

Abschöpfung und Einziehung im Ordnungsunrecht

Ergänzende behördliche Instrumentarien zur
Bekämpfung von Ordnungswidrigkeiten

Fachtagung Tierrechtsakademie Bielefeld "Aktuelles Recht für Amtsveterinäre/innen"

14. November 2023

Referent: Prof. Dr. jur. Thomas Cirsovius, Hamburg

Grundsatz: Rechtsbruch darf keinen Gewinn bewirken.

Anerkannt bereits im Römischen Recht:

„Nullus commodum capere potest ex sua injuria propria“

Im angelsächsischen Recht: „Crime does not pay“

Im dt. mittelalterlichen Recht: „Unrecht Gut gedeiht nicht“

Verschärfter Grundsatz im Ordnungsunrecht seit 2017:

Illegales Verhalten darf sich nicht lohnen. **Für Verzicht auf Abschöpfung sind gute Gründe erforderlich** (BGBl. I S. 872).

I Abschöpfung, § 17 IV OWiG

Zusammen mit dem Bußgeld sollen **Vorteile aus der Tat abgeschöpft** werden => Die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen.

Beispiel: Agrarunternehmer Vieß hat infolge illegaler Qualzucht einen Gewinn von 40.000 € erzielt. §§ 11b I, 18 I Nr. 22, 18 IV TierSchG lassen vom Wortlaut her nur die Verhängung eines Bußgelds in Höhe von max. 25.000,- € zu. Die Ordnungswidrigkeit bliebe in diesem Fall für Vieß lukrativ und hätte keine abschreckende Wirkung. Gem. § 17 IV OWiG kann deshalb der Bußgeldrahmen um mindestens 15.000 € überschritten werden, denn aus Rechtsbruch soll kein Vorteil erwachsen.

Die Geldbuße setzt sich in derartigen Fällen aus zwei selbstständigen Bestandteilen zusammen:

- aus der Sanktion selbst (= dem Bußgeld, § 17 I – III OWiG)
- der finanziellen Einbuße (§ 17 IV OWiG).
- Beide Positionen sind zusammenzurechnen und werden im Ausspruch des Bußgeldbescheids nicht getrennt aufgeführt (§66 III OWiG).

Anm.: Nur der Richter müsste seine Ahndungsentscheidung über beide Bestandteile des Verurteilungsbetrags gem. §§ 72 IV S. 5, 46 I OWiG i. V. m. § 34 StPO begründen.

Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils

Erforderlich ist eine Saldierung, d. h.

- Vergleich der wirtschaftlichen Gesamtsituation des Betroffenen, die sich aus der Zuwiderhandlung ergeben hat

./.

- hypothetische Situation, die ohne die Zuwiderhandlung eingetreten wäre.

Ermittlungsinstrumentarien:

I ‚Klassische‘ verfahrensmäßige Beweismittel, z. B. Einlassung des Betroffenen, Sachverständigenbefragungen und/oder – gutachten, Urkunden (z. B. Steuererklärungen und -bescheide)

II Praktisch sehr wichtig: **Schätzungen**

Schätzungen der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Betroffenen allerdings nur zulässig, wenn der Betroffene

- keine oder unzureichende oder unzutreffende Angaben macht und
 - eine Ausschöpfung der Beweismittel (I) das Verfahren unangemessen verzögern würde oder
 - der Ermittlungsaufwand zur Bußgeldhöhe außer Verhältnis stünde
- <BayOblG, Urt. v. 16.05.2022 – 201 ObOwi 483/22, juris Rn. 23

- Stehen die Einkommens- und Vermögensverhältnisse hinreichend sicher fest, genügt zur Ermittlung des abzuschöpfenden Rohgewinns eine **grobe Schätzung** <BGH, Urt. v. 27.04.2022 – 5 StR 278/21, juris Rn. 27).

„Erforderlich sind jedoch – wenn auch keine überspannten Anforderungen zu stellen sind – nachprüfbare Angaben zu den tragenden Grundlagen in den Urteilsgründen“ <BGH a. a. O. mit Bezug auf BGH, Urt. v. 18.05.2017 – 3 StR 103/17, NJW 2017, 2565>

Zweifel reichen allerdings zu Gunsten des OWi-Täters. Reine Vermutungen bzgl. illegal erzielten Gewinns sind rechtswidrig, Mutmaßungen aufgrund des Berufs, der Größe des Autos u. dgl. nur in Bagatellsachen rechtens.

Umfang des abzuschöpfenden wirtschaftlichen Vorteils

Neben dem illegal erzielten Gewinn sind auch abschöpfbar

- Ersparnisse ansonsten notwendiger Kosten (z. B. Bestallungskosten)
- Gebrauchsvorteile (z. B. ersparte Sach- u. Personalkosten)
- sichere Gewinnerzielungsaussichten, verbesserte Marktpositionen (z. B. zu in- und ausländischen Abnehmern)

Abzuziehen sind

- gezahlte oder geschuldete Steuern,
- Ersatzansprüche Dritter, wenn sie bereits getilgt, unanfechtbar festgesetzt oder gewiss zu erwarten sind (z. B. Kosten für Tierarzneien, Provisionen etc.) – auch rechtlich zu missbilligende Aufwendungen (**Netto-Prinzip**)

Der Abzug der Aufwendungen **kann gleichfalls grob geschätzt** werden <OLG Frankfurt/M, Urt. v. 24.03.2023 – 3OR bs 8/23, juris LS. 1>

Vorteilsabschöpfung als Soll-Vorschrift

In der Regel sind rechtswidrig erlangte Vorteile abzuschöpfen.

- Behörde entscheidet hierüber nach ‚pflichtgemäßem Ermessen‘
- Wird nicht abgeschöpft, macht dies den Bußgeldbescheid nicht rechtswidrig.

Anerkannte Ausnahmen:

- Gravierende Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage, wenn diese nicht gerade aus Bußgeldbelastungen wegen ständiger Rechtsverstöße resultiert <BayOblG, Urt. v. 16.05.2022 – 201 ObOWi 483/22>
- Bei wirtschaftlicher Verschlechterung aus anderen Gründen kann Ratenzahlung gewährt werden, § 18 S. 1 OWiG.

Ausnahme: geringfügige OWi, s. § 17 III S. 2 OWiG

II Einziehung von Vermögensvorteilen, § 29a OWiG

1. § 17 IV OWiG wird durch das Instrumentarium der **Einziehung von Vermögensvorteilen** mittels **§ 29a OWiG** ergänzt:

Kann trotz rechtswidrig begangener Ordnungswidrigkeit gegen den Betroffenen kein Bußgeld verhängt werden, besteht dennoch die Möglichkeit, illegal erzielte Vermögensvorteile mittels sog. Einziehung abzuschöpfen.

Unterscheide: Einziehungsanordnung gegen den Täter (§ 29a I OWiG) und gegen Dritte (§ 29a II). Beide Möglichkeiten bestehen parallel.

2. Einziehungsanordnung

Anzuordnen ist die Einziehung, wenn der Täter

- den Tatbestand einer Bußgeldnorm rechtswidrig verwirklicht hat,
- jedoch keine Geldbuße gegen ihn festgesetzt wird, obwohl er aus der Tat wirtschaftliche Vorteile gezogen hat.

<instruktiv LG Tübingen, NJW 2006 S. 3447 ff>

Einziehungsvoraussetzungen:

Die tatbestandsmäßig-rechtswidrig begangenen OWi muss wie sonst festgestellt sein.
Offen bleiben kann, weshalb kein Bußgeld festgesetzt wurde.

Mögliche Gründe hierfür:

- Täter handelte **unverantwortlich** (§ 12 OWiG)
Beispiel: Minderjährigkeit, seelische Störung, Intelligenzminderung
- Täter befand sich im **unvermeidbaren Verbotsirrtum**
Beispiel: Oberregierungsrat Flusig erteilt dem Züchter die unzutreffende Auskunft, bestimmte Zuchtvorhaben seien legal.
- **Einstellung des Verfahrens gegen den Täter aus Opportunitätsgründen (§ 47 OWiG) oder infolge tatsächlicher oder rechtlicher Verfolgungshindernisse (§ 46 I OWiG i. V. m. § 170 II StPO).**
Beispiele: der Täter befand sich längere Zeit im Ausland; das Verfahren wurde wegen vormals bestehender Beweisschwierigkeiten eingestellt, der Bescheid ist bestandskräftig.

Bei **mangelndem Tatverdacht** darf selbstverständlich **keine Einziehungsanordnung** ergehen.

Einziehungsanordnungen gegen Dritte, § 29a II OWiG

Sogar gegen ‚Dritte‘ (Personen, die nicht Täter i. S. v. § 14 OWiG sind) kann die Einziehung angeordnet werden, wenn sie einen zu missbilligenden wirtschaftlichen Vorteil aus der begangenen Ordnungswidrigkeit gezogen haben.

Beispiele:

- Stallknecht Ruppig betreibt Qualzucht, sein Chef weiß angeblich nichts davon, profitiert jedoch durch erhöhten Gewinn, s. § 29a II Nr. 1 OWiG.
- Landwirt Gierig bezieht von einem Zuchtbetrieb Milchvieh, das unter Verstoß gegen § 11b TierSchG gezüchtet worden ist, s. § 29a II Nr. 2b OWiG. Die Illegalität der Züchtungen hätte er erkennen können. Gleiches gilt für die Milchprodukte vertreibende Supermarktkette Billigpreis.

Auszug aus § 29a II OWiG

Die Anordnung der Einziehung eines Geldbetrages kann sich gegen einen anderen, der nicht Täter ist, richten, wenn

1. er durch eine mit Geldbuße bedrohte Handlung etwas erlangt hat und der Täter für ihn gehandelt hat,
2. ihm das Erlangte
 - a) unentgeltlich oder ohne rechtlichen Grund übertragen wurde oder
 - b) übertragen wurde und er erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass das Erlangte aus einer mit Geldbuße bedrohten Handlung herrührt, oder
3. Das Erlangte auf ihn als a) Erbe oder b) Pflichtteilsberechtigten übergegangen ist.

Satz 1 Nummer 2 und 3 findet keine Anwendung, wenn das Erlangte zuvor einem Dritten, der nicht erkannt hat oder hätte erkennen müssen, dass das Erlangte aus einer mit Geldbuße bedrohten Handlung herrührt, entgeltlich und mit rechtlichem Grund übertragen wurde <Einfallstor für Missbrauch>

Gegenstand und Umfang der Einziehungsanordnung

Grundsätzlich unterliegt der Geldbetrag bis zur Höhe, die dem Wert des Erlangten entspricht, der Einziehung => im Grundsatz kein Unterschied zu den Abschöpfungsregelungen.

Wichtiger Unterschied jedoch: Einziehung erfolgt – abweichend von der ‚klassischen‘ Abschöpfung nach dem **Bruttoprinzip**,

s. § 29a III OWiG:

„Bei der Bestimmung des Wertes des Erlangten sind die Aufwendungen des Täters oder des anderen abzuziehen. Außer Betracht bleibt jedoch das, was für die Begehung der Tat oder für ihre Vorbereitung aufgewendet oder eingesetzt worden ist.“

Beispiel: Züchter Vieß besorgt sich von Tierarzt Dr. Gierling Tierarzneien, die die Zucht erleichtern. Dadurch kann er unter Verstoß gegen § 11b TierSchG Nutztiere züchten, die - verglichen mit tierschutzgerecht gezüchteten Tieren – ihm einen Mehrerlös von 6.000,- € erbringen. Dieser Mehrerlös kann gem. § 29a OWiG voll eingezogen werden; eine Minderung um die Kosten der Tierarzneien wäre nur bei einer Abschöpfung gem. § 17 IV OWiG angezeigt. Abzugsfähig zugunsten von Vieß sind allerdings die gewinnmindernden Futterkosten, Bestallungskosten etc., die ihm auch bei seriöser Zucht entstanden wären.

Konsequenz aus § 29a III OWiG: Die Verwaltung hat eine ‚Steuerungsmöglichkeit‘.

- Entscheidet sie sich für die Einstellung des Verfahrens (§ 47 OWiG), kann sie die weiterreichende Einziehung nach § 29a betreiben.
- Ergeht ein klassischer Bußgeldbescheid, ist neben der Erhebung des Bußgelds nur die Abschöpfung nach dem Nettoprinzip möglich.

Neben dem Gewinn ist alles ordnungswidrig Erlangte herauszugeben <BGH JR 2003 S. 335 ff.).

Die Entscheidung, ob und in welcher Höhe die Einziehung anzuordnen ist, steht allerdings im Ermessen der Verfolgungsbehörde <Opportunitätsprinzip; beachte aber: Soll-Regelung!>

Einziehungsverfahren in Fällen des § 29a OWiG

Behörde hat gestaltungstechnisch zwei Möglichkeiten:

- reguläres OWi-Verfahren, in dem von der Verhängung eines Bußgelds abgesehen, jedoch die Einziehung angeordnet wird
- alternativ: selbstständige Einziehungsanordnung, s. § 29a V OWiG

Verfahrensbestimmungen: OWiG-Regelungen analog;

Entschieden wird durch Einziehungsbescheid, s. § 87 I S. 1, III OWiG.

Zur Form s. § 66 OWiG

Gegen den Bescheid ist der Einspruch, danach das übliche Bußgeldverfahren eröffnet.