, § 11 Rn. 27.

⁵³ Vgl. LG Göttingen NStZ 1985, 410.

⁵⁴ Roxin 1997, § 24 Rn. 6, 11 ff.; vgl. auch Schöch 2004, 411; Verrel 2001, 185 f.

⁵⁵ Bestätigt durch BVerfG NStZ 1998, 431 mit näheren Ausführungen zum Umfang der Darlegungspflicht.

⁵⁶ OLG Hamburg NStZ 1981, 238; S/B-Ullenbruch 2005, § 11 Rn. 18.

⁵⁷ Schöch 2004, 411.

Die Entscheidung des A wird den Anforderungen an eine sorgfältige Prognosestellung in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht. Wie auch in VV Nr. 4 Abs. 4 zu § 13 und VV Nr. 7 Abs. 4 zu § 11 zum Ausdruck kommt, erfordert die Beurteilung der Missbrauchsgefahr bei solchen Gefangenen, die wie G wegen schwerwiegender Aggressionsdelikte, insbesondere wegen eines **Sexualdelikts** verurteilt worden sind, eine „besonders gründliche Prüfung“. Allgemein gilt, dass das hinnehmbare **Prognose-risiko** umgekehrt proportional zur **Schwere der möglichen Straftaten** ist. Im vorliegenden Fall war nicht nur wegen der einschlägigen Vorverurteilung des G, sondern auch deshalb erhöhte Vorsicht geboten, weil sein Verhalten im Vollzug (vgl. Nr. 4 Abs. 1 zu § 13 und VV Nr. 7 Abs. 1 zu § 11)⁵⁸ über fünf Jahre hinweg sehr deutlich gezeigt hat, dass von ihm nach wie vor die Gefahr schwerer Sexualstraftaten ausgeht.⁵⁹ In Anbetracht dieser Vorgeschichte des G durfte A aus der Tatsache, dass sich G zwei Jahre nach dem letzten Vorfall beanstandungsfrei geführt und seine Ausbildung abgeschlossen, sich im Übrigen aber keiner Behandlung unterzogen hat, nicht auf eine nachhaltige Verringerung des Rückfallrisikos schließen. Es liegt sogar der Verdacht nahe, dass A bei der Urlaubsbewilligung überhaupt nicht in eine aktuelle und umfassende Prüfung der Missbrauchsgefahr eingetreten ist, sondern sich an die vor zwei Jahren mit G geschlossene „Vereinbarung“ gebunden gefühlt hat. In diesem Falle läge eine **Ermessensunterschreitung** bzw. eine **Berücksichtigung sachwidriger Erwägungen** vor. A hat den ihm zustehenden **Beurteilungsspielraum** weiterhin dadurch **überschritten**, dass er mit einer Woche Urlaub sogleich eine sehr weitreichende, folglich auch besonders risikobehaftete Lockerungsmaßnahme bewilligt und sich damit ohne Grund über das üblicherweise praktizierte und **bewährte Modell stufenweiser Lockerungen**⁶⁰ hinweggesetzt hat.

Hinzu kommt, dass A die in VV Nr. 3 Abs. 1 d, II zu § 13 enthaltenen **Mitwirkungserfordernisse** (Zustimmung der Aufsichtsbehörde, Anhörung des Vollstreckungsgerichts) bei der Gewährung von Urlaub für solche Gefangene missachtet hat, gegen die eine noch nicht vollstreckte freiheitsentziehende Maßregel (hier: Sicherungsverwahrung) angeordnet ist. Dabei handelt es sich nicht nur um einen bloßen Formfehler, da diese Verfahrensregelung eine Kontrolle und Absicherung von Lockerungsentscheidungen bei Gefangenen mit potentiell erhöhtem Rückfallrisiko ermöglicht.⁶¹ Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang wäre nur dann zu verneinen, wenn die mitwirkungsberechtigten Stellen die Urlaubsgewährung befürwortet hätten,⁶² wovon vorliegend jedoch nicht ausgegangen werden kann.

A handelte rechtswidrig und auch subjektiv fahrlässig, so dass er sich wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB strafbar gemacht hat.

III. Fall 3: Der Gefangene G, der wegen Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge eine Freiheitsstrafe von sieben Jahren verbüßt, fällt den Vollzugsbediensteten dadurch auf, dass sich bei ihm Wertgegenstände, Kaffee und Zigaretten häufen, die er von anderen Gefangenen bekommen hat. Ein beim Drogenkonsum erappter Mitgefangener gibt an, von G beliefert worden zu sein. In der Anstaltskonferenz wird der Verdacht geäußert, dass G bei den Besuchen seiner Ehefrau – der einzigen Kontaktperson außerhalb des Vollzugs – Kokain erhalte, mit dem er dann in der Anstalt Handel treibe.

1. Dürfen die Besuche des Gefangenen mit seiner Ehefrau künftig überwacht werden?
2. Darf die Ehefrau künftig vor Besuchen und G nach Besuchen körperlich durchsucht werden, auch im Intimbereich?
3. Ist es zulässig, Besuche künftig nur noch in einem Raum mit Trennscheibe zuzulassen?
4. Kann der Anstaltsleiter ein Verbot der Besuche der Ehefrau für die nächsten 12 Monate anordnen?

1. **Besuche des Gefangenen** können nach § 27 I aus Gründen der Behandlung oder der Sicherheit oder Ordnung der Anstalt überwacht werden, wobei ein Stufenverhältnis zwischen der lediglich **optischen Überwachung** (Satz 1: Sichtkontrolle) und der für den Gefangenen und seinen Besuch wesentlich belastenderen⁶³ **akustischen Überwachung** (Satz 2: Gesprächskontrolle) besteht. Letztere ist nur

⁵⁸ Zur Problematik einer undifferenzierten Verwertung von Anpasstheit bzw. Aufsässigkeit s. *AK-Lesting* 2000, § 13 Rn. 17; *S/B-Ullenbruch* 2005, § 11 Rn. 24.

⁵⁹ Zur Berücksichtigungsfähigkeit (noch) nicht rechtskräftig festgestellter Straftaten OLG Celle ZfStrVo 1981, 25.

⁶⁰ *Schöch* 2004, 411.

⁶¹ Vgl. OLG Hamburg NStZ 1981, 237; hierzu kritisch *AK-Lesting* 2000, § 11 Rn. 43.

⁶² *Verrel* 2001, 185 f.

⁶³ Vgl. *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 27 Rn. 5.

zulässig, wenn im Einzelfall konkrete tatsächliche Anhaltspunkte für eine Missbrauchsgefahr vorliegen, denen mit einer Sichtkontrolle nicht ausreichend begegnet werden kann („Erforderlichkeit“ der Gesprächsüberwachung).

Die erhöhten Anforderungen an die Zulässigkeit einer Gesprächsüberwachung kommen allerdings ebenso wie der vom Gesetzgeber angestrebte Grundsatz der Überwachungsfreiheit⁶⁴ in der 1998 durch das 4. StVollzGÄndG neu gefassten Vorschrift nicht mehr so deutlich zum Ausdruck wie in § 27 a. F., nach dem die Gesprächsüberwachung „geboten“ sein musste. Die jetzige Formulierung („erforderlich“) soll jedoch zu keiner inhaltlichen Änderung führen, sondern klarstellen, dass die Besuchsüberwachung in § 27 eine speziellere Regelung gegenüber der neu eingefügten allgemeinen Datenerhebungsvorschrift des § 179 ist.⁶⁵ Keinerlei Überwachung unterliegen Besuche von Verteidigern (§ 27 III) sowie Aussprachen des Gefangenen mit Mitgliedern des Anstaltsbeirats (§ 164 II).

- 29** Das Einschmuggeln von Rauschgift betrifft alle in § 27 genannten **Überwachungsgründe**, denn es ermöglicht die anstaltsinterne Begehung von Betäubungsmitteldelikten und gefährdet die Gesundheit der damit belieferten Gefangenen (Aspekte der **Sicherheit**). Außerdem begünstigt es das Entstehen von Abhängigkeitsverhältnissen und subkulturellen Strukturen unter den Gefangenen (Aspekte der **Ordnung**). Schließlich sprechen bei dem einschlägig vorbestraften G auch **Gründe der Behandlung** für eine Überwachung: Das Erreichen des Vollzugsziels eines künftigen Lebens in Straffreiheit (§ 2 S. 1) würde in Frage gestellt, wenn der Gefangene sogar während des Vollzuges nicht daran zu hindern wäre, weitere Straftaten zu begehen. Da konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass G von seiner Ehefrau mit Drogen beliefert wird, ist hier eine **Sichtkontrolle nach § 27 I 1 zulässig**.⁶⁶ Trotz der hinreichend konkreten Verdachtslage wäre dagegen eine Gesprächsüberwachung nach § 27 I 2 unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit problematisch, da sie gegenüber der Sichtkontrolle keine weiterreichenden Möglichkeiten böte, die Übergabe von Rauschgift zu verhindern.
- 30** 2. a) § 24 III gestattet eine **Durchsuchung des Besuchers** (allein) aus Gründen der Sicherheit. Diese Vorschrift gibt allerdings keine Befugnis zur Anwendung von Zwang, sondern erlaubt nur die Zurückweisung eines Besuchers, der sich mit der Durchsuchung nicht einverstanden erklärt.⁶⁷ Auch wenn der Wortlaut der Vorschrift die Art und Weise der Durchsuchung offen lässt, besteht Einigkeit, dass der Besucher nur **einfache Kontrollmaßnahmen** – wie das Abtasten der Kleidung oder die Verwendung von Metallsonden – hinnehmen muss, während Eingriffe in die Intimsphäre des nicht dem Strafvollzug unterworfenen Besuchers – wie etwa dessen völlige Entkleidung oder Untersuchung seiner Körperhöhlen – aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art 1 und 2 GG) unzulässig sind.⁶⁸ Außerdem ergibt sich aus der ratio des 24 III (Verhinderung des Einschmuggelns sicherheitsgefährdender Gegenstände), aus der Möglichkeit der Besuchsüberwachung nach § 27 sowie aus dem Vergleich mit § 84, der die jederzeitige Durchsuchung des Gefangenen erlaubt, eine Beschränkung auf **Durchsuchungen vor dem Besuch**.⁶⁹
- 31** Der Verdacht des Einschmuggelns von Rauschgift berührt auch die **Anstaltssicherheit** (s. o. Rn. 29) und könnte daher Grund für eine Durchsuchung der Ehefrau des G sein; anders wäre es beispielsweise beim Einschleusen von Alkohol, das lediglich Ordnungsinteressen⁷⁰ berührt und deshalb nach § 24 III keine Durchsuchung legitimieren würde. Die Durchsuchung der Ehefrau dürfte sich jedoch nicht auf deren Intimbereich erstrecken und auch nicht nach deren Besuch durchgeführt werden. Insoweit wäre ihre Durchsuchung nur nach § 102 StPO, also bei der Aufklärung einer Straftat, zulässig. Sollte es während des Besuchs tatsächlich zu einer Übergabe bislang unentdeckt gebliebener Drogen gekommen sein, so könnte diese Straftat (§ 29 I Nr. 1 BtMG) mit einer nachträglichen Durchsuchung nicht mehr nachgewiesen werden. Es bleibt also nur die vorherige einfache körperliche Durchsuchung der Ehefrau des G. Dass diese das Einschmuggeln von eng am oder gar im Körper transportierten Drogen nicht verhindern kann, steht der Eignung dieser Maßnahme nicht von vornherein entgegen, da sie die Möglichkeiten des Einbringens von Drogen jedenfalls erschwert und damit ein grundsätzlich taugliches Überwachungsmittel ist.

⁶⁴ BT-Drucks. 7/918, 59.

⁶⁵ BT-Drucks. 13/10245, 15; zur gebotenen restriktiven Auslegung *Schöch* 2002, § 7 Rn. 103.

⁶⁶ Nicht entscheidungsbedürftig ist daher die Streitfrage, ob eine optische Überwachung auch ohne in der Person des Gefangenen oder Besuchers liegende Gründe allein aufgrund institutioneller Aspekte (z. B. geschlossener Vollzug, Überbelegung) als *generelle* Überwachungsmaßnahme angeordnet werden kann (so die h. M.: OLG Saarbrücken NStZ 1983, 94 f.; OLG Koblenz NStZ 1988, 382; *S/B-Schwind* 2005, § 27 Rn. 6).

⁶⁷ *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 24 Rn. 6.

⁶⁸ *S/B-Schwind* 2005, § 24 Rn. 15.

⁶⁹ *Schöch* 2002, § 7 Rn. 103; *AK-Joester/Wegner* 2000, § 24 Rn. 19.

⁷⁰ Vgl. dazu OLG Celle ZfStrVo 1987, 185.

b) Die **Durchsuchung des Gefangenen** richtet sich nach § 84 und ist in weiterem Umfang als bei Besuchern zulässig. Sie kann zu jeder Zeit, also **auch nach dem Besuch**, durchgeführt werden und Gegenstand einer allgemeinen Anordnung des Anstaltsleiters sein.⁷¹ Eine mit der **Entkleidung des Gefangenen** verbundene Durchsuchung ist dagegen grundsätzlich nur bei Gefahr im Verzug oder aufgrund einer Einzelanordnung des Anstaltsleiters möglich (§ 84 II), nach Besuchen auch aufgrund einer allgemeinen Anordnung (§ 84 III); sie umfasst auch eine optische Kontrolle der natürlich einsehbaren Körperhöhlen und -öffnungen, jedoch keine Eingriffe mit medizinischen Hilfsmitteln wie z. B. eine Rektoskopie.⁷² 32

Eine **Einzel-Entkleidungsdurchsuchung** des G nach Besuchen seiner Ehefrau könnte vom Anstaltsleiter nach § 84 II angeordnet werden. Zwar ist fraglich, ob die gegen G vorliegenden Verdachtsmomente schon eine Gefahr im Verzug begründen, doch zeigt die vom Gesetz neben diesem Zulässigkeitsgrund vorgesehene Möglichkeit einer Einzelanordnung, dass auch eine weniger konkrete Gefahr eine mit einer Entkleidung verbundene Durchsuchung rechtfertigen kann, zumal eine Durchsuchung nach Besuchsempfang sogar Gegenstand einer allgemeinen Anordnung nach § 84 III sein könnte. Das OLG Karlsruhe⁷³ hat es bereits als ausreichend angesehen, dass der von einer körperlichen Durchsuchung betroffene Gefangene wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu einer hohen Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Im Fall des G bestehen darüber hinausgehende Anhaltspunkte für das Betreiben eines anstaltsinternen Handels mit von seiner Ehefrau eingeschleusten Drogen, so dass seine Durchsuchung auch an intimen Stellen keinen rechtlichen Bedenken begegnet. Dies gilt auch im Hinblick auf die **Erforderlichkeit dieser Maßnahme**, da mit der (einfachen) Durchsuchung seiner Ehefrau sowie der optischen Überwachung ihres Besuchs allein noch keine sichere Verhinderung der Übergabe von Rauschgift möglich ist. 33

3. Bei der Frage nach der Zulässigkeit der Verwendung einer **Trennscheibe** ist zwischen Verteidiger- und Privatbesuchen zu unterscheiden. Es ist seit BGHSt 30, 38 nunmehr auch in der Rechtsprechung anerkannt, dass es sich bei der in §§ 26 S. 4, 27 IV 3, 29 I 2 enthaltenen Verweisung auf die Trennscheibenregelung in § 148 II StPO um eine **abschließende Normierung** des Trennscheibeneinsatzes **bei Verteidigerbesuchen** handelt.⁷⁴ Folglich ist bei nicht nach § 129a StGB verurteilten Gefangenen kein Rückgriff auf die **Generalklausel des § 4 II 2** möglich,⁷⁵ um beispielsweise den Einsatz einer Trennscheibe wegen des Verdachts der Drogenübergabe durch den Verteidiger anzuordnen. In einer Entscheidung aus jüngerer Zeit hat der BGH⁷⁶ allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass die Anordnung auf § 4 II 2 StVollzG gestützt werden kann, wenn sie dem Schutz des Verteidigers vor Übergriffen des Gefangenen dient; im konkreten Fall lagen Hinweise auf die Gefahr einer Geiselnahme vor. Diese „andere Sach- und Interessenlage“⁷⁷ rechtfertigt eine Ausnahme vom eben beschriebenen Grundsatz. Der Gefangene bediene sich in einer solchen Situation seines Verteidigers wie eines Dritten ohne Bezug zu einem Recht auf Verteidigung. 34

Nach wie vor umstritten ist dagegen die Frage, ob die in §§ 24 bis 27 vorgesehenen Sicherheitsmaßnahmen bei **Privatbesuchen** ebenfalls in der Weise abschließend geregelt sind, dass die dort nicht ausdrücklich erwähnte Trennscheibe keine zulässige Form der Überwachung sein kann.⁷⁸ Dieser Streit hat jedoch nur noch akademische Bedeutung, nachdem das **BVerfG** die Trennscheibe in Übereinstimmung mit der bisherigen Vollzugspraxis und der fachgerichtlichen Rechtsprechung als eine von § 27 I 1 gedeckte Maßnahme der Besuchsüberwachung eingestuft hat, die sogar bei **Ehegattenbesuchen** verhältnismäßig sein könne.⁷⁹ Dies überzeugt schon deswegen, weil der Vollzugsverwaltung damit eine Überwachungsmaßnahme als Alternative zu dem weitaus einschneidenderen Mittel eines Besuchsverbots zur Verfügung steht.⁸⁰ 35

⁷¹ *S/B-Ullenbruch* 2005, § 84 Rn. 5.

⁷² *Laubenthal* 2003, Rn. 704; OLG Karlsruhe NStZ 1983, 191 f.; OLG Stuttgart NStZ 1992, 378.

⁷³ NStZ 1983, 191.

⁷⁴ S. auch OLG Nürnberg StV 2001, 39.

⁷⁵ Anders noch OLG Hamm NJW 1980, 1404.

⁷⁶ BGHSt 49, 1 ff.; dazu *Arloth* 2005, 108 ff.; s. auch BVerfG bei *Bothge*, ZfStrVo 2003, 371.

⁷⁷ BGH a. a. O.

⁷⁸ *Laubenthal* 2003, Rn. 515 ff.; 2004, 88 ff.; zustimmend *Kudlich* 2003, 409, Fn. 49.

⁷⁹ BVerfGE 89, 315, 325, mit zutreffendem Hinweis, dass eine Heranziehung der Generalklausel des § 4 II 2 hier verfehlt wäre; ferner KG NStZ 1995, 103; OLG Hamm ZfStrVo 1993, 309; LG Gießen StV 2001, 40; zustimmend *Arloth/Lückemann* 2004, § 27 Rn. 3 und wohl auch *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 27 Rn. 2. Für die Heranziehung von § 4 II 2 StVollzG *Laun*, JuS 2005, 628.

⁸⁰ Liegen dessen Voraussetzungen vor, soll die Trennscheibenanordnung auch nach *Laubenthal* 2003, Rn. 518 ff.; 2004, 90 als milderes Mittel zulässig sein.

- 36 Die vom BVerfG für den Trennscheibeneinsatz geforderten „**konkreten Anhaltspunkte** für das Vorliegen einer realen **Gefährdung der Anstaltssicherheit**“ sind im hier zu beurteilenden Fall gegeben. Zweifel könnten allerdings im Hinblick auf die Erforderlichkeit bestehen, da zunächst versucht werden könnte, das Einschmuggeln von Drogen durch die kombinierte Anordnung von Durchsuchungen der Ehegatten und optischer Überwachung der Besuche zu unterbinden. Indes ermöglichen diese Maßnahmen keine sichere Gefahrabwendung, da die Übergabe von Drogen mittels einer schnellen unauffälligen Bewegung,⁸¹ in einem Moment der Unaufmerksamkeit des in aller Regel mehrere Besuche überwachenden Vollzugsbeamten oder beispielsweise von Mund zu Mund beim Küssen erfolgen kann.⁸² Außerdem ist die gründliche Durchsuchung des Gefangenen nicht stets das mildere Mittel, sondern wird von manchen Gefangenen als wenigstens ebenso beeinträchtigend wie eine Trennscheibenanordnung empfunden.⁸³ Hinzu kommt die erhebliche personelle Belastung, die für die Anstalt mit der Gewährleistung einer möglichst effektiven Überwachung und Durchsuchung verbunden ist.
- 37 Nicht mehr mit dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** zu vereinbaren wäre jedoch die vom Anstaltsleiter im Fall des G beabsichtigte **dauerhafte Verwendung der Trennscheibe** als Überwachungsmaßnahme. Das BVerfG hat verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber der Erforderlichkeit des mit einem langfristigen Einsatz der Trennscheibe bei Ehegattenbesuchen verbundenen Grundrechtseingriffs erkennen lassen und den Übergang zu anderen „annähernd gleich wirksamen, jedoch weniger einschneidenden Sicherheitsvorkehrungen“⁸⁴ verlangt, sofern diese der Anstalt zumutbar und mit dem Verhalten des Gefangenen gegenüber solchen Vorkehrungen vereinbar sind. Die Trennscheibenanordnung müsste folglich **zeitlich befristet**, jedenfalls aber nach einer angemessenen Zeit überprüft und durch andere Überwachungsmaßnahmen abgelöst werden.
- 38 4. **Besuchsverbote** können nach § 25 Nr. 1 bei Gefährdung der **Sicherheit oder Ordnung** der Anstalt gegen **alle Besucher** ausgesprochen werden, während Besuchsverbote wegen **schädlicher Einflüsse** auf den Gefangenen oder wegen **Behinderung seiner Eingliederung** nur bei **Nicht-Angehörigen** des Gefangenen möglich sind (§ 25 Nr. 2). Im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 GG) nimmt das StVollzG also in Kauf, dass bei Besuchen von Angehörigen Einflüsse stattfinden, die dem Vollzugsziel zuwiderlaufen.⁸⁵
- 39 Das **Angehörigenprivileg** des § 25 Nr. 2 stünde der Anordnung eines Besuchsverbots im vorliegenden Fall indes nicht im Wege, da die befürchtete Übergabe von Rauschmitteln nicht nur die Resozialisierung des G, sondern auch die in § 25 Nr. 1 erfasste Anstaltssicherheit und -ordnung gefährden würde. Allerdings ist zu beachten, dass ein Besuchsverbot das schärfste Überwachungsmittel des StVollzG ist und daher im Rahmen des dem Anstaltsleiter durch § 25 eingeräumten Anordnungsermessens („kann“) der Beachtung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** eine zentrale Rolle zukommt. Richtet sich das auf § 25 Nr. 1 gestützte Besuchsverbot zudem gegen Angehörige, muss wiederum im Hinblick auf den **Grundrechtsschutz aus Art. 6 GG** und die besondere Bedeutung, die das StVollzG der Aufrechterhaltung familiärer Kontakte beimisst, ein besonders strenger Maßstab angelegt werden; das **Besuchsverbot für Angehörige** muss **Ultima Ratio** des Schutzes von Sicherheit und Ordnung sein und ist daher nur in Ausnahmefällen zu rechtfertigen.⁸⁶
- 40 Diesen hohen Anforderungen würde das vom Anstaltsleiter erwogene Besuchsverbot für die Ehefrau des G nicht gerecht werden, denn es stünde jedenfalls mit der Verwendung einer **Trennscheibe ein milderer Mittel** zur Verfügung, das die Übergabe von Gegenständen ebenso zuverlässig ausschliesse wie ein Besuchsverbot, aber dennoch einen – wenn auch sehr eingeschränkten – Kontakt des G mit seiner Ehefrau ermöglichte. Ein Besuchsverbot allein zur Verhinderung von Drogeneinfuhr dürfte daher bei Angehörigen niemals verhältnismäßig sein.⁸⁷
- 41 Gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstießen aber auch die Art und Dauer des geplanten Besuchsverbots. Ein absolutes, d. h. sich auf alle Gefangenen einer Anstalt beziehendes Besuchsverbot⁸⁸ scheidet hier aus, da nicht anzunehmen ist, dass die Anstaltssicherheit durch jeden Besuch einer Ehefrau ohne Rücksicht auf die Per-

⁸¹ OLG Hamm ZfStrVo 1993, 309.

⁸² *S/B-Schwind* 2005, § 27 Rn. 6.

⁸³ Die Bedeutung einer individuellen Zumutbarkeitsbeurteilung hebt BVerfGE 89, 324 hervor.

⁸⁴ BVerfGE 89, 324.

⁸⁵ *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 25 Rn. 1.

⁸⁶ OLG Koblenz NStZ 1990, 301; OLG Zweibrücken ZfStrVo 1987, 304; LG Bayreuth ZfStrVo 1991, 242 f.

⁸⁷ Zulässig wäre es z. B., wenn Angehörige Vollzugsbediensteter durch Angehörige Gefangener bedroht werden, OLG Koblenz NStZ 1990, 301.

⁸⁸ Vgl. *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 25 Rn. 1.

son des von ihr besuchten Gefangenen gefährdet wäre. Es käme daher allein ein sog. **generelles Besuchsverbot** in Betracht, mit dem einer Person (hier der Ehefrau) alle Besuche eines bestimmten Gefangenen (hier des G) untersagt werden. Bedenken begegnet aber das zeitliche Ausmaß des Besuchsverbots. In Anbetracht der Sanktionswirkung, die von der Unterbindung ihres Kontakts für G und seine Ehefrau ausgeht, müsste zunächst mit einem kürzeren Besuchsverbot versucht werden, auf eine Verhaltensänderung hinzuwirken. In Anlehnung an die Höchstgrenze des disziplinarrechtlichen Besuchsverbots in § 103 I Nr. 8 dürfte das erste Besuchsverbot nicht über drei Monate hinausgehen; bei erneutem Missbrauch könnte es wiederholt und verlängert werden.

IV. Fall 4: Der Gefangene Z, der wegen Zuhälterei und Förderung der Prostitution eine Freiheitsstrafe verbüßt, beantragt vier Monate vor seiner Entlassung 21 Tage Urlaub. Bei der Besprechung des Falles in der Anstaltskonferenz spricht sich die Mehrheit der Vollzugsbediensteten trotz Vorliegens der Urlaubsvoraussetzungen gegen die Gewährung von Urlaub aus, weil Z während des gesamten Vollzuges hartnäckig die ihm zugewiesene Arbeit verweigert und deshalb keine Bereitschaft gezeigt habe, an der Erreichung des Vollzugszieles mitzuwirken (VV Nr. 4 I 2 zu § 13). Als Z von dieser Empfehlung erfährt, rügt er beim Anstaltsleiter die Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes, weil der Gefangene D Urlaub erhalten habe, obwohl er ein- einhalb Jahre früher bei der Rückkehr vom Urlaub unerlaubt 70 Schlaftabletten in die Anstalt mitgebracht und hierfür eine Disziplinarmaßnahme erhalten habe.⁸⁹ Außerdem sei die Arbeitspflicht im Strafvollzug unter den derzeitigen Bedingungen verfassungswidrig, weshalb auch ein Verstoß hiergegen nicht verwertet werden dürfte.

1. Obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen des Urlaubs (Rn. 2 ff.) laut Sachverhalt vorliegen, hat Z keinen Anspruch auf Urlaub, sondern nur ein Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch bei der Entscheidung über den Urlaubsantrag. Bei der Ermessensausübung ist die Behörde an den zentralen Gesetzeszweck der Resozialisierung und an die Vollzugsgrundsätze nach § 3 gebunden.⁹⁰ Weitere „**Orientierungshilfen für die Ermessensausübung**“⁹¹ finden sich in den **VVStVollzG**. Diese sind für die Vollzugsbehörden verbindlich, doch sollten sie nicht beachtet werden, falls sie im Widerspruch zum Gesetz oder zur Verfassung stehen. 42

Von einem Teil der Literatur wird die in VV Nr. 4 I 2 zu § 13 vorgesehene Berücksichtigung der **Mitwirkungsbereitschaft** des Gefangenen an der Erreichung des Vollzugszieles als fehlerhaftes und unzulässiges Ermessenskriterium bezeichnet, weil in § 4 bewusst auf die gesetzliche Verankerung einer – noch in § 4 RE vorgesehenen – **Mitwirkungspflicht** des Gefangenen verzichtet worden sei und weil die Versagung des Urlaubs keine Zwangsmaßnahme sei.⁹² Der Urlaub diene als Behandlungsmaßnahme der Aufrechterhaltung der sozialen Kontakte und der Kompensation von schädlichen Einflüssen im Vollzug und dürfe nicht zu einer Vergünstigung für bereitwillige oder vorgetäuschte Mitarbeit umdefiniert werden.⁹³ 43

Diese Argumentation verkennt jedoch, dass ein Resozialisierungsvollzug ohne die Bereitschaft des Gefangenen, an seiner Behandlung mitzuwirken, nicht möglich ist. Die Resozialisierung „kann nicht nur Ansprüche des Gefangenen begründen, sondern u. U. auch grundrechtsbeschränkende Maßnahmen rechtfertigen, die erforderlich sind, um die inneren Voraussetzungen für eine spätere straffreie Lebensführung des Gefangenen zu fördern“.⁹⁴ Arbeits- und Ausbildungsangebote der Vollzugsanstalten sind nach wie vor die Kernstücke in einem System von Maßnahmen, welche die Resozialisierung des Gefangenen und die Angleichung an allgemeine Lebensverhältnisse ermöglichen sollen.⁹⁵ Bei einem Gefangenen aus dem Zuhältermilieu ist die **Notwendigkeit der Arbeitserziehung** evident. 44

Die in den letzten Jahren in der Literatur festzustellende Tendenz, das Vollzugsziel nur als Mittel zur Erweiterung der Rechte des Gefangenen, zur „Emanzipation“ oder „**Chancenverbesserung**“ aususchöpfen, im Übrigen aber Resozialisierungsbemühungen im Strafvollzug als ineffiziente, stigmatisierende und menschenunwürdige Zwangstherapie abzulehnen,⁹⁶ beruht auf selektiver Wahrnehmung 45

⁸⁹ Vgl. OLG München ZfStrVo 1980, 122.

⁹⁰ OLG Celle NStZ 1993, 149.

⁹¹ OLG Saarbrücken ZfStrVo 1978, 182 f.

⁹² *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 13 Rn. 9; § 4 Rn. 2–5; *AK-Lesting* 2000, § 13 Rn. 17; wie hier *S/B-Böhm* 2005, § 4 Rn. 7 ff.

⁹³ *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 13 Rn. 9.

⁹⁴ BVerfGE 40, 276, 284 f.

⁹⁵ *Schöch* 2002, § 7 Rn. 120.

⁹⁶ Vgl. z. B. *AK-Feest/Lesting* 2000, vor § 2 Rn. 5–21 m. w. N.

empirischer Befunde, kriminalitätstheoretischer Einseitigkeit und auf einer Verkennung der realen Bedingungen und Möglichkeiten eines Behandlungsvollzugs.⁹⁷ Sie ist aber auch kriminalpolitisch bedenklich, weil die besonderen Aufwendungen und Risiken des offenen Resozialisierungsvollzugs in der Öffentlichkeit kaum dauerhaft vertretbar sein dürften, wenn einzelne Gefangene sich die Freiheit nehmen könnten, nur die Annehmlichkeiten und nicht die mühsame Arbeit an ihrer Persönlichkeit auf sich zu nehmen. Sie ist letztlich auch inhuman und bequem, weil sie den in seinen Persönlichkeitsstörungen verstrickten, oft uneinsichtigen Gefangenen ohne Hilfe allein lässt, einen Menschen also, der gerade im Zustand der Freiheit an sich und seiner Umwelt gescheitert ist. Der dem StVollzG entsprechende, human gestaltete Strafvollzug darf nicht von vornherein als für die Behandlung ungeeignet denunziert werden; trotz vieler Schwierigkeiten ist es nicht unmöglich, positive Verhaltensänderungen auch unter den Bedingungen des Freiheitsentzugs zu erreichen.⁹⁸

- 46 Die Auferlegung von **Pflichtarbeit** im Strafvollzug ist – wie das BVerfG bestätigt hat – auch **verfassungskonform**, da es sich um „Zwangsarbeit bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung i. S. des Art. 12 Abs. 3 GG“ handelt.⁹⁹ Verfassungswidrig war aber – neben der hier nicht relevanten Regel-Praxis des unechten Freigangs¹⁰⁰ – die **geringe Arbeitsentlohnung** von 5 % der im Gesetz vorgesehenen Eckvergütung (§ 43 I i. V. mit § 200 I), „weil der Gefangene durch das ihm zukommende Entgelt nicht im gebotenen Mindestmaß davon überzeugt werden kann, dass Erwerbsarbeit zur Herstellung einer Lebensgrundlage sinnvoll ist“.¹⁰¹ Der Gesetzgeber hat kurz vor Ablauf der ihm vom BVerfG gesetzten Frist im 5. Gesetz zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes vom 27. 12. 2000 die Erhöhung des Arbeitsentgelts von 5 % auf 9 % der Eckvergütung beschlossen (§ 43 i. V. mit § 200 n. F.) und zugleich einen bescheidenen Einstieg in ein nichtmonetäres Konzept der resozialisierungsgerechten Anerkennung von Arbeit („good time“)¹⁰² geschaffen:
- die Erweiterung des Freistellungszeitraums gem. § 42 von 18 auf 24 Werktage pro Arbeitsjahr,
 - die Möglichkeit zusätzlicher Gewährung von Urlaub gem. § 13 in diesem Umfang bei lockerungsgerechten Gefangenen (Arbeitsurlaub gem. § 43 VII),
 - Aussparung der Freistellungstage zur Vorverlegung des Entlassungszeitpunkts (§ 43 IX).
- Trotz der nicht gerade großzügigen Ausfüllung der Vorgaben des BVerfG dürften mit diesen gesetzlichen Regelungen die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Arbeitspflicht im Strafvollzug ausgeräumt sein.
- 47 Insgesamt bleibt es also dabei, dass es für das Gesamtsystem des Resozialisierungsvollzugs unter Einschluss der Arbeitserziehung von elementarer Bedeutung ist, ob der Gefangene aktiv an der Erreichung des Vollzugsziels mitarbeitet oder ob er sich weigert, Resozialisierungsangebote anzunehmen. Es fragt sich aber, ob diese Gesichtspunkte bei Ermessensentscheidungen im Rahmen begünstigender Verwaltungsakte berücksichtigt werden dürfen oder ob dadurch ein unzulässiger mittelbarer Druck auf den Gefangenen ausgeübt wird.
- 48 Der Verzicht auf die gesetzliche Verankerung der Mitwirkungspflicht in § 4 bedeutet nur, dass eine Ahndung mit Disziplinarmaßnahmen nicht möglich ist, schließt aber eine am Vollzugsziel orientierte Ausübung des Ermessens nicht aus. Die **Mitwirkungsbereitschaft** i. S. von VV Nr. 4 I 2 zu § 13 bedeutet nicht hausordnungsgemäßes oder möglichst unauffälliges Verhalten, sondern das **Bemühen** des Gefangenen, an seiner Ersatzsozialisation mitzuarbeiten, also insbesondere seine **Aufgeschlossenheit** für rückfallverhindernde Behandlungs-, Trainings- und Ausbildungsmaßnahmen.¹⁰³
- 49 Liegt diese Bereitschaft vor, so ist das mit dem Urlaub verbundene Sicherheitsrisiko geringer und die Chance für eine Bewährung in Freiheit größer. Wenn die Anforderungen nicht überspannt werden, so ist es wegen dieses inneren Zusammenhanges zwischen Resozialisierungsbemühungen und Urlaub legitim, den Urlaub i. S. einer differenzierten Strategie zur **Motivation des Gefangenen** einzusetzen.¹⁰⁴ Es ist daher rechtlich zulässig und kriminalpädagogisch sinnvoll, die hartnäckige Arbeitsver-

⁹⁷ Schöch 1980, 143 ff.; 1980 a, 316 ff.

⁹⁸ Zutreffend Böhm 2003, Rn. 16, 26.

⁹⁹ BVerfGE 98, 169, 205.

¹⁰⁰ BVerfGE 98, 169, 210 f.: Die Zuweisung von Pflichtarbeit in einem außerhalb der Anstalt liegenden Unternehmerbetrieb zu anstaltsüblichen Bedingungen (geringes Arbeitsentgelt, kein Arbeitsvertrag mit Kündigungsschutz u. Ä.) an einen Freigänger (sog. unechter Freigang) ist nur ausnahmsweise verfassungskonform, wenn dies zur Arbeitsvermittlung eines freigangsgerechten Gefangenen unerlässlich ist.

¹⁰¹ BVerfGE 98, 169, 212.

¹⁰² Dazu BVerfGE 98, 169, 202.

¹⁰³ Böhm 2003, Rn. 272; S/B-Böhm 2005, § 4 Rn. 4 ff.

¹⁰⁴ Schöch 2002, § 7 Rn. 50.

weigerung eines Zuhälters bei der Ermessensentscheidung über die Urlaubsgewährung zu berücksichtigen und den Urlaub abzulehnen.¹⁰⁵

2. Ermessensentscheidungen können fehlerhaft sein, wenn das Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 GG) verletzt wird. Es ist daher zu prüfen, ob eine bei der Urlaubsentscheidung fehlende Mitwirkungsbereitschaft anders behandelt werden kann als ein **disziplinarisch geahndeter Pflichtverstoß**. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Arbeitsverweigerung als schuldhafte Pflichtverletzung ebenfalls mit Disziplinarmaßnahmen geahndet werden kann. Allerdings stört die Arbeitsverweigerung das Behandlungsprogramm tief greifender und nachhaltiger als eine einmalige Pflichtverletzung. Bei länger zurückliegenden Vorfällen verlieren Disziplinarverstöße an Gewicht.¹⁰⁶ Disziplinschwierigkeiten allein rechtfertigen noch nicht die Ablehnung des Urlaubs, jedenfalls wenn sie nicht besonders häufig und nicht in letzter Zeit vorgekommen sind.¹⁰⁷ Sie können vielfältige Ursachen haben und lassen nicht ohne weiteres den Schluss zu, dass der Gefangene nicht bereit ist, an seiner Wiedereingliederung mitzuarbeiten. Deshalb ist es nicht ermessensfehlerhaft, einen **einmaligen Disziplinarverstoß** bei der Urlaubsentscheidung **anders** zu behandeln **als hartnäckige Arbeitsverweigerung**. **50**

¹⁰⁵ Im Ergebnis ebenso LG Mannheim SH ZfStrVo 1979, 21; OLG Hamm VollzD 1985, 6, 13 ff.

¹⁰⁶ OLG München ZfStrVo 1980, 122.

¹⁰⁷ OLG Saarbrücken ZfStrVo 1978, 182 f.; ähnlich *S/B-Ullenbruch* 2005, § 13 Rn. 32.

16. Vollzugsrechtsfall

Rechte der Strafgefangenen – Urlaub – Beurteilungsspielraum – VVStVollzG – Selbstbeschäftigung und Freigang – Datenschutz im Strafvollzug – Offenbarungspflicht der Therapeuten – Besondere Sicherungsmaßnahmen – Ärztliche Zwangsmaßnahmen – Hausgeld und Pfändungsschutz

Grundlage: Praktische Fälle in Anlehnung an gerichtliche Entscheidungen oder publizierte Fälle

Aufgabe: Der Strafvollstreckungskammer liegen fünf Anträge auf gerichtliche Entscheidung von Gefangenen gegen ablehnende Bescheide des Anstaltsleiters vor, die im Folgenden einzeln dargestellt werden. Wie wird das Gericht entscheiden?

(Soweit das Landesrecht ein Vorverfahren vorsieht, ist davon auszugehen, dass ein solches stattgefunden hat.)

- Zur Problemstellung:** Die Beschränkung der persönlichen Freiheit im Strafvollzug wirkt sich in fast allen Lebensbereichen des Gefangenen aus. Viele individuelle Entfaltungs- und Gestaltungsmöglichkeiten, die im normalen Leben selbstverständlich sind, erhalten im Strafvollzug besonderen Wert. Soweit sie nicht generell ausgeschlossen sind, müssen sie oft erst besonders zugelassen werden. Obwohl das StVollzG eine relativ detaillierte Regelung der Rechte und Pflichten des Gefangenen enthält, gibt es immer wieder Konfliktfälle, die juristische Auslegungsprobleme aufwerfen, zugleich aber auf praktische Probleme des Strafvollzugs hinweisen. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen werden nur im ersten Fall und – soweit sie abweichen – im fünften Fall geprüft. Sie lassen sich sinngemäß auf die anderen Fälle übertragen.

I. Antrag 1: A verbüßt eine Freiheitsstrafe von 5 Jahren wegen versuchten Totschlags. Nachdem er ein Jahr verbüßt hat, beantragt er zwei Wochen Urlaub, den er bei seiner Ehefrau verbringen möchte.

Dieser Antrag wurde unter Berufung auf VV Nr. 4 II a zu § 13 abgelehnt, weil bis zum voraussichtlichen Entlassungszeitpunkt noch mehr als achtzehn Monate Freiheitsstrafe zu vollziehen seien. Besondere Umstände i. S. von VV Nr. 4 III zu § 13, die eine Ausnahme von dieser Regel rechtfertigten, könnten auch nicht darin gesehen werden, dass A keine weiteren Vorstrafen habe und sich in der Anstalt unauffällig geführt habe.¹

1. Zulässigkeit des Antrags

- Die **Zulässigkeit des Antrags** richtet sich in diesem und in den folgenden Fällen nach den §§ 109 ff. Zuständig ist die Strafvollstreckungskammer (§§ 78 a, b GVG), in deren Bezirk die JVA liegt (§ 110). Mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung kann eine Maßnahme zur Regelung einzelner Angelegenheiten angefochten oder – wie im vorliegenden Fall – die Verpflichtung zum Erlass einer abgelehnten oder unterlassenen Maßnahme begehrt werden. Außerdem kommen Feststellungsanträge (§ 115 III) wie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren in Betracht.
- Ein solcher Antrag ist nur zulässig, wenn der Antragsteller geltend macht, durch die Maßnahme oder ihre Ablehnung in **seinen Rechten verletzt** zu sein (§ 109 II). In Betracht käme hier eine Verletzung des § 13. Danach kann ein Gefangener unter bestimmten Voraussetzungen beurlaubt werden. Wie sich

¹ Vgl. OLG Frankfurt NJW 1978, 334 f.; OLG Celle JR 1978, 258 f., m. Anm. *Grunau*; OLG Hamm NSStZ 1981, 198 f.; BGHSt 30, 320.

aus dem Wortlaut des § 13 ergibt („kann“), hat der Gefangene auch bei Vorliegen der Voraussetzungen keinen Rechtsanspruch auf Urlaub, sondern nur ein **Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch**. Aber auch dieses Recht kann verletzt sein, wenn die „gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist“ (§ 115 V).

Die Zulässigkeitsvoraussetzung des § 109 II ist erfüllt, wenn sich aus dem Antrag ergibt, dass durch die gerügte Maßnahme oder die Ablehnung oder Unterlassung der gewünschten Maßnahme ein Recht des Antragstellers verletzt sein kann. Es geht also auch hier wie bei der Klagebefugnis im Verwaltungsgerichtsverfahren gem. § 42 II VwGO um den Ausschluss der Popularklage.²

In den folgenden Fällen ist davon auszugehen, dass eine solche substantiierte Begründung vorliegt und dass auch die Fristen für die Antragstellung eingehalten sind: zwei Wochen bei einem Anfechtungsantrag und bei einem Antrag nach Ablehnung einer begehrten Maßnahme (§ 112 I); frühestens nach drei Monaten, spätestens nach einem Jahr, wenn die Anstalt den Antrag auf Erlass einer Maßnahme überhaupt nicht beantwortet (§ 113 I, III). Im letzten Fall entfällt auch das in einigen Bundesländern erforderliche Vorverfahren gem. § 109 III.³

2. Begründetheit des Antrags

Nach § 13 I i. V. m. § 11 II kann ein Gefangener bis zu 21 Kalendertagen in einem Jahr aus der Haft beurlaubt werden, wenn nicht zu befürchten ist, dass er sich dem Vollzug der Freiheitsstrafe entziehen oder die Lockerungen des Vollzuges zu Straftaten missbrauchen werde. Die Entscheidung über den Urlaub ist also nicht nur vom Ermessen der Vollzugsbehörde abhängig, sondern verlangt zudem auf der Tatbestandsseite eine Eignungsprognose. Es ist umstritten, ob die Anwendung der hierbei verwendeten **unbestimmten Gesetzesbegriffe** (Entweichungsgefahr und Straftatengefahr) uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle zugänglich ist oder ob ein **Beurteilungsspielraum** besteht, innerhalb dessen mehrere Entscheidungen rechtmäßig sein können, deren Auswahl nicht dem Gericht, sondern der Vollzugsbehörde obliegt (sog. „Einschätzungsprärogative“ der Verwaltung).⁴

Mehrere Oberlandesgerichte und die überwiegende Meinung in der Literatur hatten sich zunächst für die volle gerichtliche Überprüfbarkeit ausgesprochen,⁵ während einige Oberlandesgerichte von Anfang an einen „**gerichtsfreien Beurteilungsspielraum**“ anerkannt haben.⁶ Dieser Auffassung hat sich der BGH auf Vorlage des OLG Hamm hinsichtlich der Beurteilung der Urlaubsvoraussetzungen angeschlossen.⁷

Es ist zweifelhaft, ob diese Entscheidung mit den Kriterien zu vereinbaren ist, die sich in der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach jahrzehntelangem Ringen um eine sachgerechte Kompetenzverteilung zwischen Verwaltung und Gerichten durchgesetzt haben.⁸ Danach wird ein unüberprüfbarer Beurteilungsspielraum nur in Ausnahmefällen anerkannt, wenn die Gerichte mangels ausreichender Sachkompetenz oder Sachnähe keine vollständige eigene Beurteilung anstelle der Verwaltungsbehörden vornehmen können.⁹ Es ist aber nicht einzusehen, warum die Strafvollstreckungskammer bei der viel wichtigeren Prognose über die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung (§§ 57 StGB, 462 a I 1 StPO) selbständig und ohne Bindung an die Stellungnahme der Vollzugsbehörde entscheiden kann, bei den sachlich nicht so weitreichenden Vollzugslockerungen und Urlaubsentscheidungen dagegen nur eine beschränkte Kontrollmöglichkeit haben soll.¹⁰

Die Entscheidung dieser Streitfrage kann aber dahingestellt bleiben, weil auch bei Anerkennung eines Beurteilungsspielraums vom Gericht geprüft werden muss, „ob die Behörde von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, ob sie ihrer Entscheidung den richtigen Begriff des Versagungsgrundes zugrunde gelegt und ob sie dabei die Grenzen des ihr zustehenden

² Vgl. *Schwerdtfeger* 2003, Rn. 194; *AK-Volckart* 2000, § 109 Rn. 35.

³ Nach zwischenzeitlichen Änderungen nur noch in Bremen, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein.

⁴ Vgl. *Maurer* 2004, § 7 Rn. 31.

⁵ Z. B. OLG Frankfurt NJW 1979, 1173; OLG Hamm NStZ 1981, 198 f.; vgl. *Schöch* 2002, § 7 Rn. 4 ff.

⁶ Z. B. KG NJW 1979, 2574 f.

⁷ BGHSt 30, 320; OLG Hamm NStZ 1981, 198 f.

⁸ Vgl. *Schöch* 2002, § 7 Rn. 4 ff.

⁹ Vgl. BVerwGE 39, 197 ff.; 39, 355 ff.; *Wolff/Bachof/Stober* 1999, § 31 Rn. 14 ff.; *Schwerdtfeger* 2003, Rn. 78 f.; s. auch den differenzierenden Ansatz bei *Kudlich* 2003, 711 f.

¹⁰ Zust. *Böhm* 2003, Rn. 379; a. A. BGHSt 30, 320 wegen Andersartigkeit der Vollzugsmaßnahme Urlaub.

Beurteilungsspielraums eingehalten hat¹¹. Wenn der Anstaltsleiter aber seine ablehnende Entscheidung allein auf VV Nr. 4 II a zu § 13 stützt, so liegt in dieser einseitigen Hervorhebung der Reststrafendauer eine Verkennung der unbestimmten Gesetzesbegriffe Flucht- oder Straftatengefahr. Denn damit wird der Urlaub neben den im Gesetz genannten Bedingungen – keine Missbrauchsgefahr und 6 Monate Mindestverbüßung – von einer weiteren Voraussetzung abhängig gemacht, auf die der Gesetzgeber im Hinblick auf positive Erfahrungen der Praxis bewusst verzichtet hat.¹² Die vom Gesetzgeber gewünschte Einzelfallprüfung darf nicht durch ein schablonisiertes Regel-Ausnahme-Verhältnis mit engen Ausnahmemöglichkeiten (VV Nr. 4 III zu § 13) ersetzt werden. Allerdings ist es zulässig, die Dauer der zu verbüßenden Reststrafe neben anderen Gesichtspunkten als Indikator für Flucht- oder Missbrauchsgefahr zu berücksichtigen, wenn eine Abwägung aller für oder gegen die Gefahr sprechenden Umstände vorgenommen wird. Die Berücksichtigung der Höhe der Reststrafe ist daher nicht generell rechtswidrig. Ein formelhafter Hinweis auf das Fehlen besonderer Umstände i. S. der VV Nr. 4 III genügt diesen Anforderungen jedoch nicht.¹³

- 10** Da der Anstaltsleiter die unbestimmten Gesetzesbegriffe, mit denen die Missbrauchsgefahr in den §§ 13, 11 umschrieben wird, durch schematische Anwendung der VV gesetzeswidrig ausgelegt hat und den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum über Gebühr eingeengt hat, ist die Ablehnung des Urlaubs mit der vorliegenden Begründung rechtswidrig und der Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt. Dennoch kann das Gericht keine Verpflichtung zur Gewährung des Urlaubs aussprechen, da die Vollzugsbehörde – wenn man von der Ansicht des BGH ausgeht – Gelegenheit erhalten muss, den Beurteilungsspielraum in anderer Weise richtig auszufüllen, und da ihr darüber hinaus ein Rechtsfolgeermessen zusteht. Da die Sache nicht spruchreif ist, spricht das Gericht die Verpflichtung aus, den Antragsteller unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden (§ 115 IV 2).
- 11** Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn man mit einer beachtlichen Meinung in der Literatur¹⁴ davon ausgeht, dass der Vollzugsbehörde bei der Entscheidung über die Urlaubsvoraussetzungen kein Beurteilungsspielraum zusteht. Selbst wenn das Gericht aufgrund des vorgetragenen oder zusätzlich ermittelten Sachverhalts (Grundsatz der Amtsermittlung, § 120 I i. V. m. § 244 II StPO) zu der Überzeugung gelangen würde, die Urlaubsvoraussetzungen lägen vor, so könnte es nicht abschließend entscheiden, weil die Entscheidung über die Gewährung von Urlaub im Ermessen der Vollzugsbehörde liegt.
- 12** Auch im Rahmen der Ermessensentscheidung der Vollzugsbehörde spielt VV Nr. 4 II a eine Rolle. Die VV StVollzG stellen nämlich nicht nur **Auslegungsrichtlinien** für unbestimmte Rechtsbegriffe, sondern auch **Ermessensrichtlinien** für die Ausübung des Ermessens dar.¹⁵ Bei sog. Koppelungsvorschriften, die sowohl unbestimmte Gesetzesbegriffe als auch Ermessensregelungen enthalten, können die VVStVollzG Doppelnatur haben. Das gilt auch für VV Nr. 4 II a zu § 13.
- 13** Prinzipiell sind Ermessensrichtlinien – wie in allen Bereichen der Verwaltung – legitim und sinnvoll, um eine einheitliche Handhabung des StVollzG zu gewährleisten.¹⁶ Sie sind **für die Verwaltung verbindlich**, dagegen nicht für die Gerichte, da es sich nicht um Rechtssätze handelt.¹⁷ Allerdings könnte das Gericht die Berücksichtigung der Reststrafenhöhe nur dann als fehlerhaft beanstanden, wenn es sich um eine Ermessensüberschreitung oder einen Ermessensmissbrauch handeln würde (§ 115 V).
- 14** Zwar scheinen Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 13 dagegen zu sprechen, die Höhe der noch zu verbüßenden Strafe bei der Urlaubsentscheidung überhaupt zu berücksichtigen. Dies kann jedoch nur für die schematische, gesetzesähnliche Handhabung gelten. Es ist zulässig, die **Reststrafenhöhe bei umfassender Abwägung aller Umstände** als einen von mehreren Gesichtspunkten heranzuziehen und eine Reststrafe von mehr als 18 Monaten zum Anlass für eine besonders gründliche Prüfung der

¹¹ BGHSt 30, 320; vgl. auch Schöch 2002, § 7 Rn. 5 f.

¹² OLG Celle JR 1978, 258 f.; OLG Frankfurt NJW 1978, 334 f.; in diesem Sinne auch Schöch 2002, § 7 Rn. 7 ff. m. w. N.; Böhm 2003, Rn. 281; Walter 1999, Rn. 383; AK-Lesting 2000, § 13 Rn. 19; im RE war die 18-Monatsgrenze noch vorgesehen.

¹³ Vgl. OLG Frankfurt NStZ 1983, 93 f.; OLG Hamm NStZ 1984, 143.

¹⁴ S. o. Fn. 12.

¹⁵ Vgl. Schöch 2002, § 7 Rn. 6 ff.; Calliess/Müller-Dietz 2005, § 13 Rn. 8; a. A. Böhm 2003, Rn. 280.

¹⁶ Kritisch AK-Volckart 2000, § 115 Rn. 37, 52.

¹⁷ OLG Frankfurt NJW 1978, 334 f.; allgemein Maurer 2004, § 24 Rn. 21 ff.

Urlaubsvoraussetzungen zu nehmen.¹⁸ Dabei ist aber zu bedenken, dass gerade bei Freiheitsstrafen von mehr als 4 Jahren der Urlaub als Behandlungsmaßnahme i. S. der §§ 2, 3 besonders wichtig ist und dass bei starrer Anwendung der 18-Monatsgrenze Gefangene vor einer bedingten Entlassung gem. § 57 StGB keinen Regelurlaub erhalten könnten, falls nicht der Zeitpunkt der bedingten Entlassung als Entlassungszeitpunkt zugrunde gelegt wird.¹⁹

Die **Doppelnatur der VV Nr. 4 II a zu § 13** als Auslegungs- und Ermessensrichtlinie kann sich so auswirken, dass in den Fällen, in denen die Höhe der Reststrafe nicht zur Begründung der Flucht- oder Straftatengefahr ausreicht, die hierdurch begründeten Zweifel über das künftige Verhalten des Gefangenen in die Ermessensentscheidung einbezogen werden.²⁰ Dagegen liegt ein Ermessensfehler in der Form der **Ermessensunterschreitung** vor, wenn die Vollzugsbehörde **allein auf die Reststrafenhöhe** abstellt und nicht eine Prüfung der Umstände des Einzelfalles mit nachvollziehbaren konkreten Begründungen vornimmt. Ein formelhafter Hinweis auf das Fehlen besonderer Umstände i. S. der VV Nr. 4 III genügt diesen Anforderungen nicht.²¹ Deshalb ist auch bei Behandlung der VV Nr. 4 II a als Ermessensrichtlinie die Vollzugsbehörde gem. § 115 IV 2 zu verpflichten, den Antragsteller unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden.

15

II. Antrag 2: A verbüßt seit eineinhalb Jahren eine 4-jährige Freiheitsstrafe wegen fortgesetzter Hinterziehung von Steuern und Unterdrückung von Sozialabgaben für die 20 Beschäftigten seines Glasereibetriebes.

Bereits vor der Urteilsverkündung hat der sonst nicht vorbestrafte A die ausstehenden Beträge nachbezahlt. Während des ersten Haftjahres konnte A den Betrieb mit Hilfe eines erfahrenen Meisters unter Inanspruchnahme seines gesamten Urlaubs und verschiedener Ausgänge notdürftig weiterführen. Nachdem dieser Meister infolge eines Verkehrsunfalles erwerbsunfähig wurde und A keine gleichwertige Ersatzkraft fand, beantragte er beim Anstaltsleiter die Zulassung zum Freigang, um ihm die Weiterführung seines Betriebes als Selbstbeschäftigung nach § 39 II StVollzG zu ermöglichen.

Zur Begründung seines Antrages trug er glaubhaft vor, dass er anderenfalls gezwungen sei, den Betrieb zu schließen, wodurch ihm selbst und seinen Angestellten die Existenzgrundlage entzogen werde.

Der Anstaltsleiter lehnte diesen Antrag mit der Begründung ab, dass trotz des einwandfreien Vollzugsverhaltens des A die Kontrolle durch die Anstalt nicht in dem erforderlichen Maß zu gewährleisten sei bzw. unverhältnismäßig hohe Personalaufwendungen erfordere, weil der Betrieb des A 60 km vom Ort der Justizvollzugsanstalt entfernt sei. Außerdem biete das StVollzG keine hinreichende Grundlage für eine Selbstbeschäftigung im Wege des Freigangs. Nach erfolglosem Widerspruch beantragt A bei der zuständigen Strafvollstreckungskammer gerichtliche Entscheidung.²²

Die Begründetheit des Antrags richtet sich im Wesentlichen danach, ob die von A beantragte Weiterführung seines Betriebes „**Selbstbeschäftigung**“ i. S. des § 39 II ist (s. u. Rn. 17 f.), ob diese auch außerhalb der Anstalt im Wege des Freigangs nach § 11 möglich ist (Rn. 19–21) und ob der Anstaltsleiter das ihm nach § 39 II und § 11 II zustehende Ermessen pflichtgemäß ausgeübt hat (Rn. 22–25).

16

Nach § 39 II StVollzG kann dem Gefangenen gestattet werden, sich selbst zu beschäftigen. Aus dem Wortlaut dieser Norm geht nicht eindeutig hervor, ob dazu auch die Weiterführung des eigenen Betriebes eines Gefangenen gehört. Die systematische Auslegung des fünften Titels des StVollzG ergibt, dass als **Selbstbeschäftigung jede selbständige Tätigkeit** in Betracht kommt, da im Übrigen nur die zugewiesene Arbeit (§ 41) und das freie Beschäftigungsverhältnis (§ 39 I) geregelt sind.²³ Nach der gesetz-

17

¹⁸ Schöch 2002, § 7 Rn. 68, Laubenthal 2003, Rn. 549.

¹⁹ Vgl. OLG Frankfurt NJW 1978, 335; Schöch 2002, § 7 Rn. 69.

²⁰ BGHSt 30, 320, 325; OLG Frankfurt ZfStrVo 1984, 122 ff.

²¹ Vgl. Schöch 2002, § 7 Rn. 68; Calliess/Müller-Dietz 2005, § 13 Rn. 11.

²² Fall aus der eigenen richterlichen Tätigkeit in Verbindung mit BGHSt 37, 85 ff., Beschl. vom 26. 6. 1990 auf Vorlagebeschluss des OLG Celle NStZ 1989, 341 gegen OLG Hamm NStZ 1986, 428.

²³ Calliess/Müller-Dietz 2005, § 39 Rn. 5.

lichen Konzeption soll Selbstbeschäftigung nur ausnahmsweise gestattet werden, wenn dadurch das Ziel der Arbeit, Fähigkeiten für eine Erwerbstätigkeit nach der Entlassung zu vermitteln (§ 37 I), besser erreicht werden kann und wenn überwiegende Gründe des Vollzuges nicht entgegenstehen.²⁴

- 18** Bei einem bisher selbständigen Glasermeister widerspräche es dem Vollzugsziel (§ 2 S. 1), den allgemeinen Vollzugsgrundsätzen (§ 3) und der Arbeitszielbestimmung (§ 37 I), wenn man ihn ohne überzeugende Gründe auf untergeordnete zugewiesene Arbeit in der Anstalt verwies, sofern es eine Möglichkeit gibt, seine Fähigkeiten zur Ausübung einer verantwortlichen und selbständigen Tätigkeit auch während des Vollzuges zu erhalten. Selbstbeschäftigung kann nicht auf bloßen „Zeitvertreib“ innerhalb der Anstalt reduziert werden,²⁵ sondern ist als **Alternative zur zugewiesenen Arbeit** konzipiert.
- 19** Mit der Anerkennung einer selbständigen oder freiberuflichen Tätigkeit als Selbstbeschäftigung ist noch nicht entschieden, ob diese auch außerhalb der Anstalt **im Wege des Freigangs gem. § 11** zulässig ist. Dies wurde zum Teil mit der Begründung verneint, dass § 39 II im Gegensatz zu § 39 I keinen Hinweis auf eine Tätigkeit außerhalb der Anstalt enthalte. Daraus folge, dass eine Selbstbeschäftigung außerhalb der JVA, d. h. im Wege des Freigangs gem. § 11, nicht in Betracht komme.²⁶ Dies entspreche auch der Intention des Gesetzgebers, der die Selbstbeschäftigung gerade nicht wie das freie Beschäftigungsverhältnis der zugewiesenen Arbeit gleichgestellt habe.²⁷ Dagegen sprächen auch die Unübersehbarkeit der möglichen Sachlagen und die unzureichenden Kontrollmöglichkeiten bei unregelmäßigen Arbeitszeiten.²⁸ Lange Zeit wurde deshalb Selbstbeschäftigung nur für Tätigkeiten gestattet, die sich auch in der Anstalt durchführen ließen (z. B. Schriftsteller, Werbegraphiker u. Ä.).
- 20** Diese Interpretation des § 39 II als Freigangssperre ist jedoch, wie der BGH²⁹ auf Vorlage des OLG Celle³⁰ und in Übereinstimmung mit der h. M.³¹ festgestellt hat, weder aus dem Wortlaut der §§ 11 und 39 noch aus System und Zweck der Normen über die Arbeit im Vollzug abzuleiten. Demnach ist Selbstbeschäftigung außerhalb der Anstalt zu gestatten, wenn dies mit dem Vollzugsziel (§ 2) vereinbar ist. Für diese Lösung spricht zunächst das auch für Strafgefangene geltende **Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG)**; die Einschränkungen bezüglich der Zwangsarbeit (Art. 12 II, III GG) entfalten innerhalb der vollzugsrechtlichen Arbeitspflichten keine zusätzliche Wirkung. Es wäre verfehlt, eine Tätigkeit allein deshalb von den Beschäftigungsmöglichkeiten auszuschließen, weil sie nur freiberuflich oder selbständig ausgeübt werden kann.³² Hinzu kommt die pragmatische Überlegung, dass eine restriktive Interpretation leicht durch Übereignung des Betriebes an den Ehepartner oder durch Einschaltung eines Strohmannes umgangen werden könnte, wenn sich der Gefangene im Rahmen eines freien Beschäftigungsverhältnisses nach § 39 I anstellen ließe.³³
- 21** Der in § 39 I 2 enthaltene Verweis auf den Freigang war nur hier erforderlich, um klarzustellen, dass der Vorrang des freien Beschäftigungsverhältnisses (Sollvorschrift) nicht zugleich die allgemeinen Voraussetzungen des Freigangs entbehrlich macht. Dies rechtfertigt aber für § 39 II keinen Umkehrschluss i. S. einer Unvereinbarkeit von Selbstbeschäftigung und Freigang. Vielmehr ergibt sich die Notwendigkeit einer gesonderten Prüfung der Freigangsvoraussetzungen hier von selbst, weil die Vollzugsverwaltung nach § 39 II einen **größeren Ermessensspielraum** hat (Kann-Bestimmung). Die schwierigere Kontrolle der Selbstbeschäftigung außerhalb der Anstalt ist allerdings ein Grund, in diesen Fällen bei der **Ermessensausübung** einen **strengeren Maßstab** anzulegen als bei den freien Beschäftigungsverhältnissen.³⁴
- 22** Bei der Ausübung dieses Ermessens hat der Anstaltsleiter zunächst die **Voraussetzungen für den Freigang** (§ 11 II) zu prüfen. § 11 II verlangt keine eindeutig positive Prognose, sondern gestattet es, ein gewisses Risiko für die Erprobung in Kauf zu nehmen.³⁵

²⁴ Schöch 2002, § 7 Rn. 132; VV Nr. 3 I zu § 39 verlangt außerdem wichtige Gründe für diese Ausnahme.

²⁵ OLG Celle NStZ 1989, 342.

²⁶ OLG Hamm NStZ 1986, 488; LG Wuppertal NStZ 1988, 476.

²⁷ RE, BT-Drucks. 7/918, S. 67.

²⁸ OLG Hamm NStZ 1986, 429.

²⁹ BGHSt 37, 85.

³⁰ OLG Celle NStZ 1989, 341.

³¹ Calliess/Müller-Dietz 2005, § 39 Rn. 6; Schöch 2002, § 7 Rn. 133.

³² Schöch 2002, § 7 Rn. 133.

³³ AK-Däubler/Spaniol 2000, § 39 Rn. 29.

³⁴ BGHSt 37, 85, 89.

³⁵ Schöch 2002, § 7 Rn. 48.

Eine Fluchtgefahr ist im Falle des A im Hinblick auf sein nach wie vor intaktes soziales Umfeld und sein Ziel, den Betrieb auch für die Zeit nach Vollzugsende zu erhalten, nahezu ausgeschlossen. **23**
 Fraglich ist dagegen, ob die Gefahr besteht, dass A als Inhaber seines Betriebes erneut ähnliche Straftaten begeht. Gegen die Annahme einer Wiederholungsgefahr spricht aber, dass A bereits vor der Verurteilung den Schaden wieder gutgemacht hat und dass sein bisheriges Verhalten im Vollzug keinen Anlass zu Bedenken gibt. Die Entfernung des Betriebes zur Anstalt kann bei einem derart sesshaften und normalen Gewerbebetrieb, der kaum besonderer Kontrolle bedarf, keinen entscheidenden Einwand begründen.
 Darüber hinaus ist hinsichtlich der in Betracht kommenden Wirtschaftsdelikte eine wirksame Kontrolle durch eine regelmäßige Überwachung der Lohnabrechnungen seitens der Vollzugsbehörde in Zusammenarbeit mit dem Finanzamt möglich.

Auch wenn die Voraussetzungen für die Zulassung zum Freigang nach den bisherigen Ausführungen vorliegen, bleibt der Vollzugsbehörde bereits nach § 11 II ein **Ermessensspielraum**, der im Falle des § 39 II wegen des Ausnahmecharakters und der begrenzten Kontrollmöglichkeiten bei der Selbstbeschäftigung sogar noch erweitert wird.³⁶ Es wäre nicht ermessensfehlerhaft, wenn der Anstaltsleiter den Erhalt der Arbeitsplätze Dritter oder der Existenzgrundlage des A jedenfalls in der ersten Hälfte der Strafverbüßung geringer bewertet hätte als die Belange eines geordneten und kontrollierten Vollzugsablaufes oder die Gewinnung qualifizierter Arbeitskräfte für die Arbeit im Vollzug. Im vorliegenden Fall hat er aber schon deshalb ermessensfehlerhaft entschieden, weil er wegen unzutreffender Auslegung des § 39 II seinen Ermessensspielraum verkannt hatte (Fall der Ermessensunterschreitung). Der Antrag des A ist also begründet. Der Anstaltsleiter ist zu verpflichten, den Gefangenen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden (§ 115 IV 2). **25**

III. Antrag 3/4: Der Psychologe P führt als externer Therapeut innerhalb der sozialtherapeutischen Anstalt mit Gewalttätern eine psychoanalytisch orientierte Einzeltherapie durch. Einer seiner Klienten ist der 27-jährige Strafgefangene A, der wegen eines Bankraubes eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren verbüßt. A hat vier Vorstrafen, davon je eine vollstreckte Jugend- und Freiheitsstrafe wegen gefährlicher Körperverletzung und räuberischer Erpressung. Eines Tages berichtet A dem P in einer therapeutischen Sitzung die bisher noch nicht aktenkundige Tatsache, dass er im Alter von 17 Jahren einmal seine 13-jährige Stiefschwester vergewaltigt habe.

Ein anderer Klient ist der 29-jährige Strafgefangene B, der eine Gesamtfreiheitsstrafe von 9 Jahren wegen dreier Verbrechen des sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit Vergewaltigung bzw. sexueller Nötigung verbüßt. Er war bereits im Alter von 16 Jahren wegen sexuellen Kindesmissbrauchs in Tateinheit mit versuchter Vergewaltigung zu zwei Jahren Jugendstrafe, im Alter von 19 Jahren zu einer dreijährigen Jugendstrafe wegen Vergewaltigung verurteilt worden. Zwei Jahre nach Aussetzung des Restes der Jugendstrafe hatte er im Alter von 22 Jahren im Zeitraum von vier Monaten die drei o.g. Sexualdelikte an 11- bis 13-jährigen Mädchen begangen. B berichtet dem Psychologen, dass er immer noch unter aggressiven Sexualphantasien mit sadistischem Einschlag gegenüber 10- bis 13-jährigen Mädchen leide.

Einige Wochen nach diesen Gesprächen steht sowohl für A als auch für B die Frage an, ob ihnen zur Vorbereitung auf die Entlassung eine Woche Urlaub gewährt werden könne. Der Anstaltsleiter der sozialtherapeutischen Anstalt bittet P um eine Stellungnahme. Dieser entschließt sich in beiden Fällen, dem Anstaltsleiter den wesentlichen Inhalt der o.g. Gespräche zu offenbaren. Beide Gefangene sind empört über den Vertrauensbruch und beantragen bei der Strafvollstreckungskammer festzustellen, dass die Mitteilung von Gesprächsinhalten aus den therapeutischen Sitzungen rechtswidrig gewesen ist.

Mit der Offenbarung der therapeutischen Geheimnisse gegenüber dem Anstaltsleiter haben sich die im Streit befindlichen Maßnahmen erledigt, da sie nicht mehr rückgängig gemacht werden können. In solchen Fällen ist gemäß § 115 III ein **Fortsetzungsfeststellungsantrag** zulässig³⁷ mit dem Ziel, die Rechtswidrigkeit der Maßnahme festzustellen, wenn der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an **26**

³⁶ Vgl. BGHSt 37, 85, 89.

³⁷ § 115 III wird neben dem dort geregelten Fall der Erledigung zwischen Antragstellung und gerichtlicher Entscheidung auch auf die Fälle vorheriger Erledigung angewandt, vgl. Schöch 2002, § 9 Rn. 33; Calliess/Müller-Dietz 2005, § 109 Rn. 6.

- dieser Feststellung hat.³⁸ Ein solches wird – neben Wiederholungsgefahr und der Vorbereitung eines möglichen Amtshaftungsprozesses – auch anerkannt, wenn die Maßnahme diskriminierende Wirkung hat und ein Rehabilitationsinteresse besteht.³⁹ Das ist im Hinblick auf die gravierenden Folgen der Mitteilung an den Anstaltsleiter zu bejahen. Darüber hinaus könnte auch eine hinreichend konkrete Wiederholungsgefahr bejaht werden, sofern A und B die Behandlung fortsetzen, da mit einer erneuten Offenbarung von Gesprächsinhalten durch den Therapeuten zu rechnen ist.
- 27** A und B könnten dadurch, dass P die ihm als Geheimnis anvertrauten personenbezogenen Daten an den Anstaltsleiter übermittelt hat, in ihrem **Grundrecht auf Datenschutz aus Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG** (Recht auf informationelle Selbstbestimmung)⁴⁰ verletzt sein. Während früher das **besondere Gewaltverhältnis** des Gefangenen als ausreichende Rechtsgrundlage auch für Grundrechtsbeschränkungen angesehen wurde, kommt seit der Entscheidung des BVerfG⁴¹ aus dem Jahre 1972 nur noch ein **formelles Gesetz**, also das hier einschlägige StVollzG, in Betracht. Die Begründetheit der Anträge richtet sich mithin danach, ob die von P dem Anstaltsleiter mitgeteilten Gesprächsinhalte der Schweigepflicht gem. § 182 II 1 unterfielen oder ob ein Fall der Offenbarungspflicht gem. § 182 II 2 vorgelegen hat.
- 28** Die im August 1998 durch das 4. StVollzGÄndG unter dem Titel Datenschutz eingefügten §§ 179 bis 187 StVollzG betreffen die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sowie Auskunfts- und Akteneinsichtsregelungen. Den Kern der Diskussion bildet jedoch § 182, der erstmals versucht, neben der gewohnten Schweigepflicht gegenüber vollzugsexternen Dritten die sog. **innerbehördliche Schweigepflicht** zu regeln und diese durch Offenbarungsbefugnisse oder Offenbarungspflichten mit den allgemeinen Vollzugsaufgaben in Einklang zu bringen.⁴² Bis zu dieser Regelung erfolgte die Grenzziehung der Offenbarungsbefugnis für Anstaltsärzte mit Hilfe einer Güter- und Interessenabwägung in etwa so, wie sie jetzt in § 182 II 3 für Ärzte geregelt ist, während die innerbehördliche Schweigepflicht für Ärzte und Psychologen wegen ihrer stärkeren Einbindung in die Aufgaben des Vollzuges weitgehend ungeklärt war.⁴³ § 182 II bedeutet insoweit zumindest eine Klarstellung. Klärend ist auch die Regelung, dass eine Offenbarung nur gegenüber dem Anstaltsleiter erfolgen darf (§ 182 II 2), bzw. nur bei ausdrücklicher Zulassung durch den Anstaltsleiter gem. § 182 III 2 auch gegenüber anderen Anstaltsbediensteten, denen bestimmte Aufgabenbereiche des Anstaltsleiters übertragen worden sind (§ 156 II 2).⁴⁴
- 29** Für **Ärzte oder Psychologen außerhalb des Vollzuges**, die mit der Untersuchung oder Behandlung eines Gefangenen beauftragt sind, gilt gem. § 182 IV die Offenbarungsbefugnis des Absatzes 2 auch gegenüber dem Anstaltsarzt oder dem in der Anstalt mit der Behandlung betrauten Psychologen. Daraus wird gleichzeitig deutlich, dass es im Strafvollzug keine aus der Verantwortung des Anstaltsleiters völlig herausgenommenen Therapiebereiche geben kann.⁴⁵ Im vorliegenden Fall hat der externe Therapeut P den wesentlichen Gesprächsinhalt sowohl der Sitzung mit A als auch mit B dem Anstaltsleiter direkt mitgeteilt und sich damit in dieser Hinsicht im Rahmen des § 182 gehalten. Vom Vorliegen der gem. § 182 II 5 vorgeschriebenen Belehrung über die Offenbarungsbefugnisse ist auszugehen.
- 30** § 182 II 2 begründet für alle therapeutischen Fachdienste nicht nur eine Befugnis, sondern eine **Verpflichtung zur Offenbarung** gegenüber dem Anstaltsleiter, soweit dies für die Aufgabenerfüllung der Vollzugsbehörde oder zur Abwehr von Gefahren für Leib oder Leben des Gefangenen oder Dritter erforderlich ist. Dies gilt, wie § 182 IV klarstellt, **auch für externe Therapeuten**, da dort Absatz 2 für den betreffenden Personenkreis lediglich in der Hinsicht erweitert wird, dass eine Mitteilung nicht nur an den Anstaltsleiter, sondern auch an den Anstaltsarzt oder den behandelnden Anstaltspsychologen zulässig ist.⁴⁶ Eine Privilegierung externer Therapeuten in der Weise, dass sie nur zur Offenbarung

³⁸ OLG Celle ZfStrVo 1993, 185; OLG Hamm NStZ 1993, 104; Schöch 2002, § 9 Rn. 56 m. w. N.

³⁹ S. auch unter Antrag 5.

⁴⁰ Vgl. AK-Weichert 2000, vor § 179 Rn. 4.

⁴¹ BVerfGE 33, 1 ff.

⁴² Schöch 1999 a, 259.

⁴³ Schöch 2002, § 7 Rn. 223 f.

⁴⁴ Schöch 1999 a, 260; AK-Weichert 2000, § 182 Rn. 47.

⁴⁵ Schöch 1999 a, 261.

⁴⁶ Vgl. Schöch 2002, § 7 Rn. 230; Calliess/Müller-Dietz 2005, § 182 Rn. 12; Arloth/Lückemann 2004, § 182 Rn. 11.

befugt, aber nicht verpflichtet sind, lässt sich weder dem Wortlaut noch dem Zweck des § 182 IV entnehmen.⁴⁷ Keine Sonderregelungen gelten auch für **sozialtherapeutische Anstalten** (§ 9), obwohl gerade hier seit der Ausweitung durch das SexualdelBekG vom 26. 1. 1998 besonders viele Sexualstraf-täter mit sensiblen therapeutischen Methoden behandelt werden.

Eine **Ausnahme von der Offenbarungspflicht** gilt gem. § 182 II 3 für Ärzte hinsichtlich derjenigen Tatsachen, die ihnen im Rahmen der **allgemeinen Gesundheitsfürsorge** bekannt geworden sind. Inso- weit besteht nur eine Offenbarungsbefugnis. Der Grund für dieses Arztprivileg liegt darin, dass im Strafvollzug einerseits die freie Arztwahl eingeschränkt ist, der Gefangene aber andererseits für die Erhaltung seiner Gesundheit existentiell auf den Anstaltsarzt angewiesen sein kann.⁴⁸ Vorliegend han- delt es sich bei P aber nicht um einen Arzt und bei den Sitzungen mit A und B auch nicht um solche im Rahmen der allgemeinen Gesundheitsfürsorge.

31

Bereits vor Einführung des § 182 II 2 galt, dass sich die Befugnis zu einer **Offenbarungspflicht** verdichtet, wenn es um die **Abwehr konkreter Gefahren für Leib oder Leben von Menschen** geht (2. Alternative). Dabei garantieren die Erheblichkeitsschwelle und die Erforderlichkeit, dass nicht jede denkbare leichte Gefahr zur Offenbarung verpflichtet, sondern nur eine solche, deren Gewicht das Persönlichkeitsrecht des Gefangenen und sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung überwiegt.⁴⁹ Die Gefahr leichterer Verletzungen oder Bedrohungen würde also ebenso wenig ausreichen, wie die Verfolgung bereits begangener Delikte, soweit nicht aus- nahmsweise eine konkrete Wiederholungsgefahr besteht.⁵⁰

Problematischer ist hingegen der sehr weite Begriff „**Aufgabenerfüllung der Vollzugsbehörden**“, der nicht durch eine Erheblichkeitsschwelle oder Ultima-Ratio-Klausel eingeschränkt ist.⁵¹ Da sich im Gesetz keine ausdrückliche Einschränkung der Offenbarungspflicht findet, wird zum Teil befürchtet, dass daraus ein umfassender Zugriff des Anstaltsleiters auf Inhalte psychotherapeutischer Behandlungen abgeleitet werden könne.⁵² Legt man jedoch das Gesetz mit den üblichen juristischen Methoden aus, um der in § 182 I 1 postulierten Schweigepflicht einen Sinn zu geben, so lassen sich verschiedene Kriterien für eine **verfassungskonforme Einschränkung der Offenbarungspflicht** finden. Zunächst unterliegt das zur Aufgabenerfüllung Erforderliche nicht der freien Definitionsmacht des Anstaltslei- ters, sondern muss sich auf den **Vollzugsplan** (§ 7) auswirken.⁵³ Innerhalb dieser gesteckten Grenzen verlangen teleologische und wortlautorientierte Auslegung weiterhin eine Reduktion auf die unmittel- bar für die **zentralen Vollzugsaufgaben** (§ 2) relevanten Tatsachen.⁵⁴ Schließlich spricht ein Vergleich mit der bereits genannten zweiten Alternative für die Beachtung einer entsprechenden **Erheblichkeits- schwelle** auch bei den Vollzugsaufgaben.⁵⁵

32

Eine Erschwerung jeder Therapie durch die Offenbarungspflicht, über die ja aufgeklärt wird, ist ein- zuräumen, jedoch ist die Behauptung einer Verfassungswidrigkeit des § 182 II 2 wohl eher standes- politisch beeinflusst⁵⁶ und durch die hier vorgeschlagene restriktive und verfassungskonforme Inter- pretation auszuräumen.⁵⁷ Schon bisher bestand – wie oben dargelegt – bei Gefahren für Leib oder Leben Dritter oder bei geplanten schweren Verbrechen eine Anzeigepflicht.⁵⁸ Die faktischen Unter- schiede zwischen intra- und extramuraler Therapie können durch ein Gesetz nicht ausgeräumt wer- den. Außerdem sprechen verhaltenstherapeutische oder sozialpädagogische Maßnahmen, bei denen diese Probleme kaum relevant sind, im Strafvollzug eine erheblich größere Rolle als klassische tiefen- psychologische Maßnahmen.⁵⁹

33

⁴⁷ A. A. *AK-Weichert* 2000, § 182 Rn. 49; *Laubenthal* 2003, Rn. 924; unklar insoweit die Gesetzesmaterialien, vgl. BT-Drucks. 13/10245, 26 und 13/11016, 27.

⁴⁸ *Schöch* 1999 a, 260; kritisch hierzu *AK-Weichert* 2000, § 182 Rn. 40: Verstoß gegen Art. 3 GG.

⁴⁹ *Schöch* 1999 a, 260.

⁵⁰ *Schöch* 2002, § 7 Rn. 228; vgl. auch *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 182 Rn. 7.

⁵¹ Vgl. *AK-Weichert* 2000, § 182 Rn. 32 ff.; *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 182 Rn. 6.

⁵² Nachweise bei *Schöch* 1999 a, 261 f.

⁵³ *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 182 Rn. 6; *Schöch* 2002, § 7 Rn. 232.

⁵⁴ *Schöch* 1999 a, 263; 2005, S. 52 ff. (mit konkreten Fallbeispielen).

⁵⁵ *Schöch* 1999 a, 263; ähnlich *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 182 Rn. 6.

⁵⁶ Vgl. die Nachweise bei *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 182 Rn. 6; aber auch *AK-Weichert* 2000, § 182 Rn. 41 m. w. N.

⁵⁷ Wie hier auch *Calliess/Müller-Dietz* 2005, § 182 Rn. 6.

⁵⁸ Vgl. *Schöch* 1999 a, 261 f.

⁵⁹ *Schöch* 1999 a, 262; *Beier/Hinrichs* 1995, 168.

- 34** Faktisch relativiert wird die Offenbarungspflicht auch durch die **Einschätzungsprärogative des Therapeuten**. Zwar wurde im Gesetzgebungsverfahren betont, dass die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 182 II 2 „Aufgabenerfüllung der Vollzugsbehörde“ und „Abwehr erheblicher Gefahren“ für die Therapeuten keinen unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum eröffnen,⁶⁰ jedoch müssen diese zunächst selbst beurteilen, ob die Voraussetzungen einer Offenbarungspflicht vorliegen. Dabei kann aber nicht von einem eigenen Beurteilungsspielraum gesprochen werden, weil die Entscheidung gerichtlich voll nachprüfbar ist.⁶¹ Begeht der Gefangene Straftaten und hätten diese bei Kenntnis der offenbarungspflichtigen Tatsachen vermieden werden können, dann reicht selbst leichte Fahrlässigkeit für eine strafrechtliche Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung, Körperverletzung oder Brandstiftung aus, während bei sonstigen Delikten eine Disziplinarmaßnahme in Betracht kommt.⁶²
- 35** Bei der **Tat des A**, die dieser im Alter von 17 Jahren begangen hat, handelt es sich um eine **vergangene Straftat ohne Wiederholungsgefahr**. Sie begründet daher keine erheblichen Gefahren für das Leben oder die Gesundheit des Gefangenen oder Dritter. Aber auch für die Aufgabenerfüllung des Strafvollzuges war eine Offenbarung nicht erforderlich. Zwar handelt es sich um eine sehr schwere Straftat, die jedoch zehn Jahre zurückliegt. A war damals noch Jugendlicher und vergleichbare Taten sind seither nicht mehr vorgekommen. Bei einem Räuber hat die Tat daher **keine Vollzugsplanrelevanz** i. S. des § 7 II.⁶³ Anders wäre es bei einem Sexualstraftäter, u. U. auch ohne vorangegangene Verurteilung, wenn Anhaltspunkte für eine sexuelle Problematik vorlägen, die sich in künftigen Gewaltdelikten äußern könnte.
- Da eine solche Konstellation bei A aber nicht gegeben ist, war die Offenbarung des P an den Anstaltsleiter nicht durch § 182 II 3 gedeckt. Sie verletzte A in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (s. o. Rn. 27) und war daher rechtswidrig. Der Beschluss der Strafvollstreckungskammer beschränkt sich auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme; eine zusätzliche Weisung, die Mitteilung aus der Gefangenenpersonalakte zu entfernen ist nicht vorgesehen, jedoch muss der Anstaltsleiter dies aufgrund der gerichtlichen Entscheidung auch so veranlassen.⁶⁴
- 36** Im **Falle des B** wäre zunächst daran zu denken, dessen Mitteilungen bereits unter den Begriff der erheblichen Gefahren für das Leben oder die Gesundheit Dritter zu subsumieren und damit eine Offenbarungspflicht zu bejahen. Zwar indizieren die sadistischen Sexualphantasien bei dem aggressiven pädophilen B eine fortbestehende Gefährlichkeit, allerdings nicht im Sinne einer konkreten Gefahr für Dritte, so dass diese Alternative nicht einschlägig ist.
- Die Phantasien des B sind jedoch im Hinblick auf seine drei einschlägigen Verurteilungen **vollzugsrelevant**, da sie eine erhebliche Rückfallgefährdung – auch bei Vollzugslockerungen – indizieren.⁶⁵ Damit handelt es sich um Tatsachen, die für die Aufgabenerfüllung der Vollzugsbehörde erforderlich sind und bei denen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des B hinter den Rechtsgütern Leben und Gesundheit zurücktritt, deren Schutz auch Aufgabe des Strafvollzuges ist (§ 2 S. 2). Aus dem Begriff der Erforderlichkeit folgt allerdings, dass die Tatsachen nur in der jeweils schonendsten Form offenbart werden dürfen. Detaillierte Ausführungen über die sadistischen sexuellen Phantasien des B durften demnach nicht mitgeteilt werden, weil im Hinblick auf die anstehenden Lockerungen auch der bloße Hinweis darauf genügt hätte, dass B seine deliktische Problematik noch nicht bewältigt habe. Soweit der P dem Anstaltsleiter darüber hinaus den wesentlichen Gesprächsinhalt der Sitzung mit B mitgeteilt hat, stellt das Gericht fest, dass diese Überschreitung der Offenbarungsbefugnis rechtswidrig war.

IV. Antrag 5: G verbüßt eine mehrjährige Freiheitsstrafe wegen Körperverletzung mit Todesfolge. Bei einer nach § 57 II StVollzG erfolgten Krebsvorsorgeuntersuchung stellt sich heraus, dass G unheilbar an Krebs erkrankt ist. G verfällt daraufhin in tiefe Depressionen. Die Anstaltsärztin diagnostiziert an einem Freitagvormittag erhöhte Suizidgefahr.

⁶⁰ BT-Drucks. 13/11016, 27.

⁶¹ Schöch 1999 a, 263.

⁶² Schöch 1999 a, 263; a. A. AK-Weichert 2000, § 182 Rn. 35.

⁶³ Vgl. zu diesem Kriterium Schöch 2002, § 7 Rn. 224 ff.

⁶⁴ AK-Volckart 2000, § 115 Rn. 27.

⁶⁵ Vgl. die Falldarstellungen bei Schöch 2004, 411 ff. (durchweg rückfällige Sexualstraftäter) sowie Fall 6, Rn. 38.

Auf ihren Rat ordnet der Anstaltsleiter wegen der für solche Fälle unzureichenden personellen Wochenendbesetzung der Anstalt von Freitag 12 Uhr bis Montag 10 Uhr gemäß § 88 II Nr. 5 StVollzG die Unterbringung des G in einem besonders gesicherten Haftraum an, um eine mögliche Selbsttötung zu verhindern. Die von G dringend gewünschte Anstaltsärztin ist erst wieder am Montag ab 10 Uhr dienstbereit. Ein anderer Arzt wird nicht hinzugezogen.

In einem Anfall von Verzweiflung schlägt G mit der Faust auf den Vollzugsbeamten V ein, der dadurch zwei Schneidezähne verliert und eine Platzwunde an der Lippe erleidet. V ist zwei Wochen krank. Für seine Behandlung muss das Land 4000 € aufwenden.

Zwei Tage nach der Rückkehr in seinen Haftraum fügt G sich selbst erhebliche Verletzungen zu, indem er sich Schnittwunden an den Pulsadern beibringt. Die entstandenen, stark blutenden Wunden müssen umgehend behandelt werden. Obwohl G mit der Begründung, er müsse ja ohnehin bald sterben, jede ärztliche Hilfe ablehnt, wird er von vier Beamten des Aufsichtsdienstes festgehalten, während die Anstaltsärztin seine Wunden verbindet und ihm – da kein Impfschutz mehr besteht – eine Tetanuspritze injiziert.

Einige Wochen später verlangt der Anstaltsleiter von G die Erstattung der Behandlungskosten, die im Hinblick auf seine Selbstverletzung und die Verletzung des V entstanden sind. Er ordnet an, dafür monatlich einen Teilbetrag von 50 € des an G gezahlten Hausgeldes in Höhe von 90 € in Anspruch zu nehmen, das G aufgrund einer Ausbildungsbeihilfe regelmäßig erhält.

G beantragt festzustellen, dass folgende Maßnahmen rechtswidrig gewesen sind:

- a) die Anordnung der Unterbringung in einem besonders gesicherten Haftraum
- b) die Unterlassung der Beiziehung eines Arztes während dieser Unterbringung
- c) die durchgeführte Zwangsbehandlung.

Ferner beantragt er,

- d) die Inanspruchnahme seines Hausgeldes aufzuheben.

Die **Zulässigkeit** dieser Anträge weist gegenüber den zuvor behandelten Anträgen einige Besonderheiten auf. Zum einen handelt es sich hier inhaltlich um **mehrere Teilanträge**, die verfahrensrechtlich zu einem Antrag **verbunden** sind. Dies ist möglich, weil die verschiedenen Anträge sich letztlich auf einen zusammenhängenden Lebenssachverhalt beziehen und sich jeweils gegen denselben Antragsgegner, den Anstaltsleiter als Vertreter der Vollzugsanstalt, richten. 37

Antragsziel ist bei den Teilanträgen a) bis c) die Feststellung der Rechtswidrigkeit der jeweiligen Maßnahmen. Damit handelt es sich also auch hier um einen **Fortsetzungsfeststellungsantrag**, dessen Zulässigkeit sich aus § 115 III ergibt (s. o. Rn. 26). Er verleiht dem Gefangenen eine Rechtsschutzmöglichkeit für die Fälle, in denen sich die Maßnahme, die grundsätzlich nach § 109 anzugreifen wäre, bereits erledigt hat und nicht mehr unmittelbar fortwirkt. Da der Feststellungsantrag gegenüber den Anträgen nach § 109 subsidiär ist, müssen zunächst die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 109 gegeben gewesen sein (s. o. Rn. 2 ff.).⁶⁶ Ein Vorverfahren ist hier allerdings entbehrlich. 38

Das nach § 115 III erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich aus dem Bestehen einer Wiederholungsgefahr, einem Rehabilitationsinteresse des Gefangenen, aus Grundrechtsverletzungen⁶⁷ oder der möglichen präjudizierenden Wirkung für einen Amtshaftungsprozess.⁶⁸ Wegen der Tragweite des Eingriffs in die Rechte des Gefangenen bei besonderen Sicherungsmaßnahmen (a) und der damit verbundenen Nichthinziehung eines Arztes (b) sowie bei medizinischen Zwangsbehandlungen (c) ist in solchen Fällen das Feststellungsinteresse grundsätzlich zu bejahen.⁶⁹ Hinsichtlich des Teilantrags (d) ist zu beachten, dass nicht der ordentliche Rechtsweg eröffnet ist, wie § 93 III zunächst vermuten lässt. Dies gilt nur für Streitigkeiten über Grund und Höhe des Anspruchs, nicht jedoch für die Auf- 39

⁶⁶ AK-Volckart 2000, § 109 Rn. 35.

⁶⁷ Einschränkung OLG Celle ZfStrVo 1993, 185 f.

⁶⁸ AK-Volckart 2000, § 115 Rn. 66; Schöch 2002, § 9 Rn. 56. Letztere Fallgruppe, die auf dem Gedanken der Prozessökonomie beruht, kommt allerdings nur in den Fällen der Erledigung der Maßnahme nach Klageerhebung in Betracht, s. dazu auch OLG Hamm StV 2001, 414.

⁶⁹ Vgl. OLG Celle NStZ 1985, 480 zur Fesselung.

rechnungserklärung nach § 93 II (i. d. Fassung des § 199 II Nr. 4), die ihre Grundlage in den öffentlich-rechtlichen Beziehungen zu dem Gefangenen hat.⁷⁰

- 40 Die **Begründetheit**, die für die einzelnen Antragsinhalte jeweils gesondert zu prüfen ist, setzt voraus, dass die streitigen Maßnahmen rechtswidrig sind und der Gefangene dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 115 II 1).

a) Bei der Anordnung der **Unterbringung in einem besonders gesicherten Haftraum** handelt es sich um eine **besondere Sicherungsmaßnahme** i. S. d. § 88. Die in § 88 II abschließend aufgezählten besonderen Sicherungsmaßnahmen ergänzen die allgemeinen Sicherungsmaßnahmen der §§ 83–87. Wie diese dienen sie ausschließlich der **präventiven Gefahrenabwehr** und sind somit streng von den repressiven Disziplinarmaßnahmen (§§ 102 ff.) zu unterscheiden. Für die Anordnung einer besonderen Sicherungsmaßnahme ist daher ein schuldhaftes Verhalten des Gefangenen nicht erforderlich.⁷¹ § 88 I verlangt eine von dem Gefangenen ausgehende **erhöhte Gefahr** bezüglich Flucht, Gewalttätigkeit oder Selbstschädigung.

- 41 Hier besteht für G eine von der Anstaltsärztin diagnostizierte **erhöhte Suizidgefahr**, die nach den Lebensumständen des G auch nachvollziehbar ist und für die es objektiv erkennbare Anhaltspunkte im Verhalten des G gibt.
- 42 Weiterhin müssen die Anforderungen des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** (§ 81 II) erfüllt sein, der in § 88 V für besondere Sicherungsmaßnahmen zusätzlich in der Weise konkretisiert wird, dass die Beschränkung der Rechte des Gefangenen zeitlich auf die aktuelle Gefahrensituation zu begrenzen ist.⁷²
- 43 Sie ist auch **erforderlich**, wenn sie unter mehreren gleich geeigneten Maßnahmen die den Gefangenen am wenigsten beeinträchtigende ist. Die Beobachtung bei Tag und Nacht nach § 88 II Nr. 2 und die Fesselung nach § 88 II Nr. 6 wären unter den soeben dargestellten Gesichtspunkten gleichermaßen zur augenblicklichen Verhinderung eines Selbstmordes geeignet. Im Hinblick darauf, dass die **ständige Beobachtung** ihrerseits einen schwerwiegenden Eingriff in die Intimsphäre des Gefangenen und sein Persönlichkeitsrecht darstellt, ist fraglich, ob sie gegenüber der Unterbringung in einem besonders gesicherten Haftraum die mildere Maßnahme wäre. Da im vorliegenden Fall die Beobachtung bei Tag und Nacht wegen der wochenendbedingten Personalknappheit faktisch nicht möglich war, kann diese Frage jedoch dahingestellt bleiben. Bei der **Fesselung** handelt es sich gegenüber der Unterbringung nach § 88 II Nr. 5 um die schwerwiegendere Maßnahme, so dass sie nicht als Alternativmöglichkeit in Betracht kommt. Damit war die Unterbringung des G in einem besonders gesicherten Haftraum auch erforderlich.
- 44 Angesichts der unkontrollierten, hochgradigen Erregung des G infolge der Kenntnismahme von der Krankheit war die Anordnung der Unterbringung als solche auch **angemessen**. Bedenken bestehen jedoch im Hinblick auf die **Dauer der Unterbringung** von zweieinhalb Tagen. Grundsätzlich soll die Unterbringung nicht länger als 24 Stunden andauern. Unter besonderen Umständen ist eine längere Unterbringung nicht schlechthin unverhältnismäßig. Nach VV Nr. 3 zu § 88 sind Unterbringungen, die länger als drei Tage aufrechterhalten werden, der Aufsichtsbehörde unverzüglich mitzuteilen. Hier dauerte die Unterbringung in dem besonders gesicherten Haftraum nicht länger, als dies unbedingt notwendig war. Die Ärztin hatte aufgrund ihrer Diagnose zu der Unterbringung geraten. Es bestanden keine anderen Möglichkeiten, die über das ganze Wochenende hin erforderliche, intensive Betreuung zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund war die erfolgte Unterbringung des G auch angemessen.
- 45 Die Anordnung der Unterbringung war auch **formal** korrekt, da sie durch den Anstaltsleiter erfolgte (§ 91 I 1) und hinsichtlich des seelischen Zustandes des G eine Ärztin befragt worden war (§ 91 II). Die Anordnung der Unterbringung des G in einem besonders gesicherten Haftraum war im Ergebnis rechtmäßig, sein Antrag ist in diesem Punkt unbegründet.

- 46 b) Nach § 92 I 1 muss ein Gefangener, der in einem besonders gesicherten Haftraum untergebracht ist, alsbald vom Anstaltsarzt aufgesucht werden, in der Folge möglichst täglich. Diese **ärztliche Überwachung**, die auch bei Fesselung vorgeschrieben ist, soll gewährleisten, dass Gefangene in einer seelischen und körperlichen Ausnahmesituation sofort notwendige ärztliche Hilfe erhalten; sie soll darüber hinaus vorbeugend Gefangenenmisshandlung durch Vollzugsbedienstete verhindern.
- 47 Im vorliegenden Fall hatte eine ärztliche Untersuchung nur vor der Anordnung der besonderen Sicherungsmaßnahme stattgefunden. Während der folgenden Unterbringung hatte die Anstaltsärztin den G nicht aufgesucht. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Unterbringung auf der kurz zuvor erfolgten Untersuchung der Ärztin beruhte und von dieser vorgeschlagen wurde. Nach der ratio legis des § 92 geht es um die Verantwortlichkeit des Arztes für den Gesundheitszustand des Gefangenen im

⁷⁰ OLG Celle NStZ 1981, 78; OLG Zweibrücken ZfStrVo 1986, 379.

⁷¹ Calliess/Müller-Dietz 2005, § 88 Rn. 1.

⁷² Calliess/Müller-Dietz 2005, § 88 Rn. 4; Walter 1999, Rn. 503.

Rahmen von besonderen Sicherungsmaßnahmen. Diese ist hier bezüglich der Einleitung der Maßnahme gewahrt, weshalb es für die Erstuntersuchung nicht darauf ankommen kann, ob diese zeitlich einige Augenblicke vor oder nach der Anordnung erfolgt war.

Weiterhin verlangt § 92 I 1, dass der Gefangene im Anschluss an die Erstuntersuchung „möglichst“ **täglich** vom Anstaltsarzt aufzusuchen ist. Dieser **Rechtsanspruch** des Gefangenen kann nicht von den Dienstzeiten der Anstaltsärztin abhängig sein. In solchen Fällen muss ein anderer Bereitschaftsarzt (notfalls der allgemeine ärztliche Notdienst) hinzugezogen werden. Äußerstenfalls soll nach VV Nr. 2 zu § 92 ein im Sanitätsdienst erfahrener Bediensteter hinzugezogen werden, wenn kein Arzt erreichbar ist. Da G hier nicht einmal von einem im Sanitätsdienst erfahrenen Bediensteten aufgesucht worden war, liegt eine Verletzung des § 92 I vor. Der Antrag des G ist somit begründet. **48**

c) Die **Grundsätze der Gesundheitsfürsorge** sind in den §§ 56 ff. geregelt. Die **Fürsorgepflicht der Anstalt** gem. § 56 I 1 wird durch die **Unterstützungspflicht des Gefangenen** gem. § 56 II ergänzt. Wenn der Gefangene seine Unterstützung versagt, muss die Anstalt unter Umständen **unmittelbaren Zwang** anwenden können, um ihrer Fürsorgepflicht nachzukommen. § 56 I 2 verweist deshalb auf § 101, der die Zulässigkeit ärztlicher Zwangsmaßnahmen abschließend regelt. **49**

Es gibt drei Formen medizinischer Zwangsmaßnahmen: die **Zwangsuntersuchung** (§ 101 I 1 1. Alt.), die eine Diagnose ermöglicht, die **Zwangsbehandlung** (§ 101 I 1 2. Alt.) mit dem Unterfall der Zwangsernährung, die der Wiederherstellung oder Aufrechterhaltung der Gesundheit und damit auch des Lebens dient, schließlich die in § 101 II geregelten Maßnahmen zum **Gesundheitsschutz** und zur **Hygiene**. Wegen der unterschiedlichen Eingriffsintensität sind diese Maßnahmen an abgestufte Zulässigkeitsvoraussetzungen geknüpft. **50**

Die Zulässigkeit der hier im Hinblick auf die Lebensrettung des G allein in Betracht kommenden medizinischen Zwangsbehandlung ist nach § 101 I zu beurteilen. **Eingriffsvoraussetzung** (für alle von Absatz 1 umfassten Fallgruppen) ist das Vorliegen einer **Lebensgefahr**, d. h. der unmittelbar drohende Eintritt des Todes, oder eine **schwerwiegende Gesundheitsgefahr** für den Gefangenen. Bei einer **Gefahr für andere Personen**, wie sie beispielsweise durch Infektionskrankheiten oder Seuchen begründet wird, reicht eine einfache Gesundheitsgefahr aus.

Angesichts der Fürsorgepflicht der Anstalt und der allgemeinen strafrechtlichen Haftpflicht liegt es nahe zu prüfen, ob hier sogar eine **Eingriffspflicht** bestand. Nach § 101 I 2 ist die Anstalt bei **freier Willensbestimmung** des Gefangenen – anders als in der ursprünglichen, bis 1985 geltenden Fassung⁷³ – **nicht mehr verpflichtet**, Zwangsmaßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge gegen seinen Willen durchzuführen, wohl aber berechtigt (s. u. Rn. 53). Damit ermöglicht § 101 in seiner heutigen Fassung einen abwägenden Ausgleich zwischen der Respektierung des Selbstbestimmungsrechts des Gefangenen über seinen Körper und der Fürsorgepflicht der Anstalt für die Erhaltung der Gesundheit und den Lebensschutz.⁷⁴ **51**

Es kommt also für eine **Eingriffspflicht** zunächst darauf an, ob von der freien Willensbestimmung des Gefangenen ausgegangen werden konnte. Dies ist insbesondere beim Vorliegen krankhafter seelischer Störungen (z. B. Psychosen → Fall 4, Rn. 12) in der Regel auszuschließen. Auf den ersten Blick könnte es sich bei der Depression des G um eine manisch-depressive Psychose handeln. Dem steht jedoch entgegen, dass seine depressive Stimmung eine Reaktion auf die Nachricht von der Krankheit war; auch sonst liegen keinerlei Anzeichen für eine endogene Psychose vor. Demnach konnte von der freien Willensbestimmung des G ausgegangen werden. Folglich bestand auch keine Eingriffspflicht. **52**

§ 101 I 1 gewährt aber darüber hinaus in solchen Fällen ein **Eingriffsrecht** der Anstalt. Allerdings ist das Recht und die Pflicht zur Vornahme einer medizinischen Zwangsmaßnahme an die **Zumutbarkeits- und Gefahrenklausel** gem. § 101 I 1 2. Hs. gebunden.⁷⁵ **53**

Die konkrete Maßnahme muss nach § 101 I 1 2. Hs. für jeden Beteiligten **zumutbar** sein. Als Beteiligte sind in diesem Zusammenhang neben dem Gefangenen selbst die Personen zu betrachten, die die Maßnahmen ausführen. Bei Ärzten ist wegen des standesrechtlichen und ethischen Gebotes der Lebenserhaltung eine **Hilfspflicht** in der Regel zu bejahen. Wegen des Selbstbestimmungsrechts des **54**

⁷³ Schöch 2002, § 8 Rn. 18 f.

⁷⁴ Calliess/Müller-Dietz 2005, § 101 Rn. 2; Schöch 2002, § 8 Rn. 17 ff.

⁷⁵ Calliess/Müller-Dietz 2005, § 101 Rn. 7 ff.; S/B-Müller/Riekenbrauck 2005, § 101 Rn. 12.

Gefangenen muss u. U. seine Verweigerung einer Behandlung respektiert werden, allerdings bei Suizidhandlungen nur dann, wenn die Selbsttötung auf einer freiverantwortlichen, ausdrücklich erklärten oder aus den Umständen erkennbaren ernstlichen Entscheidung beruht.⁷⁶

- 55** Das **Selbstbestimmungsrecht** des Gefangenen überwiegt hier die Eingriffsbefugnisse der Anstalt nicht. Selbst wenn man mit der überwiegenden Ansicht eine freiverantwortliche Suizidentscheidung respektiert (s. o. Rn. 54), gelten jedenfalls im Strafvollzug im Hinblick auf die besonderen Bedingungen des Freiheitsentzuges die sich aus § 101 ergebenden Eingriffsbefugnisse für eine Zwangsbehandlung.⁷⁷ Diese rechtfertigen sich daraus, dass von einer erkennbaren Freiverantwortlichkeit und einer ernstlichen Entscheidung im Strafvollzug bei solch existentiellen Entscheidungen in der Regel nicht ausgegangen werden kann. Vielmehr dürfte es sich in den meisten Fällen um sog. Appellsuizide handeln.
- 56** Hier konnte das Leben des G nur durch unmittelbares Handeln in der akuten Gefahrensituation gerettet werden. Da G seit der Kenntnisnahme von der Krankheit psychisch labil war, bestanden berechnete Zweifel an der Ernstlichkeit seiner Selbstmordabsicht. Die Zwangsbehandlung war daher angemessen und rechtmäßig. Sein Antrag ist daher als unbegründet zurückzuweisen.
- 57** d) Das **Hausgeld** ist zweckgebunden und dient der Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse des Gefangenen. § 47 I garantiert ein gesetzliches Minimum, das sich nach § 47 II proportional zu den Einkünften erhöhen kann. Wegen der Übergangsregelung (§§ 198, 199 II Nr. 2) liegt die Höhe des Hausgeldes durchweg unterhalb der Pfändbarkeitsgrenzen des § 850 c ZPO. Es ist unbestritten, dass für das Hausgeld der **Pfändungsschutz** gem. §§ 850 ff. ZPO gilt.⁷⁸ Damit besteht regelmäßig auch ein **Schutz gegen Aufrechnungen** der Gläubiger gem. § 394 BGB. Dieser Grundsatz wird von § 93 I 1, II durchbrochen, indem der Gefangene für Aufwendungen, die der Vollzugsbehörde infolge **vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Selbstverletzung** oder **Verletzung eines Mitgefangenen** entstanden sind, durch Aufrechnung oder Vollstreckung in Anspruch genommen werden kann (vgl. § 93 II, IV i. V. m. § 199 II Nr. 2, 4).
- 58** Im vorliegenden Fall bleibt der nach der Aufrechnung verbleibende Rest von 40 € über dem gesetzlichen Minimum. Obwohl damit die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Aufrechnung vorliegen, könnte diese gem. § 93 IV ausgeschlossen sein, wenn hierdurch die Behandlung des Gefangenen oder seine Eingliederung (z. B. bei totaler Resignation wegen der Hausgeldkürzung) gefährdet wäre. Da sich G bereits in labiler seelischer Verfassung befand und nicht mehr weiterleben wollte, könnten zusätzliche Erschwernisse seine Behandlung beeinträchtigen. Allerdings liegen nicht genügend Anhaltspunkte über die derzeitige Situation des G vor. Bei einer vorsätzlichen Selbstverletzung und einer relativ geringen Aufrechnungsquote greifen daher die Ausschlussgründe des § 93 IV nicht ein.
- 59** Im Hinblick auf die durch die Selbstverletzung des G notwendig gewordenen Behandlungskosten ist die Aufrechnung daher rechtmäßig und der Aufhebungsantrag des G unbegründet.
- 60** Lange Zeit war umstritten, ob die Durchbrechung des Hausgeldschutzes auch für andere Ansprüche, namentlich bei Aufwendungsersatz wegen der **Verletzung von Vollzugsbediensteten** oder **Beschädigungen von Vollzugeinrichtungen** gilt. Zweifelhaft war nämlich, ob § 93 II dahin gehend auszulegen sei, dass sich die erweiterte Aufrechnungsmöglichkeit auch auf die nicht von § 93 I 1 genannten Fälle bezieht.⁷⁹ Hierfür wurde insbesondere angeführt, dass nach § 93 I 2 andere Ansprüche der Vollzugsanstalt unberührt bleiben und § 93 II sich auch auf diese beziehen könne. Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung ist § 93 II jedoch eng auszulegen, so dass sich die erweiterte Aufrechnungsmöglichkeit nur auf die in § 93 I 1 genannten Fälle bezieht.⁸⁰ Allerdings ist anerkannt, dass darüber hinaus in besonderen Fällen, namentlich bei vorsätzlichen Schädigungen gem. § 826 BGB, eine Durchbrechung des Pfändungsschutzes unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben in Betracht kommen kann.⁸¹

⁷⁶ H. M.; vgl. *Schöch/Verrel* 2005.

⁷⁷ *Schöch* 2002, § 8 Rn. 15 ff.

⁷⁸ LG Münster ZfStrVo 1993, 58.

⁷⁹ So z. B. OLG Hamm NStZ 1987, 190.

⁸⁰ BGHSt 36, 80; OLG Celle NStZ 1988, 334; jetzt auch OLG Hamm NStZ 1989, 392.

⁸¹ OLG Karlsruhe NStZ 1985, 430; OLG München NStZ 1987, 45; OLG Hamm NStZ 1989, 392.

Da es sich bei der Verletzung des V um eine Verzweiflungstat des G handelt, ist zumindest zweifelhaft, ob er diesen vorsätzlich schädigte. Es liegt damit kein Fall für die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben vor. Die Aufrechnung wegen der 4000 €, die durch die Verletzung des V angefallen waren, ist daher rechtswidrig. Der Antrag auf Aufhebung der Aufrechnung ist insoweit begründet. **61**

Literaturverzeichnis

- Achenbach, H.:* Zur Lage des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland. GA 2004, 559–574.
- Affemann, R.:* Krank an der Gesellschaft, Symptome, Diagnose, Therapie. Stuttgart 1973.
- Albrecht, G., Howe, C.-W., Wolterhoff-Weetix, J.:* Neue Ergebnisse zum Dunkelfeld der Jugenddelinquenz: Selbstberichtete Delinquenz von Jugendlichen in zwei westdeutschen Großstädten. In: Kriminologische Forschung in den 80er Jahren, hrsg. v. G. Kaiser, H. Kury, H.-J. Albrecht. Kriminologische Forschungsberichte. Band 35/2. Freiburg 1988, 661–696.
- Albrecht, H.-J.:* Die Legalbewährung bei zu Geld- und Freiheitsstrafe Verurteilten. Freiburg 1982.
- Albrecht, H.-J.:* Kriminell weil arbeitslos? Arbeitslos weil kriminell? BewHi 35 (1988 a), 133–147.
- Albrecht, H.-J.:* Kriminelle Karrieren. In: KKW 1993, 301–308.
- Albrecht, H.-J.:* Organisierte Kriminalität – Theoretische Erklärungen und empirische Befunde. In: Organisierte Kriminalität und Verfassungsstaat hrsg. v. H.-J. Albrecht u. a. Heidelberg 1998, 1–40.
- Albrecht, H.-J.:* Forschungen zur Wirtschaftskriminalität in Europa. In: Wirtschaftskriminalität, hrsg. v. der Schweizerischen Arbeitsgruppe für Kriminologie. Chur, Zürich 1999, 101–130.
- Albrecht, H.-J.:* Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform. In: ZStW 111 (1999), 863–888.
- Albrecht, H.-J.:* Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? Gutachten D zum 64. Deutschen Juristentag, Berlin 2002. München 2002.
- Albrecht, H.-J., Ortman, R.:* Abschlussbericht. Längsschnittstudie zur Evaluation der Wirkung der Sozialtherapie in Nordrhein-Westfalen sowie Ansätze zur Effizienzsteigerung. Freiburg 2000.
- Albrecht, H.-J., Arnold, H., Schädler, W.:* Der hessische Modellversuch zur Anwendung der elektronischen Fußfessel. ZRP 2000, 466–469.
- Albrecht, P.-A.:* Zur sozialen Situation entlassener „Lebenslänglicher“. Göttingen 1977.
- Albrecht, P.-A.:* Aspekte des Maßregelvollzugs im psychiatrischen Krankenhaus. MschrKrim 61 (1978), 104–126.
- Albrecht, P.-A.:* Jugendstrafrecht. 3. Aufl. München 2000; 4. Aufl. 2005.
- Albrecht, P.-A.:* Kriminologie. 2. Aufl. München 2002.
- Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM):* Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE). München 1992.
- Alternativkommentar zum Strafvollzugsgesetz.* Hrsg. von J. Feest. 4. Aufl. Neuwied u. a. 2000 (AK-Verf.).
- Alternativkommentar zum Strafvollzugsgesetz.* Bearb. v. C. Bertram u. a. 3. Aufl. Neuwied u. a. 1990 (AK-Verf.).
- Amelang, M., Bartussek, D.:* Differentielle Psychologie und Persönlichkeitsforschung. 5. Aufl. Stuttgart 2001.
- Arloth, F.:* Strafzwecke im Strafvollzug. GA 1988, 403–425.
- Arloth, F.:* Aufgaben des Strafvollzugs. Ein Beitrag zum Einfluß der Strafzwecke auf den Strafvollzug. ZfStrVo 1990, 329–332.
- Arloth, F.:* Trennscheibe bei Besuchen in Justizvollzugsanstalten. JURA 2005, 108–111.
- Arloth, F., Lückemann, C.:* Strafvollzugsgesetz – Kommentar. München 2004.
- Arnold, H.-H.:* Probleme bei der Darstellung von Kriminalität und sozialen Konflikten in privaten Medien. In: Kriminalität in den Medien. Hrsg. v. Bundesministerium der Justiz. Mönchengladbach 2001, 171–180.
- Bannenberg, B.:* Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis. Eine empirisch-kriminologische Untersuchung von Täter-Opfer-Ausgleichsprojekten in der Bundesrepublik Deutschland. Bonn 1993.
- Bannenberg, B.:* Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle. Neuwied 2002.
- Baumann, J., Weber, U., Mitsch, W.:* Strafrecht. Allgemeiner Teil. 11. Aufl. Bielefeld 2003.
- Baumann, U.:* Das Verbrechensopfer in Kriminalitätsdarstellungen der Presse. Eine empirische Untersuchung der Printmedien. Freiburg 2000.
- Becker, G. S.:* Ökonomische Erklärungen menschlichen Verhaltens. 2. Aufl. Tübingen 1993.
- Beier, K.-M., Hinrichs, G. (Hrsg.):* Psychotherapie mit Straffälligen. Standpunkte und Thesen zum Verhältnis Patient-Therapeut-Justiz 1995. Stuttgart u. a. 1995.
- Berckhauer, F.:* Die Erledigung von Wirtschaftsstraftaten durch Staatsanwaltschaften und Gerichte. ZStW 89 (1977), 1016–1045.
- Berckhauer, F., Hasenpusch, B.:* Legalbewährung nach Strafvollzug. In: Modelle zur Kriminalitätsvermeidung und Resozialisierung, hrsg. von H.-D. Schwind und G. Steinhilper. Heidelberg 1982, 145–147.
- Berg, C.:* Wirtschaftskorruption. Phänomene und wirtschaftliche Rechtsfolgen. Frankfurt u. a. 2004.
- Beulke, W.:* Brauchen wir eine Wende im Jugendstrafrecht? In: Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer. Berlin u. a. 1990, 677–697.
- Beulke, W.:* Neufassung der § 1631 Abs. 2 BGB und Strafbarkeit gemäß § 223 StGB. Darf der Erziehungsberechtigte in Ausnahmefällen eine „maßvolle Ohrfeige“ erteilen? In: Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. FS für Hans-Ludwig Schreiber, hrsg. v. K. Amelung u. a. Heidelberg 2003.
- Binding, K.:* Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen. Bd. 1. München 1915.

- Birkmeyer, K.*: Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig? München 1907.
- Blau, G.*: Die Affekttat zwischen Empirie und normativer Bewertung. In: FS für H. Tröndle. Berlin, New York 1989, 109–125.
- Blau, G.*: Die Sicherungsverwahrung – ein Nekrolog? In: Festschrift für Hans Joachim Schneider zum 70. Geburtstag am 14. November 1998, hrsg. v. H. D. Schwind u. a. Berlin u. a. 1998, 759–776.
- Bock, M.*: Kriminologie. 2. Aufl. München 2000.
- Bock, M., Mährlein, C.*: Die lebenslange Freiheitsstrafe in verfassungsrechtlicher Sicht. ZRP 1997, 376–381.
- Boers, K.*: Kriminalitätsfurcht. Pfaffenweiler 1991.
- Boers, K.*: Wirtschaftskriminologie – Vom Versuch, mit einem blinden Fleck umzugehen. MschrKrim 84 (2001), 335–356.
- Boers, K.*: Polizeiliche Videoüberwachung in Bielefeld. Münster 2004.
- Böhm, A.*: Vollzugslockerungen und offener Vollzug zwischen Strafzwecken und Vollzugszielen. NStZ 1986, 201–206.
- Böhm, A.*: Anmerkung zu BGH 17. 5. 1988. In: JR 1989, 297–299.
- Böhm, A.*: Strafvollzug. 3. Aufl. Frankfurt/M. 2003.
- Böhm, A., Feuerhelm, W.*: Einführung in das Jugendstrafrecht. 4. Aufl. München 2004.
- Böhm, B.*: Hauptverhandlung und Legalbewährung. Neue Kriminologische Studien 18. München 1998.
- Böttcher, R., Weber, K.*: Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes. NStZ 1990, 561–566 und 1991, 7–11.
- Botke, W.*: Generalprävention und Jugendstrafrecht aus kriminologischer und dogmatischer Sicht. Berlin u. a. 1984.
- Braithwaite, J.*: Crime, Shame and Reintegration. Cambridge 1989.
- Braunack, A.-E.*: Allgemeine Kriminologie. Reinbek 1974.
- Brunner, R., Dölling D.*: Jugendgerichtsgesetz – Kommentar. 11. Aufl. Berlin u. a. 2002.
- Bruns, H.-J.*: Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis. 2. Aufl. Köln 1985.
- Bruns, H.-J.*: Die Bedeutung des Durchschnitts-, des Regel- und des Normalfalls im Strafzumessungsrecht. JZ 1988, 1053–1058.
- Buikhuisen, W.*: Kriminalitätstheorien, soziobiologische. In: KKW 1993, 267–271.
- Bundeskriminalamt Wiesbaden (Hrsg.)*: Organisierte Kriminalität in einem Europa durchgängiger Grenzen. Arbeitstagung des BKA Wiesbaden vom 6. bis 9. Nov. 1990. Wiesbaden 1990.
- Bundeskriminalamt Wiesbaden (Hrsg.)*: Lagebild Wirtschaftskriminalität. Wiesbaden 2003.
- Bundeskriminalamt Wiesbaden (Hrsg.)*: Lagebild organisierter Kriminalität. Wiesbaden 2003.
- Bundeskriminalamt Wiesbaden (Hrsg.)*: Polizeiliche Kriminalstatistik 2004. Bundesrepublik Deutschland. Wiesbaden 2005.
- Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*: Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung. Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleichs-Statistik für den Zehnjahreszeitraum 1993 bis 2002. Bericht von H.-J. Kerner und A. Hartmann. www.bmj.bund.de/media/archive/883.pdf.
- Bundesministerium des Inneren/Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*: Erster periodischer Sicherheitsbericht. Berlin 2001.
- Bussmann, K.-D.*: Verbot familialer Gewalt gegen Kinder. Zur Einführung rechtlicher Regelungen sowie zum (Straf-) Recht als Kommunikationsmedium. Köln u. a. 2000.
- Bussmann, K.-D., England, P., Hienzsch, A.*: Risikofaktor Wirtschaft? Forschungsergebnisse zur Bereicherungs- und Wirtschaftskriminalität. MschrKrim 87 (2004), 244–260.
- Calliess, R. P., Müller-Dietz, H.*: Strafvollzugsgesetz. 11. Aufl. München 2005.
- Calliess, R. P., Müller-Dietz, H.*: Strafvollzugsgesetz. 10. Aufl. München 2004.
- Christiansen, K. O.*: Seriousness of Criminality and Concordance Among Danish Twins. In: Crime, Criminology and Public Policy. Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz, hrsg. v. R. Hood. London 1974, 63–77.
- Clemmer, D.*: The Prison Community. New York 1958.
- Cornish, D. B., Clarke R. V.*: The Reasoning Criminal. Rational Choice Perspectives on Offending. New York u. a. 1986.
- Dabs, H.*: Fortschrittliches Strafrecht in rückständigen Strafverfahren. NJW 1970, 1705–1712.
- Dannecker, G.*: Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland. In: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, hrsg. v. H.-B. Wabnitz, T. Janovsky. München 2000, 6–55.
- Danwitz von, K.-S.*: Hooligangewalt und die Einführung einer weiteren Strafbewehrung im Passgesetz. NJ 2000, 567–569.
- Danwitz von, K.-S.*: Examensrepetitorium Kriminologie. Heidelberg 2004.
- Dessecker, A.*: Straftäter und Psychiatrie. Eine empirische Untersuchung zur Praxis der Maßregel nach § 63 StGB im Vergleich mit der Maßregel nach § 64 StGB und sanktionslosen Verfahren. Wiesbaden 1997.
- Dessecker, A.*: Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Eine Untersuchung zum Maßregelrecht. Berlin 2004.
- Detter, K.*: Der Sachverständige im Strafverfahren – eine Bestandsaufnahme. NStZ 1998, 57–61.
- Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e. V. (DVJJ)*: Denkschrift über die kriminalrechtliche Behandlung junger Volljähriger. Göttingen 1977.

- Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e. V. (DVJJ):* 2. Jugendstrafrechtskommission. Abschlussbericht vom 15. August 2002. DVJJ-Journal 2002, 227–267.
- Deutscher Juristentag (Hrsg.):* Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002. Band II/1 und II/2. München 2002.
- Diemer, H., Schoreit, A., Sonnen, B.-R.:* Jugendgerichtsgesetz. 4. Aufl. Heidelberg 2002.
- Dilling, H., Mombour, W., Schmidt, M. H. (Hrsg.) unter Mitarbeit von E. Schulte-Markwort:* Internationale Klassifikation psychischer Störungen. ICD-10 Kapitel V (F). Klinisch-diagnostische Leitlinien. 5. Aufl. Bern u. a. 2005.
- Dolde, G.:* Theorie und Erklärung. In: KKW 1993, 541–549.
- Dollard, J. L. W. u. a.:* Frustration and Aggression. New Haven 1939.
- Dölling, D.:* Die gemeinnützige Arbeit als eigenständige Sanktion. In: Die 13. Bundestagung, hrsg. v. der Deutschen Bewährungshilfe e. V. Bonn 1990, 363–379.
- Dölling, D.:* Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion. ZStW 102 (1990 a), 1–20.
- Dölling, D.:* Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen? Gutachten zum 61. Deutschen Juristentag. München 1996.
- Dölling, D.:* Kriminalberichterstattung in der deutschen und polnischen Tagespresse – ein Vergleich. In: Kriminalberichterstattung in der Tagespresse. Rechtliche und kriminologische Probleme, hrsg. v. D. Dölling u. a. Heidelberg 1998, 141–158.
- Dölling, D. u. a.:* Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Bestandsaufnahmen und Perspektiven, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz. Bonn, Bad Godesberg 1998.
- Dünkel, F.:* Legalbewährung nach sozialtherapeutischer Behandlung. Eine empirische vergleichende Untersuchung. Berlin 1980.
- Dünkel, F.:* Vom schuldvergeltenden Strafvollzug zum resozialisierenden Justizvollzug – Zwischen Anspruch und Wirklichkeit. In: Behandlungsvollzug – Evolutionäre Zwischenstufe oder historische Sackgasse?, hrsg. v. U. O. Sievering u. a. Frankfurt/M. 1987, 158–253.
- Dünkel, F.:* Zur Situation des Jugendarrestes in der Bundesrepublik Deutschland vor und nach der Vereinigung. DVJJ 1991, 23–34.
- Dünkel, F.:* Jugendstrafrecht in Europa – Entwicklungstendenzen und Perspektiven. In: Entwicklungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich, hrsg. v. F. Dünkel u. a. Mönchengladbach 1997, 565–650.
- Dünkel, F., Geng, B., Kirstein, W.:* Soziale Trainingskurse und andere neue ambulante Maßnahmen. Neue Kriminalpolitik 1998, Heft 1, 34–37.
- Dünkel, F., Geng, B. (Hrsg.):* Rechtsextremismus und Fremdenfeindlichkeit. Bestandsaufnahme und Interventionsstrategien. Mönchengladbach 1999.
- Dünkel, F., Grosser, R.:* Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen durch gemeinnützige Arbeit. Neue Kriminalpolitik 1999, Heft 1, 28–33.
- Durkheim, E.:* Le suicide. Paris 1897 (deutsch: Der Selbstmord. Neuwied u. a. 1973).
- Egg, R.:* Die Behandlung von Sexualstraftätern in sozialtherapeutischen Anstalten. – Ergebnisse von Umfragen der KrimZ –. In: Behandlung von Sexualstraftätern im Justizvollzug. Wiesbaden 2000, 75–97.
- Egg, R.:* Psychologische Erklärungsmodelle dissozialen Verhaltens. In: Kriminologie zwischen Grundlagenwissenschaften und Praxis, hrsg. v. V. Dittmann, J.-M. Jehle. Bad Godesberg 2003, 37–58.
- Egg, R., Jehle, J.-M., Marks, E. (Hrsg.):* Aktuelle Entwicklungen in den Sozialen Diensten der Justiz. Wiesbaden 1996.
- Eisenberg, U.:* Jugendgerichtsgesetz mit Erläuterungen. 10. Aufl. München 2004.
- Eisenberg, U.:* Kriminologie. 6. Aufl. München 2005.
- Elf, R.:* Die Relativierung der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord durch die rechtsgestaltende Wirkung der Rechtsprechung des BVerfG und der Strafgerichte. NStZ 1992, 468–470.
- Eser, A.:* Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten zum 53. Deutschen Juristentag. München 1980.
- Farrington, D. P.:* Human Development and Criminal Careers. In: The Oxford handbook of criminology, hrsg. v. M. Maguire. 2. Aufl. Oxford 1997, 361–408.
- Feest, J.:* Totale Institutionen und Rechtsschutz. Einleitende Bemerkungen. KrimJ 1993, 8–12.
- Feltes, T.:* Der Jugendarrest. Aktuelle Probleme der „kurzen Freiheitsstrafe“ im Jugendstrafrecht. NStZ 1993, 105–112.
- Fenn, R.:* Kriminalprognose bei jungen Straffälligen. Probleme der kriminologischen Prognoseforschung nebst einer Untersuchung zur Prognosestellung von Jugendrichtern und Jugendstaatsanwälten. Freiburg 1981.
- Feuerhelm, W.:* Stellung und Ausgestaltung der gemeinnützigen Arbeit in Deutschland. Wiesbaden 1997.
- Fijnaut, C., Paoli, L.:* Organised Crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and beyond. Dordrecht 2004.
- Flümman, B.:* Die Vorbewährung nach § 57 JGG. Voraussetzungen, Handhabung und Bedeutung. Freiburg 1983.
- Foerster, K.:* Der psychiatrische Sachverständige zwischen Norm und Empirie. NJW 1983, 2049–2053.

- Foerster, K.*: Gedanken zur psychiatrischen Beurteilung neurotischer und persönlichkeitsgestörter Menschen bei strafrechtlichen Fragen. MschrKrim 72 (1989), 83–97.
- Foerster, K.*: Störungen durch psychotrope Substanzen. In: Psychiatrische Begutachtung, hrsg. von K. Foerster. 4. Aufl. München 2004, 200–221.
- Foerster, K., Knöllinger, C.*: „Kleptomanie“ – Psychopathologisches Syndrom oder obsoleter Begriff? StV 2000, 457–460.
- Foerster, K., Venzlaff, U.*: Affektive Ausnahmezustände. In: Psychiatrische Begutachtung, hrsg. von K. Foerster. 4. Aufl. München 2004, 224–234.
- Foucault, M.*: Überwachen und Strafen. Frankfurt/M. 1977.
- Frisch, W.*: Prognoseentscheidungen im Strafrecht. Heidelberg u. a. 1983.
- Frisch, W.*: Grundprobleme der Bestrafung „verschuldeter“ Affekttaten. Eine dogmatische Zwischenbilanz aus Anlaß neuerer Entwicklungen. ZStW 101(1989), 538–610.
- Frisch, W.*: Dogmatische Grundfragen der bedingten Entlassung und der Lockerungen des Vollzugs von Strafen und Maßregeln. ZStW 102 (1990), 707–792.
- Frisch, W.*: Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, straftheoretische Einordnung, inhaltliche Ausgestaltung und rechtsstaatliche Anforderung. ZStW 102 (1990 a), 343–393.
- Frisch, W.*: Die rechtliche Problematik von Vollzugslockerungen und bedingter Entlassung bei Aggressionstätern. In: Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, hrsg. v. W. de Boor, W. Frisch, J. Rode. Heft 12. Köln 1990 b.
- Gebh, J., Dranger, G.*: Überlegungen zur Neuordnung der strafrechtlichen Behandlung junger Volljähriger. In: ZJJ 15 (2004) 259–265.
- Glueck, S., Glueck, E.*: Unraveling Juvenile Delinquency. Cambridge/Mass. 1950.
- Goeman, M.*: Das Schicksal der Lebenslänglichen. Berlin u. a. 1977.
- Goerdeler, J.*: Tut sich was? Zu den Gesetzesentwürfen der Bundesregierung zum „Tagesbetreuungsausbaugesetz“ und zum „2. JGG-Änderungsgesetz“ ZJJ 2005, 184–187.
- Göhler, E., König, P., Seitz, H.*: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. 13. Aufl. München 2002.
- Göppinger, H.*: Die gegenwärtige Situation der Kriminologie. Tübingen 1964.
- Göppinger, H.*: Kriminologie. Bearbeitet von M. Bock und A. Böhm. 5. Aufl. München 1997.
- Göppinger, H.*: Der Täter in seinen sozialen Bezügen. Ergebnisse aus der Tübinger Jungtäter-Vergleichsuntersuchung. Berlin u. a. 1983.
- Göppinger, H.*: Angewandte Kriminologie. Berlin u. a. 1985.
- Göppinger, H.*: Angewandte Kriminologie und Strafrecht. Karlsruhe 1986.
- Gottfredson, M., Hirschi, T.*: A General Theory of Crime. Stanford/CA 1990.
- Götting, B.*: Gesetzliche Strafrahmen und Strafzumessungspraxis. Jur. Diss. München 1997.
- Götting, B.*: Schadenswiedergutmachung im Strafverfahren. Ergebnisse eines Modellprojekts zur anwaltlichen Schlichtung. Kriminalwissenschaftliche Schriftenreihe, Band 3. Münster 2004.
- Gras, M.*: Kriminalprävention durch Videoüberwachung. Gegenwart in Großbritannien – Zukunft in Deutschland? 1. Aufl. Baden-Baden 2001.
- Grünwald, G.*: Überlegungen zur lebenslangen Freiheitsstrafe. In: Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997, hrsg. v. J. Schulz u. a. Baden-Baden 1997, 161–174.
- Günter, M.*: Begutachtungen bei Beeinträchtigungen der geistigen Fähigkeiten im Kindes-, Jugend- und Erwachsenenalter. In: Foerster, K. (Hrsg.): Psychiatrische Begutachtung. 4. Aufl. München u. a. 2004, 236–246.
- Haferkamp, H.*: Werte, Kriminalität und Strafsanktionen im Wandel: zur zukünftigen Neuorientierung der kriminologischen Forschung. In: Zukunftsperspektiven der Kriminologie in der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. J. Savelsberg. Stuttgart 1989, 34–70.
- Haffke, B.*: Zur Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung. Aarau u. a. 1976.
- Hanack, E.*: Maßregeln der Besserung und Sicherung, §§ 61–67 StGB. In: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, hrsg. v. H.-H. Jescheck u. a. 10. Aufl. Berlin u. a. 1985; 11. Aufl. Berlin u. a. 1992.
- Harbordt, S.*: Die Subkultur des Gefängnisses. Eine soziologische Studie zur Resozialisierung. 2. Aufl. Stuttgart 1972.
- Hartmann, A., Stroezel, H.*: Die Bundesweite TOA-Statistik. In: Dölling 1998, 149–202.
- Hefendehl, R.*: Observationen im Spannungsfeld von Prävention und Repression. Oder was von CCTV und längerfristigen Observationen zu halten ist. In: StV 20 (2000), 270–277.
- Hefendehl, R.*: Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht? StV 2005/3, 156–161.
- Heim, N.*: Psychiatrisch-psychologische Begutachtung im Jugendstrafverfahren. Köln u. a. 1986.
- Heinz, W.*: Neue Formen der Bewährung in Freiheit in der Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland. In: FS für H.-H. Jescheck. 2. Halbbd. Berlin 1985, 955–976.
- Heinz, W.*: Neue ambulante Maßnahmen nach dem Jugendgerichtsgesetz – Empirische Bestandsaufnahme und kriminalpolitische Perspektiven. MschrKrim 70 (1987), 129–154.
- Heinz, W.*: Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis – Eine Bestandsaufnahme. In: BMJ 1989, 13–44.

- Heinz, W.: Die Jugendstrafrechtspflege im Spiegel der Rechtspflegestatistiken. Ausgewählte Daten für den Zeitraum 1955–1988. MschrKrim 73 (1990), 210–227.
- Heinz, W.: Das Erste Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes. ZRP 1991, 183–189.
- Heinz, W.: Das Jugendstrafrecht auf dem Weg in das 21. Jahrhundert. JuS 1991, 896–900.
- Heinz, W.: Abschaffung oder Reformulierung des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht? In: Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung, 2. Kölner Symposion, hrsg. v. BMJ. Bonn 1992, 369–414.
- Heinz, W.: Diversion im Jugendstrafverfahren. Praxis, Chancen, Risiken und rechtsstaatliche Grenzen. ZStW 104 (1992 a), 591–638.
- Heinz, W.: Art. „Anzeigeverhalten“. „Wirtschaftskriminalität“. In: KKW 1993, 27–33; 1993 a, 589–595.
- Heinz, W.: Deutschland. In: Entwicklungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich, hrsg. v. F. Dünkler u. a. Mönchengladbach 1997, 3–66.
- Heinz, W.: Diversion im Jugendstrafrecht und im allgemeinen Strafrecht. Teil 1, DVJJ-J 1998, 245–255; Teil 2, DVJJ-J 1999, 11–19; Teil 3, DVJJ-J 1999, 131–148.
- Heinz, W.: Wirtschaftskriminalität. In: Handbuch der Wirtschaftsethik Bd. 4, hrsg. v. W. Korff u. a. Gütersloh 1999 a, 671–717.
- Heinz, W.: Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionspraxis in Deutschland 1882–2001 (Stand: Berichtsjahr 2001) Version 6/2003. www.uni-konstanz.de/rtf/kis.
- Heinz, W.: Die neue Rückfallstatistik – Legalbewährung junger Straftäter. ZJJ 2004, 35–48.
- Heinz, W.: Rückfall als kriminologischer Forschungsstand. Rückfallstatistik als kriminologisches Erkenntnismitel. In: Rückfallforschung. Hrsg. v. W. Heinz, J. M. Jehle. Wiesbaden 2004 a, 11–52.
- Heinz, W., Hügel, C.: Erzieherische Maßnahmen im deutschen Jugendstrafrecht. 3. Aufl. Bonn 1987.
- Heinz, W., Spiess, G.: Kriminalitätsfurcht – Befunde aus neueren Repräsentativbefragungen. In: Raum und Kriminalität: Sicherheit der Stadt, Migrationsprobleme. Hrsg. v. J.-M. Jehle. Mönchengladbach 2001, 147–191.
- Henkel, H.: Die richtige Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung. Recht und Staat. Heft 381/382. Tübingen 1969.
- Hering, R.-D.: Fortentwicklung der Gerichts- und Bewährungshilfe. BewHi 39 (1992), 169–176.
- Hermann, D.: Die Kompatibilität zwischen normativen Straftheorien und Kriminalitätstheorien. GA 1992, 516–532.
- Herpetz, S. C.: Dissoziale Persönlichkeitsstörungen – Diagnose, Prognose, Therapie. In: Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit, hrsg. v. H. Schöch u. J.-M. Jehle. Mönchengladbach 2004, 367–308.
- Hess, H., Scheerer, S.: Was ist Kriminalität? Skizze einer konstruktivistischen Kriminalitätstheorie. KrimJ 1997, 38–51.
- Hinz, S.: Gefährlichkeitsprognose bei Straftätern. Was zählt? Frankfurt/M. 1987.
- Hinz, W.: Strafmündigkeit ab vollendetem 12. Lebensjahr? In: ZRP 2000, 107–114.
- Hirschi, T.: Causes of Delinquency. 3. Aufl. Berkeley u. a. 1974.
- Holtz, G.: Aus der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen. MDR 1977, 458–462.
- Holtz, G.: Aus der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen. MDR 1990, 95–99.
- Holtz, G.: Aus der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen. MDR 1992, 631–636.
- Hoffmann-Riem, W.: Kriminalpolitik ist Gesellschaftspolitik. Frankfurt 2000.
- Hoppensack, H.-C.: Über die Strafanstalt und ihre Wirkung auf Einstellung und Verhalten von Gefangenen. 2. Aufl. Göttingen 1969.
- Horn, E.: Wider die „doppelspurige“ Strafhöhenzumessung. In: FS für F. Schaffstein zum 70. Geburtstag. Göttingen 1975, 241–254.
- Horn, E.: Kommentierung zu §§ 306–323 b StGB. In: SK StGB. 7. Aufl. Frankfurt/M. 1999.
- Horn, E.: Kommentierung zu §§ 38–51; 56–76 a; 111–121 StGB. In: SK StGB. 7. Aufl. Frankfurt/M. 2001.
- Hurrelmann, K.: Wie kommt es zu Gewalt in den Schulen und was können wir dagegen tun? KJuG 1991, 103–108.
- Hutchings, B., Mednick, S. A.: Criminality in Adoptees and their Adoptive and Biological Parents. A Pilot Study. In: Biosociological Bases and Criminal Behavior, ed. by S. A. Mednick u. a. New York 1977, 127–141.
- Jakobs, G.: Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck. Paderborn 2004.
- Janiszewski, H.: Verkehrsstrafrecht. 5. Aufl. München 2004.
- Jansing, J.-D.: Nachträgliche Sicherungsverwahrung. Kriminalwissenschaftliche Schriften, Band 4. Münster 2004.
- Jehle, J.-M. (Hrsg.): Individualprävention und Strafzumessung: ein Gespräch zwischen Strafjustiz und Kriminologie. Wiesbaden 1992.
- Jehle, J.-M.: Stationäre Maßregeln: Krise oder Konjunktur? In: Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, hrsg. v. H.-J. Albrecht u. a. Berlin 1998, 1201–1218.
- Jehle, J.-M., Heinz, W., Sutterer, P.: Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine kommentierte Rückfallstatistik, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz. Berlin 2003.
- Jescheck, H.-H., Weigend, T.: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin 1996.
- Jung, H.: Zur Reform des Jugendstrafrechts – eine Zwischenbilanz. JuS 1992, 186–192.
- Jung, H.: Art. „Massenmedien und Kriminalität“; „Private Verbrechenskontrolle“. „Viktimologie“. In: KKW 1993, 345–350; 1993 b, 409–415; 1993 c, 582–588.
- Jung, H.: Sanktionensysteme und Menschenrechte. Bern 1993 a.

- Jung, H.*: Mediation: Paradigmawechsel in der Konfliktregelung? In: Festschrift für Hans Joachim Schneider zum 70. Geburtstag am 14. November 1998, hrsg. v. H. D. Schwind u. a. Berlin u. a. 1998, 913–926.
- Jung, H.*: Kriminalsoziologie. Baden-Baden 2005.
- Kaiser, G.*: Wie ist beim Mord die präventive Wirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe einzuschätzen? In: Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?, hrsg. v. H.-H. Jescheck u. a. Baden-Baden 1978, 115–124.
- Kaiser, G.*: Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? Heidelberg 1990.
- Kaiser, G.*: Art. „Diversion“; „Erfolg, Bewährung, Effizienz“; „Intensivtäter“; „Jugendstrafrecht“. In: KKW 1993, 88–93; 1993 a, 113–121; 1993 b, 178–182; 1993 c, 199–204.
- Kaiser, G.*: Kriminologie. Ein Lehrbuch. 3. Aufl. Heidelberg 1996.
- Kaiser, G.*: Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen. 10. Aufl. Heidelberg 1997.
- Kaiser, G.*: Von der kriminologischen Entwicklungsanalyse bei jungen Straftätern zur „Entwicklungskriminologie“. In: Fühlende und denkende Kriminalwissenschaften. Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck, hrsg. v. A. Kreuzer u. a. Mönchengladbach 1999, 171–192.
- Kaiser, G.*: Systeminduzierte Wirtschaftskriminalität in der Europäischen Gemeinschaft. FS für D. Spinellis. Athen 2000, 511–529.
- Kaiser, G., Schöch, H.*: Strafvollzug. Lehr- und Handbuch. 5. Aufl. Heidelberg 2002.
- Kaiser, G., Schöch, H.*: Strafvollzug. Eine Einführung in die Grundlagen. 5. Aufl. Heidelberg 2003.
- Kaiser, M.*: Die Stellung des Verletzten im Strafverfahren. Implementation und Evaluation des „Opferschutzgesetzes“. Freiburg 1992.
- Kaspar, J.*: Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht. Kriminalwissenschaftliche Schriftenreihe, Band 1. Münster 2004.
- Kasperzak, T.*: Stadtstruktur, Kriminalitätsbelastung und Verbrechensfurcht. Darstellung, Analyse und Kritik verbrechensvorbeugender Maßnahmen im Spannungsfeld kriminalgeographischer Erkenntnisse und bauplanerischer Praxis. Jur. Diss. Freiburg 2000.
- Kaufmann, H.*: Was läßt die Kriminologie vom Strafrecht übrig? JZ 1962, 193–199.
- Kaufmann, H.*: Steigt die Jugendkriminalität wirklich? Kriminologische Untersuchungen. Heft 21. Bonn 1965.
- Kaufmann, H.*: Kriminologie I. Entstehungszusammenhänge des Verbrechens. Stuttgart 1971.
- Kern, J.*: Brauchen wir die Sicherungsverwahrung? Zur Problematik des § 66 StGB. Frankfurt a. M. 1997.
- Kerner, H.-J.*: Kriminalitätseinschätzung und Innere Sicherheit. Forschungsreihe des BKA. Bd. 11. Wiesbaden 1980.
- Kerner, H.-J.*: Können und dürfen Therapeuten prognostizieren? In: Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, hrsg. v. K. Lüderssen u. a. 1. Teilband. Frankfurt/M. 1980 a, 307–330.
- Kerner, H.-J.*: Mehrfachtäter, „Intensivtäter“ und Rückfälligkeit. Eine Analyse der Strukturen neuerer kriminalistisch-kriminologischer Erhebungen. KrimGegfr 17 (1986), 103–135.
- Kerner, H.-J.*: Vollzugspersonal, Anstaltsinsassen, Öffentlichkeit und Strafvollzug, Strafvollzug als Prozeß. In: Strafvollzug, hrsg. v. G. Kaiser, H.-J. Kerner, H. Schöch. 4. Aufl. Heidelberg 1992, 346–570.
- Kerner, H.-J.*: Art. „Organisiertes Verbrechen“; „Rückfall, Rückfallkriminalität“. In: KKW 1993, 377–381; 1993 a, 432–437.
- Kerner, H.-J.*: Vom Ende des Rückfalls. Probleme und Befunde zum Ausstieg von Wiederholungstätern aus der sogenannten Kriminellen Karriere. In: Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, hrsg. v. H.-J. Albrecht u. a. Berlin 1998, 141–176.
- Kerner, H.-J.*: § 49 – Mediation beim Täter-Opfer-Ausgleich. In: Handbuch Mediation. Hrsg. v. Fritjof Haft u. Katharina Gräfin von Schlieffen. München 2002, 1252–1274.
- Kerner, H.-J.*: Soziale Bindung und soziale Abweichung. Zur Bedeutung von Beziehungsschwäche und Empathiemängeln für schwere Jugenddelinquenz. In: Empathie und Beziehung. Zu den Voraussetzungen, Gefährdungen und Verbesserungen zwischenmenschlicher Beziehungsfähigkeit, hrsg. v. Klosinski, G. Tübingen 2004, 41–64.
- Kerner, H.-J.*: Religiosität als Kriminalitätsprophylaxe? In: Brauchen Kinder Religion? Hrsg. v. Biesinger, A., Kerner, H.-J., Klosinski, G., Schweitzer, F., Weinheim/Basel 2005, 36–65.
- Kerner, H.-J. u. a.*: Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt aus kriminologischer Sicht. Gutachten der Unterkommission IV. In: Schwind, H.-D., Baumann, J. u. a. (Hrsg.): Erstgutachten der Unterkommission. Bd. 2. Berlin 1990, 415–606.
- Kerner, H.-J., Weitekamp, E., Stelly, W.*: From Child Delinquency to Adult Criminality. First Results of the Tübingen Criminal Behavior Development Study. In: Eurocriminology Vol. 8–9 (1995), 127–162.
- Kilchling, M.*: TOA-E versus ATA-E -Empirische Befunde zur Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs. In: Täterbehandlung und neue Sanktionsformen – kriminalpolitische Konzepte in Europa, hrsg. v. J. M. Jehle, Mönchengladbach 2000, 295–321
- Kinzig, J.*: Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand. Ergebnisse einer theoretischen und empirischen Bestandsaufnahme des Zustandes einer Maßregel. Freiburg 1996.
- Kinzig, J.*: Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität. Berlin 2004.
- Klapdor, M.*: Die Rückfälligkeit junger Strafgefangener. Göttingen 1967.
- Kluszczewski, D.*: Anmerkung zur Entscheidung des HansOLG Hamburg vom 4. 8. 1995. NStZ 1996, 103 f.
- Knecht, T.*: Cesare Lombrosos Theorie vom „geborenen Verbrecher“ – heute noch ein Thema?. In: Kriminologie zwischen Grundlagenwissenschaften und Praxis, hrsg. v. V. Dittmann, J.-M. Jehle. Bad Godesberg 2003, 103–111.

- Kreicker, H.*: Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze. In: Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, hrsg. v. A. Eser und J. Arnold. Freiburg 2000, 49–112.
- Kretschmer, E.*: Körperbau und Charakter. 1. Aufl. 1921. 23/24. Aufl. Berlin u. a. 1961.
- Kreuzer, A.*: Jugendkriminalität. In: KKW 1993, 182–190.
- Kreuzer, A., Hürlimann, M.* (Hrsg.): Alte Menschen als Täter und Opfer. Freiburg 1992.
- Kriminologische Zentralstelle e. V.* (Hrsg.): Sozialtherapie im Strafvollzug 2004. Ergebnisübersicht zur Stichtags-erhebung zum 31. 3. 2004, bearbeitet von S. Kröniger. Wiesbaden 2004.
- Kube, E.*: Städtebau, Wohnarchitektur und Kriminalität. Prävention statt Reaktion. Heidelberg u. a. 1982.
- Kube, E.*: Systematische Kriminalprävention. Wiesbaden 1986.
- Kudlich, H.*: Der Strafvollzug im Spannungsverhältnis zwischen Vollzugsziel und Sicherheit. JA 2003, 704.
- Kühn, B.*: Vollstreckung nach Herausnahme aus dem Jugendvollzug. NStZ 1992, 526–527.
- Kunz, K.*: Die organisierte Nothilfe. Möglichkeiten und Grenzen der Inanspruchnahme von Notrechten durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen und „Bürgerwehren“. ZStW 95 (1983), 973–992.
- Kunz, K.-L.*: Kriminologie. 4. Aufl. Bern u. a. 2004.
- Kury, H.*: Victims of Crime. Results of a Representative Telephone Survey of 5000 Citizens of the Former Federal Republic of Germany. In: Victims and Criminal Justice, Vol. 50, ed. by G. Kaiser, H. Kury, H.-J. Albrecht. Freiburg 1991, 265–304.
- Kury, H.*: Zum Stand der Behandlungsforschung oder: from nothing works zum something works. In: Festschrift für Alexander Böhm zum 70. Geburtstag am 14. Juni 1999, hrsg. v. W. Feuerhelm u. a. Berlin, New York 1999, 251–274.
- Kury, H., Baumann, U.*: Das Opfer der Straftat in der deutschen Medienberichterstattung. In: Kriminalberichterstattung in der Tagespresse. Rechtliche und kriminologische Probleme, hrsg. v. D. Dölling u. a. Heidelberg 1998, 159–196.
- Kury, H., Richter, H., Würger, M.*: Opfererfahrungen und Meinungen zur Inneren Sicherheit in Deutschland. Ein empirischer Vergleich von Viktimisierungen, Anzeigeverhalten und Sicherheitseinschätzung in Ost und West vor der Vereinigung. BKA-Forschungsreihe. Bd. 25. Wiesbaden 1992.
- Kürzinger, J.*: Kriminologie. Eine Einführung in die Lehre vom Verbrechen. 2. Aufl. Stuttgart u. a. 1996.
- Lackner, K., Kühl, K.*: Strafgesetzbuch und Erläuterungen. 25. Aufl. München 2004.
- Lamnek, S.*: Theorien abweichenden Verhaltens. 3. Aufl. München 1988 a.
- Lampe, E.-J.*: Systemunrecht und Unrechtssysteme. ZStW 106 (1994), 683–745.
- Lampe, E.-J.*: Aktuelle Probleme der Wirtschaftskriminalität. In: Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozessrecht, hrsg. v. H. J. Hirsch u. a. Bialystok 1996, 95–166.
- Landeskriminalamt Nordrhein-Westfalen*: Jugendkriminalität und Jugendgefährdung im Land Nordrhein-Westfalen 1984. Düsseldorf 1985.
- Lange, J.*: Verbrechen als Schicksal. Studien an kriminellen Zwillingen. Leipzig 1929.
- Lau, S.*: Zum Umgang mit gefährlichen Menschen – Die britische Diskussion um die „Dangerous Severe Personality Disorder“. MschrKrim 87 (2004), 451–457.
- Laubenthal, K.*: Lebenslange Freiheitsstrafe. Vollzug und Aussetzung des Strafrests zur Bewährung. Lübeck 1987.
- Laubenthal, K.*: Strafvollzug. 3. Aufl. Berlin u. a. 2003.
- Laubenthal, K.*: Fallsammlung zur Wahlfachgruppe Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. 2. Aufl. Berlin u. a. 2004.
- Laue, C.*: Anmerkungen zu Broken Windows. In: MschrKrim 82 (1999), 277–290.
- Laun, V.*: Wahlfachklausur – Kriminologie: Jugendstrafrecht oder nicht Jugendstrafrecht, JuS 2005, 625.
- Lefferenz, H.*: Die Kriminalprognose. In: Handbuch der forensischen Psychiatrie, hrsg. v. H. Göppinger, H. Witter. Bd. 2. Berlin u. a. 1972, 1347–1384.
- Lempp, R.*: Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie. Bern 1983.
- Lenckner, T.*: Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit. In: Handbuch der forensischen Psychiatrie, hrsg. v. H. Göppinger, H. Witter. Bd. 1. Berlin u. a. 1972, 3–286.
- Leygraf, N.*: Psychisch kranke Straftäter: Epidemiologie und aktuelle Praxis des psychiatrischen Maßregelvollzugs. Berlin u. a. 1988.
- Liepmann, M.*: Die Todesstrafe. Ein Gutachten. Sonderdruck zum 31. Deutschen Juristentag. Berlin 1912.
- Lipton, D., Martinson, R., Wilks, I.*: The Effectiveness of Correctional Treatment: A Survey of Treatment Evaluation Studies. New York 1975.
- v. Liszt, F.*: Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882). In: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Bd. 1, hrsg. v. F. v. Liszt. Berlin 1905, 126–179.
- v. Liszt, F.*: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Bd. 2. Berlin 1905 a.
- Lombroso, C.*: Der Verbrecher in anthropologischer, ärztlicher und juristischer Beziehung (1876). Bd. 1. Hamburg 1887, Bd. 2. Hamburg 1890.
- Lösel, F.*: Art. „Kriminalitätstheorien, psychologische“; „Täterpersönlichkeit“. In: KKW 1993, 253–267; 1993 a, 529–540.
- Lösel, F., Bender, D.*: Protektive Faktoren gegen Delinquenzentwicklungen. In: Täterbehandlung und neue Sanktionsformen, hrsg. v. J.-M. Jehle. Mönchengladbach 2000, 117–153.
- Lösel, F., Köferl, P., Weber, F.*: Meta-Evaluation der Sozialtherapie: Qualitative und quantitative Analysen zur Behandlungsforschung in sozialtherapeutischen Anstalten des Justizvollzugs. Stuttgart 1987.

- Lösel, F., Selg, H.: Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt. Bd. 2 der Antigewaltkommission. Berlin 1990, 1–156.
- Lüderssen, K.: Krise des Resozialisierungsgedankens im Strafrecht? JA 1991, 222–228.
- Luff, J.: Kriminalität von Aussiedlern. Polizeiliche Registrierungen als Hinweis auf mißlungene Integration? München 2000.
- Mahrenholz, E.-G.: Sondervotum zu BVerfG, Beschl. v. 28. 6. 1983 – 2 BvR 539, 612/80. NJW 1984, 36–39.
- Mahrenholz, E.-G.: Sondervotum zu BVerfG, Beschl. v. 3. 6. 1992 – 2 BvR 1041/88, 78/89. NJW 1992, 2955–2960.
- Mannheim, H.: Comparative Criminology. A Text Book. Bd. 1 und 2. London 1965 (deutsch: Vergleichende Kriminologie. Bd. 1 und 2. Stuttgart 1974).
- Mannheim, H., Wilkins, L.: Prediction Methods in Relation to Borstal Training. London 1955.
- Martinson, R.: What Works? – Questions and Answers about Prison Reform. The Public Interest (Spring) 1974, 22–52.
- Maschke, W.: Lebensentwicklung und Kriminologie. Erste Eindrücke aus der Fortuntersuchung der Tübinger Jungtäter-Vergleichsuntersuchung. In: Strafrechtspraxis und Kriminologie: eine kleine Festgabe für H. Göppinger zum 70. Geburtstag, hrsg. v. J.-M. Jehle. 2. Aufl. Bonn 1990.
- Maurer, H.: Allgemeines Verwaltungsrecht. 15. Aufl. München 2004.
- Mayer, M.: Modellprojekt elektronische Fußfessel. Studien zur Erprobung einer umstrittenen Maßnahme. Freiburg i. Br. 2004.
- Meier, B.-D.: „Neue Armut“ und die Entwicklung der Jugendkriminalität – besteht ein Zusammenhang? In: Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, hrsg. v. H.-J. Albrecht u. a. Berlin 1998, 1069–1083.
- Meier, B.-D.: Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts – terra incognita der Kriminologie? MschrKrim 83 (2000), 176–184.
- Meier, B.-D.: Strafrechtliche Sanktionen. Berlin u. a. 2001.
- Meier, B.-D.: Kriminologie. München 2003; 2. Aufl. 2005.
- Meier, B.-D.: Restorative Justice – Bericht über Deutschland In: Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit. hrsg. v. H. Schöch, J.-M. Jehle. Mönchengladbach 2004, 415–428.
- Meier, B.-D., Rössner, D., Schöch, H.: Jugendstrafrecht. München 2003.
- Merton, R. K.: Sozialstruktur und Anomie (1957). In: Kriminalsoziologie, hrsg. v. F. Sack, R. König. 2. Aufl. Frankfurt/M. 1974, 283–313.
- Meseke, B.: Ermittlungen im Internet – Positionen und Dissonanzen. Kriminalistik 54 (2000), 245–249.
- Meves, C.: Krawall und Kriminalität – Symptome einer Fehlentwicklung. Jugendschutz 22 (1977), 161–165.
- Mey, H. G.: Prognostische Beurteilung des Rechtsbrechers. In: Handbuch der Psychologie, hrsg. v. U. Undeutsch. Göttingen 1967, 511–564.
- Meyer, F.: Der gegenwärtige Stand der Prognoseforschung in Deutschland. MschrKrim 48 (1965), 225–246.
- Meyer-Gößner, L.: Strafprozeßordnung. 48. Aufl. München 2005.
- Miehe, O.: Verfassungsrechtliche Grenzen jugendrichterlicher Weisung. In: Wiedergutmachung und Strafrecht, hrsg. v. H. Schöch. München 1987, 112–136.
- Milke, T.: Europol und Eurojust. Göttingen 2003.
- Miller, W. B.: Die Kultur der Unterschicht als ein Entstehungsmilieu für Bandendelinquenz. In: F. Sack/R. König (Hrsg.): Kriminalsoziologie. 2. Aufl. Frankfurt 1974, 339–359.
- Mosbacher, A.: Naturwissenschaftliche Scheingefechte um die Willensfreiheit. JR 2005, 61–62.
- Mühlhoff, U., Pfeiffer, C.: Der Kronzeuge – Sündenfall des Rechtsstaats oder unverzichtbares Mittel der Strafverfolgung. In: ZRP 2000, 121–127.
- Müller, R., Wabnitz, H.-B., Janovsky, T.: Wirtschaftskriminalität. Eine Darstellung der typischen Erscheinungsformen mit praktischen Hinweisen zur Bekämpfung. 4. Aufl. München 1997.
- Müller-Dietz, H.: Unterbringung in der Entziehungsanstalt und Verfassung. JR 1995, 353–361.
- Müller-Dietz, H.: Arbeit und Arbeitsentgelt für Strafgefangene – BVerfG, NJW 1998, 3337. In: JUS 1999, 952–957.
- Müller-Isberner, R., Gonzalez Cabeza, S.: Forensische Psychiatrie. Schuldfähigkeit – Kriminaltherapie – Kriminalprognose. Mönchengladbach 1998.
- Müller-Isberner, R., Gonzalez Cabeza, S., Eucker, S.: Die Vorhersage sexueller Gewalttaten mit dem SVR 20. Haina 2000.
- Müller-Isberner, R., Gonzalez Cabeza, S., Jöckel, D.: Die Vorhersage von Gewalttaten mit dem HCR 20. Haina 1998.
- Nack, A.: Aufhebungspraxis der Strafsenate des BGH. NStZ 1997, 153–159.
- Nedopil, N.: Operationalisierung und Standardisierung als Hilfen bei der forensischen Psychiatrie. MschrKrim 71 (1988), 117–128.
- Nedopil, N.: Forensische Psychiatrie. 2. Aufl. Stuttgart, New York 2000.
- Nedopil, N.: Grenzziehung zwischen Patient und Straftäter. NJW 2000a, 837–840.
- Nedopil, N.: Prognosen in der Forensischen Psychiatrie – Ein Handbuch für die Praxis. Lengerich u. a. 2005.
- Neubacher, F.: Die fremdenfeindlichen Brandanschläge nach der Vereinigung. MschrKrim 1999, 1–15.
- Neumann, U., Schroth, U.: Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe. Darmstadt 1980.

- Obergfell-Fuchs, J.*: Möglichkeiten der Privatisierung von Aufgabenfeldern der Polizei mit Auswirkungen auf das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung; eine empirisch-kriminologische Analyse. Wiesbaden 2000.
- Ohder, C.*: Gewalt durch Gruppen Jugendlicher. Eine empirische Untersuchung am Beispiel Berlins. Berlin 1992.
- Ortmann, R.*: Art. „Methoden der Kriminologie“; „Prisonisierung“. In: KKW 1993, 350–365; 1993 a, 402–409.
- Ostendorf, H.*: Jugendgerichtsgesetz. Kommentar. 6. Aufl. Köln u. a. 2003.
- Pfeiffer, Ch.*: Kriminalprävention im Jugendgerichtsverfahren. 2. Aufl. Köln u. a. 1989.
- Pfeiffer, Ch.*: Unser Jugendstrafrecht – eine Strafe für die Jugend? DVJJ-J 1991, 114–129.
- Pfeiffer, Ch.*: Wird nach Jugendstrafrecht härter bestraft? StV 1991 a, 363–370.
- Pfeiffer, Ch., Kleimann, M., Petersen, S., Schott, T.*: Migration und Kriminalität. Baden-Baden 2005.
- Quensel, S.*: Wie wird man kriminell? KJ 3 (1970), 375–382.
- Radbruch, G.*: Rechtsphilosophie. 9. Aufl. Stuttgart 1983.
- Rasch, W.*: Die psychiatrisch-psychologische Beurteilung der sogenannten anderen schweren seelischen Abartigkeit. StV 11 (1991), 126–131.
- Rasch, W., Konrad, N.*: Forensische Psychiatrie. 3. Aufl. Stuttgart 2004.
- Rebmann, K., Roth, W., Hermann, G.*: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. Kommentar. 3. Aufl. Stuttgart u. a. 1995.
- Rebmann, M.*: Ausländerkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland. Eine Analyse der polizeilich registrierten Kriminalität von 1986–1995. Freiburg 1998.
- Reckless, W. C.*: Halttheorie. MschrKrim 1961, 1–14.
- Reich, K.*: Integrations- und Desintegrationsprozesse junger männlicher Aussiedler aus der GUS. Münster 2005.
- Remschmidt, H. u. a.*: Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt aus psychiatrischer Sicht. Gutachten der Unterkommission II. In: Erstgutachten der Unterkommission, hrsg. von H.-D. Schwind, J. Baumann u. a. Bd. 2. Berlin 1990, 157–292.
- Rieß, P.*: Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren. In: Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages, hrsg. v. d. Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages. Bd. I. Hamburg 1984, C1–C136.
- Rengier, R.*: Strafrecht. Besonderer Teil I. Vermögensdelikte 5. Aufl. München 2002.
- Reuband, K.-H.*: Über das Streben nach Sicherheit und die Anfälligkeit der Bundesbürger für „Law and Order“-Kampagnen. ZfS 21 (1992 a), 139–147.
- Rode, I., Scheld, S.*: Sozialprognose bei Tötungsdelikten. Eine empirische Studie. Berlin u. a. 1986.
- Rolinski, K.*: Wohnhausarchitektur und Kriminalität. Wiesbaden 1980.
- Rössner, D.*: Erziehungsgedanke und Systematik des Jugendgerichtsgesetzes. In: Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung. 2. Kölner Symposion, hrsg. v. BJM. Bonn 1992, 344–352.
- Rössner, D.*: Familie, Sozialisation und Gewalt. Ein Beitrag zur Biographieforschung in der Kriminologie. In: FS für G. Kaiser. Erster Halbband. Berlin 1998, 339–357.
- Rössner, D.*: Dissoziale Persönlichkeitsstörung und Strafrecht. In: Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit. Hrsg. von H. Schöch, J.-M. Jehle. Mönchengladbach 2004, 391–411.
- Roth, G.*: Fühlen, Denken, Handeln. 2. Aufl. Frankfurt/M. 2003.
- Rowe, D. C.*: An Adaptive Strategy Theory of Crime and Delinquency. In: Delinquency and Crime. Current Theories, hrsg. von H. D. Hawkins, Cambridge 1996, 268–314.
- Roxin, C.*: Prävention und Strafzumessung. In: FS für H.-J. Bruns zum 70. Geburtstag. Köln 1978, 183–204.
- Roxin, C.*: Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke. In: Wiedergutmachung und Strafrecht, hrsg. v. H. Schöch. München 1987, 37–55.
- Roxin, C.*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bd. I. 3. Aufl. München 1997.
- Roxin, C.*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bd. II. München 2003.
- Rudolphi, H.-J.*: Kommentierung zu §§ 17–21 StGB. In: SK StGB, Bd. 1. 7. Aufl. Frankfurt/M. 2003.
- Rudolphi, H.-J., Horn, E., Günther, H.-L., Hoyer, A.*: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd. 1. 8. Aufl. Frankfurt/M. 2001.
- Rummler, T.*: Die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze vor Gericht. Berlin 2000.
- Sabaß, V.*: Schülergremien in der Jugendstrafrechtspflege. Ein neuer Diversionsansatz. Kriminalwissenschaftliche Schriften, Band 2. Münster 2004.
- Sack, F.*: Definition von Kriminalität als politisches Handeln: der labeling approach. KrimJ 4 (1972), 3–31.
- Sack, F.*: Definition von Kriminalität als politisches Handeln: der labeling approach. In: Lüderssen, K., Sack, F. (Hrsg.): Abweichendes Verhalten Bd. II. Frankfurt 1975, 346–385.
- Sack, F.*: Probleme der Kriminalsoziologie. In: Handbuch der empirischen Sozialforschung. Wahlverhalten, Vorurteile, Kriminalität, hrsg. v. R. König. Bd. 12. 2. Aufl. Stuttgart 1978, 192–492.
- Sack, F.*: Art. „Dunkelfeld“; „Kritische Kriminologie“; „Recht und soziale Kontrolle“. In: KKW 1993, 99–107; 1993 a, 329–338; 1993 b, 416–421.
- Sack, F.*: Kriminologie in Europa – Europäische Kriminologie. Kriminologie aus deutscher Sicht. In: Kriminologie in Europa – Europäische Kriminologie. Hrsg. v. H.-J. Albrecht, J. Kürzinger. Freiburg 1994, 121–165.
- Sack, F., Deichsel, W.*: Art. „Strafrechtssoziologie“. In: KKW 1993, 500–507.

- Sack, F., König, R. (Hrsg.): Kriminalsoziologie. 2. Aufl. Frankfurt/M. 1974.
- Salger, H.: Die Bedeutung des Tatzeit-Blutalkoholwertes für die Beurteilung der erheblich verminderten Schuldfähigkeit. In: FS für G. Pfeiffer. Köln u. a. 1988, 379–396.
- Salger, H.: Zur forensischen Beurteilung der Affekttat im Hinblick auf eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit. In: FS für H. Tröndle. Berlin, New York 1989, 201–218.
- Sampson, R., Laub, J.: Crime in the Making: Pathways and Turning Points through Life. Cambridge/MA, London 1993.
- Sampson, R., Laub, J.: Understanding Variability in Life through Time: Contributions of Life Course Criminology. In: Studies on Crime and Crime Prevention 1995, 143–158.
- Sampson, R., Laub, J.: Life-Course Desisters? Trajectories of Crime among Delinquent Boys followed to Age 70. Criminology 41 (2005), 555–592.
- Saß, H.: Affektdelikte. Nervenarzt 54 (1983), 557–572.
- Saß, H.: Persönlichkeit – Dissozialität – Verantwortung. In: Forensische Psychiatrie, hrsg. v. Müller-Isberner, R. u. a. Mönchengladbach 1998, 1–14.
- Saß, H., Wiegand, C.: Operationalisierte Klassifikationssysteme in der forensischen Psychiatrie. In: FS für H. Göppinger. Berlin u. a. 1990, 349–357.
- Saß, H., Wittchen, H.-U., Zaudig, M. (Deutsche Bearbeitung): Diagnostisches und statistisches Manual Psychischer Störungen. DSM-IV. 3. unveränderte Aufl. Göttingen u. a. 2001.
- Saß, H., Wittchen, H.-U., Zaudig, M., Houben, I. (Deutsche Bearbeitung): Diagnostisches und statistisches Manual psychischer Störungen – Textrevision – DSM-IV-TR. Göttingen u. a. 2003.
- Schäfer, G.: Praxis der Strafzumessung. 3. Aufl. München 2001.
- Schaffstein, F.: Überlegungen zur Diversion. In: FS für H.-H. Jescheck. Bd. 2. Berlin 1985, 937–954.
- Schaffstein, F., Beulke, W.: Jugendstrafrecht. Eine systematische Darstellung. 14. Aufl. Stuttgart u. a. 2002.
- Schall, H.: Die richterliche Zumessung der Geldbuße bei Verkehrsordnungswidrigkeiten. NStZ 1986, 1–8.
- Schätzler, J.-G.: Handbuch des Gnadenrechts. Eine systematische Darstellung mit den Vorschriften des Bundes und der Länder. 2. Aufl. München 1992.
- Scheerer, S.: Kritische Kriminologie im Aufbau- und Kontaktstudium Kriminologie der Universität Hamburg. KrimJ 1990, 255–265.
- Scheerer, S.: Abolitionismus. In: HwKrim Bd. 5. Berlin u. a. 1991, 287–301.
- Scheerer, S.: Kriminalität der Mächtigen. In: KKW 1993, 246–249.
- Schellhorn, H. (Hrsg.): Sozialgesetzbuch Aches Buch. Kinder- und Jugendhilfe. Kommentar. Neuwied 2000.
- Schiemann, A.: Kann es einen freien Willen geben? – Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung für das deutsche Strafrecht. NJW 2004, 2056–2059.
- Schlüchter, E.: Wider die Entwurzelung des Jugendstrafrechts. Reformbestrebungen und Zweck des Jugendstrafrechts. ZRP 1992, 390–395.
- Schneider, H. J.: Prognostische Beurteilung des Rechtsbrechers. Die ausländische Forschung. In: Handbuch der Psychologie. Bd. 11. Forensische Psychologie, hrsg. v. U. Undeutsch. Göttingen 1967, 397–510.
- Schneider, H. J.: Kriminologie. Berlin u. a. 1987.
- Schneider, H. J.: Ursachen der Kriminalität. Jura 1996, 337–344; 397–404.
- Schneider, H. J.: Kriminologie für das 21. Jahrhundert: Schwerpunkte und Fortschritte der internationalen Kriminologie; Überblick und Diskussion. Münster 2001.
- Schneider, H. J.: Fortschritte der europäischen Kriminologie. Die Jahrestagungen der „Europäischen Gesellschaft für Kriminologie“ in Helsinki (2003) und Amsterdam (2004), Überblick und Stellungnahme. In: MschrKrim 87 (2004), 460–475.
- Schneider, K.: Die psychopathischen Persönlichkeiten. 1. Aufl. 1923, 9. Aufl. Wien 1950.
- Schneider, K.: Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit. 4. Aufl. Stuttgart 1961.
- Schneider, K.: Klinische Psychopathologie. 1. Aufl. 1949, 9. Aufl. Stuttgart 1971.
- Schobloch, K.: Abolitionistische Modelle im Rechtsstaat. Bern u. a. 2002.
- Schöch, H.: Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz. Kriminologische Aspekte der Strafzumessung am Beispiel einer empirischen Untersuchung zur Trunkenheit im Verkehr. Stuttgart 1973.
- Schöch, H.: Grundlage und Wirkungen der Strafe. In: FS für F. Schaffstein zum 70. Geburtstag. Göttingen 1975, 255–273.
- Schöch, H.: Ist Kriminalität normal? – Probleme und Ergebnisse der Dunkelfeldforschung. In: KrimGegfr 12 (1976), 211–228.
- Schöch, H.: Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung. ZStW 92 (1980), 143–184.
- Schöch, H.: Die Beurteilung von Schweregraden schuld mindernder oder schuldausschließender Persönlichkeitsstörungen aus juristischer Sicht. MschrKrim 66 (1983), 333–343.
- Schöch, H.: Die Gerichtshilfe aus kriminologischer und verfahrensrechtlicher Sicht. In: FS für H. Lefrenz. Heidelberg 1983 a, 127–144.
- Schöch, H.: Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren. NStZ 4 (1984), 385–391.
- Schöch, H.: Empirische Grundlagen der Generalprävention. In: FS für H.-H. Jescheck. 2. Halbbd. Berlin 1985, 1081–1105.
- Schöch, H.: Täter-Opfer-Ausgleich im Jugendstrafrecht. In: Wiedergutmachung und Strafrecht, hrsg. v. H. Schöch. München 1987.

- Schöch, H.*: Prognose, Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung. In: Fälle zum Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, hrsg. v. H. Jung. 2. Aufl. München 1988, 129–149.
- Schöch, H.*: Empfehlen sich Änderungen oder Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C für den 59. Deutschen Juristentag. München 1992.
- Schöch, H.*: Bewährungshilfe und Führungsaufsicht in der Strafrechtspflege. NStZ 1992 a, 364–372.
- Schöch, H.*: Entkriminalisierung, Entpönalisierung, Reduktionismus. Quantitative Prinzipien in der Kriminalpolitik. FS für H. Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag. Köln u. a. 1993, 245–256.
- Schöch, H.*: Kommentierung der §§ 151–160, 238–245 StPO. In: Kommentar zur Strafprozessordnung. Reihe Alternativkommentare. Band 2, Teilband 1. Neuwied 1992. Teilband 2. Neuwied 1993 a (*AK-StPO/Schöch*).
- Schöch, H.*: Art. „Klassifikation und Typologie“; „Schule“; „Strafzumessung“; „Verkehrsdelikte“. In: KKW 1993 b, 214–217; 1993 c, 457–462; 1993 d, 523–528; 1993 e, 577–581.
- Schöch, H.*: Kriminologische Differenzierung bei der Zweierbande – zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 17. 10. 1995 (1 StR 462/95). NStZ 1996, 166–170.
- Schöch, H.*: Die Rechtswirklichkeit und präventive Effizienz strafrechtlicher Sanktionen. In: Kriminalprävention und Strafjustiz, hrsg. v. J.-M. Jehle. Wiesbaden 1996, 291–326.
- Schöch, H.*: Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. 1. 1998. In: NJW 1998, 1257–1262.
- Schöch, H.*: Täter-Opfer-Ausgleich im Jugendrecht. In: RdJB 1999, 278–290.
- Schöch, H.*: Zur Offenbarungspflicht der Therapeuten im Justizvollzug gem. § 182 II StVollzG, ZfStrVO 1999 a, 259.
- Schöch, H.*: Individualprognose und präventive Konsequenzen. In: Kriminalpolitik, Prävention und Kontrolle – Entwicklungen und Prognosen, hrsg. v. D. Rössner, J.-M. Jehle. Heidelberg 1999 b, 223–241.
- Schöch, H.*: Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung gemäß § 46 a StGB. In: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. München 2000, 309–338.
- Schöch, H.*: Wege und Irrwege der Wiedergutmachung im Strafrecht. In: Festschrift für Claus Roxin. Berlin, New York 2001, 1045–1065.
- Schöch, H.*: Wie soll die Justiz auf Jugendkriminalität reagieren? In: FS für R. Brunner. Berlin, New York 2001 a, 125–139.
- Schöch, H.*: Alkohol im Straßenverkehr. Neue Kriminalpolitik 2001 b, Heft 1, 28–31.
- Schöch, H.*: Rechtliche Gestaltung des Strafvollzugs. In: Kaiser, G., Schöch, H.: Strafvollzug. Lehr- und Handbuch. 5. Aufl. München 2002, 230–390.
- Schöch, H.*: Rechtliche Gestaltung des Strafvollzugs. In: Kaiser, G., Schöch, H.: Strafvollzug UTB-Ausgabe, 5. Aufl. Heidelberg 2003, 113–254.
- Schöch, H.*: Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß. RdJB 2003 a, 299–308.
- Schöch, H.*: Juristische Aspekte des Maßregelvollzugs. In: Psychiatrische Begutachtung, hrsg. v. K. Foerster. 4. Aufl. München 2004, 385–416.
- Schöch, H.*: Schweigen und Offenbaren von Therapeuten im Straf- und Maßregelvollzug Deutschlands. In: Schweigen oder Offenbaren? Rechte und Pflichten der Mitarbeitenden im Strafverfahren und im Vollzug, hrsg. von F. Riklin. Luzern 2005.
- Schöch, H.*: Zum Verhältnis von Psychiatrie und Strafrecht aus juristischer Sicht. Der Nervenarzt 2005 a (im Druck).
- Schöch, H., Gebauer, M.*: Ausländerkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland. Kriminologische, rechtliche und soziale Aspekte eines gesellschaftlichen Problems. Baden-Baden 1991.
- Schöch, H., Jehle, J.-M. (Hrsg.)*: Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit. Haftvermeidung, Kriminalprävention, Persönlichkeitsstörungen, Restorative Justice. Mönchengladbach 2004.
- Schöch, H., Verrel, T. u. a.*: Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB). GA 2005, 553–586.
- Schönke, A., Schröder, H.*: Strafgesetzbuch – Kommentar, bearbeitet von T. Lenckner, P. Cramer, A. Eser, W. Stree. 26. Aufl. München 2001.
- Schott, T.*: Gesetzliche Strafrahmen und ihre tatrichterliche Handhabung. Baden-Baden 2004.
- Schreiber, H.-L.*: Was heißt heute strafrechtliche Schuld? Nervenarzt 48 (1977), 242–247.
- Schreiber, H.-L., Rosenau, H.*: Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung. In: Psychiatrische Begutachtung, hrsg. von K. Foerster. 4. Aufl. München 2004, 53–123.
- Schubarth, M.*: Wissenschaft und Gesetzgebung im Wirtschaftsstrafrecht. ZStW 92 (1980), 80–106.
- Schubarth, W.*: Werden Schüler immer gewalttätiger? Neue Forschungen zur Schüलगewalt. In: RdJB 47 (1999), 372–378.
- Schüler-Springorum, H.*: Perspektiven einer Gerichtshilfe für Erwachsene. BewHi 24 (1977) 224–240.
- Schüler-Springorum, H.*: Jugend, Kriminalität und Recht. FS für H.-H. Jescheck. 2. Halbbd. Berlin 1985, 1107–1135.
- Schüler-Springorum, H.*: SV ohne Hang? MschrKrim 1989, 147–154.
- Schüler-Springorum, H.*: Tatschuld im Strafvollzug. In: Philipps, L., Scholler, H. (Hrsg.): Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag. Heidelberg 1989 a, 63–72.
- Schüler-Springorum, H.*: Kriminalpolitik für Menschen. Frankfurt a. M. 1991.
- Schumann, K. F.*: Sind Arbeitsbiographie und Straffälligkeit miteinander verknüpft? Aufklärungen durch die Lebenslaufforschung. MschrKrim 87 (2004) 222–243.

- Schumann, K. F., Berlitz, C., Guth, H.-W., Kaulitzki, R.:* Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention. Neuwied u. a. 1989.
- Schumann, K. F., Prein, G., Seus, L.:* Delinquenz in der Jugendphase. In: Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, hrsg. v. H.-J. Albrecht u. a. Berlin 1998, 1109–1135.
- Schwarzenegger, Ch.:* Die Einstellungen der Bevölkerung zur Kriminalität und Verbrechenskontrolle. Ergebnisse einer repräsentativen Befragung der Zürcher Kantonsbevölkerung im internationalen Vergleich. Freiburg 1992.
- Schwerdtfeger, G.:* Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung. 11. Aufl. München 2003.
- Schwerte, J.:* Entzivilisierung bei Kindern und Jugendlichen. In: Neue Ordnung 2000, 50–63.
- Schwind, H.-D.:* Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen. 15. Aufl. Heidelberg 2005.
- Schwind, H.-D., Baumann, J., Schneider, H. J., Winter, M. (Hrsg.):* Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt. Analysen und Vorschläge der Unabhängigen Regierungskommission zur Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt (Gewaltkommission). Band I. Berlin 1990.
- Schwind, H.-D., Böhm, A.:* Strafvollzugsgesetz. Großkommentar. 3. Aufl. Berlin u. a. 1999; 4. Aufl. 2005.
- Schwind, H.-D., Fechtenbauer, D., Ahlborn, W., Weiß, R.:* Kriminalitätsphänomene im Langzeitvergleich am Beispiel einer deutschen Großstadt. Bochum 1975–1986–1998. Neuwied 2001.
- Selg, H., Mees, U., Berg, D.:* Psychologie der Aggressivität. 2. Aufl. Göttingen 1997.
- Sessar, K.:* Wiedergutmachen oder Strafen. Einstellungen in der Bevölkerung und der Justiz. Pfaffenweiler 1992.
- Shaw, C. R., McKay, H. D.:* Juvenile Delinquency and Urban Areas. Chicago 1948.
- Simon, J.:* Governing through Crime: Criminal Law and the Reshaping of American Government 1965–2000. Miami 2002.
- Singer, W.:* Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung. 1. Aufl. Frankfurt/M. 2003.
- Smaus, G.:* Das Strafrecht und die gesellschaftliche Differenzierung. Baden-Baden 1998.
- Sonnen, B.-R.:* Perspektiven nach dem Leipziger Jugendgerichtstag. ZJJ 15 (2004), 357–359.
- Spieß, G.:* Art. „Arbeitslosigkeit und Kriminalität“; „Kriminalprognose“. In: KKW 1993, 33–38; 1993 a, 286–294.
- Steffen, W., Elsner, E.:* Kriminalitätsprobleme junger Ausländer – Ein Hinweis auf Integrationsschwierigkeiten? In: RdJB 47 (1999), 332–345.
- Steinert, H.:* Alternativen zum Strafrecht. In: KKW 1993, 9–14.
- Stelly, W., Thomas, J.:* Wege aus schwerer Jugendkriminalität. Eine qualitative Studie zu Hintergründen und Bedingungen erfolgreicher Reintegration von mehrfach auffälligen Jungtätern. Tübingen 2004.
- Stelly, W., Thomas, J., Kerner, H.-J., Weitekamp, E.:* Kontinuität und Diskontinuität sozialer Auffälligkeiten im Lebenslauf. MschrKrim 81 (1998), S. 104–122.
- Stephan, E.:* Die Stuttgarter Opferbefragung. Eine kriminologisch-viktimologische Analyse zur Erforschung des Dunkelfeldes unter besonderer Berücksichtigung der Einstellung der Bevölkerung zur Kriminalität. Wiesbaden 1976.
- Strasser, P.:* Das neue Kontrolldenken in der Kriminologie. Kriminologisches Journal 37 (2005), 39–52.
- Stree, W.:* Neue Probleme der Aussetzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe. NStZ 1992, 464–468.
- Streng, F.:* Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen. 2. Aufl. Stuttgart 2002.
- Streng, F.:* Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? In: Deutscher Juristentag 2002 a, Band II/1, N 69–104.
- Streng, F.:* Jugendstrafrecht. Heidelberg 2003.
- Streng, F.:* „Komorbidität“, Schuld(un)fähigkeit und Maßregelanordnung – Befunde zur rechtlichen Relevanz des Zusammentreffens mehrerer psychischer Störungen. StV 2004, 614–620.
- Stumpfl, F.:* Die Ursprünge des Verbrechens. Leipzig 1936.
- Sutherland, E. H.:* White-Collar-Crime. 1. Aufl. 1949, 2. Aufl. New York u. a. 1961.
- Tenckhoff, J.:* Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld? JR 1977, 485–492.
- Thrasher, F.:* The Gang. Chicago 1927.
- Tiedemann, K.:* Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität. Bd. 1. Allgemeiner Teil. Reinbek 1976.
- Tiedemann, K.:* Computerkriminalität und Strafrecht. In: Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, hrsg. v. H.-J. Albrecht u. a. Berlin 1998, 1373–1385.
- Tittle, C. R.:* Control Balance: Toward a general theory of deviance. Boulder/Col., Oxford 1995.
- Trenczek, T.:* Möglichkeiten und Grenzen der Diversion nach dem neuen Jugendstrafrecht. DVJJ 1991, 8–12.
- Tröndle, H., Fischer, T.:* Strafgesetzbuch – Kommentar. 52. Aufl. München 2004.
- Überhofen, M.:* Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich. Freiburg i. Br. 1999.
- Ullenbruch, T.:* Strafzeitberechnung nach Maßregelabbruch – Art. 2 II 2 GG mitten im Tohuwabohu! NStZ 2000, 287–295.
- Venzlaff, U.:* „Methodische und praktische Probleme bei der forensisch-psychiatrischen Begutachtung“; „Belastungsreaktionen, Neurosen und Persönlichkeitsstörungen im Erwachsenenalter“. In: Psychiatrische Begutachtung. Hrsg. v. U. Venzlaff, u. a. 3. Aufl. München, Jena 2000, 67–79, 213–240. 4. Aufl. München 2004.
- Venzlaff, U., Schmidt-Degenhard, M.:* „Schizophrene Psychosen“; „Affektive Psychosen“. In: K. Foerster (Hrsg.): Psychiatrische Begutachtung. 4. Aufl. München 2004, 139–153, 155–166.

- Verrel, T.: Schuldfähigkeitsbegutachtung und Strafzumessung bei Tötungsdelikten. Eine empirische Untersuchung zur Bedeutung des psychowissenschaftlichen Sachverständigen im Strafverfahren. Neue Kriminologische Studien 12. München 1995.
- Verrel, T.: Strafrechtliche Haftung für falsche Prognosen im Maßregelvollzug? R & P 2001, 182.
- Verrel, T.: Der Anstaltsleiter als Garant für die Verfolgung von Straftaten während des Strafvollzugs? GA 2003, 595.
- Villmow, B.: Ausländerkriminalität. In: KKW 1993, 39–48.
- Villmow, B.: Kurze Freiheitsstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und gemeinnützige Arbeit. In: FS für G. Kaiser. 2. Halbband. Berlin 1998, 1291–1324.
- Walter, M.: Über subjektive Kriminalität – Am Beispiel des Kriminalitätsanstiegs. In: Festschrift für Hans Joachim Schneider zum 70. Geburtstag am 14. November 1998, hrsg. v. H. D. Schwind u. a. Berlin u. a. 1998, 119–135.
- Walter, M.: Von der Kriminalität in den Medien zu einer bedrohlichen Medienkriminalität und Medienkriminologie. DVJJ-Journal 10 (1999), 348–354.
- Walter, M.: § 14 Mediation im strafrechtlichen Bereich: der Täter-Opfer-Ausgleich. In: Mediation in der Anwaltspraxis, hrsg. v. M. Henssler, L. Koch. Bonn 2000, 471–495.
- Walter, M.: Jugendkriminalität. Eine systematische Darstellung. Stuttgart u. a. 2. Aufl. 2005.
- Walter, M., Pieplow, L.: Zur Zulässigkeit eines Vorbehalts der Vollstreckbarkeitsentscheidung, insbesondere einer „Vorbewährung“ gemäß § 57 Jugendgerichtsgesetz. NStZ 1988, 165–170.
- Walther, S.: Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems. Berlin 2000.
- Wandrey, M., Weitekamp, E.: Die organisatorische Umsetzung des Täter-Opfer-Ausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland. In: Dölling 1998, 121–148.
- Warnecke, A.: Die Probleme der Begnadigung „Lebenslänglicher“ und des § 57a StGB sowie deren Ursachen. Köln 2001.
- Wassermann, R. u. a.: Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt aus der Sicht der Strafrechtspraxis. Gutachten der Unterkommission IV. In: Erstgutachten der Unterkommission, hrsg. v. H.-D. Schwind, J. Baumann u. a. Bd. 2. Berlin 1990, 755–856.
- Weber, H.-M.: Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe über Tatschuld und präventive Generalprävention. MschrKrim 73 (1990), 65–81.
- Weber, H.-M.: Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Für eine Durchsetzung des Verfassungsanspruchs. Baden-Baden 1999.
- Weber, M.: Die Anwendung der Jugendstrafe. Rechtliche Grundlagen und gerichtliche Praxis. Frankfurt a. M. u. a. 1990 a.
- Webster, C. D., Eaves, D.: The HCR-Scheme. The Assessment of Dangerousness and Risk. Vancouver 1995.
- Weigend, T.: Gewaltdarstellung in den Medien. In: Ethik als Schranke der Programmfreiheit im Medienrecht. Festschrift für Günter Herrmann. Hrsg. v. M. Rehbinder. Baden-Baden 2002, 35–47.
- Weis, K.: Die Subkultur der Strafanstalt. In: Strafvollzug in der Praxis. Eine Einführung in die Probleme und Realitäten des Strafvollzugs und der Entlassenenhilfe, hrsg. v. H. D. Schwind, G. Blau. 2. Aufl. Berlin u. a. 1988, 239–255.
- Weschke, E.: Organisierte Kriminalität als Netzstrukturkriminalität. Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege. Berlin 1990.
- Weschke, E., Krause, W.: Auswertung polizeilicher Unterlagen in Berlin über Kinder, Jugendliche und Heranwachsende des Jahrgangs 1953. In: Handlungsorientierte Analyse von Kinder- und Jugenddelinquenz. 3. Aufl. Berlin 1984, 211–298.
- Wessels, J., Beulke, W.: Strafrecht, Allgemeiner Teil. 34. Aufl. Heidelberg 2004.
- Wheeler, S.: Socialization in Correctional Communities. ASR 26 (1961), 697 ff.
- Whyte, W. F.: Street Corner Society. 1. Aufl. 1944. 2. Aufl. Chicago, London 1955. 3. Aufl. Chicago 1981.
- Wilkins, L. T.: Delinquent Generations. A Home Office Research Unit Report. London 1960.
- Wilson J. Q., Kelling G.: Polizei und Nachbarschaftssicherheit: Zerbrochene Fenster. In KrimJ 1996, 121–137 (deutsche Übersetzung des Originalaufsatzes von 1982).
- Wolff, H.-J., Bachof, O., Stober, R.: Verwaltungsrecht I. 11. Aufl. München 1999.
- Wolffersdorff, C. von: Wohin mit den schwierigen Fällen? Ratlose Pädagogen, politische Scharfmacher und die Faszination der einfachen Lösungen. RdJB 47 (1999), 319–331.
- Wolfgang, M. E., Figlio, R. M., Sellin, T.: Delinquency in a Birth Cohort. Chicago 1972.
- Wulf, B. R.: Kriminelle Karrieren von „Lebenslänglichen“. Eine empirische Analyse ihrer Verlaufsformen und Strukturen anhand von 141 Straf- und Vollzugsakten. München 1979.
- Wyss, R.: Vergleichende Gegenüberstellung von Experten- und Richterprognosen bei vermindert zurechnungsfähigen Straftätern. In: Kriminalprognose. Alkoholbeeinträchtigung – Rechtsfragen und Begutachtungsprobleme. Forensia-Jahrbuch, hrsg. v. C. Frank, G. Harrer. Berlin u. a. 1992, 75–84.
- Yoshimasu, S.: Zwillingsforschung. In: Sieverts, R., Schneider, H.-J. (Hrsg.): HwbKrim, Band III; 2. Aufl. Berlin, New York 1975, 691–712.

- Zerbin-Rüdin, E.:* Gegenwärtiger Stand der Zwillings- und Adoptionsstudien zur Kriminalität. *KrimGegfr* 16 (1984), 1–17.
- Ziegert, U.:* Die Affekttat zwischen Wertung und Willkür. In: *Affektdelikte. Interdisziplinäre Beiträge zur Beurteilung von affektiv akzentuierten Straftaten*, hrsg. von H. Saß. Berlin u. a. 1993, 43–56.

Sachverzeichnis

- Abartigkeit 4, 15, 16
 - schwere andere seelische 4, 15, 16, 39
- Abbruch der kriminellen Karriere 6, 33
 - Desistance-Theorie 6, 33
 - Diskontinuitäts-These 6, 33
- Abhängigkeit 4, 15
 - Alkohol 4, 15
 - Drogen 4, 15
 - Medikamente 4, 15
- Abolitionismus 1, 69, 103
- Abschreckung 8, 30
 - individuelle 1, 95
- Adoptionsforschung 1, 20
- Affekt 4, 35, 41
- affektive Erregungszustände 4, 13
- affektive Störungen 4, 12
- Affektat 4, 34
- Agnostizismusstreit 4, 21
- Akteneinsicht 5, 83; 10, 28
 - der Jugendgerichtshilfe 10, 28
- Alkoholabhängigkeit 4, 15
- Alkoholintoxikation 4, 12
- Alkoholpsychose 4, 12
- Alkoholrausch 4, 26
- Androhungsprävention 7, 27; 8, 30
- Angehörigenprivileg im Strafvollzug 15, 39
- Anlage-Umwelt-Formel 1, 72
- Anomietheorie 11, 8, 22
- Anstaltsarten 14, 27 f., 33
- Anstaltsleiter 15, 13 ff.
 - Anzeigepflicht 15, 15
 - Garantstellung 15, 13
 - Straftatverhinderungspflicht 15, 17
- Ansteckung, kriminelle 9, 45
- Antigewaltkommission 2, 17
- antisoziale Persönlichkeit 1, 30
- Antrag auf gerichtliche Entscheidung 14, 30
- Anzeigebereitschaft 3, 24, 25
 - Gründe für die Nichtanzeige 3, 25
- Anzeigeerstattung 3, 7
- Anzeigepflicht 15, 15
 - des Anstaltsleiters 15, 15
- Arbeit, zugewiesene 16, 18
- Arbeitsangebot im Strafvollzug 15, 44
- Arbeitsaufgabe 10, 25; 12, 6, 8, 23
- Arbeitsentgelt 10, 47 ff., 51; 15, 46
 - im Jugendstrafvollzug 10, 50, 51
- Arbeitsentlohnungsentscheidung des BVerfG 10, 48
- Arbeitserziehung 15, 44, 47
- Arbeitspflicht 10, 48; 15, 46, 50
- Arbeitsverweigerung 15, 50
- Arbeitsweisung 10, 25; 11, 11; 12, 23; 13, 22
- Armut
 - neue 1, 54
 - relative 1, 54
- ärztliche Überwachung besonderer Sicherungsmaßnahmen 16, 46 ff.
- ärztliche Zwangsmaßnahmen 16, 49 ff.
- Eingriffspflicht 16, 51 ff.
- Eingriffsrecht 16, 53 f.
- Asperationsprinzip 13, 1
- Asylbewerber 1, 62
- Aufklärungspflicht, gerichtliche 10, 17
- Auflagen 10, 39 ff.; 12, 22 ff.; 13, 20 ff.
 - Arbeitsaufgabe 12, 23
 - Entschuldigungsaufgabe 12, 22
 - Geldaufgabe 12, 22
 - Schadenswiedergutmachung 12, 24
- Aufrechnungsschutz beim Hausgeld 16, 57 ff.
- Ausbildungsangebot im Strafvollzug 15, 44
- Ausgangssperre 11, 31
- Ausländer, junge 1, 60
- Ausländerkriminalität 11, 35 ff.
- Auslegungsrichtlinien 16, 12
- Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe 13, 10
 - Verbindung mit Jugendarrest 13, 10
- Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung 7, 6; 8, 2
 - bei lebenslanger Freiheitsstrafe 8, 2
- bedingte Entlassung 14, 11, 39
 - Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung
- Begnadigung 8, 6 ff.
- Behandlung, heilerzieherische 12, 33
- Behandlungsgedanke 5, 77; 12, 13
- Behandlungsprognose 6, 35
- Belastungsreaktion 4, 13, 15
- Berufsfreiheit 16, 20
- Beschädigungen von Vollzugseinrichtungen 16, 60
- Besitz von Gegenständen im Vollzug 14, 52 ff.
- besonderes Gewaltverhältnis 16, 27
- Besuche im Strafvollzug 15, 28
- Besuchsverbot 15, 38
 - absolutes 15, 41
 - für Angehörige 15, 39
 - generelles 15, 41
- Betreuungsweisung 10, 24; 11, 11; 12, 8, 31
- Beugearrest 13, 16
- Beurteilungsspielraum 15, 23; 16, 6 ff.
- Bewährung 5, 12
- Bewährungshelfer 6, 47; 10, 38
- Bewusstseinsstörung 4, 13
 - tief greifende 4, 13, 34
- Bindungstheorie 5, 31
- biologisch-psychologische Methode 4, 5
- Blutalkoholkonzentration (BAK) 4, 27 f.
 - Indizwert der 4, 28
- Broken-windows-Theorie 1, 57; 11, 31
- Brücke e. V. 12, 73
- Bußgeldbescheid 9, 35 f.
- Bußgeldkataloge 7, 16
- Chromosomenmissbildung, bzw. -anomalie 2, 19
- computerbezogene Delikte 9, 20
- „Dambruch“ 4, 17
 - bei Dekulpation 4, 17
 - bei Exkulpation 4, 17

- Datenschutz 16, 27
 Debität 4, 32
 Dekulpation 4, 19, 28
 delinquency areas 1, 56
 Denkkzettel 1, 95
 Desintegration 1, 54
 Determinismus 1, 4
 Diagnoseschlüssel 1, 30
 dissoziale Persönlichkeit 1, 30; 4, 10ff.
 Disziplinarmaßnahmen 15, 50
 Disziplinarverstoß 15, 50
 Diversion 7, 4; 10, 26; 11, 10; 12, 5, 62f., 66
 – Anregungskompetenz des Staatsanwalts 12, 67
 – der Polizei 12, 66
 – Modelle 12, 73
 – Rechtsgrundlage 12, 63
 – spezial- und generalpräventive Wirkungen 12, 74
 Doppelverwertungsverbot 7, 35
 Drogen im Vollzug 15, 31
 Drogenabhängigkeit 4, 15
 Drogenintoxikation 4, 12
 Drogenpsychose 4, 12
 DSM-IV 4, 10
 Dunkelfeld 3, 2
 Dunkelfeldforschung 3, 6, 23; 10, 29
 – Gleichverteilungsthese 1, 6
 Durchsuchung 15, 30ff.
 – des Besuchers 15, 30
 – des Gefangenen 15, 32
 Durkheim 11, 22
- Effektivitätsmessung 7, 20, 25
 – generalpräventiv 7, 20, 27
 – spezialpräventiv 7, 20
 Einbußeprinzip bei Tagessätzen 7, 52
 Einheitslösung zu §§ 20, 21 StGB 4, 19
 Einheitsprinzip bei Straftaten Jugendlicher 12, 50; 13, 1
 Einheitsstrafe 13, 2
 Einheitstäterbegriff 7, 17
 Einsichtsfähigkeit 4, 5, 20ff.
 – in dubio pro reo 4, 22
 Einspurigkeit der freiheitsentziehenden Rechtsfolgen
 13, 10
 Einstellungen nach § 153 StPO 7, 4
 Einstellungen nach § 153 a StPO 7, 4
 Einstiegsarrest 12, 16; 13, 16
 Einwanderer 1, 59
 Einzelhaft 15, 17
 Einzelstrafe 13, 5
 Eklektizismus 1, 77
 elektronisch überwachter Hausarrest 7, 11
 Entinstitutionalisierung 11, 10
 Entkleidung des Gefangenen 15, 32
 Entkleidungsdurchsuchung 15, 33
 Entkriminalisierung 11, 10
 Entlassungsprognose 6, 31
 – Baxstrom-Fall 6, 32
 – false positives 6, 31f.
 – Überschätzung des Kriminalitätsrisikos 6, 31f.
 Entwicklungskriminologie 1, 80
 Entziehung der Fahrerlaubnis 7, 9
 Entziehungsanstalt 4, 30
 Entziehungskur 12, 33
 Episodenhaftigkeit der Jugenddelinquenz 1, 75
 erlaubtes Risiko bei Vollzugslockerungen 15, 23
- Ermessen bei der Strafzumessung 7, 34
 Ermessensrichtlinien im Strafvollzug 16, 12f.
 Ermessensunterschreitung 15, 25; 16, 15, 25
 Ersatzfreiheitsstrafe 7, 50
 Erstverbüßerprivileg 7, 6
 Erziehungsbeistandschaft 10, 24; 12, 34
 Erziehungsgedanke im Jugendstrafrecht 10, 19; 12, 11; 13, 24f.
 – Reformulierung 12, 14
 Erziehungsgespräch 12, 66
 Erziehungshilfe 10, 21, 24; 11, 47
 – Subsidiarität 10, 24
 Erziehungskrise 11, 32
 Erziehungsmaßregeln 12, 6; 13, 19
 Erziehungsstrafrecht 12, 13; 13, vor 1
 Erziehungsverfahren, formloses, jugendrichterliches
 12, 68
 Etikettierungstheorien 1, 63
 Exkulpation 4, 19, 28
 Extraversion 1, 33
- Fahrverbot 7, 9
 – als Hauptstrafe 7, 9
 – als Nebenstrafe 7, 9
 Fesselung 15, 17; 16, 43
 Feuerbach, von 7, 27
 Fortsetzungsfeststellungsantrag 16, 26, 38
 Französische Schule 1, 50
 Frauenkriminalität 10, 1, 8, 30
 – Schwerpunkte 10, 30
 Freigang 16, 16, 19, 22, 24
 – Ermessensspielraum 16, 24
 – Voraussetzungen 16, 22
 Freiheitsstrafe 7, 3, 12
 – kurze 7, 12
 – vollstreckte 7, 3
 Freiheitsstrafe, lebenslange 8, 2, 21ff. 27, 30
 – Abschaffung 8, 22
 – Abschreckungswirkung 8, 30
 – Rechtfertigung 8, 22
 – Vereinbarkeit mit dem Resozialisierungsgedanken 8, 27
 – Verfassungsmäßigkeit 8, 21
 Freizeitarrest 10, 25
 Frühdelinquenz 5, 68
 Frustrations-Aggressions-Hypothese 1, 36
 Führungsaufsicht 5, 71
- Garantenstellung des Anstaltsleiters 15, 13f.
 Gastarbeiter 1, 60
 Gefahrenabwehr 16, 40
 Gefährlichkeitsprognose 5, 19, 45; 16, 50
 Gefangenenerbefreiung 15, 21
 Gefängnisgesellschaft 14, 8, 47
 Geldbuße 7, 13ff.
 Geldstrafe 7, 3, 14, 49ff.
 – Nachteile 7, 50
 – soziale Wirkung 7, 51
 – Vorteile 7, 49
 Geldstrafenreform 7, 49
 Gelegenheitstäter 1, 95
 gemeinnützige Arbeit 7, 10, 50; 11, 45; 12, 23
 gemeinschaftliche Begehungsweise 10, 2, 3
 Generalprävention 1, 98; 7, 27, 30ff.; 13, 29, 32
 – im Jugendstrafrecht 13, 29

- negative 7, 27, 30; 14, 23
- positive 7, 30 f.; 14, 23
- gerichtliche Aufklärungspflicht 7, 55
- Gerichtshilfe 6, 1 ff., 37; 8, 4, 13
 - Funktionsbereich 8, 4
 - Kooperation der 6, 37
 - Rechtsstellung der 6, 37
- Gesamtstrafe 13, 5
- Gesprächsüberwachung 15, 28
 - Überwachung
- Gestaltungsgrundsätze des Strafvollzugs 14, 10
- Gesundheitsfürsorge 16, 31, 49 ff.
- Gesundheitsgefahr, schwerwiegende 16, 50
- Gesundheitsschutz 16, 50
- Gewalt 2, 17; 10, 7
 - in der Erziehung 2, 17
 - in der Familie 2, 17
 - in Schulen 10, 7
- Gewaltdarstellungen 3, 34, 41, 42
 - Habitualisierungsthese 3, 42
 - im Fernsehen 3, 34, 41
 - Inhibitionsthese 3, 42
 - Katharsisthese 3, 42
 - Stimulationsthese 3, 42
- Gewaltdelikte 3, 18; 10, 6, 11
- Gewaltkriminalität 8, 15, 16; 10, 1, 7, 10 ff.; 11, 2
 - Begriff 10, 10
 - Entwicklung 8, 16
 - Erklärung 10, 12
 - fremdenfeindliche 10, 11 f.
 - gegen Sachen 10, 10
- Gewohnheitsverbrecher 5, 15, 46
- Gnadenentscheidung 8, 2, 5, 9, 11, 18
 - Justitiabilität 8, 5
- Gnadenhoheit 8, 7
- „good time“ bei Arbeitspflicht 10, 49; 15, 46
- Gruppendelinquenz 10, 1 f., 8; 13, 31
- Habitualisierungsthese 3, 42
- Haftraum, besonders gesicherter 16, 44
- Halbstrafenerlass 7, 6
- Halttheorie 1, 44
- Hangtäter 5, 15, 25, 46, 77
- Hauptverfahren 9, 37
- Hauptverhandlung 9, 38
- Hausarrest 7, 11
- Hausgeld 16, 57 ff.
- Heimerziehung 12, 40, 53
- Heranwachsende, 8, 37, 39; 10, 32
- Hirnerkrankung 4, 12
 - frühkindliche 1, 29; 4, 12
- Hirnstrombilder 2, 14
- Hirnverletzung 4, 12
- Hirschi 11, 7
- Hygiene 16, 50
- ICD-10 1, 30; 4, 10
- idealtypisch-vergleichende Einzelfallanalyse 6, 16, 44 ff.
- Idiotie 4, 32
- Imbezilität 4, 32
- in dubio pro reo 4, 22
- Indeterminismus 1, 5
- Individualprävention 5, 7
- informationelle Selbstbestimmung 16, 27
- Inhibitionsthese 3, 42
- Insassenkultur 14, 47 ff.
- Intelligenz 1, 28
- Intensivtäter 1, 75; 5, 1, 60, 61, 64
 - jugendliche 5, 64
 - moderne Befunde 5, 60, 61
- Internet 3, 45
- Introversion 1, 33
- JGG-Änderungsgesetz, 2., RefE 11, 14; 12, 17
- Jugendarbeitslosigkeit 11, 1 ff., 26
- Jugendarrest 11, 13; 12, 6, 36 ff.
 - Abschaffung 11, 13
 - Dauerarrest 12, 37
 - Freizeitarrest 12, 37
- Jugenddelinquenz 10, 26, 27
- Jugendgerichte 10, 22
- Jugendgerichtshilfe 10, 14, 17, 19, 25; 12, 29
 - Doppelfunktion 10, 19
 - Rechtsstellung nach dem JGG 10, 14, 17
- Jugendkammer 2, 11; 10, 22; 14, 26
- Jugendkriminalität 10, 2; 11, 1 ff., 14 ff., 25
 - Entwicklung 11, 16
 - Erklärung 11, 3
 - Umfang, der 11, 2
- Jugendrichter 2, 7; 10, 22, 23; 14, 42 f.
- Jugendschöffengericht 2, 11; 10, 22, 23
- Jugendstrafe 5, 9; 10, 33, 36 ff.; 11, 46 ff.; 12, 6, 43; 13, 2, 3, 8, 12, 24 ff., 30 f.; 14, 18
 - Altersbegrenzung 12, 53
 - Aussetzung der Verhängung 12, 46, 54
 - Aussetzung des Restes zur Bewährung 14, 40
 - Aussetzung zur Bewährung 10, 37; 13, 31
 - Erziehungsgedanke 13, 25
 - Überschreitung des Höchstmaßes 13, 3
 - Unvereinbarkeit mit Jugendarrest 13, 12
 - wegen der Schwere der Schuld 13, 8, 24 ff.
 - wegen schädlicher Neigungen 13, 25
- Jugendstrafrecht 11, 1 ff.; 13, 4, 32
 - als Sonderstrafrecht 13, 1 ff.
 - generalpräventive Wirkung 13, 32
 - Anwendbarkeit auf Heranwachsende 14, 13
 - Reform 11, 1 ff., 11
 - Sanktionsbemessung 14, 24
 - Sonderstrafrecht 14, 21
- Jugendstrafrechtspflege 12, 7
- Jugendstrafvollzug 10, 50
 - gesetzliche Regelung 10, 50; 14, 2
- JugendStrVollzG-Entwurf 10, 50
- Jugendvollzugsanstalt 14, 27
- Kastration 5, 85
- Katharsisthese 3, 42
- Kinder- und Jugendhilfegesetz 12, 9
- Kinderdelinquenz 10, 13
- Kindesmishandlung 2, 15
- Klassifikationen psychiatrische 1, 30; 4, 10
- Kohortenuntersuchungen 1, 67, 75
- Kombinationsansätze 1, 72
- Konditionierung 1, 33 f.
 - klassische 1, 33
 - operante 1, 34
- Konflikttäter 8, 28, 31
- Konflikttheorie 1, 71
- Konstitutionsbiologie 2, 19

- Kontrollpraxis 11, 24
 Kontrolltheorie 1, 43; 11, 4
 Korruption 9, 16
 krankhafte seelische Störung 4, 12, 26
 Krankheitsbegriff 4, 6 ff.
 – juristischer 4, 7
 – klinisch-psychiatrischer 4, 6
 Kriminalität 3, 35, 36
 – im Fernsehen 3, 35
 – in der Presse 3, 36
 Kriminalität-Furcht-Paradoxon 3, 32
 Kriminalitätsanstieg 3, 34
 Kriminalitätstheorien
 → Theorien
 Kriminalitätsschwellen 3, 34
 Kriminalitätszuwachs 3, 20
 Kriminalpolitik 5, 7
 Kriminalprognose 2; 6, 1 ff.; 12, 43
 → Prognose
 kriminalsoziologische Schule 1, 50
 Kriminalstatistik 3, 2, 4, 17, 23
 – polizeiliche 3, 4; 10, 29
 kriminologische Trias 6, 16
 – Lebenslängsschnitt 6, 16
 – Lebensquerschnitt 6, 16
 – Relevanzbezüge 6, 16
 kriminovalente Konstellation 6, 46
 Kronzeugenregelung 8, 19
 Kulturkonfliktstheorie 1, 59; 11, 8, 35
 kurze Freiheitsstrafen
 – Abschreckungsfunktion 9, 48
 – Nachteile 9, 45
- labeling approach 1, 68; 11, 8
 Lebach-Fall 3, 40
 Lebensführungsschuld 5, 8
 Lebensgefahr 16, 50
 Lebenslängliche 8, 25
 Lebenslauftheorien 1, 67, 80; 5, 31; 11, 7
 Lebensstil-Konzept 1, 79
 Legalbewährung 7, 21; 23
 Lerntheorie 1, 32
 – behavioristische 1, 36
 – sozial-kognitive 1, 35
 – soziologische 1, 38
 Liszt, Franz von 1, 4
 Lockerungen des Vollzugs 5, 86; 15, 25
 Lockerungsmissbrauch 15, 20 ff.; 16, 9 f.
 Lombroso 2, 3, 19
- Martinson 7, 26
 Massenmedien 3, 14, 15, 34
 Maßregellösung 5, 79
 Maßregeln der Besserung und Sicherung 1, 7; 4, 18; 5, 8; 7, 8; 12, 4
 Medienkontrolle 3, 14
 Medienkriminalität 3, 4, 45
 Medienkriminologie 3, 1
 Medikamentenabhängigkeit 4, 15
 Medikamentenintoxikation 4, 12
 Mehrfachtäter 5, 2, 65, 68
 – jugendliche 5, 65
 Merton 11, 22
 Minderbegabung 4, 12, 31
 Minderwertigkeitskomplex 1, 24
- Missbrauchsgefahr bei Lockerungen 15, 23; 16, 9 f.
 Mitwirkungsbereitschaft des Gefangenen 15, 43, 48
 Mitwirkungspflicht des Gefangenen 15, 43, 48
 Motivation 1, 27; 15, 49
 – des Gefangenen 15, 49
 multifaktorielle Ansätze 1, 101
 multifaktorielle Verbrechenserklärung 1, 72
- Nebenfolgen 12, 4
 Neigungstäter 5, 10, 15
 net-widening-Effekt 7, 11; 12, 76
 Nettoprinzip bei den Geldstrafen 7, 52
 neue Armut 11, 21, 25
 Neurose 4, 15, 39
 – diagnostische Erfassung 4, 40
 neurotische Kriminelle 1, 24
 Neutralisierungstechniken 1, 41
 „Null-Toleranz“-Konzept 1, 57; 11, 31
- Offenbarungsbefugnis des Therapeuten 16, 29 ff.
 – Überschreitung 16, 36
 Offenbarungspflicht des Therapeuten 16, 30 ff.
 – bei Vollzugsplanrelevanz 16, 35 f.
 – verfassungskonforme Auslegung 16, 32
 Öffentlichkeit der Jugendgerichtsverhandlung 12, 59
 Opfer 3, 27, 30
 Opferbefragung 3, 7, 29
 opferbezogene Kriminalitätsbedingungen 6, 34
 Opferhilfe 3, 9
 Opferschutzgesetz 3, 10
 Opportunitätsprinzip 7, 18
 Ordnungswidrigkeiten 9, 24, 30, 36
 Ordnungswidrigkeitenrecht 7, 1 ff., 13; 9, 24
 Ordnungswidrigkeitenverfahrensrecht 9, 36
 organisierte Kriminalität 9, 6
- paranoide Syndrome 4, 12
 Persönlichkeitsdiagnose 12, 21
 Persönlichkeitsstörung 2, 18; 4, 15, 39, 41; 5, 34
 Perversion 4, 15
 Pfändungsschutz beim Hausgeld 16, 57 ff.
 Pflichtarbeit Arbeitspflicht
 Pharmakotherapie 4, 25
 Positivismus 1, 4
 Prävention 3, 12; 7, 1 ff.; 8, 30
 – durch Strafzumessung 8, 30
 – durch Video-Überwachung 3,
 präventive Vereinigungstheorie 7, 45
 Prisonisierung 14, 6, 48
 Prisonisierungsprozess 14, 9
 Prognose 2, 4, 23; 6, 2 ff.
 – Anwendungsbereich 6, 3
 – Behandlungs- 6, 35
 – Dunkelfeldproblematik 6, 28
 – Eigendynamik sozialer Voraussagen 6, 23
 – Einwände 6, 18 ff.
 – empirische Absicherung 6, 20
 – Entlassungs- 6, 5, 31
 – ganzheitliche 6, 7
 – idealtypisch-vergleichende Einzelfallanalyse 6, 16, 44
 – im Jugendstrafrecht 6, 4 f.
 – intuitive 6, 7 f.; 12, 20
 – klinische 6, 7, 9, 15, 40 f.
 – Kombination von klinischer und statistischer 6, 15, 44

- kriminovalente Konstellationen 6, 17
- Menschenwürde 6, 18
- Mittelfeld der 6, 42
- Nachteile der klinischen 6, 42
- objektivierte klinische 6, 16, 44
- Objektivität 6, 24
- Ökonomieproblem 6, 24
- positiv gewendete Behandlungs- 6, 23
- probabilistische Struktur 6, 20
- protektive Faktoren 6, 17
- Risikovariable 6, 15
- Sanktions- 6, 34
- und Selbstkonzept 6, 21
- self-fulfilling prophecy 6, 21
- statistische 6, 7, 10 ff.; 12, 19
- Treffsicherheit 6, 20
- Überlegenheit der klinischen 6, 40 f.
- unzulässige Untersuchungsmethoden 6, 18
- Urteils- 6, 4
- Vereinbarkeit mit der Willensfreiheit 6, 19
- Vergleichs- 6, 45
- Vertrauensintervalle 6, 27
- Vollzugs- 6, 5
- Zuverlässigkeit 6, 20, 24
- Prognoseerstellung 6, 25
 - prospektive Überprüfung 6, 25
 - retrospektive Überprüfung 6, 25
- Prognoseforschung 6, 1, 7 ff.
- Prognosemerkmale 6, 27
- Prognoseerisiko 15, 25
- Prognosetafeln 6, 10, 24 ff., 38
 - Merkmalsbereiche der 6, 38
 - Validität der 6, 25
- Psychiatrie, forensische 4, 1 ff.
- psychiatrisches Gutachten 4, 23
- psychiatrisches Krankenhaus 4, 42; 5, 17, 21, 40 f.; 7, 7
 - Unterbringung in 4, 42
 - Voraussetzungen 5, 40
- psychogene Reaktionen 4, 15
- Psychopathie 1, 27; 2, 18; 5, 19, 34, 54
 - Begriff 5, 34
 - Stigmatisierungswirkungen 5, 35
- Psychose 1, 27; 4, 11 f.
 - endogene 4, 11 f.
 - exogene 4, 11 f., 26
- Punktstrafe 7, 41
- Rauschgift → Drogen
- Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch 16, 3
- Rechte des Gefangenen 16, 1 ff.
- Rechtsbeschwerde 9, 39
- Rechtsmittel 10, 44
- Reform des Strafrechts 3, 13
- Reifeverzögerung 2, 8
- Repressionssteigerung 12, 7
- Resozialisierung 1, 90; 5, 83; 6, 3; 8, 33, 36; 14, 34; 15, 45
 - Chancenverbesserung 15, 45
 - Zwangstherapie 15, 45
- Resozialisierungsvollzug 15, 44
- Reststrafenhöhe beim Urlaub 16, 14
- Rockertum 10, 7
- Rückfall- und Widerrufsrates 5, 13
- Rückfallneigung 5, 56
- Rückfallquote 5, 4
- Rückfalltäter 5, 8, 15, 28, 32, 57, 78
 - Gruppen 5, 15
 - kriminologische Differenzierung 5, 57
 - soziale Bezüge 5, 32
 - Typus 5, 8
- Rückfallverhütung 5, 5, 8
- Rückfallverschärfung 5, 15
- Rückfallwahrscheinlichkeit 6, 11
- Rundfunkgerät 14, 53
- Sachverständigenbegutachtung 2, 1 ff., 12
- Sachverständiger 2, 1 ff., 12; 4, 4, 23
 - psychiatrischer 4, 4
 - psychologischer 4, 4
 - und Richter 4, 23
- Sanktionen 7, 1 ff., 12
 - ambulante 12, 4
 - Austauschbarkeit 7, 12
 - jugendrechtliche 12, 4 ff.
 - stationäre 12, 4
 - Stufenfolge der 7, 12; 12, 3
- Sanktionenrecht 7, 1
- Sanktionsforschung 7, 1 ff.; 9, 45 ff.
- Sanktionspraxis 7, 1 ff.
- Sanktionsprognose 6, 34
- Sanktionsreform 7, 1 ff.
- Schadenswiedergutmachung 7, 5; 11, 11
- schädliche Neigungen 5, 10, 11, 73 f.; 12, 43
- Schamtheorie 1, 81
- Schizophrenie 4, 24
 - und Gewaltdelinquenz 1, 29
- Schuldausgleich 15, 4, 6
 - bei Lockerungsentscheidungen 15, 6
- Schuldbegriff 1, 10
 - empirisch-normativer 1, 10
 - sozial vergleichender 1, 10; 4, 21
- Schuldfähigkeit 1, 9, 84; 4, 1 ff.; 5, 20, 22, 33
 - Eingangsmerkmale 4, 5
 - erstes Stockwerk 4, 5
 - schwere andere seelische Abartigkeit 5, 33
 - verminderte 4, 5, 29
 - zweites Stockwerk 4, 5
- Schuldprinzip 1, 84
- Schuldschwere → Schwere der Schuld
- Schuldstrafe 7, 1 ff., 37
- Schuldunfähigkeit 4, 3 ff., 29; 5, 20
 - bei Affekt 4, 36
- Schuldunterschreitung 7, 43
- Schuldenstreit 1, 2
- Schwachsinn 1, 28; 4, 14, 31
 - Grad des 4, 32
- Schweigepflicht, innerbehördliche 16, 28
- schwere andere seelische Abartigkeit 4, 39
- Schwere der Schuld 14, 18; 15, 10 f.
 - i. S. des § 57 a StGB 8, 2; 15, 10
- Schwurgerichtslösung bei § 57 a StGB 8, 2
- Selbstbeschäftigung 16, 16 f., 21
- Selbstbestimmungsrecht des Gefangenen 16, 55
- Selbstbild 1, 27
- Selbstjustiz 3, 54 ff.
- Selbstkonzept 6, 21
- Selbstverletzung 16, 57
- self-fulfilling prophecy 6, 21
 - Prognose

- Serientäter 5, 65; 10, 20
 - jugendliche 5, 65
 - kindliche 10, 20
- Sexualdelinquenz 5, 1 ff.; 15, 25
- Sexualphantasien 16, 36
- sexuelle Störungen 4, 15
- sexuelle Verhaltensabweichungen 4, 15
- Sicherung als Strafzweck 1, 93
- Sicherungsaufgabe, des Strafvollzugs 15, 14
- Sicherungsmaßnahme, besondere 16, 40
- Sicherungsverwahrung 5, 25, 42 ff., 51, 69, 70, 71, 81; 7, 7
 - Anwendungsbereich 5, 70
 - bei Jungtättern unter 25 Jahren 5, 81
 - formelle Voraussetzungen 5, 42 ff.
 - für Heranwachsende 5, 71
 - für Jugendliche 5, 71
 - Gefährlichkeitsprognose 5, 44, 51
 - gerichtliche Verhängungspraxis 5, 69
 - materielle Voraussetzungen 5, 45 ff.
 - nachträgliche 5, 44; 7, 7
 - rechtspolitische Kritik 5, 69
 - Umgestaltung 5, 25
 - verfassungsrechtliche Bedenken 5, 25
 - vorbehaltene 5, 44
- Situationstäter 8, 28
- Sorgfaltspflicht, des Anstaltsleiters 15, 22
- soziale Trainingskurse 11, 11; 12, 8
- sozialer Wandel 11, 4
- soziales Training 12, 32
- Sozialisation 3, 13
- Sozialisationsprozess, negativer 14, 8, 47
- Sozialkontrolle 3, 47, 50; 11, 25
 - primäre 3, 50
- Sozialprognose 8, 18
- sozialtherapeutische Anstalt 5, 77; 7, 7
- Sozialtherapie 5, 78
- Spätaussiedler 1, 62
- Spezialprävention 6, 3; 7, 21, 25 f.; 14, 22
 - empirische Untersuchung, 7, 25
 - Krise der 7, 26
- Spielraumtheorie, 7, 41
- Städtebau und Kriminalität 1, 56 f.; 11, 1 ff., 30
- Stadt-Land-Gefälle 3, 19
- statistische Prognose 6, 7, 10 ff.
 - Anwendbarkeit im Strafrecht 6, 33
 - clausula rebus sic stantibus 6, 29
 - Nichtbeachtung der Sanktionswirkung 6, 30
 - Punkteverfahren 6, 12
 - Punktwertverfahren 6, 13
 - Strukturprognosetafeln 6, 14
 - Verbesserungen der 6, 33
- Stellenwerttheorie 7, 44
- Steuerungsfähigkeit 4, 5, 20 ff.
- Stigmatisierung durch Presse und Internet 3, 40
- Stimulationsthese 3, 42
- Strafaussetzung zur Bewährung 6, 1 ff., 45; 7, 6, 12
- Strafgefangener, Rechtsstellung 14, 10
- Strafmilderungsgrund 7, 36
- Strafmündigkeit 10, 20
- Strafrahmen 7, 37
- Strafrechtsreform 5, 78
- Strafrechtssoziologie 1, 71
- Strafrestauesetzung zur Bewährung 6, 1 ff.
- Strafschärfungsgrund 7, 36
- Straftatverhinderungspflicht, des Anstaltsleiters 15, 17
- Straftheorien 1, 82 ff.
 - absolute 1, 83
 - generalpräventive 1, 98 ff.
 - spezialpräventive 1, 88
- Strafvereitelung 15, 12
- Strafverfolgungsanspruch 15, 14
- Strafvollstreckungskammer 5, 89; 14, 42; 16, 2
- Strafvollstreckungsvereitelung 15, 21
 - im Amt 15, 21
- Strafzumessung 1, 84; 7, 1 ff., 37 ff.; 14, 35
 - Durchschnittsfall 7, 38
 - im engeren Sinne 7, 37
 - im weiteren Sinne 7, 37
 - Regelfall 7, 38
- Strafzumessungsfehler 7, 35
- Strafzumessungsprävention 7, 27
- Strafzwecke 5, 1; 14, 7
 - im Jugendstrafrecht 5, 9; 14, 7
- Straßenkriminalität 3, 52
- Stufentheorie 7, 44
- StVollzGÄndG, viertes 16, 28
- Subkultur
 - der Gewalt 10, 12
 - des Gefängnisses 14, 6, 8, 47 ff.
- Subkultur-Theorie 1, 58
- Subsidiaritätsprinzip 12, 3
- Sühne, 15, 4
- Sühneversuch 3, 8
- Suizid 16, 55
- Suizidgefahr 16, 41
- Sündenbocktheorie 1, 24
- Sutherland 9, 2, 14
- Symptomtaten 5, 48
- Tagessatzsystem 7, 52
- Täter- und Opferbefragungen 3, 3
- Täter-Opfer-Ausgleich (TOA) 3, 8; 7, 5; 10, 25; 11, 11; 12, 8, 25, 27, 65
 - Autonomiemodell 7, 5
 - Sanktionsmodell 7, 5
- Täterpersönlichkeit 5, 15 ff.; 11, 5; 12, 17
- Täterstrafrecht 7, 20
- Tatgenossenschaft 10, 4
- Tatsituation 11, 5, 8
- Tatstrafrecht 7, 20
- Theorie
 - Anomietheorie 1, 52
 - Aussagekraft 1, 12, 15
 - biologische 1, 17 f.
 - der differentiellen Assoziation 1, 38
 - der differentiellen Identifikation 1, 39
 - der differentiellen Verstärkung 1, 39
 - der Entwicklung 1, 37
 - der Neutralisationstechniken 1, 40
 - der strukturell-funktionalen Zusammenhänge 1, 51
 - des psychologischen Zwangs 7, 27
 - Etikettierung 1, 63
 - gesellschaftsorientierte 1, 49 ff.
 - Kontrolltheorien 1, 43
 - kriminelle Karriere 1, 65
 - Kulturkonflikt 1, 59
 - Lebenslauf 1, 80
 - Lerntheorien 1, 32
 - medizinische 1, 18

- multifaktorielle 1, 73
- ökologische 1, 56
- ökonomische 1, 48
- psychiatrische 1, 27
- psychologische 1, 27
- Scham 1, 81
- sekundäre Abweichung 1, 64
- sozialpsychologische 1, 31
- soziologische 1, 49
- Subkultur 1, 58
- täterorientierte 1, 17
- tiefenpsychologische 1, 23
- unterschiedlicher Sozialisation und Sozialkontrolle 1, 79
- Theorieverbindende Erklärungsansätze 1, 78
- Therapeuten
 - Einschätzungsprärogative 16, 34
 - externe 16, 29 ff.
 - Offenbarungspflichten 16, 30 ff.
- Therapie
 - extramural 16, 33
 - intramural 16, 33
- TOA-Weisung 12, 26
- Todesstrafe 8, 31
- Trennscheibe 15, 34 ff.
 - als milderer Mittel 15, 40
 - bei Privatbesuchen 15, 35
 - bei Verteidigerbesuchen 15, 34
- Trennungsgrundsatz im Jugendvollzug 14, 3

- Ubiquität der Jugenddelinquenz 10, 26
- Überbrückungsgeld 10, 54
- Übermüdungszustände 4, 13
- Überwachung 15, 28 f.
 - akustisch 15, 28
 - optisch 15, 28
- Überwachungsgründe 15, 29
- Umweltbelastung 2, 10
- unbestimmte Rechtsbegriffe 15, 24; 16, 6
- Ungehorsamsarrest 10, 42; 13, 15
- unmittelbarer Zwang 16, 49 ff.
- Unterbringung
 - im psychiatrischen Krankenhaus 7, 8
 - in einer Erziehungsanstalt 7, 8, 47
- Unterhaltspflichten bei Geldstrafe 7, 59
- Untersuchungshaft 10, 34
 - bei Jugendlichen 10, 34
 - Vollzug 10, 34
- Urlaub aus der Haft 14, 29; 15, 2 f., 9
 - aus wichtigem Anlass 15, 2
 - Regelurlaub 15, 2 f.
 - Schuldgehalt der Straftaten 15, 9
 - Sonderurlaub 15, 2 f.

- Vandalismus 10, 7
- Veranlagung 2, 14
- Verbandsdelinquenz 9, 30
- Verbandsgeldbuße 9, 33
- Verbrechen 2, 3
 - organisiertes 9, 6
- Verbrechensbegriff 3, 1
- Verbrechensfurcht 3, 4, 31, 33, 38
- Verbrechenskontrolle 2, 3, 5
- Verbrechensopfer 2, 3, 6; 3, 7 ff.
- Verbrechenstheorien und Schuldprinzip 1, 87
- Verbrechenswirklichkeit 3, 1, 3, 5
 - Indikatoren 3, 3
 - Konstituierung 3, 4
- Verbrecher 2, 3, 23
 - aus Schuldbewusstsein 1, 24
 - geborener 1, 17; 2, 3, 23
- Verbrechertypologien 2, 20
- Vereinigungstheorien 1, 101
- Verfolgungsprävention 7, 27
- Verfolgungsvereitelung 15, 12
- Vergeltungsstrafrecht 1, 2
- Vergleichsprognose 6, 45
- Verhältnismäßigkeit 7, 12; 12, 3
- Verhältnismäßigkeitsprinzip 10, 40; 12, 74 ff.
 - bei besonderen Sicherungsmaßnahmen 16, 42
- Verkehrsordnungswidrigkeit 7, 16, 18
- Verkehrszentralregister 7, 15
- Verletzung
 - von Mitgefangenen 16, 57
 - von Vollzugsbediensteten 16, 60
- verminderte Schuldfähigkeit 5, 22
- Vermögensstrafe 7, 54
- Verteidigung der Rechtsordnung 1, 99; 7, 1 ff., 30; 8, 14
- Verurteiltenstatistik 3, 21
- Verwahrloste 1, 24
- Verwahrvollzug 8, 24
- Verwaltungsrichtlinien 15, 24
- Verwaltungsvorschriften, Doppelnatur 16, 15
- Verwarnung 12, 22
- Video-Überwachung 3, 46, 49
- Viktimodogmatik 3, 11
- Vollstreckungsbehörde 14, 43
- Vollstreckungsprävention 7, 27
- Vollstreckungsvereitelung 15, 12
- Vollzug, behandlungsorientierter 8, 24
- Vollzugsgrundsätze 15, 1 ff.
- Vollzugslösung 5, 78, 79; 7, 7
- Vollzugsziel 8, 33; 14, 34; 15, 1 ff.
- Vorbewahrung 12, 45; 13, 17
- Vorverfahren 16, 5

- Weiß-Kragen-Kriminalität 9, 1, 2, 14 ff.
- Weißer Ring 3, 9
- Weisungen 10, 39 ff.; 12, 28; 13, 20 ff.
 - verfassungsrechtliche Schranken 13, 21
- Wertewandel 1, 66
- white-collar-crime 9, 1, 2, 14 f.
 - Definition 9, 15
- Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung 10, 43
- Wiedergutmachung 3, 9; 7, 5
- Willensfreiheit 1, 4, 11
- Wirtschaftskriminalität
 - Bedeutung 9, 1
 - Begriff 9, 1, 7
 - Bekämpfung 9, 17, 19
 - innerhalb der EU 9, 21
 - Sanktionspraxis 9, 39 ff.
 - Sog- und Spiralwirkung 9, 26
 - Sozialschädlichkeit 9, 22
 - Täter 9, 11
 - Verfahrensdauer 9, 12
- Wirtschaftsordnungswidrigkeiten 9, 30
- Wirtschaftsstrafkammer 9, 6, 16, 17,
- Wirtschaftsverbrechen, Merkmale 9, 7 ff.
- Wohlstandskriminalität 11, 21

- zero-toleranz 1, 57; 11, 31
Zielkonflikt 14, 35; 15, 4
– materielle Strafzwecke 15, 4 f.
– Vollzugsziel 15, 4
Zielkonflikte im Strafvollzug 15, 1 ff.
Zuchtmittel 10, 24; 12, 6, 22 ff., 36 ff.
Zumutbarkeit ärztlicher Zwangsbehandlung 16, 54
Zwangsarbeitsverbot 13, 22
Zwangsbehandlung 16, 50
– bei Suizidgefahr 16, 56
Zwangsuntersuchung 16, 50
Zweckgedanken des Strafrechts 6, 2
Zweckstrafrecht 1, 2
zweite Spur 1, 7
Zwillingsforschung 1, 20; 2, 19; 11, 41
Zwischenverfahren 9, 37



Empfehlungen des Landesjustizprüfungsamtes bei dem Niedersächsischen Ministerium der Justiz vom 20. 12. 1976 für Prüfungsinhalte der Wahlfachgruppe „Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug“

(in überarbeiteter Fassung vom März 1988)

1. Kriminologie

Verbrechen, Verbrecher und soziale Kontrolle als zentrale Begriffe der Kriminologie, insbesondere:

- kriminalpolitische Aspekte des Verbrechensbegriffs;
- Merkmale und Sozialdaten registrierter Straftäter;
- System, Träger und Strategien der strafrechtlichen Sozialkontrolle einschließlich der Opferaspekte.

Grundlagen empirisch-kriminologischer Forschungsmethoden.

Grundzüge der Kriminalitätstheorien in Geschichte und Gegenwart.

Kriminalstatistiken und Dunkelfeldforschung.

Methoden, Probleme und Ergebnisse kriminologischer Prognoseforschung.

Kriminologische Aspekte des Strafverfahrens und strafrechtlicher Sanktionen, z. B. spezial- und generalpräventive Effektivität von Strafen und Maßregeln sowie praktische Probleme bei ihrer Anwendung.

Zentrale Fragen der forensischen Psychiatrie und Psychologie, insbesondere Probleme der Schuldfähigkeit.

2. Jugendstrafrecht

Gründe für eine Verselbständigung des Jugendstrafrechts und Besonderheiten der Jugendkriminalität.

Alters- und Reifestufen, Probleme der §§ 36, 105 JGG.

Rechtsfolgen des Jugendstrafrechts.

Diversion, Täter-Opfer-Ausgleich.

Jugendstrafverfahrensrecht:

- Grundzüge der Jugendgerichtsverfassung;
- wichtigste Sonderregelungen für das Jugendstrafverfahren und deren Gründe; Jugendgerichtshilfe; Mitwirkung der Erziehungsberechtigten; Besonderheiten der Hauptverhandlung und der Rechtsmittel; Einschränkungen des Legalitätsprinzips; Grundzüge der Vollstreckung und des Vollzugs der jugendstrafrechtlichen Rechtsfolgen.

3. Strafvollzug

Geschichte und Reformbemühungen unter Berücksichtigung ausländischer Anregungen und Erfahrungen.

Vollzugsziele.

Allgemeine Vollzugsgrundsätze.

Vollzugswirklichkeit.

Besondere Maßnahmen zur Verwirklichung der Vollzugsziele und -grundsätze, insbesondere:

- offener Vollzug;
- Vollzugslockerungen;
- Arbeit und Ausbildung;
- spezifische therapeutische Versuche.

Rechtsstellung des Strafgefangenen anhand des Strafvollzugsgesetzes einschließlich der Grundrechtsbeschränkungen; Rechtsweg, Rechtsbehelfe und Vollstreckungsgericht.