

de liegenden Zuwiderhandlung in nächster Zeit weitere Verstöße derselben Art zu befürchten sind.<sup>23</sup>

#### IV. Fazit

In dogmatischer Hinsicht kann der – gerade für eine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens erfreulich detailliert ausgefallenen – Argumentation des LG Itzehoe nur beigespflichtet werden. Sollte sich dessen Auffassung in der Rechtsprechung durchsetzen, dürfte die Bebußung von Leitungspersonen und Unternehmensträgern in Anknüpfung an unternehmensbezogene Straftaten einfacher Mitarbeiter wegen einer Aufsichtspflichtverletzung infolge der kurzen Verjährungsfrist von nur drei Jahren im Kontext langwieriger unternehmensbezogener Strafverfahren nicht selten ausscheiden.

Diese aus Sicht der Betroffenen auf den ersten Blick erfreuliche Konsequenz kann sich jedoch auch nachteilig auswirken, steht sie doch der in der Praxis mitunter von Seiten der Unternehmensverteidigung favorisierten Lösung entgegen, das Verfahren für den Unternehmensträger im Einvernehmen mit den Strafverfolgungsbehörden mittels Verbandsgeldbuße unter Anknüpfung an eine mehr oder weniger abstrakte Verletzung der Aufsichtspflicht zu erledigen. Die Verjährung bei § 30 OWiG richtet sich akzessorisch nach den für die Verjährung der Bezugstat geltenden Vorschriften<sup>24</sup> und würde damit im Falle der Anknüpfung an eine Aufsichtspflichtverletzung gemäß § 130 OWiG nach der Auffassung des LG Itzehoe ebenfalls „nur“ drei Jahre betragen<sup>25</sup>. In Anbetracht der Kürze dieser Frist dürfte die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße wegen der Aufsichtspflichtverletzung einer bislang persönlich nicht in das Verfahren involvierten „untergeordneten“ Leitungsperson gerade in komplexen Wirtschaftsstrafverfahren nicht selten aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Verfolgungsverjährung ausscheiden.

<sup>23</sup> Kritisch zu dieser Art der Bestimmung des Zeitpunkts von Tatbeendigung und Verjährungsbeginn, Beck, in: Graf, BeckOK-OWiG, 31. Ed. Stand: 01.07.2021, § 130 Rn. 123.

<sup>24</sup> BGH, NJW 2001, 1436, 1437 f.; ebenso Rogall, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 30 Rn. 251 m.w.N.

<sup>25</sup> So wohl auch Mehle, in: FS Wessing, 2015, S. 453, 463 f., 465.

### Strafprozessrecht

---

Rechtsanwalt Christoph Tute und Wiss. Mit. Lukas Danner, beide Frankfurt a.M.

## Kein Ermessen bei der Einziehung im Jugendstrafrecht - Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 20. Januar 2021 – GSSt 2/20

### Amtlicher Leitsatz:

*Die Entscheidung über die Einziehung des Wertes von Taterträgen (§ 73c Satz 1 StGB) steht auch bei Anwendung von Jugendstrafrecht nicht im Ermessen des Tatgerichts.*

#### I. Einleitung

In seiner Entscheidung vom 20.01.2021, veröffentlicht am 13.07.2021, stellt der Große Senat für Strafsachen klar, dass die Entscheidung über die Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73c S. 1 StGB auch im Jugendstrafrecht nicht im Ermessen des Tatgerichts steht. Damit klärt sich eine der vielen, teils noch offenen Fragen, die in Folge der Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung sowie durch nachfolgende Änderungen – wie etwa kürzlich des § 459g StPO – aufgeworfen wurden. Womöglich ist diese Klärung jedoch nur vorläufiger Natur, denn die Entscheidung beinhaltet einen unmissverständlichen Auftrag an den Gesetzgeber.

## II. Sachverhalt und Verfahrensgenese

### 1. Landgericht München II

Ein im Tatzeitraum Heranwachsender hatte durch die Verwirklichung zahlreicher Vermögensdelikte Einnahmen in Höhe von EUR 17.000 erzielt. Das LG München II verurteilte den umfassend geständigen Täter zu einer Jugendstrafe von vier Jahren.<sup>1</sup> Weil der Verurteilte zum Verhandlungszeitpunkt entreichert und vermögenslos war, sah es von der Anordnung der Einziehung des Wertes der erlangten EUR 17.000 jedoch ab. Diese Entscheidung stützte es maßgeblich auf § 8 Abs. 3 S. 1 JGG, laut dem neben Erziehungsmaßregeln, Zuchtmitteln und Jugendstrafe auf die nach dem JGG zulässigen Nebenstrafen und Nebenfolgen erkannt werden „**kann**“.<sup>2</sup> Wie sich aus § 2 Abs. 2 JGG ergebe, sei § 8 Abs. 3 S. 1 JGG auch vorrangig gegenüber den entgegenstehenden, eine gebundene Entscheidung voraussetzenden allgemeinen Regelungen der Einziehung anzuwenden. Die Anordnung der Einziehung liege damit in Jugendstrafsachen – anders als im allgemeinen Strafrecht – im Ermessen des Gerichts.<sup>3</sup> Für ein solches Ermessen streite auch das Leitprinzip des Jugendstrafrechts, nämlich der Erziehungsgedanke. Denn ob die Einziehung dem jugendlichen bzw. heranwachsenden Täter eine Lehre sei, dass Verbrechen sich nicht lohne, oder ob sie im Gegenteil seiner finanziellen Selbstständigkeit im Wege stehe und ihn unter Umständen gerade deshalb zu weiteren Taten veranlasse, sei nur mit Blick auf den individuellen Einzelfall durch das Gericht zu beurteilen.<sup>4</sup>

### 2. 1. Strafsenat des BGH

Die auf die Nichtanordnung der Einziehung beschränkte und nur teilweise vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft führte zum 1. Strafsenat, der sich anders als der 2., 4. und 5. Strafsenat noch nicht zur Frage des Ermessens bei der Einziehung im Jugendstrafrecht verhalten hatte.

Laut seinem Beschluss vom 11.07.2019 beabsichtigte der 1. Strafsenat unter Berufung auf die Argumentation des LG München II zu entscheiden, dass eine Anordnung der Einziehung von Taterträgen nach § 73 Abs. 1 StGB oder des Wertes von Taterträgen nach § 73c S. 1 StGB im Jugendstrafverfahren im Ermessen des Tatgerichts stehe.<sup>5</sup>

Zunächst führt er dazu aus, dass die Einziehung (des Wertes) von Taterträgen auch im Jugendstrafrecht zulässig sei, da sie eine Nebenfolge i.S.d. § 8 Abs. 3 S. 1 JGG darstelle.<sup>6</sup> Dies zeige sich auch an § 459g StPO („Vollstreckung von Nebenfolgen“).<sup>7</sup>

Das System der Anordnung der Einziehung im Jugendstrafrecht sei in Folge des Entfallens der Härtefallklausel des § 73c StGB a.F. jedoch neu zu bewerten, wobei Ausgangspunkt, wie vom LG München II dargestellt, das Wort „**kann**“ in § 8 Abs. 3 S. 1 JGG sei.<sup>8</sup> Auch § 15 JGG sehe mit seinen Regelungen zu Geldauflagen (Abs. 1), zur Einziehung (Abs. 2 Nr. 2) sowie zu deren Durchsetzung (Abs. 3) eine „differenzierte Regelung zur Gewinnabschöpfung im Jugendstrafrecht“ vor, die „vollständig konterkariert und ihr Anwendungsbereich gänzlich ausgehöhlt [werde], wenn zwingend die Einziehung von Taterträgen oder – auch bei Entreichung – des Wertes von Taterträgen anzuordnen wäre“.<sup>9</sup> Zudem enthalte die Regelung des § 459g Abs. 5 S. 1 StPO „kein ausreichendes Korrektiv, um den zuvor dargestellten Bedenken Rechnung zu tragen“ und sei „für die Situation des jugendlichen oder heranwachsenden Straftäters nicht adäquat“, denn die in § 459g Abs. 5 S. 2 StPO vorgesehene Möglichkeit der jederzeitigen Wiederaufnahme der Vollstreckung erzeuge eine Unsicherheit, die mit dem Resozialisierungsgedanken des Jugendstrafrechts unvereinbar sei.<sup>10</sup> Es bestehe eben kein allgemeiner Erfahrungssatz, der aussage, dass es in jedem Fall erzieherisch gebo-

<sup>1</sup> LG München II BeckRS 2018, 53349.

<sup>2</sup> LG München II BeckRS 2018, 53349, Rn. 150.

<sup>3</sup> LG München II BeckRS 2018, 53349, Rn. 151.

<sup>4</sup> LG München II BeckRS 2018, 53349, Rn. 153 ff.

<sup>5</sup> BGH NZWiSt 2019, 360 m. Anm. *Kutschelis* NZWiSt 2019, 467.

<sup>6</sup> So auch schon BGHSt 55, 174, 177 f. zu §§ 73 ff. StGB a.F. m.w.N.

<sup>7</sup> BGH NZWiSt 2019, 360, 362.

<sup>8</sup> BGH NZWiSt 2019, 360, 362.

<sup>9</sup> BGH NZWiSt 2019, 360, 363.

<sup>10</sup> BGH NZWiSt 2019, 360, 363.

ten wäre, den jugendlichen oder heranwachsenden Täter zum Ersatz des von ihm verursachten Schadens heranzuziehen. Umgekehrt erscheine die Einziehung nach dem Bruttoprinzip gegenüber Jugendlichen oder Heranwachsenden jedoch nicht immer angemessen. Vielmehr widerspreche die Überforderung der finanziellen Ressourcen des Jugendlichen durch die Einziehung bei eingetretener Entreicherung dem erzieherischen Gedanken des § 15 Abs. 1 S. 2 JGG (An Jugendliche dürfen „keine unzumutbaren Anforderungen gestellt werden.“).<sup>11</sup> Die Annahme eines gesetzgeberischen Willens zur zwingenden Einziehung auch im Jugendstrafrecht, auf welchen der 5. Strafsenat abstellt,<sup>12</sup> sei nicht überzeugend: In den Gesetzesmaterialien lasse sich außer einer redaktionellen Anpassung in § 76 S. 1 JGG „kein Anhaltspunkt für eine inhaltliche Befassung mit der Einziehung im Jugendstrafverfahren oder gar eine Auseinandersetzung mit den Auswirkungen der Neuregelung des Rechts der Vermögensabschöpfung auf das Jugendstrafrecht“ finden.<sup>13</sup>

Wegen entgegenstehender Entscheidungen des 2.<sup>14</sup> und 5.<sup>15</sup> Senats sah sich der 1. Senat jedoch gehindert, wie beabsichtigt zu entscheiden und fragte gemäß § 132 Abs. 3 S. 1 GVG bei den anderen Senaten an, ob entgegenstehende Rechtsprechung vorläge und ob an dieser festgehalten werden solle.<sup>16</sup> In ihren Antwortbeschlüssen hielten sowohl der 2.<sup>17</sup> als auch der 5.<sup>18</sup> Senat an ihrer Rechtsprechung fest. Auch der 4.<sup>19</sup> und 6.<sup>20</sup> Senat wiesen auf entgegenstehende Rechtsprechung hin, an der festgehalten werden solle. Einzig der 3. Senat<sup>21</sup> erklärte, es liege keine entgegenstehende Rechtsprechung vor.

Durch Beschluss vom 08.07.2020 legte der 1. Strafsenat gemäß § 132 Abs. 2 GVG dem Großen Senat für Strafsachen die Frage vor, ob die Entscheidung über die Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73c S. 1 StGB im Jugendstrafverfahren im Ermessen des Tatgerichts stehe.<sup>22</sup>

### 3. Großer Senat für Strafsachen

Angesichts der deutlichen Kräfteverteilung überrascht es nicht, dass der Große Senat für Strafsachen entgegen der Auffassung des 1. Strafsenats entschied, dass die Entscheidung über die Einziehung des Wertes von Taterträgen (§ 73c S. 1 StGB) auch bei Anwendung von Jugendstrafrecht nicht im Ermessen des Tatgerichts stehe.

Die Vorlegung sei zwar sowohl aus Gründen der Divergenz (§ 132 Abs. 2 GVG) als auch zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 132 Abs. 4 GVG) zulässig.<sup>23</sup>

Die Reform des Einziehungsrechts begründe jedoch nicht die Annahme, die Einziehung des Wertes von Taterträgen stünde nunmehr im Ermessen der Jugendgerichte. Vielmehr sei der zwingend ausgeformte § 73c S. 1 StGB eine allgemeine Vorschrift i.S.d. § 2 Abs. 2 JGG, die auch im Jugendstrafrecht anzuwenden sei, sofern nichts anderes bestimmt ist. § 8 Abs. 3 S. 1 JGG treffe keine derartige anderweitige Bestimmung, denn der Regelungsgehalt der Norm sei laut ständiger Rechtsprechung des BGH allein auf die Frage der Kumulation von Rechtsfolgen beschränkt und zwar in der Weise, dass die Norm die Verbindung von jugendstrafrechtlichen Sanktionen mit den Maßnahmen, Nebenfolgen und Nebenstrafen<sup>24</sup> des allgemeinen Strafrechts erst gestatte. Über die Anwendungsvoraussetzungen einer allgemein-strafrechtlichen Maßnahme oder Nebenfolge im Jugendstrafrecht treffe § 8 Abs. 3 S. 1 JGG

<sup>11</sup> BGH NZWiSt 2019, 360, 363 f.

<sup>12</sup> BGH BeckRS 2019, 9584, Rn. 7.

<sup>13</sup> BGH NZWiSt 2019, 360, 364.

<sup>14</sup> BGH NStZ 2019, 221 m.Anm. Eisenberg.

<sup>15</sup> BGH BeckRS 2019, 9584; BGH BeckRS 2019, 1290.

<sup>16</sup> BGH NZWiSt 2019, 360, 364.

<sup>17</sup> BGH BeckRS 2020, 10799.

<sup>18</sup> BGH NStZ-RR 2020, 124.

<sup>19</sup> BGH NStZ-RR 2020, 261, unter Verweis auf sein „obiter dictum“ in BGH BeckRS 2019, 20407.

<sup>20</sup> BGH NZWiSt 2021, 40.

<sup>21</sup> BGH BeckRS 2019, 42010.

<sup>22</sup> BGH BeckRS 2020, 18436.

<sup>23</sup> BGH BeckRS 2021, 17905, Rn. 9 ff.

<sup>24</sup> Zur Uneinheitlichkeit bei der begrifflichen Zuordnung der Einziehung vgl. BeckOK-JGG/Putzke, 22. Ed. 01.08.2021, § 8 JGG Rn. 7 ff.; Altenhain Anm. z. BGH NStZ 2011, 270, 272 f.

hingegen keine Regelung.<sup>25</sup> Eine Neubewertung des Regelungsgehalts des § 8 Abs. 3 S. 1 JGG sei nicht angebracht, denn es könne „sicher ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber [der Norm] einen anderen Regelungsgehalt verleihen wollte“<sup>26</sup>. Anderenfalls wären ausdrückliche Regelungen zu erwarten gewesen, wie der Gesetzgeber sie beispielsweise für die 3-monatige Höchstdauer eines Fahrverbots in § 8 Abs. 3 S. 2 JGG getroffen habe.<sup>27</sup>

Auch § 15 JGG lasse sich „kein die Vorteilsabschöpfung im Jugendstrafrecht schlechthin begrenzendes Prinzip entnehmen, das der vom Gesetzgeber getroffenen Wertentscheidung durchgreifend entgegengehalten werden könnte“<sup>28</sup>. Vielmehr habe der Gesetzgeber sich für ein Nebeneinander von der in § 15 JGG geregelten Geldauflage und der Einziehung entschieden.<sup>29</sup> Eine Verallgemeinerung der Regelung des § 15 Abs. 2 Nr. 2 JGG würde letztlich auf eine Wiedereinführung des Nettoprinzips und den Ausschluss der Einziehung bei Entreicherung im Jugendstrafrecht hinauslaufen. Indes habe der Gesetzgeber das bereits seit 1992 praktizierte Bruttoprinzip mit der Reform des Einziehungsrechts gerade noch weiter stärken wollen.<sup>30</sup>

Der Beschluss endet mit der Feststellung, den jugendstrafrechtlichen Maximen könne und müsse mit der nunmehr im Vollstreckungsverfahren verankerten Härtefallklausel des § 459g Abs. 5 StPO Rechnung getragen werden. „Ob der vom Gesetzgeber beschrittene Weg die **zweckmäßigste aller denkbaren Lösungen** darstellt“, habe der Große Senat indes **nicht zu entscheiden**.

### III. Anmerkungen

#### 1. Historie

Der Beschluss des Großen Senats für Strafsachen setzt die Tradition der Rechtsprechung zum alten Verfallsrecht fort. Zwar hatte der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1954 noch entschieden, die Anordnung des Wertersatzverfalls (nach dem damals geltenden § 401 Abs. 2 RABgO) sei im Jugendstrafrecht unzulässig, weil sie eine „echte Geldstrafe“ darstelle, die das JGG nicht kenne.<sup>31</sup> Mit dem Wandel der Auffassung der Rechtsprechung zur Strafeigenschaft des Verfalls<sup>32</sup> wurde schließlich auch der Wertersatzverfall durch den BGH als zulässiges Mittel im Jugendstrafrecht anerkannt.<sup>33</sup>

Vor der Reform der Vermögensabschöpfung im Jahr 2017 galt dabei allerdings noch die Härtefallregelung des § 73c Abs. 1 StGB a.F., wonach eine Anordnung zu unterbleiben hatte, sofern sie für den Betroffenen eine unbillige Härte darstellte bzw. ins Ermessen des Gericht gestellt wurde, soweit der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden war oder das Erlangte nur einen geringen Wert hatte. Dabei ist zu beachten, dass auch die Härtefallregelung des § 73c Abs. 1 StGB a.F. nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung äußerst restriktiv interpretiert wurde.<sup>34</sup> So sollte ihre Anwendung wegen Unverhältnismäßigkeit nur in Betracht kommen, „wenn die Anordnung des Verfalls schlechthin ungerecht wäre und das Übermaßverbot verletzen würde“, indes „nicht schon dann [...], wenn der Verfallsbetrag nicht beigetrieben werden kann oder der Betroffene vermögenslos geworden und unfähig ist, die Mittel für seinen Un-

<sup>25</sup> BGH BeckRS 2021, 17905, Rn. 13, 37 ff m.w.N.

<sup>26</sup> BGH BeckRS 2021, 17905, Rn. 42.

<sup>27</sup> BGH BeckRS 2021, 17905, Rn. 42.

<sup>28</sup> BGH BeckRS 2021, 17905, Rn. 27.

<sup>29</sup> BGH BeckRS 2021, 17905, Rn. 27.

<sup>30</sup> BGH BeckRS 2021, 17905, Rn. 28; s.a. BT-Drucks. 18/11640, S. 78.

<sup>31</sup> BGHSt 6, 258, 259.

<sup>32</sup> Siehe nur BGH NStZ 1995, 491, 491 f.; BGHSt 47, 260, 265; 47, 369, 373; zur unveränderten Rechtsansicht nach der Reform: OLG Köln wistra 2018, 318; BGH NStZ 2018, 400; BGH wistra 2018, 431; BVerfG wistra 2021, 193, 194 m.Anm. Schilling/Corsten/Hübner wistra 2021, 174, 177 f.; a.A. insb. LG Kaiserslautern wistra 2018, 94.

<sup>33</sup> BGHSt 55, 174, 177 ff. = NStZ 2011, 270, 271, Rn. 8 ff.; ohne weitere Ausführungen auch schon BGH NJW 2001, 1805; BGH NJW 2009, 2755.

<sup>34</sup> Vgl. *Leipold/Beukelmann* Anm. z. BGH, Urt. v. 02.10.2008 - 4 StR 153/08, NJW-Spezial 2008, 761 mit Kritik an der rechtspolitischen Sinnhaftigkeit einer Einziehung des Vermögens des Angeklagten „bis auf das sprichwörtliche letzte Hemd“.

terhalt aufzubringen“.<sup>35</sup> Dennoch wurde die Härtefallregelung *a/s* „im Einzelfall unter Umständen notwendige[s] Korrektiv zum Bruttoprinzip“ bezeichnet.<sup>36</sup>

Im Rahmen der Reform der Vermögensabschöpfung wurde § 73c Abs. 1 StGB a.F. durch § 459g Abs. 5 StPO ersetzt, der jedoch erst im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens zum Tragen kommt.<sup>37</sup>

## 2. Auslegungsfragen

Eben dieses Entfallen einer Härtefallklausel für die gerichtliche Anordnungsentscheidung entfachte den nun vor dem Großen Senat ausgetragenen Streit um die Ermessenseinräumung bei der Wertersatzeinziehung im Jugendstrafverfahren von Neuem.

Wortlauttechnisch dreht sich dieser um die Formulierung „**kann**“ in § 8 Abs. 3 S. 1 JGG, die der Große Senat als lediglich konstitutiv für die Anordnung der Einziehung neben einer jugendstrafrechtlichen Sanktion auslegt, während der 1. Strafsenat hierin – in Abkehr von früherer BGH-Rechtsprechung<sup>38</sup> – eine Ermessensermächtigung erblickt. Die Begründung für diese Abkehr sah der 1. Senat gesetzessystematisch in dem Wegfall der Ermessensregelung des § 73c Abs. 1 StGB a.F., welcher eine genauere Prüfung einer potenziell ermessens-einräumenden Funktion des § 8 Abs. 3 S. 1 JGG in diesem Kontext überhaupt erst nötig machte. Den dabei vorgebrachten teleologischen Erwägungen des 1. Senats (Erziehungsgedanke) hält der Große Senat jedoch insbesondere den (vermeintlichen) Willen des Gesetzgebers entgegen.

Dass ein solcher Wille, gerichtet auf das Entfallen der Möglichkeit einer gerichtlichen Ermessensentscheidung im Jugendstrafrecht, durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung erkennbar wurde, bestreitet der 1. Senat indes. Diese Zweifel sind nicht gänzlich von der Hand zu weisen, schließlich verhielt der Gesetzgeber sich im Zusammenhang mit der Reform der Vermögensabschöpfung, abgesehen von einer Änderung des § 76 S. 1 JGG,<sup>39</sup> nicht zur Thematik des Jugendstrafrechts. Es fragt sich also, wie mit diesem Schweigen umzugehen ist. Darin könnte einerseits das Versäumnis der grundsätzlichen Erörterung systematischer Fragen des Jugendstrafrechts gesehen<sup>40</sup> und der Schluss gezogen werden, „dass der Gesetzgeber für das Jugendstrafrecht planwidrig eine zu weitgehende Regelung geschaffen hat“.<sup>41</sup> Weil aber immerhin § 76 S. 1 JGG redaktionellen Änderungen unterlag – die Einziehung demgemäß sogar im vereinfachten Jugendverfahren anwendbar ist<sup>42</sup> – und Fragen der Anwendung des Einziehungsrechts im Jugendstrafrecht wie aufgezeigt bereits häufig durch die höchstrichterliche Rechtsprechung thematisiert und entlang der allgemeinen Einziehungsvorschriften gelöst wurden, spricht andererseits einiges dafür, eine Befassung des Gesetzgebers mit der Thematik des Jugendstrafrechts anzunehmen.<sup>43</sup> Eine richterliche Neuinterpretation des § 8 Abs. 3 S. 1 JGG liefe dann aber dem gesetzgeberischen Willen entgegen; eine darüber hinaus anzudenkende teleologische Reduktion scheidet an der Planmäßigkeit der Regelungen.<sup>44</sup> Dass die gesetzgeberische Auseinandersetzung die unbefriedigende Entscheidung zur Folge hatte, keine Spezialregelung für das Jugendstrafrecht vorzusehen, mag schwer verständlich sein – dennoch ist sie von der gerichtlichen Praxis zu respektieren.<sup>45</sup>

<sup>35</sup> BGH NJW 2009, 2755, 2756, s.a. BGH BeckRS 2009, 11321, Rn. 8.

<sup>36</sup> BGHSt 51, 65, 72 = NJW 2006, 2500, 2501, Rn. 17.

<sup>37</sup> Vgl. auch BGH NSTZ-RR 2018, 241, 242 zur Ablehnung einer analogen Anwendung des § 459g StPO im Erkenntnisverfahren.

<sup>38</sup> BGH NSTZ 2011, 270, 271, Rn. 8; vgl. a. BGH NZWiSt 2019, 360, 362; Eisenberg/Kölbl/Kölbl, § 8 JGG Rn. 4.

<sup>39</sup> BT-Drucks. 18/11640, S. 67.

<sup>40</sup> Anm. Eisenberg z. BGH NSTZ 2019, 221, 222; ähnlich Berberich/Singelstein StV 2019, 505, 507; Schady/Sommerfeld ZJJ 2018, 219, 226.

<sup>41</sup> AG Rudolstadt ZJJ 2018, 63, 65.

<sup>42</sup> Zu dem daraus möglichen Erst-Recht-Schluss s. Schumann NK 2020, 171, 178.

<sup>43</sup> So auch Köhler NSTZ 2018, 730, 731.

<sup>44</sup> Eckel ZJJ 2020, 265, 268; Schumann NK 2020, 171, 181 ff.; noch zum alten Recht Altenhain Anm. z. BGH NSTZ 2011, 270, 273.

<sup>45</sup> So führte der 5. Strafsenat, BGH NSTZ-RR 2020, 124, 127 (in wörtlicher Zitierung von BGH NSTZ-RR 2020, 46, 46) aus: „Die Strafgerichte sind gehalten den Gesetzgeber beim Wort zu nehmen; ihn zu korrigieren, ist ihnen verwehrt.“

Insbesondere fungiert § 2 Abs. 1 S. 1 JGG nicht als „Auffang-Unzulässigkeitsklausel“.<sup>46</sup> In diesem Sinne formulierte der BGH bereits zum alten Recht, die gesetzgeberische Entscheidung könne „nicht unter Berufung auf erzieherische Interessen unterlaufen werden“.<sup>47</sup> Dem kann freilich entgegnet werden, dass die Berücksichtigung erzieherischer Interessen über § 2 Abs. 1 JGG ebenso eine gesetzgeberische Entscheidung darstellt, die im Rahmen der Frage der Anwendbarkeit allgemeinstrafrechtlicher Normen bei § 2 Abs. 2 JGG als jugendstrafrechtliche Sonderregelung zum Tragen kommt.<sup>48</sup> Der Geltungsgehalt dieses Arguments unterlag durch die Reform der Vermögensabschöpfung jedoch keiner Veränderung, so dass die Entscheidung des Großen Senats jedenfalls als konsequent zu bezeichnen ist.

### 3. Unbefriedigende gesetzgeberische Regelung

Mit dem letzten Satz seines Beschlusses lässt der Große Senat indes deutliche Kritik an der Zweckmäßigkeit der Regelung durchklingen. Dieser Kritik ist zuzustimmen.

Vor allem Jugendliche bzw. Heranwachsende sind häufig entreichert oder vermögenslos, schließlich verfügen sie regelmäßig weder über ein eigenes Einkommen noch über eigene finanzielle Reserven.<sup>49</sup> Somit befinden sie sich üblicherweise in einer besonderen Zwangslage, wenn gegen sie die Einziehung von Wertersatz angeordnet wird. Während Erwachsenen zugemutet werden kann, diese Lage durch legale Erwerbsmöglichkeiten zu überwinden, kann dies von Jugendlichen und Heranwachsenden weitaus weniger erwartet werden: Einerseits befinden sie sich in einem Reifebildungsprozess, in dem gewisse moralische Standpunkte noch nicht herausgebildet oder gefestigt sind; andererseits sind die legalen Erwerbsmöglichkeiten Jugendlicher äußerst limitiert.<sup>50</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es angebracht, den Jugendgerichten jedenfalls bei Entreichung des Betroffenen bereits bei der Wertersatzeinziehungsanordnung ein Ermessen einzuräumen, um je nach Entwicklungsgrad des Täters bewerten zu können, ob den erzieherischen Zielen, insbesondere der Förderung der Legalbewährung, im Einzelfall durch die Anordnung der Einziehung oder durch deren Unterlassen am besten nachgekommen werden kann.<sup>51</sup>

Dies gilt umso mehr, als der tragende Grund der Verschiebung der Härtefallregelung in das Vollstreckungsrecht hier nicht gleichermaßen greift wie im Erwachsenenstrafrecht. So führt der Regierungsentwurf aus, Ziel der Änderung sei es, „Vermögenswerte des Täters oder Teilnehmers, die bis zum Urteil unentdeckt geblieben sind, nachträglich im Strafvollstreckungsverfahren abzuschöpfen“<sup>52</sup> und damit Abschöpfungslücken zu schließen.<sup>53</sup> Da Jugendliche aber regelmäßig eine weitaus überschaubarere Vermögenssituation und -entwicklung haben als Erwachsene, sind die Feststellungen hierzu erheblich leichter, so dass eine Überlastung der Hauptverhandlung durch eine ausufernde Erörterung der Vermögenslage<sup>54</sup> nicht zu befürchten ist.

Zudem ist insbesondere im Kontext des Jugendstrafrechts die durch § 459g Abs. 5 S. 2 StPO gewährte Möglichkeit der Wiederaufnahme der Vollstreckung problematisch. Demnach kann die Vollstreckung, nachdem von ihr abgesehen wurde, wieder aufgenommen werden, wenn nachträglich Umstände bekannt werden oder eintreten, die der Anordnung des Unterbleibens entgegengestanden hätten. Bis zum Ablauf der für Jugendliche maximal 20-jährigen (§ 79 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, Abs. 5 S. 1, Abs. 3 Nrn. 2 bis 4 StGB, § 18 Abs. 1 S. 1 und 2 JGG), für Heranwachsende maximal 25-jährigen Vollstreckungsverjährung (§ 79 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, Abs. 5 S. 1, Abs. 3 Nrn. 1 bis 4 StGB, §§ 18 Abs. 1, 105 Abs. 3 JGG) ist damit insbesondere auch die Durchführung der in § 459g Abs. 3 StPO genannten strafprozessualen Untersuchungsmaßnahmen beim Einziehungsadressaten zulässig. Dies erscheint angesichts der durch das JGG angestrebten Resozialisierung des Jugendlichen oder Heranwach-

<sup>46</sup> Schady/Sommerfeld ZJJ 2018, 219, 222.

<sup>47</sup> BGH NStZ 2011, 270, 271, Rn. 8; s.a. MüKo-StGB/Laue, § 6 JGG Rn. 8.

<sup>48</sup> Siehe Schady/Sommerfeld ZJJ 2018, 219, 222, 224 m.w.N.

<sup>49</sup> Reitemeier, ZJJ 2017, 354, 361.

<sup>50</sup> Berberich/Singelstein StV 2019, 505, 507; Eckel ZJJ 2020, 265, 269.

<sup>51</sup> Eisenberg/Kölbl/Kölbl, § 6 JGG Rn. 12; Eckel ZJJ 2020, 265, 266.

<sup>52</sup> Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung v. 08.07.2016, S. 64 f.

<sup>53</sup> S.a. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung v. 08.07.2016, S. 53.

<sup>54</sup> Vgl. Köhler/Burkhard NStZ 2017, 665, 674; Bach NZWiSt 2019, 214, 215.

senden durchaus fragwürdig,<sup>55</sup> wengleich bei der – durch den Jugendrichter zu treffenden (§ 82 Abs. 1 JGG) – Entscheidung über die Wiederaufnahme erzieherische Belange berücksichtigt werden können (und sollten).<sup>56</sup>

Nach alledem ist ein neuerliches gesetzgeberisches Tätigwerden zur effektiven Durchsetzung des Erziehungsgedankens im Zusammenhang mit Einziehungsfragen erforderlich. Dabei sollte (im JGG) eine Regelung implementiert werden, die dem Gericht bereits für die Anordnung der Wertersatzentziehung im Erkenntnisverfahren ein Ermessen einräumt.<sup>57</sup>

Diesbezüglich stellte der Gesetzgeber – bezugnehmend auf die „Abstimmungen“ zwischen den Strafsenaten – immerhin bereits in Aussicht, „die Notwendigkeit jugendstrafrechtlicher Modifizierungen“ im Rahmen eines umfassenden Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des JGG zu prüfen.<sup>58</sup> Nachdem die „Abstimmungen“ mit der Entscheidung des Großen Senats nunmehr abgeschlossen sind, wäre es Zeit für den Gesetzgeber, in diese Prüfung einzusteigen.

#### 4. Änderung des § 459g Abs. 5 StPO

Angesichts der gesetzgeberischen Tendenzen im Zusammenhang mit dem Einziehungsrecht erscheint die Implementierung einer Ermessensvorschrift indes eher unwahrscheinlich. So unterlag § 459g StPO erst kürzlich (zum 01.07.2021, nachdem die Vorschrift zuletzt zum 29.12.2020 angepasst worden war) einer neuerlichen Änderung.<sup>59</sup> Von dieser war neben den Abs. 3 und 4 insbesondere Abs. 5, d.h. die in das Vollstreckungsverfahren umgesiedelte Härtefallregelung, betroffen:

In seiner bis zum 30.06.2021 geltenden Fassung sah Abs. 5 S. 1 noch vor, dass die Vollstreckung der Einziehung auf Anordnung des Gerichts zu unterbleiben habe, „soweit der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist oder die Vollstreckung sonst unverhältnismäßig wäre“. Diesbezüglich nahm der BGH<sup>60</sup> – entgegen mancher Stimmen aus der Literatur<sup>61</sup> – eine obligatorische Anordnung des Unterbleibens der Vollstreckung durch das Gericht an. Mit diesem Verständnis ging die Härtefallregelung des § 459g Abs. 5 StPO a.F. hinsichtlich der Berücksichtigung einer Entreicherung (wengleich freilich erst auf Ebene der Vollstreckung) sogar weiter als die des § 73c StGB a.F., welche dem Gericht lediglich ein Ermessen eröffnete, von der Verfallsentscheidung abzusehen. Damit sei – so der BGH zur zwischenzeitlichen Rechtslage – die Regelung gegenüber der alten Rechtslage für den Angeklagten sogar teilweise „vorteilhaft“. <sup>62</sup> Auch das BVerfG führte als Argument für die Verneinung der Strafeigenschaft der reformierten §§ 73 ff. StGB aus: „Der weitgehende Verzicht auf eine Prüfung der Entreicherung des Einziehungsbetroffenen sowie auf eine etwaige Unbilligkeit der Einziehung im Erkenntnisverfahren wird durch die Nachholung der entsprechenden Prüfung im Vollstreckungsverfahren gemäß § 459g Abs. 5 StPO hinreichend kompensiert.“<sup>63</sup>

Durch die nunmehr erfolgte Änderung des § 459g Abs. 5 wurde dieser kompensatorische Charakter jedoch beschnitten.<sup>64</sup> So wurde die Entreicherung als ausdrücklicher Grund für ein Absehen von der Vollstreckung gestrichen, so dass die Norm ein Absehen nunmehr allein aus Gründen der Unverhältnismäßigkeit erlaubt. Zwar war die Entreicherung zuvor ohnehin als Unterfall der Unverhältnismäßigkeit ausgestaltet, so dass die Änderung sich auf den ersten Blick als bloße Verschlankung des Gesetzestextes interpretieren ließe. Die Gesetzesbegründung spricht indes eine andere Sprache. So sei die „pauschale und zwingende gesetzliche Einordnung“ der Entreicherung als Fall der Unverhältnismäßigkeit „zu weitge-

<sup>55</sup> BGH BeckRS 2020, 18436, Rn. 38.

<sup>56</sup> BGH NStZ-RR 2020, 124, 126; *Eckel* ZJJ 2020, 265, 267.

<sup>57</sup> Dies auch fordernd *Schady/Sommerfeld* ZJJ 2018, 219, 227; s.a. die konkreten Formulierungsvorschläge bei *Eckel* ZJJ 2020, 265, 268 ff.

<sup>58</sup> BR-Drucks. 57/21, S. 37 f.

<sup>59</sup> Durch das Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 25.06.2021, m.W.v. 01.07.2021, BGBl. I 2021, 2099, 2106.

<sup>60</sup> BGH wistra 2018, 427 f.; BGH NStZ-RR 2018, 241, 242 f.; BGH NStZ-RR 2019, 22, 23.

<sup>61</sup> KK-StPO/AppI, 8. Aufl. 2019, § 459g StPO Rn. 17 m.w.N.

<sup>62</sup> BGH wistra 2018, 427 f.

<sup>63</sup> BVerfG wistra 2021, 193, 196, Rn. 121.

<sup>64</sup> Für *Meißner* StraFo 2021, 266, 271 mutet diese Änderung – sehr treffend – an, als hätte der Gesetzgeber „sprichwörtlich an dem Ast gesägt, auf dem [er] sitzt.“

hend“ und widerspreche der „Zielsetzung, durch Straftaten erlangtes Vermögen effektiv abzuschöpfen“. <sup>65</sup> Einer Privilegierung von Straftätern oder bösgläubigen Drittbegünstigten, die das Erlangte schnell verbrauchen, solle entgegengewirkt werden. Die Wertersatzeinziehung nach § 73c StGB sei im Falle der Entreicherung somit nur unter „besonderen Umständen“, beispielsweise „weil dem Einziehungsadressaten das Erlangte auf schicksalhafte und nicht von ihm zu vertretende Weise (etwa infolge schwerer Krankheit) verlustig gegangen ist“, unverhältnismäßig. <sup>66</sup> Dem Übermaßverbot werde bereits durch die Pfändungsschutzvorschriften ausreichend Rechnung getragen.

Dies kann nicht überzeugen. Denn sofern das Erlangte weder gegenständlich noch als Surrogat im Vermögen des Einziehungsadressaten vorhanden ist („Verarmung“) bedarf es nicht der Vollstreckung einer Einziehungsanordnung, um ihm aufzuzeigen, dass Straftaten sich nicht lohnen. <sup>67</sup> Die Vollstreckung in nicht vorhandenes Vermögen wirkt vielmehr desozialisierend und demotivierend und ist somit mit dem Resozialisierungsanspruch des Strafrechts – und insbesondere des Jugendstrafrechts – nicht vereinbar. <sup>68</sup>

Wenngleich ein Absehen von der Vollstreckung nunmehr also schwerlich (allein) auf eine Entreicherung des Jugendlichen oder Heranwachsenden gestützt werden kann, sollte der Jugendrichter (als Vollstreckungsleiter gemäß §§ 82, 110 JGG) im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 459g Abs. 5 S. 1 StPO umso stärker auf spezialpräventiv erzieherische Überlegungen abstellen. <sup>69</sup>

## 5. Fazit

Die Entscheidungen des 1. Strafsenats und des Großen Senats für Strafsachen zeigen jeweils bedenkenswerte Argumente für und gegen ein Ermessen bei der Wertersatzeinziehung im Jugendstrafrecht auf. Im Ergebnis ist die Linie des Großen Senats mit Blick auf die Rechtsprechung zur alten Rechtslage konsequent. Zu hoffen bleibt jedoch, dass die vom Großen Senat geäußerte Kritik an der von ihm bestätigten Rechtslage nicht verhallt. Eine (neuerliche) gesetzgeberische Auseinandersetzung mit den Besonderheiten des Jugendstrafrechts ist geboten – insbesondere mit Blick auf die kürzliche Änderung des § 459g Abs. 5 S. 1 StPO und der damit einhergehenden Verschärfung der Entreicherungsfälle.

<sup>65</sup> BT-Drucks. 19/27654, S. 111.

<sup>66</sup> BT-Drucks. 19/27654, S. 112.

<sup>67</sup> Bittmann wistra 2021, 257, 259; BeckOK-StPO/Coen, 40. Ed. 01.07.2021, § 459g StPO Rn. 25.

<sup>68</sup> Bittmann wistra 2021, 257, 259.

<sup>69</sup> Zur Möglichkeit der Einbeziehung spezialpräventiver Aspekte im Rahmen des § 459g Abs. 5 S. 1 StPO: BGH NStZ-RR 2020, 124, 125; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, 62. Aufl., § 459g StPO Rn. 13a; BeckOK-StPO/Coen, 40. Ed. 01.07.2021, § 459g StPO Rn. 30; Schumann NK 2020, 171, 179 f.

## Strafprozessrecht

Rechtsanwalt Dr. Max Schwerdtfeger, Ref. iur. Paul Peters, Düsseldorf

# Besprechung von OLG Koblenz, Beschluss vom 30. März 2021, Az.: 5 Ws 16/21

## Vorhergehend:

**LG Koblenz, Beschluss vom 23. Juni 2020, Az.: 4 KLS 2050 Js 45429/18**

**LG Koblenz, Beschluss vom 1. Dezember 2020, Az.: 4 KLS 2050 Js 45429/18**

## Amtliche Leitsätze:

1. Die Durchsicht beschlagnahmter Papiere bzw. elektronischer Speichermedien ist gemäß § 110 Abs. 1 StPO Aufgabe der Staatsanwaltschaft und auf deren Anordnung ihrer Ermittlungspersonen, nicht der Verteidigung. Zu Beweisstücken im Sinne des § 147 Abs. 1 StPO werden im Rahmen der Durchsichtung vorläufig sichergestellte Datenträger bzw. Schrift-