

Grundstudium StrR

Richter Dr. Thomas Exner

Minderjährige im StGB

Richter Dr. Thomas Exner: Der Autor ist beim LG Koblenz tätig.

In der Strafrechtsausbildung spielen Minderjährige regelmäßig eine untergeordnete Rolle. Die Bestimmungen des StGB scheinen für sie auf den ersten Blick wenig Relevanz zu haben, da Minderjährige entweder nicht die notwendige Schuldfähigkeit aufweisen (§ 19 StGB) oder aber ausschließlich dem speziellen Jugendstrafrecht unterfallen (§§ 1 II, 3 JGG). Der genauere Blick zeigt indes, dass Konstellationen mit Minderjährigenbezug im StGB nicht zu vernachlässigen sind.

I. Einführung

Gemäß § 19 StGB fehlt es Minderjährigen, die das 13. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, habituell an der Schuldfähigkeit. Angesichts des rechtsstaatlichen Schuldprinzips, Strafe nur denjenigen Personen aufzuerlegen, die für ihr Verhalten auch persönlich verantwortlich sind – »Strafe setzt Schuld voraus«¹ – scheiden Minderjährige unter 14 Jahren darum als Täter einer Straftat von vornherein aus. Minderjährige im Alter ab dem 14. bis zur Vollendung des 17. Lebensjahres können hingegen die Tatbestände des StGB zwar schuldhaft verwirklichen, allerdings sieht das JGG für solcherlei Deliktsverwicklungen eigenständige Sanktionsfolgen vor, §§ 10 StGB, 1 I, 2 II sowie 5 ff. JGG (sog. Jugendstraftaten). Folglich ist das StGB zumindest hinsichtlich der Sanktionsfolgen auch für diese Altersgruppe nicht einschlägig.

In dem derart auf Erwachsene ausgerichteten StGB gewinnen Minderjährige² damit im Ergebnis allein als *Tatopfer* oder als *Mitwirkende an der Tatbegehung Dritter* eine Bedeutung. Hieraus ergeben sich im Einzelnen zwei Fragekreise: Zum einen, inwiefern Minderjährige als Tatopfer der Verletzung ihrer Rechtsgüter zustimmen sowie auf die anschließende Strafverfolgung Einfluss nehmen können

(dazu unter II.) und zum anderen, welche Auswirkungen es auf die Strafbarkeit eines erwachsenen Dritten hat, wenn an »dessen Straftat« ein Minderjähriger mitgewirkt hat (dazu unter III.).

II. Minderjährige als Tatopfer

1. Einverständnis und Einwilligung

Gegen den Willen seines Trägers findet ein strafrechtlicher Schutz von Rechtsgütern niemals statt – das gebietet das Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 I GG). Im Umkehrschluss geschieht daher demjenigen Rechtsgutsträger kein Unrecht, der dem Eingriff eines anderen in seine Sphäre zuvor zugestimmt hat. Die jeweilige Struktur der betroffenen Straftatbestände gebietet in diesem Rahmen, zwischen zwei Formen jener Opferzustimmung zu differenzieren: Setzt der fragliche Straftatbestand zu seiner Verwirklichung ein Täterhandeln gegen bzw. ohne Willen des Opfers voraus, so wirkt die Zustimmung eben jenes Opfers als sog. *Einverständnis* tatbestandsausschließend; in allen übrigen Fällen hingegen kommt der Zustimmung als sog. *Einwilligung* allein rechtfertigende Wirkung zu³.

Die Besonderheiten der Minderjährigkeit zwingen nun dazu, je nach Form der Zustimmung unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen zu beachten.

a) Einverständnis

Greift der Täter in das Rechtsgut eines Minderjährigen ein, welches vom StGB nur bei einem Handeln gegen oder ohne den Willen des Verletzten geschützt wird (wie z. B. der Gewahrsam bei § 242 StGB), dann schließt das Einverständnis des verletzten Minderjährigen die Strafbarkeit des Täters aus jenem Tatbestand ohne Weiteres aus⁴. Schon der *natürliche Wille* des Minderjährigen, als Rechtsgutsträger sein Gut aufopfern zu wollen, führt zur Straflosigkeit

¹ Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele StGB, 28. Aufl. 2010, Vorb. zu §§ 13 ff. Rdn. 103/104 m. w. N.

² Gleiches bei »Heranwachsenden« – Volljährige vor Vollendung des 21. Lebensjahres (§ 1 II Hs. 2 JGG) – bei Vorliegen von Reifeverzögerungen i. S. d. § 105 I JGG.

³ Überblick bei Rönnau JuS 2007, 18 (18 ff.).

⁴ Vgl. BGHSt 8, 273 (276) = NJW 1956, 232 (nicht abgedr.); Miebach/Sander/Schmitz Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 2003, § 242 Rdn. 75.

des Übergriffs, da aufgrund des zustimmenden Einverständnisses ein vom Tatbestand vorausgesetztes Täterhandeln gegen den Willen des Rechtsgutsinhabers nicht vorliegt.

Entsprechend braucht das Einverständnis weder ausdrücklich geäußert zu werden noch muss dessen Zustandekommen besondere Qualitätsmerkmale aufweisen. Selbst der Umstand, dass die Zustimmung des Opfers durch Herbeiführung oder Ausnutzung eines Irrtums erlangt worden ist, steht der Wirksamkeit eines einmal erteilten Einverständnisses grundsätzlich nicht im Wege; anders verhält sich dies ausschließlich dort, wo die spezifische Schutzrichtung des fraglichen Tatbestandes entgegensteht⁵, wie etwa beim Betrugstatbestand, der gerade das täuschende Ausnutzen irrumsbedingter Vermögensschädigungen unter Strafe stellt. Dennoch bedarf es zur Wirksamkeit der Einwilligung im Allgemeinen gleichwohl keines besonderen Maßes an Einsichtsfähigkeit. Die tatsächliche Zustimmung eines Minderjährigen begründet mithin zugleich ein wirksames Einverständnis.

b) Einwilligung

Bei Tatbeständen, die ein Täterhandeln gegen bzw. ohne Willen des Opfers voraussetzen, reicht die natürlich-faktische Zustimmung des Rechtsgutsträgers nicht mehr aus, um die Verletzungshandlung dem Strafunrecht zu entziehen. Die Zustimmung des Betroffenen vermag das vom Täter zunächst verwirklichte tatbestandliche Unrecht vielmehr erst dann zu rechtfertigen, wenn sie zugleich als wahrhaft freier Ausdruck des *Selbstbestimmungsrechts* angesehen werden kann. Entsprechend ist die Wirksamkeit der Einwilligung an mehrere kumulative Voraussetzungen geknüpft: Erstens muss der Betroffene seine Zustimmung *ausdrücklich* und *vor* der Tat erklärt haben, so dass das Einwirken des Täters als Nachvollzug des Opferwillens gelten kann; zweitens muss die Zustimmung sich auf ein *disponibles Rechtsgut* des Betroffenen beziehen, weil der Betroffene allein dort selbst zu bestimmen berechtigt ist und drittens muss die Zustimmung freiwillig sowie mit der notwendigen *Einsichtsfähigkeit*, also tatsächlich selbst bestimmt, erklärt worden sein⁶.

⁵ Allg. Ebert Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 87 f.; Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 32 ff. Rdn. 32; spez. bei § 266: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Kindhäuser StGB, 3. Aufl. 2010, § 266 Rdn. 66 f.

⁶ Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 1), Vorbem. zu §§ 32 ff. Rdn. 35 ff.; instruktiv zur Freiwilligkeit: Amelung NStZ 2006, 317 (317 ff.).

Der zuletzt genannte Aspekt der Einsichtsfähigkeit ist bei minderjährigen Tatopfern von zentraler Bedeutung. Wirksam wird die Einwilligung eines Minderjährigen nur dort sein können, wo dieser nach seiner geistigen und sittlichen Reife überhaupt in der Lage ist, die Tragweite und Bedeutung des Eingriffs, in welchen er seine Einwilligung erklärt, zu erkennen und sachgerecht zu beurteilen. Fehlt ihm diese Reife, bleibt seine Zustimmung unbeachtlich und die Verletzungshandlung des Täters rechtswidrig. Bei dieser Ermittlung der Einsichtsfähigkeit ist vor allem auf die Art des betroffenen Rechtsgutes abzustellen, während feste Altersgrenzen nicht gezogen werden können⁷. Dies sei an einigen Beispielen im Folgenden verdeutlicht:

aa) Am häufigsten löst der Bereich *ärztlicher Heileingriffe* Fragen nach der Wirksamkeit der Einwilligung eines Minderjährigen aus. Denn der Heileingriff erfüllt nach vorherrschender Ansicht den Tatbestand der Körperverletzung⁸ und muss darum durch eine vom Minderjährigen wirksam erklärte Zustimmung im Einzelfall gerechtfertigt werden, um den Arzt straflos stellen zu können⁹.

Als *Leitfaden* zur Ermittlung der Einsichtsfähigkeit hat sich in der Literatur herauskristallisiert, Minderjährigen bis zum vollendeten 13. Lebensjahr in aller Regel noch nicht die erforderliche Einsichtsfähigkeit zuzuerkennen, sofern der fragliche Eingriff nicht dem Bagatellbereich angehört¹⁰. Auf den anschließenden Altersstufen bis zur Volljährigkeit ist neben dem Altersindiz vor allem die Art der konkreten Behandlung ausschlaggebend: Umso folgenschwerer, riskanter und weniger dringlich der Heileingriff und umso jünger der Minderjährige ist, desto eher wird eine vom Minderjährigen erteilte Einwilligung unwirksam sein¹¹.

Den spezifischen Anforderungen an die Wirksamkeit der Einwilligung eines Minderjährigen trägt die Rechtsprechung nicht immer vollständig Rechnung, wie namentlich bei der Einwilligung in den *Abbruch der Schwangerschaft* (§ 218 I StGB). Das dort neben weiteren Bedingungen zur Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs führende »Verlangen« gemäß § 218 a I StGB entspricht strukturell der Einwilligung¹². Gleichwohl bedarf nach Ansicht des *OLG Hamm* die Minderjährige zur Wirksamkeit ihrer Ein-

⁷ BGHSt 12, 379 (382 f.); *Rönnau* JuS 2007, 18 (19); s. auch *Kühl* Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 9 Rdn. 33.

⁸ St. Rspr.: RGSt 25, 375 (377 ff., 380); BGHSt 11, 111 (112); 43, 306 (308) – umstr. (s. *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl. 2011, § 223 Rdn. 8).

⁹ In Fällen dringender ärztlicher Hilfe kann auch § 34 StGB den Heileingriff rechtfertigen: *Miebach/Sander/Joeks* (Fn. 4), § 223 Rdn. 59.

¹⁰ *Spickhoff/Knauer/Brose* Medizinrecht, 2011, § 223 StGB Rdn. 49 m. w. N.

¹¹ *Ulsenheimer* Arztstrafrecht, 4. Aufl. 2008, Rdn. 109 d.

¹² *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 218 a Rdn. 4.

willigung in jedem Fall der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters¹³. Das Selbstbestimmungsrecht der Minderjährigen trete bei diesem Eingriff stets hinter das elterliche Personensorgerecht gemäß § 1626 I BGB zurück. Jenes Zurücktreten werde letztlich durch das rechtsgeschäftliche Volljährigkeitsalter bestätigt, das die Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit Minderjähriger durch die Eltern unterstreiche. Anlass für ein derartiges Abgehen von den o. g. Voraussetzungen an die Einwilligung Minderjähriger besteht indes nicht. Da die Einwilligung gerade kein Rechtsgeschäft ist¹⁴, müssen Aspekte der rechtsgeschäftlichen Volljährigkeit für die Feststellung der individuellen Reife einer Minderjährigen im konkreten Einzelfall unbeachtet bleiben. Dogmatisch ebenso wenig zu begründen ist die Einschränkung, wonach die Wirksamkeit der Einwilligung Minderjähriger in jedem Fall von der Mitwirkung/Zustimmung der Eltern abhängig gemacht wird¹⁵. Vielmehr kommt es stets, wie auch im Fall des Schwangerschaftsabbruchs, ausschließlich darauf an, ob der Minderjährige nach seinem Reifegrad in der Lage ist, die Bedeutung des Eingriffs sowie dessen Tragweite zu erkennen; eine (weitere) Zustimmung der Erziehungsberechtigten bedarf es dazu nicht¹⁶.

Folglich gilt auch nichts anderes, wenn Minderjährige in die Vornahme eines *HIV-Antikörpertests* einwilligen. Die zu diesem Test erforderliche Blutentnahme erfolgt unter Einsatz von medizinischen Werkzeugen via Venenpunktion und somit unter Verwirklichung des Tatbestands der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB¹⁷. Darum ist unter Rückgriff auf die o. g. Kriterien nach der Wirksamkeit der Einwilligung des Minderjährigen zu fragen. Gegen die Wirksamkeit scheint zu sprechen, dass der Eingriff aufschiebbar ist und darum zuvor ohne Nachteile die Zustimmung der Erziehungsberechtigten eingeholt werden könnte. Diese Sicht vernachlässigte allerdings, den Leitfaden-Charakter der o. g. Kriterien, wonach die Aufschiebbarkeit des Eingriffs lediglich ein (grobes) Indiz zur Ermittlung der Einwilligungsreife ist. Vermag der Minderjährige nun aber das Für und Wider eines an sich aufschiebbaren Eingriffs geistig und sittlich hinreichend abzuwägen, verfügt er über die erforderliche Ein-

sichtsfähigkeit, welche seine Einwilligung unumwunden wirksam werden lässt¹⁸.

bb) Doch auch wenn dem Minderjährigen die erforderliche Einsichtsfähigkeit fehlt, verliert er nicht automatisch die Möglichkeit, in die Verletzung seiner Rechtsgüter rechtfertigend einzuwilligen. Allein hier sind es die Sorgeberechtigten, welche die Interessenswahrnehmung an Stelle des Minderjährigen treuhänderisch ausüben¹⁹. Für die Einwilligung in Rechtsguteingriffe zu Lasten des Minderjährigen sind nunmehr sie zuständig. Da die Sorgeberechtigten auf diese Weise über fremde Rechtsgüter zu disponieren befugt sind, auferlegt ihnen das Recht, die Erteilung der Einwilligung am *Wohl ihres Kindes* auszurichten, § 1627 I BGB. Schließlich gibt das Personensorgerecht den Sorgeberechtigten »nicht die Befugnis, unvernünftige Entschlüsse zum Nachteil ihrer Kinder zu treffen«²⁰. Die Wirksamkeit einer Einwilligung der Sorgeberechtigten in Eingriffe zu Lasten ihrer Kinder ist somit nicht nur an die obigen Voraussetzungen, sondern überdies an das genannte Kinderwohlerfordernis geknüpft – dieses gilt zugleich in zweierlei Richtung, da auch eine etwaige Verweigerung der Einwilligung am Kinderwohl zu messen ist.

Im genannten Beispiel ärztlicher Heileingriffe steht und fällt das Kindeswohlerfordernis darum mit der *medizinischen Vernünftigkeit* des Eingriffs. Verweigern die Sorgeberechtigten etwa die Einwilligung in eine medizinisch notwendige Maßnahme, wie einer lebensrettenden Bluttransfusion, so ist ihre Erklärung als kindeswohlunverträglich unwirksam²¹. Demgegenüber verlangt die medizinische Vernünftigkeit und über sie das Kindeswohl im umgekehrten Fall der Zustimmungserteilung nicht zwingend eine Unentbehrlichkeit der ärztlichen Maßnahme. Auch Eingriffe, die zur Erhaltung der Interessen des Minderjährigen nicht zwingend erforderlich sind, können von ausreichendem medizinischen Sinn sein – bspw. die dringend benötigte Blutspende durch das Kind an ein Verkehrsunfallopfer²².

Weitere Anhaltspunkte für die Ermittlung der Kindeswohlverträglichkeit einer Einwilligung geben die *zivilrechtlichen Grundstrukturen der Sorgerechtsausgestaltung*. Zu beachten sind insofern zum einen die Grenzen, welche

¹³ OLG Hamm NJW 1998, 3424 (3424 f.) auch zum nachfolgenden Arg.

¹⁴ BGH NJW 1998, 832 (832).

¹⁵ Exner Sozialadäquanz im Strafrecht, 2011, S. 36 f.; Roxin Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rdn. 92.

¹⁶ BGH NJW 1998, 832 (832 f.); Quaa/Zuck Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, § 13 Rdn. 36.

¹⁷ Vgl. Exner (Fn. 15), S. 32 ff.

¹⁸ Lesch NJW 1989, 2309 (2309 f.).

¹⁹ von Heintschel-Heinegg/Erb Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 2003, § 34 Rdn. 34. Das gemeins. Sorgerecht verlangt eine gemeins. Entsch.; in Notfällen darf ein Elternteil allein entsch., § 1629 I 4 BGB (Spickhoff/Knauer/Brose [Fn. 10], § 223 StGB Rdn. 50).

²⁰ LG Frankenthal MedR 2005, 243 (244).

²¹ OLG Hamm NJW 1968, 213 (214); Bender MedR 1999, 260 (265) – das FamG entscheidet sodann, §§ 1666, 1909 BGB u. bei Dringlichkeit lebt § 34 StGB auf (von Heintschel-Heinegg/Erb [Fn. 19], § 34 Rdn. 34).

²² Lenckner ZStW 72 (1960), 446 (460 f.).

die §§ 1631 ff. BGB der Ausübung des Sorgerechts ziehen. Hiernach haben die Sorgeberechtigten z. B. zu einer ärztlichen Behandlung, die in ihrem Verlauf die längerfristige mechanische oder medikamentöse Fixierung ihres minderjährigen Kindes bei gleichzeitiger stationärer Unterbringung erfordert, für ihre Einwilligung in die damit verwirklichte Freiheitsberaubung (§ 239 I StGB) gem. § 1631 b S. 1 BGB stets die Genehmigung des Familiengerichts einzuholen²³. Zum anderen gebietet § 1626 II BGB den Sorgeberechtigten, der beständig wachsenden Selbstbestimmungsfähigkeit ihres minderjährigen Kindes angemessen Rechnung zu tragen. Vermag der Minderjährige also die Bedeutung und Tragweite des fraglichen Eingriffs bereits teilweise abzuschätzen, so kommt ihm insoweit ein mit-sprachebedingtes *Vetorecht* gegenüber der Fremdbestimmung seiner Eltern zu²⁴. Konsequenterweise endet so zum Beispiel der elterliche Informationsanspruch an der vollständigen Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen in die Tragweite einer ärztlichen Schweigepflichtentbindung²⁵.

Besondere Beachtung erlangen zudem die im konkreten Einzelfall betroffenen Grundrechte. So sind z. B. bei der *rituellen Knabenbeschneidung* zur Konkretisierung der Kindeswohlverträglichkeit einer entsprechenden elterlichen Einwilligung das Recht auf religiöse Kindererziehung aus Art. 4 I, II i. V. m. Art. 6 II 1 GG mit dem Recht des Minderjährigen auf körperliche Unversehrtheit sowie Selbstbestimmung (Art. 2 II 1 Var. 1 GG; Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG) miteinander abzuwägen. Einer Strafbarkeit des hieraus abzuleitenden verfassungsrechtlich unzulässigen Eingriffs²⁶ steht insoweit ausschließlich im Wege, dass der Ritus zugleich Ausdruck einer sozial unauffälligen, allgemein gebilligten und geschichtlich üblichen Verhaltensweise ist mit der Folge, dass er jedenfalls materialiter unter Anwendung der Rechtsfigur der Sozialadäquanz nicht der ultima ratio strafrechtlicher Bestimmungen subsumiert werden kann²⁷.

²³ Müller MedR 2011, 339 (342).

²⁴ BGH NJW 2007, 217 (218).

²⁵ Bender MedR 1997, 7 (13 ff.).

²⁶ LG Köln NJW 2012, 2128 (2129); Jeroschek NSTz 2008, 313 (318 f.); Putzke FS Herzberg, 2008, S. 669 ff. (S. 705 ff.); Herzberg JZ 2009, 332 (336 ff.); a. A. Fateh-Moghadam RW 2010, 115 (135 ff.) u. Schwarz JZ 2008, 1125 (1126 ff.).

²⁷ Ausführlich: Exner, Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung, 2011, insbes. S. 111 ff., 168 ff. m. w. N. – krit. Bespr. bei Putzke MedR 2012, 229 (229 f.); s. auch Resolution des Deutschen Bundestages vom 19. 7. 2012, BT-Drucks. 17/10331; a. A. Putzke (Fn. 26), S. 669 ff. (S. 707).

2. Strafantragsberechtigung

Ohne wirksamen *Strafantrag* kann bei den sog. absoluten Antragsdelikten deren rechtswidrige und schuldhaftige Verwirklichung strafrechtlich nicht verfolgt werden, wie z. B. bei der Beleidigung gemäß § 194 I 1 StGB. Allein bei den sog. relativen Antragsdelikten kann durch Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung das Fehlen eines wirksamen Strafantrages überwunden werden (s. § 230 I StGB für die vorsätzliche einfache Körperverletzung).

Berechtigt, einen Strafantrag zu stellen, ist grundsätzlich nur der Verletzte persönlich bzw. bei seinem Tod bestimmte Angehörige, § 77 StGB. Fehlt dem Verletzten als Minderjährigen allerdings die volle Geschäftsfähigkeit, so können gem. § 77 III StGB dessen Sorgeberechtigte den Strafantrag stellen. Hieraus wird mitunter geschlossen, nicht voll geschäftsfähige Minderjährige selbst seien außer Stande, einen wirksamen Strafantrag zu stellen²⁸.

Mit dem oben bei der Einwilligungstheorie aufgezeigten Anliegen des Strafrechts, der wachsenden Einsichtsfähigkeit minderjähriger Tatopfer entsprechendes Gewicht zu verleihen, ist eine solche Sichtweise indes weder kompatibel noch ist sie vom Wortlaut des § 77 III StGB überhaupt vorgegeben. So spricht das »kann« in jener Vorschrift, gerade weil es ohne den Zusatz »nur« auskommt, für eine Erweiterung des Kreises der Antragsberechtigten; nicht aber dafür, dass die Sorgeberechtigten und nur diese im Falle unvollständiger Geschäftsfähigkeit ihres Kindes strafantragsberechtigt wären. Wie die Ausübung der elterlichen Sorge im Allgemeinen wird auch hier vielmehr das Maß an *Einsichtsfähigkeit*, über welches der Minderjährige bereits verfügt, ausschlaggebend sein. Wäre es doch wenig nachvollziehbar, wenn der Minderjährige zwar Eingriffe in seine Rechtsgüter durch eine wirksame Einwilligung rechtfertigen könnte, zugleich aber wegen fehlender vollständiger Geschäftsfähigkeit nicht über die Ahndung von Eingriffen in seine Rechtsgüter durch Stellung eines Strafantrags entscheiden könnte, obgleich er die Bedeutung und Tragweite der Antragsstellung zu erkennen in der Lage ist. Darum wird ein Minderjähriger mit der notwendigen Einsichtsfähigkeit ohne weiteres auch einen wirksamen Strafantrag stellen können²⁹. Dies gilt umso mehr, als im auf den Strafantrag folgenden Strafverfahren die Wirksamkeit von Prozesshandlungen Minderjähriger (sog.

²⁸ BGH NSTz 1981, 479 (479); Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Kargl (Fn. 5), § 77 Rdn. 39.

²⁹ Zutr. Schwarz/Sengbusch NSTz 2006, 673 ff. (678); Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch (Fn. 1), § 77 Rdn. 15; a. A. Fischer StGB, 59. Aufl. 2012, § 77 Rdn. 10.

Prozesshandlungsfähigkeit) ebenso wenig an deren Geschäftsfähigkeit, sondern an deren sittlicher und geistiger Reife entschieden wird³⁰.

Unabhängig von diesem Fragenkreis ist stets zu beachten, dass ein vom einem Minderjährigen gestellter Strafantrag, vergleichbar zum Zivilrecht (vgl. § 108 III BGB), zumindest dann wirksam wird, wenn der Minderjährige noch vor Ablauf der dreimonatigen Strafantragsfrist des § 77 b I StGB volljährig wird und an seinen zunächst für unwirksam erachtete Strafantrag (s. § 77 III StGB) nicht bloß festhält, sondern diesen in einer deutlich erkennbar zum Ausdruck kommenden Weise (nochmals) billigt³¹.

III. Minderjährige als Tatmitwirkende

Wie Eingangs dargelegt, scheiden Minderjährige wegen der Ausrichtung des StGB auf Erwachsene als Tatbeteiligte (d. h. als Täter oder Teilnehmer) einer Straftat von vornherein aus. Nichtsdestoweniger können sie mitwirken, wenn Erwachsene Straftaten verwirklichen und derart die Bestrafung von Erwachsenen beeinflussen. Sie es, dass sie von Erwachsenen gezielt zur Begehung von Straftaten eingesetzt werden (dazu unter 1.) oder aber indem sie gleichwertig mit Erwachsenen zusammen Straftatbestände verwirklichen (sodann unter 2.).

1. Minderjährige »Tatausführer«

Greift ein Erwachsener zur Verwirklichung von Straftaten auf einen Minderjährigen zurück, ist für ihn als Hintermann abzugrenzen, ob er durch den Einsatz des Minderjährigen mittelbarer Täter oder lediglich anstiftender Teilnehmer einer Straftat ist.

Die seit je her umstrittenen Ansichten zur Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme³² haben sich im Grunde angenähert: In der Rechtsprechung herrscht gegenwärtig eine gemischt subjektiv-objektive Formel vor, wonach Täter derjenige ist, der die Tat als eigene will, d. h. »animus auctoris« hat, und Teilnehmer, wer sie als fremde will und darum über »animus socii« verfügt. Anhaltspunkte für den jeweiligen Willen, Täter oder Teilnehmer sein zu wollen,

liefern dabei wertend-objektive Umstände, wie etwa der Umfang der Tatbeteiligung sowie die Nähe und (Mit-)Herrschaft über die Tatbestandsverwirklichung³³. Diesem letzten Moment entspricht die in der Literatur dominierende Tatherrschaftslehre³⁴, wonach Täter ist, wer das zur Tatverwirklichung führende Geschehen seinem Willen entsprechend in den Händen hält, und Teilnehmer, wem diese Macht, die Tatausführung nach seinen Vorstellungen planend zu steuern, fehlt.

a) Mittelbare Täterschaft

Als mittelbarer Täter »durch einen anderen« im Sinne des § 25 I Alt. 2 StGB handelt darum nach vorherrschender Meinung in aller Regel derjenige, der die vordergründig handelnde Person *aufgrund eines Defekts gleichsam als »Werkzeug«* nach seinem Willen steuernd einsetzen kann³⁵. Ein derartiger, dem Hintermann eine überlegene Stellung einräumender Defekt wird u. a. dort angenommen, wo dem »Vordermann« die zur Strafbarkeit erforderliche Schuldfähigkeit fehlt. Gleichwohl darf nicht aus dem Blick geraten, dass das in diesem Zusammenhang klassischerweise genannte Beispiel, wonach Minderjährige im Schuldunfähigkeitsalter grundsätzlich »Werkzeug« des Hintermanns seien³⁶, nur eine grobe Leitlinie bereitstellt. Durch seine fehlende Schuldfähigkeit muss der Minderjährige nicht notwendig »Werkzeug« des Hintermannes werden. So mag bspw. der 13 jährige Sohn einige Flaschen Bier gerade auf Veranlassung seines Vaters aus dem Supermarkt entwenden; doch ob er dabei vom seinem im Hintergrund agierenden Vater auch tatsächlich steuernd eingesetzt worden ist, hängt davon ab, ob er im konkreten Einzelfall wegen seines Alters tatsächlich unfähig ist, die Bedeutung seines Verhaltens zu erkennen. Verfügt er über die sittliche und geistige Reife, die Bedeutung und Auswirkung seines Handelns korrekt abzuschätzen, ist er nach dem Verantwortungsprinzip als derart »frei« anzusehen, dass er von einem Erwachsenen kaum mehr als »Werkzeug« eingesetzt werden könnte³⁷. Im genannten Beispiel wäre der Vater sodann mangels animus auctoris bzw. mangels Tatherrschaft kein

³⁰ BGH NStZ 1983, 280 (280); s. Meyer-Göfner StPO, 54. Aufl. 2011, Einl. Rdn. 97; Widmaier NStZ 1995, 361 (362).

³¹ BGH NJW 1994, 1165 (1165 f.); Lackner/Kühl (Fn. 8), § 77 Rdn. 6.

³² Hillenkamp 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 13. Aufl. (2010), 19. Problem (S. 114 ff.).

³³ BGHSt 35, 347 (351 ff.) = NJW 1989, 912 (913 f.) – »Katzenkönig«; vgl. BGH NStZ 1999, 451 (451); 2007, 338 (338 f.).

³⁴ Ausf. Roxin Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. 2000, S. 34 ff.; von Heintschel-Heinegg/Joicks (Fn. 19), § 25 Rdn. 9 ff.

³⁵ Ebert (Fn. 5), S. 194; Freund Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 10 Rdn. 76.

³⁶ Statt aller Kühl (Fn. 7), § 20 Rdn. 66.

³⁷ Ellbogen/Wichmann JuS 2007, 114 (116); vgl. Kindhäuser/Neumann/Paefgen/Schild (Fn. 5), § 25 Rdn. 112; Schaffstein NStZ 1989, 153 (156).

mittelbarer Täter, wenn auch der Sohn selbst mangels Schuldfähigkeit strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden kann.

Umgekehrt kann ein Minderjähriger, der das Strafmündigkeitsalter erreicht hat, trotz der damit bereits vorhandenen Schuldfähigkeit durchaus noch taugliches »Werkzeug« eines Hintermannes sein, sofern ihm nur die nötige Einsichtsfähigkeit in sein Tun fehlt³⁸. Eine solche Konstellation des »Täters-hinter-dem-Täter« ist seit der sog. Katzenkönig-Entscheidung³⁹ des BGH gemeinhin anerkannt: Die spezielle Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung ist nicht abschließend anhand des strafrechtlichen Verantwortungsprinzips vorzunehmen, wonach »Werkzeug« eines mittelbaren Täters allein eine strafrechtlich nicht vollverantwortliche Person sein könnte. Ergänzend hierzu sei zu beachten, dass dem Hintermann selbst dann eine beherrschend täterschaftliche Stellung zukomme, wenn er sich die Fehlvorstellungen des unmittelbar Ausführenden zur Tatausführung dienstbar macht⁴⁰. Gelingt es also dem erwachsenen Vater, seinen 17-jährigen Sohn, der aufgrund von Reifeverzögerungen noch nicht die nötige Unrechtseinsicht aufweist, zu ermuntern, Bierflaschen aus dem Supermarkt zu entwenden, macht der Vater aufgrund dieser beherrschenden Tatsteuerung sich gem. §§ 242 I, 25 I Alt. 2 StGB strafbar, obgleich der Sohn selbst gem. § 19 StGB habituell durchaus schuldfähig ist (s. aber § 3 JGG).

b) Anstiftung

In Ergänzung des obigen Beispiels, in welchem der 13-jährige schuldunfähige Sohn wegen seiner bereits vorhandenen Einsichtsfähigkeit nicht (mehr) als »Werkzeug« eingesetzt werden konnte, schied eine mittelbarer Täterschaft des Vaters aus. Im Anschluss hieran bleibt allerdings eine Strafbarkeit wegen *Anstiftung* zu prüfen.

Für eine Anstiftungsstrafbarkeit wird gemäß § 26 StGB eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat des »Vordermanns« vorausgesetzt, ohne dass es auf die Schuldfähigkeit des Angestifteten ankäme (sog. limitierte Akzessorität). Der schuldunfähige Minderjährige selbst mag darum für sein Verhalten straflos bleiben; der ihn zur Tatbegehung einsetzende Erwachsene macht sich aber sehr wohl als Anstifter strafbar, wenn er den Minderjährigen mit »doppeltem Anstiftervorsatz« zu dessen Verhalten bestimmt

hat, § 26 StGB. Der Vater des 13-jährigen Sohnes, welcher auf Veranlassung seines erwachsenen Vaters trotz der notwendigen Unrechtseinsichtsfähigkeit Bierflaschen aus dem Supermarkt entwendet, macht sich mithin auch ohne tatbeherrschenden Stellung zumindest als Anstifter zum Diebstahl gemäß §§ 242 I, 26 StGB strafbar.

2. Minderjährige als »Deliktpartner«

Selbst Minderjährige, die im konkreten Einzelfall mit hinreichender Einsichtsfähigkeit Unrecht begehen, sind mangels Schuldfähigkeit (§ 19 StGB) bzw. mangels Volljährigkeit (§ 1 JGG) niemals Adressat der Sanktionen des StGB. Macht sich ein Erwachsener den Tatbeitrag solch eines einsichtsfähigen Minderjährigen zunutze, fehlt ihm eine beherrschende Stellung über den Minderjährigen und eine mittelbare Täterschaft scheidet aus (s. oben). Allerdings macht dies den Erwachsenen nicht zwangsläufig zum bloß teilnehmenden Anstifter.

a) Mittäterschaft

Tatbeiträge, die ein Minderjähriger trotz seines jungen Alters mit der erforderlichen sittlichen und geistigen Reife einem Erwachsenen gleichberechtigt leistet, können letzterem u. U. im Rahmen der *Mittäterschaft* über § 25 II StGB zugerechnet werden.

Erforderlich für die mittäterschaftliche Zurechnung ist, dass der Erwachsene mit dem Minderjährigen gemeinschaftlich den Entschluss gefasst hat, eine bestimmte Tat durch gemeinsames, arbeitsteiliges Handeln zu begehen, und beide Beteiligte die Tatausführung wesentlich mitgestalten⁴¹. Wegen des der Mittäterschaft eigenen Zurechnungsprinzips⁴² entbehrlich ist hingegen, dass jeder der Beteiligten alle Tatbestandsmerkmale selbst verwirklicht. Auch ist nicht erforderlich, dass alle Beteiligten schuldhaft handeln. Vielmehr wird gem. § 29 StGB als Ausdruck des Gedankens der limitierten Akzessorität jeder Beteiligte ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner eigenen Schuld bestraft. Die Strafbarkeit des einen setzt insofern nicht die Schuldfähigkeit des jeweils anderen Mittäters voraus⁴³.

Darum kann bspw. ein Erwachsener, der arbeitsteilig mit seinem volleinsichtsfähigen 13-jährigen Sohn bei einem

³⁸ Vgl. Schönke/Schröder/Heine (Fn. 1), § 25 Rdn. 40.

³⁹ Fn. 31.

⁴⁰ BGHSt 40, 218 (232 ff.); von Heintschel-Heinegg/Joecks (Fn. 18), § 25 Rdn. 105 ff.; Kühl (Fn. 7), § 20 Rdn. 77 ff.

⁴¹ Statt aller: Lackner/Kühl (Fn. 8), § 25 Rdn. 10 f. m. w. N.

⁴² Schönke/Schröder/Heine (Fn. 1), § 25 Rdn. 61.

⁴³ Lackner/Kühl (Fn. 8), § 29 Rdn. 1.

Raub zusammengewirkt hat, der Strafbarkeit aus § 249 I StGB nicht entgegenhalten, er selbst habe die Bankangestellten zwar bedroht, »hafte« aber für die Geldwegnahme durch seinen minderjährigen Komplizen darum nicht, weil die Wegnahme mangels Schuldfähigkeit des Sohnes nicht strafbar sein könne und er sich die Geldwegnahme aufgrund der Einsichtsfähigkeit seines Sohnes auch nicht als mittelbarer Täter zurechnen lassen müssen. Denn so zutreffend es auch ist, den einsichtsfähigen Minderjährigen nicht als »Werkzeug« und damit den Erwachsenen nicht als mittelbaren Täter einzustufen, so muss sich der Erwachsene nichtsdestoweniger die Geldwegnahme vorhalten lassen, da er mit seinem Sohn einvernehmlich zusammengewirkt hat. Es liegt ein Fall der Mittäterschaft vor, bei welchem die Zurechnung der Wegnahme gemäß § 29 StGB von der Schuldunfähigkeit des 13-jährigen Sohnes unberührt bleibt. Im Ergebnis ist der Erwachsene darum nicht bloß wegen Nötigung, sondern aufgrund des Tatbeitrags des Minderjährigen wegen mittäterschaftlichen Raubes strafbar, §§ 249 I, 25 II StGB.

b) Bandenkriminalität

Außerhalb der Beteiligungslehre wirkt sich das Verhalten Minderjähriger für die Strafbarkeit von Erwachsenen zuletzt besonders im Bereich der *Bandenkriminalität* aus. Die bandenmäßige Begehung begründet gerade bei den Vermögensdelikten oftmals einen Qualifikationstatbestand (z. B. §§ 244 I Nr. 2, 250 I Nr. 2, 263 IV StGB). Im Gegensatz zu einer mittäterschaftlichen Deliktsverwirklichung reicht für die Bandenqualifikation dabei aus, dass sich mindestens drei Personen ausdrücklich oder stillschweigend zusammengeschlossen haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch unbestimmte Straftaten des entsprechenden Deliktstyps zu begehen⁴⁴. Diese Verbindung zwischen den Bandenmitgliedern erfordert keinen spezifischen Korpsgeist; vielmehr reicht ein zweckhaftes kriminelles Gruppeninteresse aus⁴⁵. Liegt ein solches vor, bleibt es für die Strafbarkeit von erwachsenen Bandenmitgliedern irrelevant, wenn andere Mitglieder wegen Minderjährigkeit selbst nicht den Strafsanktionen des StGB unterfallen. Der Grundsatz der limitierten Akzessorietät verlangt, bei den Bandenqualifikationen die Frage der Schuldfähigkeit ebenfalls für jedes Bandenmitglied gesondert zu beantworten. Die Schuld-

unfähigkeit eines Bandenmitgliedes lässt die Strafbarkeit des anderen wegen bandenmäßiger Begehung unberührt. Die Bandenqualifikation auch bei Beteiligung von Minderjährigen zu bejahen, gebietet nicht zuletzt der Telos jener Deliktgruppe. Schließlich besteht die den Bandenqualifikationen innewohnende erhöhte Ausführungs- und Organisationsgefahr bei Banden, an denen Minderjährige beteiligt sind, gleichermaßen⁴⁶.

Folglich ist ein Erwachsener auch dann wegen Bandendiebstahls gem. § 244 I Nr. 2 StGB strafbar, wenn er sich zuvor gerade mit zwei schuldunfähigen Minderjährigen zu einer Bande im o. g. Sinne zusammengeschlossen hat.

IV. Zusammenfassung

Das StGB ist auf Erwachsene zugeschnitten. Minderjährige gewinnen jedoch als Tatopfer oder Mitwirkende an der Tatbestandsverwirklichung durch Erwachsene durchaus strafrechtliche Bedeutung.

Als Tatopfer können Minderjährige dem Eingriff in ihre Rechtsgüter zustimmen. In der Variante des Einverständnisses sind an diese Zustimmung keine gesonderten Anforderungen geknüpft. Zur rechtfertigenden Einwilligung hingegen ist neben den allgemeinen Voraussetzungen aufgrund der Besonderheit des minderjährigen Alters erforderlich, dass der Minderjährige zugleich über die geistige und sittliche Reife verfügt, die Tragweite und Bedeutung seiner Erklärung zu erkennen. Fehlt ihm diese Einsichtsfähigkeit, sind seine Sorgeberechtigten zur Erklärung der Einwilligung zuständig. Die Erklärung ist dabei am Kindeswohl auszurichten. In diesem Zusammenhang muss der beständig wachsenden Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen angemessen Rechnung getragen werden.

Soweit einige Delikte die Stellung eines Strafantrages zur Strafverfolgungsvoraussetzung erheben, sollte § 77 III StGB nicht als strenge Verlagerung des Antragsrechts auf die Sorgeberechtigte des Minderjährigen interpretiert werden. Vielmehr sprechen gute Gründe dafür, selbst nicht voll geschäftsfähigen Minderjährigen das alleinige Strafantragsrecht einzuräumen, sobald sie die Bedeutung der Strafantragsstellung angemessen und sachgerecht zu beurteilen vermögen.

Treten Minderjährige als Mitwirkende an der Tatbestandsverwirklichung durch Erwachsene auf, dürfen sie nicht vorschnell als »Werkzeug« eines überlegenen Hintermanns eingestuft werden. Obgleich gerade dort, wo der unmittelbar Ausführende Strafbarkeitsdefekte aufweist,

⁴⁴ BGHSt 46, 321 (325) = NJW 2001, 2266 (2266).

⁴⁵ S. nur BGHSt 42, 255 (259 f.) = NJW 1997, 810 (810 f.); *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Kindhäuser* (Fn. 5), § 244 Rdn. 37.

⁴⁶ Ausf. *Ellbogen/Wichmann* JuS 2007, 114 (116) m. w. N.

ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen mittelbarer Täterschaft gegeben ist, begründet die Schuldunfähigkeit von Minderjährigen vor Vollendung des 13. Lebensjahres erst dann die täterschaftliche Stellung eines erwachsenen Hintermannes, wenn der Minderjährige zugleich einen Mangel an Einsichtsfähigkeit aufweist. Entsprechend gilt auch umgekehrt, dass der schulfähige Minderjährige, sofern er nur in seiner geistigen und sittlichen Reifeentwicklung verzögert ist, durchaus »Werkzeug« eines Erwachsenen im Sinne des § 25 I Alt. 2 StGB sein kann.

Im Übrigen ist zu beachten, dass bei einem gleichwertigen Zusammenwirken von Minderjährigen und Er-

wachsenen einer Zurechnung der von Minderjährigen geleisteten Tatbeiträge an den Erwachsenen eine etwaig fehlende Schuldfähigkeit nicht im Wege steht. Der Grundsatz der limitierten Akzessorietät fordert für eine mittäterschaftliche Zurechnung kein schuldhaftes Verhalten aller potentiellen Mittäter (§ 29 StGB). Im Bereich der Bandenqualifikationen steht eine Schuldunfähigkeit mitwirkender Minderjähriger der Bestrafung eines Erwachsenen aus dem Qualifikationstatbestand ebenso wenig entgegen, da schon das zweckmäßige Zusammenwirken im Bandeninteresse die gegenüber dem Grundtatbestand erhöhte Strafbarkeit begründet.