

---

**Datum:** 18.08.2020  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 4. Strafsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 4 RVs 90/20  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2020:0818.4RVS90.20.00

---

**Vorinstanz:** Amtsgericht Borken, 24a Ls 59/19  
**Schlagworte:** Einziehung, Anwendbarkeit im Jugendstrafrecht, Erziehungsgedanke, Ermessen  
**Normen:** StGB §§ 73, 73c; JGG §§ 2, 8, 15; StPO § 459g Abs. 5 S. 1  
**Leitsätze:** Die § 73 ff StGB sind im Jugendstrafrecht uneingeschränkt und zwingend anzuwenden. Ihre Anwendbarkeit steht auch im Jugendstrafverfahren nicht im Ermessen des Gerichts. Härtefällen kann im Vollstreckungsverfahren gem. § 459g Abs. 5 S. 1 StPO Rechnung getragen werden.

---

**Tenor:** Das Urteil des Amtsgerichts – Jugendschöffengericht – Borken vom 06.02.2020 wird dahingehend abgeändert, dass die Einziehung von Wertersatz in Höhe von 6.060,00 Euro angeordnet wird.  
Die Kosten des Rechtsmittels trägt der Angeklagte.

---

**Gründe** 1  
Die Generalstaatsanwaltschaft hat zum Rechtsmittel der Generalstaatsanwaltschaft Folgendes ausgeführt: 2  
„I. 3  
4

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Das Amtsgericht Borken - Jugendschöffengericht - hat gegen den Angeklagten durch Urteil vom 06.02.2020 (24a Ls 59/19) wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 12 Fällen jeweils in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln in 4 Fällen 2 Freizeitarreste festgesetzt (Bl. 84 ff. d. A.). Im Übrigen hat es den Angeklagten freigesprochen. Das Amtsgericht Borken hat dem Angeklagten u.a. zudem aufgegeben eine Geldbuße in Höhe von 900,00 € an das Jugendwerk S e. V. zu zahlen. Ferner hat es die Einziehung des am 31.07.2019 sichergestellten Marihuanas nebst Zubehör (Dosen, Schachteln, Grinder, Waagen, Vacuum Sealer, LoFric Tool) und eines Wurfmessers sowie in Höhe von 470,00 Euro die Einziehung des Wertes von Taterträgen angeordnet. |    |
| Gegen dieses in Anwesenheit des Angeklagten und seiner Verteidigerin verkündete (Bl. 78 ff. d. A.) und auf Anordnung des Vorsitzenden vom 05.03.2020 (Bl. 91 R d. A.) der Staatsanwaltschaft Münster am 13.03.2020 zugestellte (Bl. 98 d. A.) Urteil hat diese mit am 07.02.2020 bei dem Amtsgericht Borken eingegangenen Telefax-Schreiben vom selben Tag (Bl. 82 d. A.) Revision eingelegt und das mit Rechtsmittel am 08.04.2020 beim Amtsgericht Borken eingegangenen Telefax-Schreiben vom selben Tag mit der Verletzung materiellen Rechts begründet (Bl. 100 f. d.A.).                                                                                                                                                                                                                         | 5  |
| II.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 6  |
| Der statthaften und rechtzeitig eingelegten sowie form- und fristgerecht begründeten Revision der Staatsanwaltschaft Münster trete ich bei.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 7  |
| Die Staatsanwaltschaft hat ihre Revision rechtswirksam auf das Absehen von der Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 5.590,00 Euro beschränkt (allgemein zu den Voraussetzungen einer wirksamen Rechtsmittelbeschränkung s. BGH, Urteile vom 02.12.2004 - 3 StR 246/04, NStZ-RR 2005, 104; vom 21.11.2018 - 2 StR 262/18, juris Rn. 5; zur Beschränkung der Revision auf den Ausspruch über die Einziehung von Taterträgen vgl. BGH, Urteile vom 08.02.2018 - 3 StR 560/17, NJW 2018, 2141 Rn. 4; vom 15.05.2018 - 1 StR 651/17, NStZ-RR 2018, 241).                                                                                                                                                                                                                                      | 8  |
| Auf die Ausführungen der Staatsanwaltschaft Münster in ihrer Revisionsbegründung vom 07.04.2020 (Bl. 100 ff. d.A.) nehme ich zunächst Bezug.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 9  |
| Soweit das Amtsgericht Borken im Hinblick auf den vom dem - heranwachsenden - Angeklagten betriebenen Betäubungsmittelhandel („nur“) eine Einziehung von - festgestellten - Taterträgen in Höhe von 470,00 Euro angeordnet und damit von einer weitergehenden Anordnung der Einziehung von Taterträgen in Höhe von 5.590,00 Euro abgesehen hat, hat das Gericht seine Entscheidung - unter Verweis auf Eisenberg, JGG, 19. Aufl. , § 6 Rdn. 7 f. - damit begründet, dass die Anwendung der §§ 73, 73c dahingehend einzuschränken sei, dass lediglich der Betrag abgeschöpft werden dürfe, der im Vermögen des jugendlichen Angeklagten noch vorhanden sei.                                                                                                                                            | 10 |
| Die damit aufgeworfene Rechtsfrage, ob die Einziehung von Taterträgen und des Wertes der Taterträge im Jugendstrafrecht zwingend bzw. in welchem Umfang bzw. welcher Höhe anzuordnen ist bzw. ob eine solche Anordnung im Ermessen des Tatgerichts steht, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 11 |
| Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes hatte beim 2. und 5. Strafsenat nach                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 12 |
| § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG angefragt, ob diese an ihrer teils entgegenstehenden Rechtsprechung festhalten wollen (zu vgl. auch zum Streitstand BGH, Beschluss vom                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 13 |

11.07.2019 - 1 StR 467/18 -, bei juris). Zuvor hatten der 2. und 5. Strafsenat (zu vgl. BGH, Urteil vom 24.05.2018 - 5 StR 623/17 und 624/17-, bei juris; BGH, Urteil vom 08.05.2019 - 5 StR 95/19-, bei juris; BGH Urteil vom 21.11.2018 - 2 StR 262/18 --, bei juris) darauf erkannt, dass die § 73 ff StGB im Jugendstrafrecht, wie im Erwachsenenstrafrecht, uneingeschränkt anzuwenden seien.

Demgegenüber ist der 1. Strafsenat des BGH unter Betonung des im Jugendstrafrecht maßgeblichen Erziehungsgedankens der Auffassung, dass die Entscheidung über die Einziehung von Taterträgen nach § 73 Abs.1 StGB und des Wertes von Taterträgen nach § 73c StGB im Ermessen des Tatgerichts stünde (zu vgl. BGH, Beschluss vom 11.07.2019 - 1 StR 467/18 -, bei juris). Hierzu führt er den Wortlaut des § 8 Abs. 3 Satz 1 JGG an, wonach neben Erziehungsmaßregeln, Zuchtmitteln und Jugendstrafe auf Nebenstrafen und Nebenfolgen erkannt werden kann (zu vgl. BGH a.a.O.). Auch § 2 Abs. 1 Satz 1 JGG, wonach sich alle jugendstrafrechtlichen Sanktionen an dem Ziel der Spezialprävention zu orientieren habe, spreche dafür, dass dem Tatgericht insoweit ein Ermessen eingeräumt sei (zu vgl. LG Münster, NStZ 2018, 669). Zudem sprächen systematische Erwägungen für ein Ermessen des Tatgerichts. Eine zwingende Anwendung der Einziehungsvorschriften nach §§ 73 ff. StGB würde das differenzierte und abgestufte Gesamtgefüge möglicher Rechtsfolgen im Jugendstrafrecht unterlaufen. Dies verdeutliche besonders die Vorschrift des § 15 Abs. 1 Satz 1 JGG, die vorsehe, dass der Richter bestimmte Auflagen auferlegen könne, wobei die Auflage gem. §15 Abs. 2 JGG unter dem Vorbehalt einer noch vorhandenen Bereicherung stünde. Die Regelung des § 459 g Abs. 5 Satz 1 StPO enthalte kein hinreichendes Korrektiv, um im Vollstreckungsverfahren dem Erziehungsgedanken Rechnung zu tragen. Zudem sei nach § 459 g Abs. 5 Satz 2 StPO jederzeit eine Wiederaufnahme der Vollstreckung möglich, was mit der durch das Jugendstrafrecht bezweckten Resozialisierung unvereinbar sei.

14

In seiner auf den Vorlagebeschluss des 1. Strafsenats ergangene Entscheidung vom 06.05.2020 hat der 2. Strafsenat erklärt (zu vgl. BGH, Beschluss vom 06.05.2020 - 2 ARs 203/19 -, BeckRS 2020,10799), dass er an seiner Rechtsprechung zur zwingenden Anwendung von §§ 73 Abs. 1, 73c Satz 1 StGB im Jugendstrafrecht festhalte. Erzieherischen Belangen könne - gemäß der gesetzgeberischen Entscheidung - allein im Vollstreckungsverfahren Rechnung getragen werden.

15

Auch der 5. Strafsenat hat in seinem Beschluss vom 06.02.2020 klargestellt (zu vgl. BGH, Beschluss vom 06.02.2020 - 5 Arts 20/19 -, bei juris), dass er seiner Rechtsprechung festhalte. Die Regelungen über die Einziehung von Taterträgen und des Wertes von Taterträgen seien im Jugendstrafrecht zwingend anzuwenden und stünden nicht im Ermessen des Tatgerichts. Die Statuierung einer Ermessensanordnung finde im Gesetz keine Stütze und widerstreite dem Willen des Gesetzgebers. Der Reformgesetzgeber habe in Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung das Jugendgerichtsgesetz im Wesentlichen unberührt gelassen. Dass er das Jugendstrafrecht nicht „vergessen“ habe, zeige sich an der redaktionellen Anpassung des § 76 Satz 1 JGG. Anpassungen seien auch im Zuge späterer gesetzgeberischer Maßnahmen nicht erfolgt, obgleich Kritik bereits geäußert worden sei. Dass unter dem Aspekt der Resozialisierung bzw. der Erziehung geboten oder auch nur gerechtfertigt sein könne, dem jugendlichen oder heranwachsenden Straftäter die aus der Straftat gezogenen Vorteile zu belassen, sei nicht überzeugend begründbar. § 2 Abs. 1 JGG könne nicht zu einer Art „Auffang-Unzulässigkeitsklausel“ umfunktioniert werden. Die (strafrechtliche) Gesetzeslage entspreche der im Zivilrecht. Auch dort bestehe kein Anlass, dem (beschränkt geschäftsfähigen) Minderjährigen die Folgen der verschärften Haftung des § 819 BGB zu ersparen, wenn und soweit er sich Vorteile durch eine vorsätzliche Handlung verschafft habe. Soweit § 8 Abs. 3 Satz 1 JGG angeführt werde, sei dem entgegenzuhalten,

16

dass die Vorschrift nur einen engen Anwendungsbereich habe und nur die Zulässigkeit der Verbindung (auch) von Maßnahmen nach § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB mit Erziehungsmaßregeln, Zuchtmitteln und Jugendstrafe betreffe. Auch § 15 JGG habe nur einen eingeschränkten Anwendungsbereich. Der Vorschrift könne kein der Vorteilsabschöpfung im Jugendstrafrecht durchgängig begrenzendes Prinzip entnommen werden. Eine Verallgemeinerung der in § 15 Abs. 2 Nr. 2 JGG enthaltenen Regelung zum „Entzug“ von Gewinnen würde für das Jugendstrafrecht auf die Wiedereinführung des vom Gesetzgeber in Bezug auf die gesamte Strafrechtsordnung bereits 1992 aufgegebenen Nettoprinzips hinauslaufen. Durch § 459g Abs. 5 Satz 1 StPO sei der Einziehungsbetroffene ebenso wirkungsvoll vor übermäßigen Eingriffen geschützt wie durch § 73c StGB aF. Bei einer Entreicherung oder sonstigen Unverhältnismäßigkeit der Vollstreckung stelle sich die Neuregelung für den Angeklagten sogar günstiger dar, weil nach § 459 g Abs. 5 Satz 1 StPO eine Vollstreckung der Einziehungsanordnung zwingend zu unterbleiben habe. Auch die Möglichkeit einer Wiederaufnahme nach § 459 g Abs. 5 Satz 2 StPO mache keine abweichende Beurteilung notwendig. Erzieherische Gesichtspunkte könnten bei der - als „actus contrarius“ - durch den Jugendrichter zu treffenden Entscheidung Berücksichtigung finden.

Stimmen im Schrifttum (so auch Eisenberg/Kölbel JGG, 21. Aufl. 2020, § 6 Rn. 13 f. m.w.N.) differenzieren in Anlehnung an die Regelung des § 15 Abs. 2 Nr. 2 JGG danach, ob der Jugendliche/Heranwachsende noch bereichert ist, und schließen eine Wertersatzentziehung bei Entreicherung aus. § 15 Abs. 2 Nr. 2 JGG formuliere ein klares Modell für die Grenzen der Einziehungsverträglichkeit. Wenn bei der Geldauflage eine Entziehung nicht mehr vorhandener Tatgewinne wegen ihrer spezialpräventiv untunlichen Wirkung ausdrücklich ausgeschlossen würde, müsse dies auch bei der Abschöpfung gem. §§ 73 ff. StGB gelten. Dieser Argumentationslinie folgt letztlich das Amtsgericht Borken 17

Vorzugswürdig erscheint hingegen die vom 2. und 5. Strafsenat vertretene Auffassung, wobei insbesondere die Ausführungen des 5. Strafsenats in seinem Beschluss vom 06.02.2020 überzeugen (zu vgl. BGH, Beschluss vom 06.02.2020 - 5 Arts 20/19 -, bei juris). Lediglich ergänzend ist insoweit auszuführen, dass der Wortlaut der gesetzlichen Regelungen eindeutig ist und die Gegenansicht daher im Gesetz keine hinreichende Stütze findet. Dass das Gesetz selbst die Zulässigkeit der Anordnung der Einziehung von Taterträgen und des Wertes der Taterträge im Jugendstrafrecht voraussetzt, ergibt sich aus § 76 Satz 1 JGG. Falls der Gesetzgeber eine Einschränkung hätte vornehmen wollen, hätte er dies unschwer tun können. Angesichts der Tragweite ist auch auszuschließen, dass es sich um ein „Redaktionsversehen“ gehandelt habe könnte, das nun durch die Rechtsprechung zu korrigieren gilt. Im Übrigen ist - auch oder gerade vor dem Hintergrund des Erziehungsgedankens - nicht einzusehen, dass Jugendliche bzw. Heranwachsende die aus den Taten erlangten Vorteile behalten dürfen. Es widerspricht auch der Konzeption der „neuen“ Vorschriften der Vermögensabschöpfung, wenn bereits im Erkenntnisverfahren (neue) „Korrektivmöglichkeiten“ ohne Gesetzesgrundlage „geschaffen“ werden. Von der Schaffung solcher Möglichkeiten hat der Gesetzgeber im Hinblick auf den § 73c StGB a. F. („Totengräber des Verfalls“) bewusst Abstand genommen und die insoweit aufgeworfenen Fragestellungen in den Bereich der Vollstreckung verlagert. Soweit das dort vorhandene Instrumentarium in Bezug auf das Jugendstrafrecht als nicht sachgerecht erachtet wird, ist es aber Sache des Gesetzgebers und nicht der Rechtsprechung, insoweit Abhilfe zu schaffen. Nicht zu verkennen ist, dass Jugendliche und Heranwachsende selten über Einkommen verfügen, so dass die Gefahr einer finanziellen Zwangslage besonders groß ist. Dies gilt - wie hier - bei Betäubungsmitteldelinquenz, da insoweit u.a. die Anwendung des Bruttoprinzips und das Verbot der Berücksichtigung des Einkaufspreises als eigene Aufwendungen gem. § 73 d Abs. 1 StGB zu - wie hier - sehr hohen Wertersatzbeträgen führen. Daher dürfte es sich 18

anbieten, bei Entreicherung die Entscheidung in das Ermessen des Jugendrichters zu stellen, allerdings unter engen Grenzen sowie differenzierend nach Art der Straftat um, etwa Opferschutzinteressen nicht ins „Leere“ laufen zu lassen, so dass insoweit das Ermessen auf Ausnahmekonstellationen beschränkt werden sollte. Darüber hat allerdings der Gesetzgeber zu befinden. Mit diesen Fragestellungen befassen sich derzeit die Landesjustizverwaltungen, so dass nicht auszuschließen sein dürfte, dass sich der Gesetzgeber alsbald u.a. mit der Frage eines klarstellenden Hinweises im JGG befassen wird.

Auf dieser Grundlage ist die Einziehung von Wertersatz in Höhe von 6.060,00 Euro anzuordnen, da die getroffenen Feststellungen die Abschöpfung in vorbezeichneter Höhe tragen.“ 19

Diesen zutreffenden Ausführungen schließt der Senat sich nach eigener Überzeugungsbildung an und weist ergänzend darauf hin, dass eine Privilegierung Jugendlicher und Heranwachsender bei der Einziehung von Taterträgen und des Wertes von Taterträgen im Bereich der organisierten Kriminalität eine Verschiebung von deliktisch erlangten Vermögenswerten in den Besitz junger Straftäter zur Folge haben könnte. Dem muss von vornherein entgegen getreten werden. 20

Die Kostenentscheidung folgt aus einer entsprechenden Anwendung von § 465 StPO. 21