

# Warnung vor dem neuen „Warnschussarrest“

Von Generalstaatsanwalt a.D. Prof. Dr. Heribert Ostendorf, Kiel

## I. Einführung

Mit dem Gesetz zur Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten vom 4.9.2012<sup>1</sup> hat der Gesetzgeber den seit Jahrzehnten umstrittenen sog. Warnschussarrest eingeführt.<sup>2</sup> Gleichzeitig wurde mit diesem Gesetz die sog. Vorbewährung<sup>3</sup> in den §§ 61-61b JGG legalisiert. Die gesetzliche Regelung dieses in der Praxis entwickelten Sanktionsinstituts ist zu begrüßen. Allerdings ist anzumerken, dass über die Bewährung möglichst im Urteil zu entscheiden ist und das Aufschieben dieser Entscheidung nur ausnahmsweise in Betracht kommt. Die Verlängerung der Dauer des Jugendstrafverfahrens mit der so genannten Vorbewährung steht tendenziell im Widerspruch zu dem Beschleunigungsgebot.

Umgekehrt schließlich fällt die Bewertung der Erhöhung der Höchststrafe bei Heranwachsenden in Fällen von Mord wegen schwerer Schuld aus. Die Untersuchung von *Holger Schulz*,<sup>4</sup> der über einen Zeitraum von zehn Jahren alle Höchststrafenurteile mit bislang zehn Jahren Jugendstrafe analysiert hat, hat insoweit keinen Bedarf erkennen lassen. Vielmehr werden die meisten Jugendstrafen mit der bisherigen Höchstdauer von zehn Jahren vorzeitig zur Bewährung ausgesetzt. Bislang war auch weitgehend Konsens, dass mit Ablauf von etwa fünf Jahren Jugendstrafe die negativen Folgen des Freiheitsentzuges zunehmen und die positiven Einwirkungsmöglichkeiten i.S.v. Resozialisierung überdecken.<sup>5</sup> Auch wenn die Justizpraxis in Zukunft aller Voraussicht nach sehr selten von dieser Möglichkeit der Höchststrafe von bis zu 15 Jahren Gebrauch machen wird, so kann diese Ausweitung wie auch die Einführung der Sicherungsverwahrung doch Auswirkungen auf das Sanktionsverhalten der Jugendstrafjustiz im Allgemeinen haben. Die Begrenzung der Sanktionen im Hinblick auf die Dauer des Freiheitsentzuges wird tendenziell aufgehoben, so dass insgesamt eine Anhebung des Strafnieveaus zu befürchten ist.

<sup>1</sup> BGBl. I 2012, S. 1854.

<sup>2</sup> Zum Streitstand s. aus der neuen Literatur: *Breymann/Sonnen*, NStZ 2005, 669; *Dünkel/Flügge/Lösch/Pörksen*, ZRP 2010, 175; *Findeisen*, Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 2007, 25; *Kreuzer*, ZRP 2012, 101; *Kühn*, ZIS 2010, 257; *Müller-Piepenkötter/Kubink*, ZRP 2008, 176; *Radtke*, ZStW 121 (2009), 416; *Verrel/Käufel*, NStZ 2008, 177; *Vietze*, Der Einstiegsarrest – eine zeitgemäße Sanktion?, 2004, passim; *Werner-Eschenbach*, Jugendstrafrecht, Ein Experimentierfeld für neue Rechtsinstitute, 2005, passim; *Werwigg-Hertneck/Rebmann*, ZRP 2003, 225.

<sup>3</sup> Krit.-abl. zum alten Rechtszustand *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2009, § 57 Rn. 6; s. umfassend *Sommerfeld*, „Vorbewährung“ nach § 57 JGG in Dogmatik und Praxis, 2007, passim.

<sup>4</sup> *Schulz*, Die Höchststrafe im Jugendstrafrecht (10 Jahre) – eine Analyse der Urteile von 1987-1996, 2000, S. 218 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2012, § 18 Rn. 10.

## II. Anwendungsbereich

Da der sog. Warnschussarrest ein Zuchtmittel darstellt, gelten zunächst hinsichtlich der formalen Anwendungsmöglichkeiten die Anforderungen gem. § 13 Abs. 1 JGG. In der Sache kommt der sog. Warnschussarrest in drei Verfahrenssituationen in Betracht:

- bei der Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 21 JGG (§ 16a i.V.m. § 8 Abs. 2 S. 2 JGG),
- bei der Bewährung vor der Jugendstrafe gem. § 27 JGG (§ 16a Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 2 S. 2 JGG),
- bei der vorbehaltenen Aussetzung der Jugendstrafe gem. § 61 JGG (§ 61 Abs. 3 i.V.m. §§ 16a, 8 Abs. 2 S. 2 JGG).

Zu beachten ist, dass die Regelung des Warnschussarrestes gem. Art. 2 des Gesetzes zur Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten erst sechs Monate nach Verkündung in Kraft tritt, d.h. am 7.3.2013.

## III. Anwendungsvoraussetzungen

Der Gesetzgeber hat als Anwendungsvoraussetzung drei Fallgruppen formuliert. Nach der Gesetzesbegründung sollen „aus Gründen der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit und Berechenbarkeit der Sanktion“<sup>6</sup> die konkreten Voraussetzungen des sog. Warnschussarrestes festgelegt werden. Tatsächlich finden sich hier eher vage und im Hinblick auf Notwendigkeit und Geeignetheit fragwürdige Zielvorgaben.

### 1. Unrechts- und Folgenverdeutlichung (§ 16a Abs. 1 Nr. 1 JGG)

Hiermit soll dem Eindruck, dass die Bewährungsstrafe gem. § 21 JGG sowie insbesondere auch die Entscheidung gem. § 27 JGG keine wirklichen Strafen seien und als „Freispruch zweiter Klasse“ von dem Verurteilten aufgefasst werden können, entgegengewirkt werden. Weiterhin soll nach der Gesetzesbegründung einem möglichen Unverständnis begegnet werden, wenn bei Tatbeteiligung mehrerer der Haupttäter zu einer Bewährungsstrafe verurteilt wird, Angeklagte wegen eines geringeren Vorwurfs einen Jugendarrest erhalten. Allerdings wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass gem. dem neuen § 70a Abs. 1 JGG eine Belehrung des Jugendlichen über die Bedeutung vom Gericht angeordneter Rechtsfolgen entsprechend seinem Entwicklungs- und Bildungsstand eingefordert wird. In der Tat sollte es möglich sein, den Verurteilten die Bedeutung der Sanktion und den „Ernst der Lage“ mit Unterstützung der Staatsanwaltschaft auch ohne eine Arrestanordnung zu vermitteln, spätestens wird dies durch den Bewährungshelfer erfolgen. Erst recht erscheint eine Unrechts- und Folgenverdeutlichung überflüssig, wenn gem. § 61 JGG die Strafaussetzung zur Bewährung nur vorbehalten wird. Hier steht dem Verurteilten die Jugendstrafe unmittelbar vor Augen. Gem. § 70a Abs. 2 JGG sind auch Mitangeklagte, die nur zu Erziehungsmaßnahmen oder

<sup>6</sup> BT-Drs. 17/9389, S. 19 (zu Art. 1 Nr. 2).

Zuchtmitteln verurteilt werden, über die Bedeutung der Aussetzung einer Jugendstrafe zur Bewährung sowie über die Bedeutung einer „Vorbewährung“ zu informieren.

Gemäß § 16a Abs. 2 JGG ist der Jugendarrest nach Abs. 1 Nr. 1 zudem „in der Regel nicht geboten“, wenn der Verurteilte bereits früher Jugendarrest als Dauerarrest verbüßt hat oder sich nicht nur kurzfristig in der U-Haft befunden hat. „Kurzfristig“ ist hier eng auszulegen, da auch eine U-Haft von nur wenigen Tagen einen intensiven Eingriff in Freiheit und Lebensgestaltung darstellt, häufig verbunden mit einem Schockerlebnis.<sup>7</sup>

### 2. Herausnahme aus einem schädlichen Umfeld und Vorbereitung auf die Bewährung

Die erste Vorgabe, Jugendliche zunächst für eine begrenzte Zeit aus ihrem Lebensumfeld mit schädlichen Einflüssen herauszunehmen, erscheint in Hinblick auf die maximale Dauer von vier Wochen unrealistisch. Schädliche Einflüsse durch Einzelpersonen und aus Cliquen werden nicht allein durch einen Arrestvollzug unterbunden, insoweit ist eine persönliche Ansprache und intensive Auseinandersetzung mit dem Jugendlichen erforderlich, was insbesondere eine Aufgabe des Bewährungshelfers darstellt. Notfalls kommt auch eine Heimunterbringung gem. § 12 Nr. 2 JGG in Betracht.<sup>8</sup> Die vorübergehende Unterbrechung persönlicher Beziehungen durch den Arrestvollzug kann sogar nach Beendigung zu einer Intensivierung dieser Beziehungen führen.

Auch die zweite kumulative Zielsetzung „Vorbereitung auf die Bewährungszeit“ geht an der Realität vorbei. Die Mitarbeiter im Arrestvollzug sind auf die Ausgestaltung der Arrestzeit konzentriert. Ein Bewährungshelfer wird in der Regel in Freiheit besser den Probanden zur Mitarbeit motivieren können als in dem aufgezwungenen Arrestvollzug. Diese Ansprache durch den Bewährungshelfer kann und sollte umgehend nach Rechtskraft des Urteils erfolgen. Die Arrestvollstreckung erfolgt dagegen Wochen, Monate später.<sup>9</sup> Eine Vorbereitung auf die Bewährungszeit durch den Vollzug eines sog. Warnschussarrestes kommt somit regelmäßig zu spät.

### 3. Nutzung des Erziehungspotentials im Arrestvollzug

Ein Arrestvollzug in Form eines stationären sozialen Trainingskurses kann positive erzieherische Wirkungen erzielen. Allerdings begründen die Rückfallquoten von ca. 70 % eher pessimistische Annahmen.<sup>10</sup> Das Hauptproblem ist, wie die erzieherischen Anstöße im Vollzug auf Dauer gestellt werden können. Dazu wäre eine Nachbetreuung aus der Arrestanstalt notwendig, insbesondere wenn sich eine persönliche Beziehung zwischen Arrestanten und einzelnen Betreuern aufgebaut hat. Dies geschieht aber in der Praxis, weil entsprechende Konzepte und das erforderliche Personal fehlen, nur äußerst selten. Der Einsatz des sog. Warnschussarrestes bei sog. Inten-

sivtätern – so die Gesetzesbegründung – erscheint wenig erfolgversprechend: Die Abkehr von einer über Jahre geprägten Kriminalitätsanfälligkeit bzw. Kriminalitätsbereitschaft verlangt eine längere Intensivbetreuung.

### 4. Gebotensein

Die Voraussetzungen für die Anordnung des sog. Warnschussarrestes können somit im Hinblick auf Notwendigkeit und Geeignetheit dieser Sanktion entsprechend den Zielvorgaben gem. § 16a Abs. 1 Nrn. 1-3 JGG *nur ausnahmsweise* bejaht werden. Dementsprechend heißt es in der Stellungnahme des deutschen Richterbundes im Rahmen der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 23.5.2012: „Echter Bedarf für den Jugendarrest in der Bewährung, der ein gesetzgeberisches Handeln erforderlich macht, besteht hingegen nicht. Jedenfalls sind die in der politischen Diskussion für ihn angeführten Argumente wenig stichhaltig. Die mit ihm angestrebten Ziele sind angesichts des bisher Gesagten, vor allem angesichts der knappen Ausstattung mit Arrestplätzen und mit Personal in der Jugendgerichts- und Bewährungshilfe, nicht erreichbar“ (S. 8). Auch in der vorausgehenden kriminalpolitischen Diskussion hatten die Gegner eines sog. Warnschussarrestes ein deutliches Übergewicht.<sup>11</sup> Auch in der Gesetzesbegründung wird immer wieder auf die eingegengten Voraussetzungen sowie Alternativen zum sog. Warnschussarrest hingewiesen. Gesetzgeberisch wird dies mit der Anforderung zum Ausdruck gebracht, dass der sog. Warnschussarrest bei Vorliegen der Voraussetzungen gem. § 16a Abs. 1 Nr. 1-3 JGG jeweils „geboten“ sein muss. Es besteht insoweit *kein Ermessen*. Wenn auf den sog. Warnschussarrest durch eine adäquate Belehrung gem. § 70a JGG, durch Bewährungsweisungen und Bewährungsaufgaben oder durch den umgehenden Einsatz eines Bewährungshelfers verzichtet werden kann, so scheidet sein Einsatz aus.

Hierbei sind auch negative Folgen des sog. Warnschussarrestes zu beachten:

Der Warnschussarrest soll gem. § 87 Abs. 4 S. 2 JGG möglichst umgehend vollzogen werden. Die vernünftige Praxis, dass bei Schülern der Arrest in den Schulferien vollstreckt wird sowie bei Verurteilten, die in Ausbildung oder Arbeit stehen, die Urlaubszeit genutzt wird, kann unter dieser Vorgabe nur begrenzt fortgesetzt werden. Wird der sog. Warnschussarrest unabhängig hiervon vollstreckt, wird dies in vielen Fällen zu entsozialisierenden Wirkungen führen.

<sup>11</sup> S. gegen einen so genannten Warnschussarrest: *Eisenberg*, Bestrebungen zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes, 1984, S. 9 ff.; *Schumann*, ZRP 1984, 319; Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen, Zweite Jugendstrafrechtsreformkommission, 2002, S. 81 ff.; *Werner-Eschenbach* (Fn. 2), S. 68 ff.; *Verrel/Käufel*, NStZ 2008, 177; *Höynck* (Vorsitzende der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen) in ihrer Stellungnahme im Rahmen der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 23.5.2012. Für einen so genannten Warnschussarrest: *Werwigk-Hertneck/Repmann*, ZRP 2003, 225; *Vietze* (Fn. 2), passim; *Müller-Piepenkötter/Kubink*, ZRP 2008, 176.

<sup>7</sup> S. *Ostendorf*, Untersuchungshaft und Abschiebehaft, 2012, § 1 Rn 21.

<sup>8</sup> So auch die Gesetzesbegründung zu Art. 1 Abs. 1 Nr. 2.

<sup>9</sup> S. *Ostendorf* (Fn. 5), Grundlagen zu §§ 13-19 Rn. 9.

<sup>10</sup> S. *Ostendorf* (Fn. 5), Grundlagen zu §§ 13-19 Rn. 9.

Der Arrestvollzug unterscheidet sich von dem Vollzug einer Jugendstrafe gem. § 90 JGG erheblich. Die Erfahrung des Arrestvollzuges könnte dazu verleiten, den deutlich eingriffsintensiveren Strafvollzug zu verkennen. Nach einer empirischen Untersuchung schreckt der Arrest nicht ab, vielmehr verliert der Freiheitsentzug seinen Schrecken.<sup>12</sup> Dies müsste zur Folge haben, dass – wiederum – ein Short-Sharp-Shock-Arrest eingerichtet wird. Dies ist aber vom Gesetzgeber nicht gewollt, auch wenn nach der Gesetzesbegründung (zu Art. 2) spezifische Vollzugskonzepte für die Arrestanten gem. § 16a JGG entwickelt werden sollen.<sup>13</sup> Auch wenn zu bezweifeln ist, dass tatsächlich in den Arrestvollzugsanstalten unterschiedliche Konzepte entwickelt werden, bleibt die Gefahr, dass der sog. Warnschussarrest „nach hinten losgeht“.

Schließlich könnte entgegen der gesetzlichen Zielsetzung gem. § 16a Nr. 2 und 3 JGG die eigentliche Sanktion der Bewährung mit ihren Weisungen und Auflagen an Gewicht verlieren, d.h. die Bereitschaft des Probanden, mit dem Bewährungshelfer zusammenzuarbeiten und den Weisungen und Auflagen Folge zu leisten. Aus der Sicht des Probanden könnte die Sanktionierung mit der Verbüßung des Jugendarrestes bereits ihr Ende gefunden haben. Statt einer Erhöhung der Motivationsbereitschaft ist eine Motivationsabnahme zu befürchten.<sup>14</sup>

#### IV. Gesetzliche Widersprüche und das Bestimmtheitsgebot gem. Art. 103 Abs. 2 GG

Über diese Einwände aus Gründen fehlender Notwendigkeit und Geeignetheit hinaus zeigen sich gesetzliche Widersprüche.

##### 1. Durchbrechung des Subsidiaritätsprinzips

Zuchtmittel sind subsidiär gegenüber einer Jugendstrafe (§ 13 Abs. 1 JGG). Mit der gleichzeitigen Anordnung von Arrest gem. § 16a JGG als Zuchtmittel und Jugendstrafe wird dieses Prinzip durchbrochen.<sup>15</sup>

##### 2. Abkehr von den Anordnungsvoraussetzungen einer Jugendstrafe gem. § 17 Abs. 2 JGG

Gem. § 17 Abs. 2 JGG kann Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen verhängt werden, wenn Erziehungsmaßregeln und Zuchtmittel nicht ausreichen. Mit dem sog. Warnschussarrest wird gleichzeitig eine Jugendstrafe verhängt, obwohl die Auswirkungen dieses Arrestes auf das Legalverhalten i.S.v. § 2 Abs. 1 JGG noch nicht feststehen und noch nicht beurteilt werden können.

##### 3. Abkehr von der Bewährungsprognose gem. § 21 JGG

Gem. § 21 Abs. 1 und Abs. 2 JGG ist eine positive Legalprognose erforderlich.<sup>16</sup> Tendenziell steht hierzu im Wider-

spruch, dass trotz dieser Legalprognose ein kurzzeitiger Freiheitsentzug als geboten angeordnet wird. Zwar sollen gem. § 21 Abs. 1 S. 2 JGG die Wirkungen des sog. Warnschussarrestes zu einer positiven Legalprognose führen können. Die Wirkungen, die von der Aussetzung zu erwarten sind (§ 21 Abs. 1 S. 3 JGG), werden aber nicht abgewartet. Bei der vorbehaltenen Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 61 JGG wird die noch offene Bewährungsentscheidung tendenziell konterkariert. Faktisch bedeutet nämlich der Warnschussarrest eine „sanfte Anvollstreckung“ der Jugendstrafe.<sup>17</sup> Dementsprechend wird der verbüßte Warnschussarrest gem. § 26 Abs. 3 S. 3 JGG auf die Jugendstrafe angerechnet.

##### 4. Widersprüche zu den Zweifeln an der Notwendigkeit einer Jugendstrafe gem. § 27 JGG

Gem. § 27 JGG kann die Entscheidung über die Verhängung einer Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen zur Bewährung ausgesetzt werden, wenn Zweifel bei dem Gericht bestehen, ob diese schädlichen Neigungen in einem Umfang vorliegen, dass eine Jugendstrafe erforderlich ist. Hier ist also über einen Freiheitsentzug in Form der Jugendstrafe – mit oder ohne Bewährung – noch nicht entschieden. Trotzdem wird kurzzeitiger Freiheitsentzug in Form des Arrestes angeordnet. Ein – kurzzeitiger – Freiheitsentzug widerspricht der Entscheidung, in der die Notwendigkeit eines Freiheitsentzuges offen gehalten wird.

Dieser Widerspruch war für das Bundesverfassungsgericht Grund, die Kopplung der § 27-Entscheidung mit Jugendarrest nach altem Recht für verfassungswidrig zu erklären: „Die Anwendungsbereiche von Jugendarrest und Jugendstrafe schließen einander mithin aus.“<sup>18</sup> Fraglich ist, ob die angeführten Widersprüche dazu führen, die Voraussetzung für eine Sanktionierung gem. § 16a JGG als zu unbestimmt i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG einzustufen.<sup>19</sup> Das Bestimmtheitsprinzip gilt auch für die Strafandrohung. Tendenziell wird für die Straftätergruppe, für die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen oder auch wegen Schwere der Schuld vorgesehen und reserviert ist, eine Sanktion angeboten, die für eine Tätergruppe ohne schädliche Neigungen und ohne Schwere der Schuld vorgesehen und reserviert ist. Damit wird die vom sog. Warnschussarrest angesprochene Tätergruppe diffus. Zwar ist es dem Gesetzgeber erlaubt, auch systemwidrige Gesetze zu verabschieden, die Bestimmtheit der Sanktion muss aber trotz Systemwidrigkeiten gewährleistet bleiben. Bei den überwiegend unrealistischen Zielsetzungen des § 16a Abs. 1 Nrn. 1-3

<sup>12</sup> Schumann, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt 1986, 367.

<sup>13</sup> Dagegen Scherrer in der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 23.5.2012, S. 4.

<sup>14</sup> Ebenso Kreuzer, ZRP 2012, 101 (102).

<sup>15</sup> S. Ostendorf (Fn. 5), § 13 Rn. 3.

<sup>16</sup> S. Ostendorf (Fn. 5), § 21 Rn. 5.

<sup>17</sup> Zur Forderung, eine unbedingte (!) Jugendstrafe zunächst zu einem Viertel zu vollstrecken und den Rest zur Bewährung aussetzen vgl. Beulke, in: Michaels/Altmeppen (Hrsg.), Liber Amicorum, Klaus Schurig zum 70. Geburtstag, 2012, S. 17 (S. 31), der diesen Vorschlag aber nicht mit einem Warnschussarrest gleichgestellt wissen will.

<sup>18</sup> BVerfG Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 2005, 73 (74).

<sup>19</sup> Verfassungsrechtliche Bedenken insoweit Radtke, ZStW 121 (2009), 436; eindeutig i.S.e. „Verletzung des Schuldgrundsatzes und des Bestimmtheitsgrundsatzes“ Dünkel/Flügge/Lösch/Pörksen, ZRP 2010, 177.

JGG und den Widersprüchlichkeiten wird der Verurteilte hinsichtlich des sog. Warnschussarrestes der jeweiligen kriminalpolitischen Einstellung der Jugendrichter ausgeliefert. Es bestehen somit erhebliche Zweifel an der Verfassungskonformität dieser Sanktion.