



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht

für die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Jugendstrafverfahren

Berlin, im Oktober 2019

Mitglieder des Ausschusses Strafrecht

- RA Dr. Rainer Spatscheck, München (Vorsitzender)
- RA Stefan Conen, Berlin
- RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- RA Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main
- RAin Dr. jur. Jenny Lederer, Essen (Berichterstatte(r)in)
- RA Prof. Dr. Bernd Müssig, Bonn
- RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- RAin Gül Pinar, Hamburg
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe
- RA Martin Rubbert, Berlin
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Tanja Brexl, Berlin

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit seinen über 63.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

A. Prolog

Die umzusetzende Richtlinie stellt zu Recht das *Kindeswohl* in den Focus; es durchzieht sämtliche Erwägungen iRd Richtlinie. An gleich mehreren Stellen wird hervorgehoben, dass sicherstellen sei, dass das Kindeswohl – auch mit Blick auf Art. 24 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union – *immer eine vorrangige Erwägung* ist.

Dies entspricht zwar grds. auch dem das deutsche Jugendstrafrecht bereits prägenden Topos des Erziehungsgedankens; gerade bei der Umsetzung der Richtlinie sei aber die Mahnung erlaubt, dass der Blick hiervon nicht abschweifen darf, sondern der Focus auf das Wohl der Jugendlichen und Heranwachsenden gerichtet werden muss, dem sich andere Erwägungen unterzuordnen haben.

Dabei muss nicht nur die generelle – im Vergleich zu Erwachsenen – erhöhte Vulnerabilität von Jugendlichen/Heranwachsenden betont werden, sondern darüber hinaus in den Blick genommen werden, dass es sich bei jugendlichen/ heranwachsenden *Beschuldigten* regelmäßig um in *mehrfacher* Hinsicht – also über die alters- und entwicklungsbezogene Vulnerabilität hinausgehende – vulnerable Personen handelt:

In einer englischen Studie wurde hervorgehoben, dass alle Kinder (iRd Studie), die vor Gericht stehen, schon aufgrund ihres Alters und ihrer mangelnden Entwicklungsreife vulnerabel seien; bei vielen dieser Kinder sei darüber hinaus eine Vulnerabilität zu konstatieren mit Blick auf verschiedenliche Probleme der geistigen Gesundheit, Lernbehinderungen, Lernschwierigkeiten und Kommunikationsschwierigkeiten, oder deren Sozialisation (vgl. Jacobson/Talbot, Vulnerable Defendants in the Criminal Courts: a review of provision for adults and children, S. 33).

Walter hat diesen Gedanken pointiert formuliert, wenn er davon spricht, dass „[d]ie strafrechtliche ‚Klientel‘ (...) bekanntlich nicht die Speerspitze der kompetenten und lebensfähigen Vertreter eines Geburtsjahrgangs [bilde], sie weist im Gegenteil typischerweise Defizite, Versäumnisse und Misserfolge auf, für die die jungen Menschen jedenfalls nicht allein haftbar gemacht werden können“ (Walter, ZJJ 2007, 400, 401).

Insbesondere psychowissenschaftlich, dabei vor allem entwicklungspsychologisch, auch was die Sozialisation betrifft, kann dies nicht zuletzt in Jugendstrafverfahren oftmals nachgezeichnet werden.

Diese, an sich: Selbstverständlichkeiten sollten in Erinnerung gerufen werden, wenn es um die Änderung des JGG iRd Umsetzung der Richtlinie geht, und zwar insbesondere mit Blick auf die Änderungen und den Widerstand bzgl. der Pflichtverteidigung:

B. Notwendige Verteidigung

Die Regelungen bzgl. der notwendigen Verteidigung gehen einerseits nicht weit genug (ad I.), andererseits gehen sie – bezogen auf vorgesehene Ausnahmetatbestände – zu weit (a II.) und tragen insofern nicht den mit der Richtlinie verfolgten Grundgedanken Rechnung.

Bei sämtlichen Widerständen, die iRd Diskussion um (Pflicht-)Verteidigung insbesondere bei Jugendstrafverfahren zu beobachten sind, drängt sich ein unberechtigter Generalverdacht eines „Störenfriedes“ auf, als würde (Pflicht-)Verteidigung zwangsläufig diametral entgegengesetzt zu dem Erziehungsgedanken agieren und würde zu einer Verlangsamung (gleichsam auf dem Rücken des jugendlichen/heranwachsenden Beschuldigten) führen.

Gerade mit Blick auf die angesprochene Situation, in der sich beschuldigte junge Menschen befinden, ist die Verteidigung ein elementares Instrument, um ihnen, die

selbst oftmals nicht in der Lage hierzu sind, Gehör zu verschaffen und sie zu unterstützen.

Auch das – diese Unterstützung – kann wesentlich ein erzieherisches Moment darstellen. Dies kann auch eine Bestärkung des jugendlichen/heranwachsenden Beschuldigten in dem Sinne sein, dass ihm vermittelt wird, fair und gerecht behandelt und ernst genommen zu werden.

Der mit einer Nicht-Bestellung verbundene „Preis“ und für den Beschuldigten verbundene Nachteil ist irreparabel; eine mögliche Entschleunigung des Verfahrens ist demgegenüber hinzunehmen, wenn damit jedenfalls eine Stärkung der Rechte des jugendlichen/heranwachsenden Beschuldigten gewährleistet ist.

Im Einzelnen soll auf drei Aspekte näher eingegangen werden:

I.

Ein Fall der notwendigen Verteidigung sollte iRd § 68 Nr. 5 JGG-E bei Jugendlichen und Heranwachsenden bereits im Falle eines drohenden Jugendarrestes vorliegen. Hierfür streitet auch der Text der Richtlinie. Bei Jugendarrest, der immerhin bis zu vier Wochen einen Freiheitsentzug mit sich bringen kann, ist von einer „Strafe“ iSd Richtlinie auszugehen (so bereits DAV-SN 57/18, S.; ebenso: *Bock/Puschke*, ZJJ 2019, 224, 228, mwN).

Insofern hatte der DAV in seiner Stellungnahme zu dem Referentenentwurf bereits auf „Art. 6 Abs. 6 Untertitel 3 der Richtlinie verwiesen, wonach ein Jugendlicher bei drohendem Freiheitsentzug einer effektiven Unterstützung bedürfe, auch wenn es sich bei Jugendarrest in der Systematik des JGG nicht um eine (Jugend-),Strafe’, sondern um ein Zuchtmittel handelt; die Konsequenz des Arrestes ist aber Freiheitsentzug und diese Maßnahme kommt insofern ,inhaltlich einer Strafe gleich und wird vom Gericht auch so verstanden, nämlich als Freiheitsentzug mit schuldausgleichendem und erzieherischem Charakter’ [mwN].

In allen Fällen, in denen Freiheitsentzug droht, ist notwendige Verteidigung geboten; dies gilt insbesondere mit Blick auf das gegenüber dem allgemeinen Strafrecht nachteilige Arrestrisiko [mwN].

In der Begründung des Referentenentwurfes (S. 29 und S. 64) wird ohne nähere Begründung davon ausgegangen, dass mit ‚Freiheitsentzug als Strafe‘ i. S. der Richtlinie ‚Jugendstrafe‘ i. S. der §§ 17 f. JGG gemeint sei. Weder in sprachlicher Hinsicht (vgl. insoweit auch die englische – ‚deprivation of liberty should not be imposed as a criminal sentence‘ – oder französische Fassung – ‚la privation de liberté ne devrait pas être imposée au titre d’une condamnation pénale‘ –, bei denen eher dem strafrechtlichen Bezug Ausdruck verliehen wird, ohne eine qualitative Wertung der Sanktionsform, abgesehen von der mit der Verurteilung einhergehenden Folge des Freiheitsentzuges, vorzunehmen) noch in Bezug auf die Erwägungen und Grundgedanken der Richtlinie ist von dieser Exklusivität auszugehen.“

Hierzu ist hinzuzufügen, dass Jugendarrest einen repressiven, ahnenden Charakter aufweist. Das BVerG hat konstatiert: „(...) Jugendstrafe und Jugendarrest enthalten neben den Elementen der Erziehung auch solche der Strafe. Sie zielen auf vergeltenden Ausgleich für begangenes Unrecht“ (BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 09.12.2004 - 2 BvR 930/04, Rz. 22). Ähnlich hatte es bereits der BGH formuliert: „Er [scil.: der Jugendarrest] enthält in sich sowohl Elemente der Strafe als auch der Erziehungsmaßregel. Er ist ein kurzfristiger Freiheitsentzug mit sühnendem und erzieherischem Charakter. Soweit er Elemente der Strafe enthält, soll er Ausgleich für begangenes Unrecht sein und durch seine Einflussnahme auf den Jugendlichen auch der Besserung dienen, ferner vermöge seines harten Vollzugs abschreckend wirken (...) [mwN]“ (BGHSt 18, 207, 209); es handele sich um einen „kurzen und harten Zugriff“, um einen „eindringlichen und fühlbaren Ordnungsruf“ mit dem Ziel, „den Jugendlichen davor [zu] schützen, auf dem erstmalig eingeschlagenen Weg fortzufahren“ (aaO).

Die notwendige Verteidigung sollte daher auf Fälle des Jugendarrestes ausgeweitet werden.

II.

Die seitens des Bundesrates vorgeschlagene Ausnahmeregelung iRd § 68a Abs. 1 JGG-E, mit der nicht vor Vernehmung ein Pflichtverteidiger zu bestellen sein soll,

„wenn ein Fall der notwendigen Verteidigung *allein* deshalb vorliegt, weil dem Jugendlichen ein *Verbrechen* zur Last gelegt wird, ein Absehen von der Strafverfolgung nach § 45 Absatz 2 oder 3 *zu erwarten* ist und die Bestellung eines Pflichtverteidigers zu dem in Satz 1 genannten Zeitpunkt *auch unter Berücksichtigung* des Wohls des Jugendlichen und der Umstände des Einzelfalls *unverhältnismäßig* wäre“,

trägt der Praxis nicht Rechnung. Das aufgeführte Beispiel erscheint praxis- und lebensfremd.

Schon die Formulierung – „*allein* deshalb ... weil ein Verbrechen“ – unterminiert den Schweregrad und die Belastung, die mit dem Vorwurf der Begehung eines Verbrechens – im Erwachsenenstrafrecht immerhin mit einem Mindestmaß von einem Jahr Freiheitsstrafe belegt – einhergehen.

Einer solchen Ausnahmeregelung sollte nicht nähergetreten werden.

III.

Die Ausnahmeregelung des § 68b JGG-E sollte ersatzlos gestrichen werden.

1.

Nimmt man den Gesetzestext der Entwurfsfassung ernst und legt diesen insbesondere *europarechtskonform*, aber auch bereits *iSd geltenden* JGG und dessen Grundgedanken aus, so *kann* es schlicht *nicht* *iSd* Wohles des Jugendlichen/Heranwachsenden *sein*, dass eine Vernehmung oder Gegenüberstellung *vor* der Bestellung eines Verteidigers erfolgen kann.

Es dürfte strenggenommen und bei einer – notwendigen – *restriktiven* Auslegung schon an diesem Eingangsmerkmal scheitern. Insbesondere sei daran erinnert, dass in der Richtlinie gefordert wird, dass bei der Verhältnismäßigkeitsabwägung „das Kindeswohl *immer eine vorrangige* Erwägung“ sei.

Insofern heißt es auch in der Richtlinie zu Recht, dass eine Abweichung nur dann möglich sein soll,

- sofern dies mit dem Recht auf ein *fares Verfahren* vereinbar ist,
- wenn eine Unterstützung eines Rechtsbeistandes unter Berücksichtigung der Umstände des Falles *nicht verhältnismäßig* ist,
- wobei das *Kindeswohl* immer eine *vorrangige Erwägung* sein sollte.

Demgegenüber ist zu befürchten, dass diese Eingangsvoraussetzung zu einer Leerformel gerät.

2.

Dies gilt umso mehr, als die Anforderungen, die in der Richtlinie benannt sind, in dem Gesetzestext schon nicht ausreichend Rechnung getragen wird:

In der Richtlinie ist von „Befragungen“; nicht von einer Vernehmung im strafprozessualen Sinne, die Rede. Sie sollen ausnahmsweise ermöglicht werden können,

„soweit notwendig zum ausschließlichen Zweck der Erlangung notwendiger Informationen zur Abwehr schwerwiegender, nachteiliger Auswirkungen auf das Leben, die Freiheit oder die körperliche Unversehrtheit einer Person oder zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung des Strafverfahrens und in dem dafür erforderlichen Umfang durchzuführen. Ein Missbrauch dieser Ausnahmeregelung würde die Verteidigungsrechte grundsätzlich irreparabel beeinträchtigen.“

Als Missbrauch wäre hiernach indes bereits die strafprozessual angelegte Vernehmung zur Klärung eines strafrechtlichen Vorwurfs, wie sie in § 68b JGG-E in den Blick genommen wird und für zulässig erklären will, anzusehen, und zwar im Gegensatz zu der rein gefahrenabwehrrechtlich motivierten und nur ausnahmsweise zulässigen Informationsgewinnung, von der in der Richtlinie die Rede ist. Insofern und auch mit Blick auf die Richtlinie, in der ausdrücklich und zu Recht von einer „irreparablen“ Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte ausgegangen wird, geht die Überlegung in der Begründung des Referentenentwurfes fehl, dass eine falsche

Annahme der Voraussetzungen für die Ausnahmeregelung des § 68b JGG-E nicht automatisch zu einem Verwertungsverbot führen solle, sondern – „wie auch im Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung klargestellt“ – die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung gelangen sollen, also allenfalls im Rahmen der tradierten höchstrichterlichen Abwägungslehre bei schweren Verstößen die Frage der Verwertbarkeit im Raum stehe. Für eine vermeintliche justizielle Disponibilität eines Verwertungsverbotes im Falle staatlicher Zuwiderhandlung ist – auch europarechtlich argumentiert – kein Raum, zumal nicht im Rahmen eines der Stärkung der Beschuldigtenrechte von Jugendlichen/Heranwachsenden gewidmeten Umsetzungsvorhabens (vgl. insoweit auch die entsprechende Passage in der DAV-SN 58/18 zur Pflichtverteidigung, S. 8).

Dies gilt umso mehr, als in der Richtlinie auch ausdrücklich eine *klare* Festlegung der „Gründe und die Kriterien für diese vorübergehenden Abweichungen“ und eine *restriktive* Nutzung gefordert wird, und darüber hinaus auch sicherzustellen sein soll, dass „bei Genehmigung einer vorübergehenden Abweichung nach dieser Richtlinie durch eine zuständige Behörde, die kein Gericht ist, die Entscheidung über die Genehmigung der vorübergehenden Abweichung von einem Gericht überprüft werden kann, zumindest in der Phase des Gerichtsverfahrens.“

Diese Voraussetzungen fehlen in dem Entwurf und tragen den Erwägungen der Richtlinie nicht Rechnung, insbesondere auch, allgemein gesehen, dem Kindeswohl nicht.

Da das Recht des Beschuldigten, jederzeit, auch schon vor der Vernehmung oder einer Gegenüberstellung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen, unberührt bleibt, was rechtsstaatlich gesehen auch eine Selbstverständlichkeit ist, wird der bzgl. der Pflichtverteidigung vorgesehenen Ausnahmeregelung schon die Legitimation entzogen (vgl. zu der entsprechenden Entwurfsvorschrift in der StPO bereits DAV SN 58/18, S. 8).

Da weder geboten noch systematisch stimmig, ist § 68b JGG-E aus Sicht des DAV ersatzlos zu streichen.

C. Aufhebung der Rechtsmittelbeschränkung

Mit Bedauern wurde zur Kenntnis genommen, dass abweichend von dem Referentenentwurf keine Änderung des § 55 JGG mehr vorgesehen sein soll.

Der Entwurf, mit dem vorgesehen war, dass nun mit der sofortigen Beschwerde ein Rechtsmittel wegen des Umfangs oder der Auswahl gegen eine Entscheidung, in der lediglich Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel angeordnet oder die Auswahl und Anordnung von Erziehungsmaßregeln dem Familiengericht überlassen sind, zur Verfügung gestellt wird, wurde seitens des DAV insbesondere deshalb begrüßt, weil die aktuelle Fassung des § 55 Abs. 1 JGG der Kinderrechtskonvention (Art. 40 Abs. 2 lit. b) Abs. v)) nicht gerecht wird: darin wird als eine der einzuräumenden Mindestgarantien, auf die ein Jugendlicher i. S. des JGG Anspruch habe, die Möglichkeit der Nachprüfbarkeit von Entscheidungen und aller als Folge davon verhängten Maßnahmen durch eine zuständige übergeordnete Behörde oder ein zuständiges höheres Gericht, die unabhängig und unparteiisch sind, explizit aufgeführt.

Dass nun – trotz der ständigen Mahnung in der Richtlinie, dem Kindeswohl Priorität einzuräumen und trotz der benannten Vorschrift in der Kinderrechtskonvention – die Rechtsmittelmöglichkeit keiner Erweiterung zugeführt werden soll, ist bedauerlich. Möglicherweise ist dies wiederum dem Umstand geschuldet, dass damit eine Entschleunigung befürchtet wird. Aber: die Beschleunigung darf nicht auf dem Rücken des Jugendlichen/Heranwachsenden erfolgen, sondern kann nur dann als legitimes Ziel berücksichtigt werden, wenn prioritär dem Kindeswohl gedient ist. So wurde bereits in der DAV-Stellungnahme zu dem Referentenentwurf hervorgehoben:

„Während bei (Wieder-)Einführung der Rechtsmittelbeschränkung auf ein ,besonders dringendes Bedürfnis (...), schnell zu einer rechtskräftigen Entscheidung zu gelangen‘, abgestellt und hervorgehoben wurde, dass eine Strafe ,nur dann die notwendige erzieherische Wirkung [habe], wenn sie der Tat so bald wie möglich folgt. Jede unnötige Verzögerung des Verfahrens verursacht

eine Abschwächung der Strafwirkungen (BT-Drs. 1/3264, S. 46)', so muss zum einen berücksichtigt werden, dass Strafen selten ‚auf dem Fuße‘ folgen, ganz zu schweigen davon, dass empirisch keine erzieherische Wirkung solcher schnellen Entscheidungen nachgewiesen wäre; zum anderen gilt es zu bedenken, dass mit einem Jugendarrest immerhin bis zu vier Wochen Freiheitsentzug verhängt werden können, was eine besonders eingriffsintensive Sanktion darstellt, deren Überprüfung angezeigt ist; zum weiteren ist gerade aus erzieherischen Erwägungen ein Rechtsmittelausschluss fragwürdig, da nach heutigem Erziehungskonzept es erzieherisch sinnvoll und zielführend erscheint, dem Jugendlichen/Heranwachsenden die Möglichkeit einzuräumen, gegen eine von ihm als ungerecht empfundene Rechtsfolge anzugehen und diese überprüfen und ggfs. korrigieren zu lassen.

Eine Streichung der Rechtsmittelbeschränkung in § 55 Abs. 1 JGG ist mit Blick auf die Kinderrechtskonvention erforderlich.“

Wie in der Stellungnahme bereits angesprochen, kann im Gegenteil die Möglichkeit eines Rechtsmittels gerade auch erzieherische Wirkung entfalten.

Ergänzend sei verwiesen auf die Stellungnahme des DAV zu dem entsprechenden Referentenentwurf: SN 57/18.