

3 Geldbuße

3.1 Geldbuße gegen den Täter – § 17 OWiG

Die Vorschrift des § 17 OWiG findet ausschließlich auf den Bußtäter Anwendung und enthält die Kriterien, nach denen im Ordnungswidrigkeitenrecht eine Geldbuße gegen natürliche Personen verhängt werden darf. Abgesehen von den in Absatz 1 genannten Mindest- und Höchstbeträgen des Bußgeldes, bestimmt Absatz 3 die Grundlagen für die Zumessung der Geldbuße im Einzelfall. Sie hängt ab von der Bedeutung der Ordnungswidrigkeit, der Art des Vorwurfs, die den Täter trifft, sowie dessen wirtschaftlichen Verhältnissen.

Die Regelung des § 17 OWiG dient demnach im Gegensatz zur Geldstrafe im Strafrecht auch dazu, den Vermögensvorteil des Täters aus der Begehung der Ordnungswidrigkeit abzuschöpfen (Nettoprinzip). Demnach übernimmt die Geldbuße zugleich die Funktion der Gewinnabschöpfung.

Dem Täter soll ein aus der Ordnungswidrigkeit vermögensrechtlich erlangter Vorteil nicht belassen werden.¹ Grundsätzlich fehlt der Geldbuße das mit der Kriminalstrafe notwendig verbundene Unwerturteil. Da es nicht Zweck der Geldbuße ist, eine Tat zu „sühnen“, d. h. einen Ausgleich für sozialeschuld herbeizuführen, ist es insofern auch unbedenklich, dass die Geldbuße auch die Funktion der Gewinnabschöpfung übernimmt, wie dies in § 17 Abs. 4 OWiG bestimmt ist.² (BT-Drs. 10/318, S. 36 – Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität).

Nach dem Nachweis der Tatbestandsmäßigkeit, der Rechtswidrigkeit und Vorwerfbarkeit der Ordnungswidrigkeit wird gemäß § 17 Abs. 4 OWiG beim Täter die Abschöpfung des erlangten wirtschaftlichen Vorteils als Geldbuße verhängt, d. h. Geldbuße und Gewinnabschöpfung erscheinen in einer Summe als Geldbuße im Bußgeldbescheid. Dabei bestimmt der wirtschaftliche Vorteil, den der Täter aus der Tat erlangt hat, im Regelfall die untere Grenze der Geldbuße³. Zumindest aus den Akten zum Bußgeld-

1 Vgl. *Brenner*, Gewinnabschöpfung, das unbekannte Wesen im Ordnungswidrigkeitenrecht, NSTZ 1998, 557; *Göhler*, Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 16. Aufl. 2012, § 17 Rn 37.

2 BT-Drs. 10/318, S. 36 – Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität.

3 OLG Düsseldorf, wistra 1995, 75 f.

bescheid sollte die Berechnung, aus der sich die Abschöpfung von Vermögensvorteilen ergibt, nachprüfbar und ersichtlich sein.

Die Verbindung der Gewinnabschöpfung mit der Geldbuße dient damit grundsätzlich der Vereinfachung.

Diese Regelung kann aber nur auf eine natürliche Person zutreffen, die eine Bußtat – in rechtswidriger und vorwerfbarer Weise – als Alleintäter oder als Beteiligter (§ 14 OWiG) mit eigener „illegaler Gewinnbeteiligung“ begangen hat. Fällt der wirtschaftliche Vorteil einer anderen natürlichen Person zu, kommt § 17 Abs. 4 OWiG beim Täter nicht zum Zuge. Da in diesen Fällen die Festsetzung einer Geldbuße gegen die erlangende Person ausscheidet, muss ihr der wirtschaftliche Vorteil belassen bleiben, obwohl sie ihn rechtswidrig erlangt hat.

Füllt die Bußtat die Kassen einer juristischen Person (z.B. einer GmbH) bzw. erspart sich diese rechtswidrig Aufwendungen, so kann die Bußgeldbehörde den wirtschaftlichen Vorteil auch nur von der juristischen Person abverlangen. Die rechtliche Möglichkeit hierzu ergibt sich – allerdings unter hohen Voraussetzungen und daher nur in eingeschränktem Maße (siehe unten) – aus § 30 OWiG.

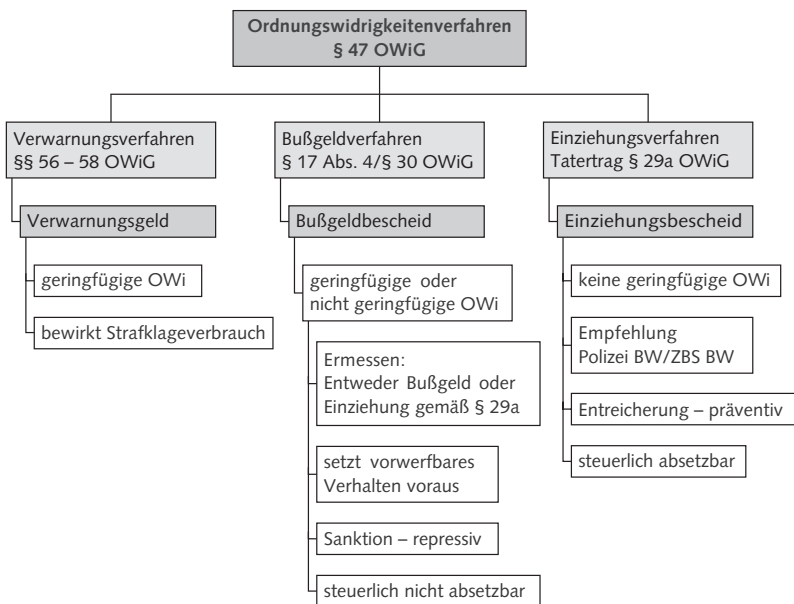


Abbildung 4

3.2 Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen – § 30 OWiG

Die Vorschrift des § 30 Abs. 1 OWiG lässt eine Geldbuße gegen juristische Personen, Personenvereinigungen und nicht rechtsfähige Vereine zu, falls ein vertretungsberechtigtes Organ oder ein Mitglied eines solchen Organs einer juristischen Person, ein Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder ein Mitglied eines solchen Vorstandes oder ein vertretungsberechtigter Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft eine Straftat oder eine Ordnungswidrigkeit begangen hat und die Pflichten, die die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind und die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte.

Nach § 30 Abs. 4 OWiG kann gegen die juristische Person bzw. Personenvereinigung selbstständig ein Bußgeld auch dann festgesetzt werden, falls gegen den Täter kein Verfahren durchgeführt wird, so z.B. wegen geringer individueller Schuld oder weil er konkret nicht ermittelt werden kann. Dabei muss aber feststehen, dass er mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Täterkreis des Absatzes 1 gehört.

In den Fällen der Gewinnerzielung für juristische Personen durch deren (leitende) Angestellte besteht gemäß §§ 30, 130 OWiG die Möglichkeit, gegen diese juristische Person eine Geldbuße festzusetzen und damit die erzielten Gewinne abzuschöpfen (vgl. § 30 Abs. 3 OWiG). Gleichzeitig kann evtl. auch gegen die vorwerfbar handelnde – aber nicht bereicherte – natürliche Person ein Bußgeld verhängt werden (§§ 9, 17 OWiG).

Die 1986 modifizierte Regelung des § 30 OWiG greift aber in den Fällen nicht ein, in denen für die Zuwiderhandlung in dem Unternehmen keine zum Leitungsbereich gehörende Person, sondern Angestellte auf einer unteren Ebene verantwortlich sind.

Die Vorschrift wurde zuletzt zum 01.07.2013 verschärft:

So wurde gemäß Absatz 2 der Bußgeldrahmen (also der Sanktionsanteil) im Falle einer vorsätzlichen Straftat von 1 Mio. Euro auf 10 Mio. Euro und für eine fahrlässige Straftat von 500.000 Euro auf 5 Mio. Euro jeweils verzehnfacht. Nach Satz 3 gilt das Prinzip der Verzehnfachung, soweit das Gesetz auf § 30 OWiG verweist, auch für begangene Ordnungswidrigkeiten. Erweiternd regelt Abs. 2a für die dort genannten Fälle auch die Festsetzung einer Geldbuße gegen den oder die Rechtnachfolger.

3.3 Wirtschaftlicher Vorteil in § 17 Abs. 4, § 30 Abs. 3 OWiG

Der aus der Ordnungswidrigkeit gezogene wirtschaftliche Vorteil bestimmt für den Regelfall die untere Grenze der Geldbuße.⁴ Um diesen zu ermitteln, ist die Frage zu stellen (und zu beantworten): Wie wäre die Vermögenslage des Täters, des Beteiligten, des Unternehmens, wenn die Bußtat(en) nicht begangen worden wäre/n. Auch andere wirtschaftliche Vorteile als der Gewinn rechnen dazu, etwa die Verbesserung der Marktposition, die teilweise oder völlige Verdrängung der Konkurrenz vom Markt⁵ und der etwaige Gebrauchsvorteil.

Bei der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils findet das **Nettoprinzip** Anwendung. Der wirtschaftliche Vorteil errechnet sich grundsätzlich aus dem durch die Tatbegehung resultierenden Gewinn. Dies ist jedoch nur beim Täter selbst (§ 17 Abs. 4 OWiG) bzw. bei einer juristischen Person (§ 30 Abs. 3 OWiG) anwendbar.

In der Praxis bereitet die konkrete Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils erhebliche Schwierigkeiten, da dieser häufig durch die „gewinnmindernden“ Angaben des Täters (z.B. geleistete Aufwendungen, entstandene Kosten) nach unten gerechnet wird bzw. sogar von Angaben oder Vergleichswerten der Fachverbände abhängig ist. Entweder führt dies zu einem erheblichen Ermittlungsaufwand und/oder zu hohen Kosten bzw., wenn man hiervon absieht, zu niedrigen Geldbußen.

Ein weiteres Defizit ergibt sich aus der grundsätzlich nicht vorhandenen Möglichkeit, vorläufige Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen. Vor Erlass eines Bußgeldbescheides ist der Täter anzuhören und nach Zustellung des Bußgeldbescheides hat der Täter zwei Wochen die Möglichkeit, Einspruch einzulegen (§ 67 OWiG). In dieser Zeit und für den Fall des Einspruchs bis zu einer gerichtlichen Entscheidung kann der Bußgeldbescheid nicht (vorläufig) vollstreckt werden. Der Täter hat also genügend Zeit, etwaige Vermögenswerte beiseite zu schaffen oder sich z.B. ins Ausland abzusetzen. Einzig unter den Voraussetzungen des § 132 StPO ist die Erhebung einer Sicherheitsleistung in Höhe des zu erwartenden Bußgelds und der Verfahrenskosten möglich. Hierbei können die mitgeführten Gegenstände des Betroffenen und sein Transportmittel als Sicherheit erhoben werden. Mit Erlass des Bußgeldbescheides kann seit dem 01.07.2013 gemäß Absatz 6 zur Sicherung der Geldbuße entsprechend § 111e Abs. 2 der StPO ein Ver-

4 Brenner a.a.O., m.w.N.; OLG Düsseldorf, wistra 1995, 75 f.; OLG Karlsruhe, NJW 1974, 1883.

5 OLG Karlsruhe, NJW 1975, 793.

mögensarrest angeordnet werden (mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Urteils der Bußgeldbescheid tritt). Diese Möglichkeit betrifft lediglich den Zeitraum zwischen Erlass des Bußgeldbescheids und dessen Rechtskraft und dürfte demnach nur in speziellen Fällen mit einem überwiegenden Sicherungsbedürfnis in Betracht kommen (z. B. bei gravierenden Kartellverstößen).

Zusammenfassend ergeben sich bei der Anwendung von § 17 Abs. 4, § 30 Abs. 3 OWiG folgende Nachteile:

- Die Vorwerfbarkeit (Schuld) muss vorliegen, rechtswidriges Handeln genügt nicht,
- keine ausreichende Handhabe, wenn der Gewinn einem Dritten zufließt,
 - und der Dritte eine juristische Person ist und diese bei der Tatbegehung nicht von einem „leitenden Angestellten (Organ)“ vertreten wurde,
 - bei natürlichen Personen,
- Probleme bei der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils (Nettoprinzip),
- eingeschränkte Möglichkeiten zur vorläufigen Sicherung (Ausnahme: Sicherheitsleistung und Zeitraum nach Erlass eines Bußgeldbescheids).

4 Einziehung des Wertes von Taterträgen – § 29a OWiG

4.1 Zweck und Ziel

Die Vorschrift des § 29a OWiG wurde durch das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15.05.1986 für solche Fälle geschaffen, in denen eine Verhängung von Geldbußen nicht möglich ist oder in denen von einer Geldbuße aus Ermessensgründen abgesehen wird.

Der Grund für den § 29a OWiG liegt im Willen des Gesetzgebers, den Nutzen aus einer ordnungswidrigen Tat abzuschöpfen, um eine eventuelle Chancenungleichheit mit gesetzestreuen Mitbewerbern auszuschließen. Hierbei sollen auch solche Fälle erfasst werden, in denen zur Abschöpfung des Vermögensvorteils kein Bußgeld verhängt werden konnte (z.B. wegen mangelnder Vorwerfbarkeit oder weil der Nutznießer der Tat nicht Täter war). § 29a OWiG beugt also einer für den Gesetzgeber unbefriedigenden Gesetzeslücke vor.

Zweck und Ziel dieser Vorschrift ist es zu verhindern, dass der Täter oder ein Dritter den Vorteil aus einer begangenen Ordnungswidrigkeit behält; die Vermögenswerte, die aus der Begehung von Ordnungswidrigkeiten herrühren, sollen abgeschöpft werden.

4.2 Voraussetzungen

4.2.1 Einziehung des Wertes von Taterträgen – § 29a Abs. 1 OWiG

4.2.1.1 „Mit Geldbuße bedrohte Handlung“

Darunter versteht man eine rechtswidrige Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt, auch wenn sie nicht vorwerfbar (schuldhaft) begangen ist (§ 1 Abs. 2 OWiG).

Es sind mithin auch die Fälle erfasst, in denen es offenbleibt, ob der Täter vorwerfbar oder bei denen der Täter erkennbar nicht vorwerfbar gehandelt hat (z.B. Täter ist jünger als 14 Jahre oder geistig behindert). Bei der Vielzahl von sanktionierten Handlungen in den unterschiedlichsten Rechts-

gebieten könnten hier „sehr viele Felder beackert werden“ (z.B. Tier- und Artenschutz, Lebensmittelrecht, Wettbewerbsrecht, illegale Beschäftigung, Schwarzarbeit, Gaststättenrecht und eben auch Verstöße im Zusammenhang mit dem Güter- und Personenverkehr).

Da § 69 Abs. 3 StVZO für nahezu alle Verstöße nach der StVZO auch fahrlässiges Handeln mit Geldbuße bedroht, reicht die objektive Pflichtwidrigkeit des Handelns aus.

Problem:

Die Verjährung der mit Geldbuße bedrohten Handlung schließt auch die Anordnung der Einziehung aus (§ 31 Abs. 1 OWiG). Wird jedoch vor Ablauf der Verjährungsfrist ein selbstständiges Einziehungsverfahren eingeleitet, so wird die Verjährung hinsichtlich der Einziehung durch die dem § 33 Abs. 1 Satz 1 OWiG entsprechenden Handlungen unterbrochen (§ 33 Abs. 1 Satz 2 OWiG).

„Täter“/Betroffener ist auch ein Beteiligter (Anstifter und Gehilfe im Strafrecht), da § 14 Abs. 1 OWiG den Beteiligten dem Täter gleichstellt.

4.2.1.2 „Etwas erlangt“ = Bruttoprinzip

Die Höhe der Einziehung ist gemäß § 29a OWiG am Wert des Erlangten („etwas“) auszurichten und bestimmt sich unter Berücksichtigung des Absatz 3 (Abzug von Aufwendungen, die nicht für die Tatbegehung oder Tatvorbereitung erbracht wurden) nach dem (modifizierten) Bruttoprinzip. Erfasst wird damit jeder in Geldbeträgen messbare wirtschaftliche Wert, der für oder durch eine mit Geldbuße bedrohte Handlung erlangt wird. Darunter fallen bewegliche Gegenstände aller Art, auch Bargeld, Grundstücke, obligatorische oder dingliche Rechte, Forderungen aller Art, Zahlungsansprüche, Gebrauchsvorteile und ersparte Aufwendungen.

§ 29a Abs. 1 bis 3 OWiG wurde durch das Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzes und anderer Gesetze vom 28.02.1992 (BGBl. I S. 372) und durch die Reform der Vermögensabschöpfung zum 01.07.2017 neu gefasst. Nach dem Willen des Gesetzgebers¹ wurde 1992 durch die Gesetzesänderung nicht nur im Strafrecht (§ 73 StGB), sondern auch für das OWiG das vorher geltende Nettoprinzip (Vermögensvorteil erlangt) durch das **Bruttoprinzip**² (etwas erlangt) ersetzt, d. h. Kosten/Auf-

¹ Vgl. BT-Drs. 12/1134, S. 12f.

² BGH, Entscheidung vom 19.01.2012, Az.: 3 StR 343/11.

wendungen, die der Betroffene/Begünstigte hatte, durften nicht berücksichtigt oder abgezogen werden. Seit Juli 2017 gilt das in modifizierter Form fort; demnach dürfen Aufwendungen nur unter den in Absatz 4 genannten Voraussetzungen abgezogen werden.

Die gleichartige Verwendung der Formulierung „etwas erlangt“ in § 73 StGB und in § 29a OWiG erfordert ihre einheitliche Auslegung, weil der Gesetzgeber mit der Änderung beider Bestimmungen ausdrücklich dasselbe Ziel verfolgt³. Korrektiv ist der Opportunitätsgedanke, der im Ordnungswidrigkeitenrecht gilt.

„Erlangt“ ist, was in irgendeiner Weise dem Täter oder einem Dritten wirtschaftlich zu Gute kommt; dies setzt zumindest faktische Verfügungsgewalt über die Sache oder das Recht oder von Teilen voraus:

Durch die Tat/Handlung erlangt:

Das neue Tatbestandsmerkmal „durch“ hat das Wort „aus“ ersetzt. Eine Einschränkung soll damit nicht verbunden sein, im Gegenteil. „Durch“ beschreibt einen rein tatsächlichen Kausalzusammenhang zwischen der Erwerbstat (Verwirklichung des Tatbestandes) und dem Vermögenszufluss (der Bereicherung). Alles, was in ursächlicher Weise auf der Tatausführung beruht, soll hiernach umfasst sein. Der notwendige Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn die Begehung der rechtswidrigen (Erwerbs)Tat nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg (die Bereicherung) entfiehe, sog. *conditio sine qua non*-Formel. Im Falle ersparter Aufwendungen (z. B. bei der illegalen Entsorgung von Altöl) ist der Kausalzusammenhang zwischen der rechtswidrigen (Erwerbs)Tat und dem erlangten Etwas (der Kostenersparnis für das legale Entsorgen) dann gegeben, wenn die (unterlassene) pflichtgemäße Handlung (legale Entsorgung) nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass die im Vermögen manifestierte Bereicherung (ersparte Kosten) entfiehe.

Für die Tat/Handlung erlangt:

Vermögensvorteile, die der Geber dem Täter als Entgelt vor oder nach der Tatausführung gewährt.

³ BayObLG, wistra 1997, 317; vgl. auch OLG Celle (RTL-Entscheidung), NStZ 1997, 554 ff.; Hanseatisches OLG Hamburg, wistra 1997, 72, 74)

4.2.1.3 „Unmittelbarkeit“ (faktisch entfallen seit dem 01.07.2017)

Vor der Reform der Vermögensabschöpfung war weiterhin eine unmittelbare Kausalbeziehung zwischen der bußgeldbedrohten Tat und dem Erlangen erforderlich. Dieses (ungeschriebene) Tatbestandsmerkmal der „Unmittelbarkeit“ bedingte, dass der durch die Anordnung des Verfalls abgeschöpfte Wert spiegelbildlich dem erzielten Vermögensvorteil entsprechen musste. Umfasst war also nur das, was zum Zeitpunkt der Tatvollendung erlangt war. Entscheidend war danach der Wert des dem Begünstigten gerade (unmittelbar) durch die Ordnungswidrigkeit zugeflossenen Vermögenszuwachses oder der Wert der durch die Tat ersparten Aufwendungen.

Vermögensvorteile, die erst nach Vollendung des Tatbestandes (z. B. Werklohn- oder Provisionszahlungen im Anschluss an Korruptionstaten) oder durch den Einsatz des ursprünglich Erlangten erst nachträglich erzielt worden sind, unterlagen daher nicht dem Verfall (z. B. Nutzungen, Mieten, Pachten, etc.).

Der Gesetzgeber hat mit der Einfügung des Wortes „durch“ (bisher aus) und dem damit verbundenen Bekenntnis zu einer weit gefassten Kausalität, das „Unmittelbarkeitskriterium“ gekippt und damit den unsäglichen Rechtsstreit (die BGH-Senate legten die Unmittelbarkeit sehr unterschiedlich aus) faktisch beendet.

Bestimmung des Wertes des „erlangten Etwas“ nach § 29a Abs. 3 OWiG

Die Vorschrift entspricht weitgehend dem Regelungsgehalt des § 73d Abs. 1 StGB und ist als Korrektiv zum Wegfall des Unmittelbarkeitskriteriums anzusehen. Der Gesetzgeber verfolgt mit der reformierten Bestimmung des „erlangten Etwas“ (und seines Wertes) das Ziel, die unterschiedlichen Lösungsansätze der BGH-Senate zusammenzuführen. Nach dem 1. Schritt (was ist der tatsächliche (Geld)Wert des ursprünglich erlangten Etwas – § 29a Abs. 1 OWiG) – ist in einem 2. Schritt die normative Wertbestimmung nach Absatz 3 vorzunehmen. Die Frage lautet dabei: Muss der (Geld)Wert des erlangten Etwas nach Absatz 3 aufgrund wertender Gesichtspunkte durch einen Abzug für Aufwendungen konkretisiert werden?

Aufwendungen in diesem Sinne können nur solche sein, die in einem zeitlichen und inneren (sachlichen) Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Verhalten und der darauf beruhenden Bereicherung stehen. Ist dies der

Fall, können nunmehr die Aufwendungen in Abzug gebracht werden, die nicht zur Tatbegehung bzw. zur Tatvorbereitung (inkl. Tatplanung) erbracht wurden. Man spricht insofern von einem konkretisierten (oder auch modifizierten) Bruttoprinzip. Dieser Aufwendungsabzug ist insbesondere bei fahrlässig begangenen Ordnungswidrigkeiten von großer Bedeutung, denn wer lediglich fahrlässig einen Verstoß begeht, erbringt Aufwendungen eben gerade nicht bewusst zur Tatbegehung bzw. Tatvorbereitung. Dies könnte insbesondere in Fällen eine Rolle spielen, in denen der Fahrer eines überladenen Lkw sich dahingehend einlässt, er habe nur fahrlässig gehandelt (z. B. nichts von der Überladung gewusst) und demnach die Aufwendungen abzuziehen und nur der Gewinn abzuschöpfen wären. Dem könnte dann allerdings gegebenenfalls die Bösgläubigkeit des betroffenen Unternehmers bzw. des Unternehmensverantwortlichen entgegengehalten werden, was bei falscher Disposition in der Regel der Fall sein wird.

Der Wegfall des Unmittelbarkeitskriteriums wirkt sich erheblich auf alle Rechtsverstöße aus, die im Zusammenhang mit Handlungen und gewerblichen Tätigkeiten stehen, die eine behördliche Genehmigung voraussetzen (z. B. Schwertransporte, Überladung, Sonntagsfahrten). Hierbei lässt sich grundsätzlich sagen: Die Rechtsprechung zum präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt bzw. zum repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt⁴ dürfte überholt sein, Unabhängig davon, ob es sich um ein präventives oder repressives Verbot handelt, erlangt der Betroffene aus der unerlaubten Handlung stets den jeweiligen Fuhrlohn, nicht jedoch die ersparten Aufwendungen für eine (nicht beantragte) Genehmigung. Dies gilt auch für die erst kürzlich vom BGH entschiedene Problematik des ausländischen Streckenanteils, denn unabhängig davon, ob der Spediteur sich im Ausland korrekt verhalten hat, hat er jedenfalls durch den in Deutschland begangenen Verstoß den Fuhrlohn erlangt.

4.2.1.3.1 Ausübung einer lediglich anmelde- bzw. anzeigepflichtigen Tätigkeit

Verstoß hiergegen gemäß § 14 Abs. 1 GewO: Unmittelbar erlangt sind nicht die erzielten Einnahmen aus dem Gewerbe (z. B. gewerbliche ebay-Verkäufe), sondern lediglich die Kostenersparnis für die Gewerbeanmeldung.⁵

4 OLG Celle, Az.: 322 SsBs 108/13.

5 LG Tübingen, Entscheidungen vom 10.08.2006, Az.: 1 Qs 183 und 195/06.

4.2.1.3.2 Ausübung/Ausführung eines/r genehmigungspflichtigen Gewerbes/Handlung

Beispiele:

Ausübung eines Speditionsgewerbes, Durchführung eines Schwertransportes, Transporte an Sonn- und Feiertagen

Empfehlenswert ist hierbei zunächst zu unterscheiden, ob die materiell-rechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen, eine Genehmigung also erteilt werden könnte bzw. nachträglich sogar erteilt wurde, oder ob die materiell-rechtlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, eine Genehmigung also nicht erteilt worden wäre bzw. erteilt werden kann (z.B. wegen Unzuverlässigkeit, mangels bestimmter Nachweise, Fähigkeiten, etc.).

Fehlende Genehmigungsfähigkeit

In einem solchen Falle liegt das Erlangte im Zahlungsanspruch gegenüber dem Vertragspartner (z.B. des Auftraggebers) bzw. im Falle der erfolgten Zahlung in den (Brutto-)Einnahmen aus der Vertragserfüllung. Die Durchführung der nicht genehmigungsfähigen Handlung führt aus dem schuldrechtlichen Vertrag unmittelbar zu einem Zahlungsanspruch. Keinesfalls wäre hier lediglich auf die ersparten Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Genehmigungsverfahren abzustellen. Zur Frage, ob und in welchem Umfang erbrachte Aufwendungen im Sinne des § 29a Abs. 3 OWiG abgezogen werden können, liegen noch keine Erfahrungen vor. Hier wird die zukünftige Rechtsprechung Klarheit bringen.

Vorliegende Genehmigungsfähigkeit

Hier war sich die (straferichtliche) Rechtsprechung bislang nicht einig. Während das LG Münster⁶ im Fall des Betreibens einer genehmigungsfähigen Biogasanlage sich auf den Standpunkt stellt, unmittelbar erlangt wären lediglich die ersparten Kosten für das Genehmigungsverfahren (im konkreten Fall 20.000 Euro), nicht jedoch die Einnahmen (ca. 1 Mio. Euro), die in dem Zeitraum erwirtschaftet wurden, in dem die Anlage ohne Genehmigung betrieben wurde (was eine mit Geldbuße bedrohte Handlung darstellt), sieht das Hanseatische OLG (Beschluss vom 12.08.2011, Az.: 3 Ws 93/11) das unmittelbar Erlangte sehr wohl in den erzielten Umsätzen (ca. 40.000 Euro) und eben nicht nur in den ersparten Aufwendungen für das Genehmigungsverfahren (ca. 1.200 Euro). Begründet wird dies insbesondere damit, dass sich der Unrechtsgehalt der (Umwelt-)Tat in den

6 Az.: 9 Qs 6/11.

Fällen, in denen eine Anlage ohne erforderliche Genehmigung betrieben wird, obwohl die Anlage materiell-rechtlich genehmigungsfähig ist und später auch genehmigt wird, nicht im bloßen Verwaltungsunrecht erschöpft. Auch ein bloß formell rechtswidriger Anlagenbetrieb kann nämlich bereits einen ganz erheblichen Wettbewerbsvorteil mit sich bringen und zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen gegenüber Mitbewerbern führen, die vor der Inbetriebnahme ihrer Anlage das Ergebnis des ordnungsgemäß durchgeführten Genehmigungsverfahrens abwarten. Die Situation des ungenehmigten Güterverkehrs ohne Lizenz und der Durchführung eines Schwertransports ohne Genehmigung ist vor diesem Hintergrund durchaus vergleichbar. Hier ist neben der Frage der Genehmigungsfähigkeit zu klären, ob die Zeit zwischen der Beauftragung (eines Transports) und dem Fahrtantritt ausgereicht hätte, um eine Genehmigung von der Behörde zu erhalten. Außerdem sind Fakten und Hinweise zu erheben und zu dokumentieren (gegebenenfalls auch zu berechnen), die auf einen konkreten Wettbewerbsvorteil schließen lassen. Für den Fall, dass der Zeitraum ausgereicht hätte und ein Wettbewerbsvorteil nicht begründet werden kann, wären lediglich die Aufwendungen für das notwendige Genehmigungsver-

Fehlende Genehmigungen – VA nach dem Treppenmodell –

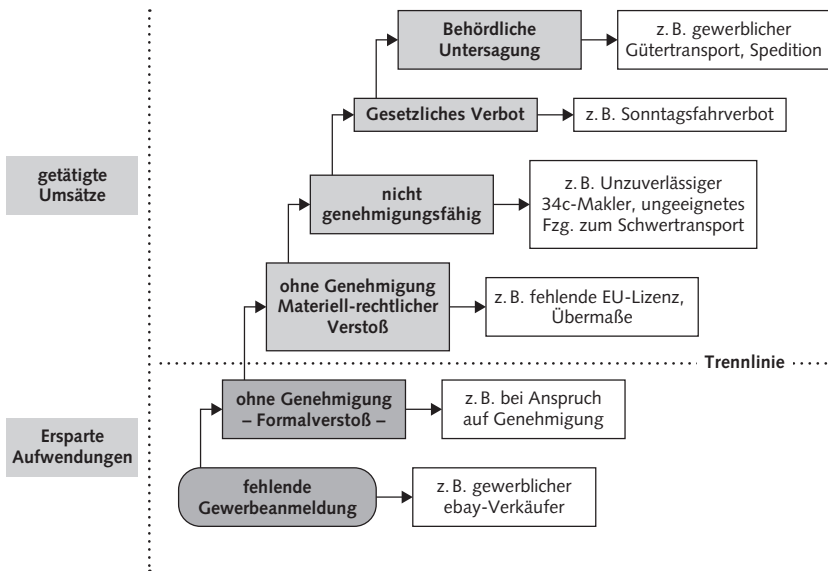


Abbildung 5

fahren und die dafür entstandenen Kosten (unmittelbar) erspart, ansonsten das komplette für den Auftrag erhaltene Frachtentgelt (Bruttoumsätze für den nicht genehmigten Transport).

Anspruch auf Genehmigung:

Der BGH hatte in einem Verfahren nach einem Verstoß gegen das Außenwirtschaftsgesetz festgestellt, dass für das Handelsgeschäft eine Genehmigung hätte erteilt werden müssen (es also nicht im Ermessen der Behörde lag, ob eine Genehmigung erteilt werden kann, sondern ein Rechtsanspruch auf Genehmigung bestand). In einem solchen Fall sind nach dem Bruttoprinzip lediglich die (ersparten) Genehmigungskosten abschöpfbar.

4.2.1.4 Rechtmäßige hypothetische Kausalverläufe

Bei der Ermittlung und Bestimmung des Taterlangens sind sogenannte „rechtmäßig hypothetische“ Kausalverläufe nicht zu berücksichtigen. Eine Aufspaltung einer Überladungsfahrt in einen „legalen Sockel“ und eine „rechtswidrige Spitze“ zur Ermittlung des Einziehungsbetrags scheidet somit aus.⁷ Eine solche einengende Auslegung widerspräche dem vom Gesetzgeber mit dem Institut der Einziehung und der Einführung des Bruttoprinzips verfolgten Ziel, den Anreiz für gewinnorientierte Ordnungswidrigkeiten zu reduzieren und dem von der Maßnahme Betroffenen das Risiko der Korrektur irregulärer Vermögenszuordnungen zu überbürden.⁸

Es widerspräche der präventiven Funktion des § 29a OWiG, denn bei Abschöpfung nur des „Überladungsanteils“ stünde der Betroffene schlechtestenfalls so da, wie wenn er sich von Anfang an rechtmäßig verhalten hätte; der Anreiz, durch die Überladung von Fahrzeugen Kosten zu sparen und sich dadurch Vorteile gegenüber Wettbewerbern zu verschaffen, die die Vorschriften der StVZO achten, bliebe dabei erhalten.

Die Handlung, aus der die/der Begünstigte einer Überladungsfahrt etwas erlangt und an die die Berechnung der Einziehung anknüpft, liegt in der Fahrt mit Überschreitung des zulässigen Gesamtgewichts. Die Fahrt hätte in der durchgeführten Form nicht erfolgen dürfen, so dass sie als solche die „mit einer Geldbuße bedrohte Handlung“ im Sinne des § 29a OWiG darstellt.⁹

7 OLG Celle, Az.: 322 SsBs 175/11, und OLG Karlsruhe, Az.: 1 (9) SsBs 661/11.

8 BVerfGE 110, 1 ff. = NJW 2004, 2073 ff.

9 AG Pforzheim, Az.: 10 OWi 82 JS 8224/11; bestätigt durch OLG Karlsruhe, Az.: 1 (9) SsBs 661/11.