

richts abgeschnitten wurde. Im vorliegenden Verfahren macht die Rechtsbeschwerde aber keineswegs allein einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör geltend, sondern beanstandet mit der zusätzlichen Angriffsrichtung ausdrücklich zugleich einen „Verstoß gegen § 265 StPO“.

2. Die Rüge ist auch begründet, weil ein gerichtlicher Hinweis auf die Möglichkeit eines von der Schuldform des Bußgeldbescheids abweichenden Schuldspruchs wegen vorsätzlicher Verwirklichung des Bußgeldtatbestandes nach § 24 StVG i.V.m. §§ 3 Abs. 3 Nr. 2c, 49 Abs. 1 Nr. 3 StVO nicht wirksam erteilt worden ist.

a) Die Hinweispflicht gemäß § 265 Abs. 1 StPO auf eine möglicherweise veränderte rechtliche Bewertung, zu der die Annahme einer vorsätzlichen statt fahrlässigen Schuldform zählt (Meyer-Goßner/Schmitt StPO 65. Aufl. § 265 Rn 11; KK StPO/Bartel § 265 Rn 11; BeckOK StPO/Eschelbach § 265 Rn 14; MüKo StPO/Norouzi § 265 Rn 21; Göhler/Seitz/Bauer OWiG 18. Aufl. § 71 Rn 50), dient der Sicherung der umfassenden Verteidigung des Betroffenen und der Gewährleistung seines Anspruchs auf ein faires Verfahren. Die oder der Betroffene soll ihre bzw. seine Verteidigung auf den veränderten Gesichtspunkt einrichten können. Der Hinweis muss deshalb geeignet sein, dem Betroffenen Klarheit über die tatsächliche Grundlage des abweichenden rechtlichen Gesichtspunktes zu verschaffen und ihn vor einer Überraschungsentscheidung zu bewahren (BGH, Beschl. v. 20.5.2021 – 3 StR 443/20, BeckRS 2021, 25475; treffend zuletzt OLG Frankfurt, Beschl. v. 24.11.2022 – 1 Ss-OWi 1149/22).

b) Zwar erfolgte ein entsprechender ausdrücklicher Hinweis in der Hauptverhandlung vom 23.9.2022. Wird die oder der Betroffene jedoch – wie hier – von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden und nimmt weder der Betroffene noch sein Verteidiger an dieser tatsächlich teil, reicht ein Hinweis auf eine abweichend vom Bußgeldbescheid in Betracht kommende Verurteilung wegen Vorsatzes nach § 71 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 265 Abs. 1 StPO in der Hauptverhandlung nicht aus. Vielmehr ist in diesen Fällen erforderlich, dass der Hinweis schriftlich erfolgt, wozu – falls der Hinweis nicht schon vor der Hauptverhandlung erteilt wird – eine Unterbrechung oder Vertagung der Hauptverhandlung geboten ist, um dem Betroffenen und der Verteidigung innerhalb angemessener Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (st.Rspr.; vgl. u.a. OLG Bamberg, Beschl. v. 2.5.2017 – 2 Ss OWi 293/17, BeckRS 2017, 116921).

3. Der Senat kann nicht ausschließen, dass das Urteil auf dem aufgezeigten Rechtsfehler beruht (§ 337 Abs. 1 StPO).

III. Aufgrund des aufgezeigten Verfahrensfehlers kann die Entscheidung des Amtsgerichts keinen Bestand haben. Das angefochtene Urteil wird mitsamt den Feststellungen aufgehoben (§ 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG, § 353 Abs. 1 StPO) und die Sache gemäß § 79 Abs. 6 OWiG zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Amtsgericht Passau zurückverwiesen.

IV. Der Senat entscheidet durch Beschluss gemäß § 79 Abs. 5 Satz 1 OWiG.

V. Gemäß § 80a Abs. 1 OWiG entscheidet der Einzelrichter.

Nettoprinzip bei Vermögensabschöpfung

— OWiG § 17 Abs. 4

1. Das mit § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG verwirklichte Nettoprinzip gebietet es, von den durch die Tat erlangten wirtschaftlichen Zuwächsen die Kosten und Aufwendungen des Betroffenen abzuziehen. Abzugsfähig sind diejenigen Aufwendungen, die durch den Erwerbsvorgang veranlasst bzw. im unmittelbaren Zusammenhang mit der zu ahndenden Tat entstanden sind. Erforderlich sind im Rahmen einer nur groben Schätzung nachprüfbare einschlägige Angaben in den Urteilsgründen.

2. Dem Abzug steht es grundsätzlich nicht entgegen, dass die Aufwendungen zu einem rechtlich missbilligten Zweck erfolgten. Allein aus der Unzulässigkeit des Verhaltens – hier: der Überschreitung der zulässigen Länge und Höhe des Fahrzeugs – folgt noch kein Abzugsverbot. An seiner abweichenden Auslegung hält der erkennende Senat im Lichte der Rechtsprechung des 5. Strafsenats des BGH im Beschl. v. 27.4.2022 (5 StR 278/21, NZWiSt 2022, 410) nicht mehr fest (Aufgabe von OLG Frankfurt, Beschl. v. 1.3.2022 – 3 Ss-OWi 1439/21).

OLG Frankfurt, Beschl. v. 7.3.2023 – 3 ORbs 8/23

Das Regierungspräsidium legte der Betroffenen mit Bußgeldbescheid eine Geldbuße in Höhe von 2.900,00 EUR wegen zweier tateinheitlicher Handlungen des Anordnens bzw. Zulassens der Inbetriebnahme einer Fahrzeugkombination trotz Überschreitung der zulässigen Länge sowie trotz Überschreitung der zulässigen Höhe (§§ 24 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 5 StVG i.V.m. §§ 69a Abs. 5, 31 Abs. 2, 32 Abs. 1, 2, 3, 4, 31d Abs. 1 StVZO) auf. Die Betroffene erhob gegen den Bescheid einen auf die Rechtsfolge beschränkten Einspruch. Auf diesen Einspruch hin hat das AG mit Beschluss die Geldbuße in Höhe von 2.900,00 EUR bestätigt. Das OLG Frankfurt hat auf die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hin den angefochtenen Beschluss des AG aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Aus den Gründen: [...] II. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet.

1. Der Beschluss des AG hält sachlich-rechtlicher Überprüfung nicht stand. Das AG hat im Rahmen der – nach wirksamer Beschränkung des Rechtsmittels zur Prüfung des Senats stehenden – Rechtsfolgenbestimmung zu Unrecht angenommen, vom Halter gemachte Aufwendungen seien nicht in Abzug zu bringen.

a) Nach § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG soll die Geldbuße den aus der Ordnungswidrigkeit gezogenen wirtschaftlichen Vorteil übersteigen. Der Wortlaut gebietet grundsätzlich eine Saldierung. Es gilt das Nettoprinzip. In diesem Rahmen sind von den

durch die Tat erlangten wirtschaftlichen Zuwächsen die Kosten und Aufwendungen des Betroffenen abzuziehen (BGH, Beschl. v. 8.12.2016 – 5 StR 424/15, StV 2018, 43 [Ls. 2]). Maßgeblich ist ein Vergleich der wirtschaftlichen Position vor und nach der Tat (KK-OWiG/Mitsch, 5. Aufl. 2018, OWiG § 17 Rn 118).

aa) Die konkrete Abzugsfähigkeit ist dabei stets anhand des Einzelfalls zu bestimmen (BGH, Beschl. v. 27.4.2022 – 5 StR 278/21, NZWiSt 2022, 410, 414 Tz. 38 a.E.). Abzugsfähig sind unter dem Nettoprinzip diejenigen Aufwendungen, die durch den Erwerbsvorgang veranlasst bzw. im unmittelbaren Zusammenhang mit der zu ahndenden Tat entstanden sind (BayObLG, NSiZ-RR 2022, 217, 219; KK-OWiG/Mitsch a.a.O., § 17 Rn 120). Hypothetische Gewinne, etwa aus der Fortsetzung legalen Verhaltens, bleiben dabei allerdings außer Betracht, ebenso mögliche Erstattungsansprüche Dritter (BGH, Beschl. v. 8.12.2016 – 5 StR 424/15, wistra 2017, 242, 243 f. Tz. 4; Krenberger/Krumm OWiG, 7. Aufl. 2022, 30 Rn 42; KK-OWiG/Rogall a.a.O., § 30 Rn 141).

bb) Dies berücksichtigt das angefochtene Urteil nicht in dem rechtlich gebotenen Umfang, indem es die Abzugsfähigkeit der durch die Tat veranlassten Aufwendungen gänzlich versagt. Insoweit bedarf es weiterer tatrichterlicher Aufklärung. Soweit nur Feststellungen zu dem mit der Fahrt erzielten Umsatz möglich sind, ist eine darauf gestützte Berücksichtigung des mit der Fahrt insgesamt erzielten wirtschaftlichen Vorteils zulässig. Erforderlich sind im Rahmen einer groben Schätzung, an die keine überspannten Anforderungen zu stellen sind, nachprüfbar Angaben in den Urteilsgründen (vgl. zum Vorgehen BGH, Beschl. v. 27.4.2022 – 5 StR 278/21, NZWiSt 2022, 410, 413 ff. Tz. 27, 36 u. 44).

b) aa) Dem steht es grundsätzlich nicht entgegen, dass die Aufwendungen zu einem rechtlich missbilligten Zweck erfolgten. Allein aus der Unzulässigkeit des Verhaltens – hier: der Überschreitung der zulässigen Länge und Höhe des Fahrzeugs – folgt nach der vorzitierten neueren Rechtsprechung des BGH (Beschl. vom 27.4.2022 – 5 StR 278/21, NZWiSt 2022, 410, 414 Tz. 40 m. zust. Anm. Reichling/Borgel, wistra 2022, 390, 391) noch kein Abzugsverbot. An seiner abweichenden Auslegung für eine mit der hiesigen vergleichbaren Fallkonstellation im Beschl. v. 1.3.2022 (3 Ss-OWi 1439/21) hält der Senat nach erneuter Sachprüfung im Lichte der vorzitierten Rechtsprechung des 5. Strafsenats des BGH nicht mehr fest. Einen Abzug von Aufwendungen auszuschließen, soweit diese „gänzlich unzulässig“ waren, hieße, den gesetzlich bestimmten Maßstab zu verändern (BGH, Beschl. vom 27.4.2022 – 5 StR 278/21, NZWiSt 2022, 410, 414 Tz. 40 a.E.).

bb) Soweit der 2. Senat des Oberlandesgerichts (OLG Frankfurt, Beschl. v. 1.7.2019 – 2 Ss-OWi 1077/18, NSiZ-RR 2019, 323, 325) für eine andere Fallgestaltung (sog. „Überladungsfahrt“) ein solches Abzugsverbot unter normativwertenden Gesichtspunkten für Aufwendungen hat annehmen wollen, soweit diese „gänzlich unzulässig“ waren, muss

nicht entschieden werden, ob der 3. Senat dem für eine solche Konstellation zu folgen vermöchte.

(1) Jedenfalls nach Auffassung des 5. Strafsenats des BGH würde für eine solche Fallgestaltung allerdings der gesetzlich bestimmte Maßstab verändert (siehe nochmals BGH, Beschl. vom 27.4.2022 – 5 StR 278/21, NZWiSt 2022, 410, 414 Tz. 40 a.E.). Zugleich würde bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH für solche Fälle ein Wertungswiderspruch zur Regelung in § 29a OWiG in den Raum gestellt, der im Nettoprinzip des § 17 Abs. 4 OWiG nicht angelegt ist. Zudem stünde ein solches Verständnis für jene Fallgestaltungen in einem schwer auflösbaren Spannungsverhältnis zur der mit § 30 Abs. 5 OWiG gesetzlich angeordneten Alternativität des Abschöpfungsregimes nach § 29a OWiG i.V.m. §§ 73 ff. StGB in Fällen, in denen von der Verwaltungsbehörde eine Geldbuße nach § 30 Abs. 3 i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG verhängt wurde. Denn beide Nebenfolgen können nicht kumulativ angeordnet werden, soweit sie durch dieselbe Tat veranlasst sind und sich gegen dieselbe Person richten (statt Vieler BGH, Ur. v. 14.2.2007 – 5 StR 323/06, NSiZ-RR 2008, 13, 15; Thole, NZV 2009, 64, 65; BeckOK-OWiG/Meyberg, 37. Ed., Stand: 1.1.2023, § 29a Rn 11). Nur das Recht der Einziehung enthält aber von Gesetzes wegen in Verwirklichung des Bruttoprinzips ein Abzugsverbot für solche Aufwendungen, die „für die Begehung der Tat oder ihre Vorbereitung“ (§ 29a Abs. 3 S. 2 OWiG, § 73d Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StGB) eingesetzt wurden. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers (vgl. BT-Drucks 18/9525, S. 67) soll das, was in Verbotenes investiert wurde, unter dem Bruttoprinzip unwiederbringlich verloren sein. Eine derartige Berücksichtigung rechtlicher Wertungen ist dem Nettoprinzip des § 17 Abs. 4 OWiG im Umkehrschluss fremd (zutr. Meißner, NZWiSt 2022, 415, 416). Es besteht insoweit ein strenges Alternativitätsverhältnis zwischen dem mit § 17 Abs. 4 OWiG für Bußgeldfälle verwirklichten Nettoprinzip und der mit § 29a OWiG eingeführten Erweiterung durch die Einziehungsoption in anderen Fällen.

(2) Ein anderes Verständnis wäre für Fallgestaltungen, wie sie dem Beschluss des OLG Frankfurt v. 1.7.2019 – 2 Ss-OWi 1077/18 zugrunde lagen, nach der Rechtsprechung des BGH auch nicht durch den Sinn und Zweck des § 17 Abs. 4 OWiG unter Berücksichtigung der jüngeren Gesetzgebungsgeschichte veranlasst. Der Abschöpfung des Gewinns kommt zwar durch die explizite Nennung in § 17 Abs. 4 S. 2 OWiG eine wichtige – auch präventive – Funktion zu. Dies ist jedoch nicht dem reinen Beseitigen eines durch die Tat herbeigeführten rechtswidrigen Zustands nachrangig. Die Abschöpfung gemäß § 30 OWiG i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG ist keine „kleine“ Unternehmensstrafe. Vielmehr soll mit § 17 Abs. 4 OWiG lediglich in kondiktionsähnlicher Weise unabhängig von Bedeutung und Vorwerfbarkeit der Anlasstat dem Betroffenen der Vorteil aus seiner verbotenen Handlung wieder entzogen werden (Göhler-OWiG/Gürtler, 18. Aufl. 2021, § 17 Rn 37a; BeckOK-OWiG/Sackreuther a.a.O., § 17 Rn 114; a.A. KK-OWiG/Mitsch a.a.O..

§ 17 Rn 10). Nur in diesem – eingeschränkt verstandenen – Sinne sollen sich „Ordnungswidrigkeiten nicht lohnen“ (BayObLG, NSZ-RR 2022, 217, 218). Der Mangel an eigenständigen normativen Zumessungskriterien in § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG führt deshalb gerade nicht zu einer analogen Anwendung der Kriterien aus § 17 Abs. 3 OWiG. Der Wortlaut des § 17 Abs. 4 OWiG weist vielmehr aus, dass die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil übersteigen soll, den der Betroffene „aus der Ordnungswidrigkeit“ gezogen hat.

Diese Formulierung unterscheidet sich ebenfalls grundsätzlich von denjenigen des Rechts der Abschöpfung nach § 29a OWiG, §§ 73 ff. StGB unter Berücksichtigung des am 1.7.2017 (BGBl I, S. 872) in Kraft getretenen Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung. Im Zuge dieser Reform wurde die frühere Formulierung in § 73 Abs. 1 S. 1 StGB („für die Tat oder aus ihr etwas erlangt“) durch die Formulierung „durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt“ ersetzt. Auch § 29a Abs. 1 OWiG wurde – mit identischem, hier naturgemäß auf mit Geldbußen bedrohte Handlungen bezogenem Wortlaut – geändert. Eine entsprechende Änderung der Formulierung von § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG hat der Gesetzgeber hingegen gerade nicht vorgenommen. Dort ist es im Jahr 2017 bei der Formulierung „aus der Ordnungswidrigkeit“ geblieben. Dies war auch kein Redaktionsversehen oder eine sonstige Nachlässigkeit der Gesetzesverfasser (zutr. *Pasewaldt/Wick ZWH* 2022, 158, 159). Vielmehr lag eine bewusste Entscheidung zugrunde. Die gesetzgeberische Intention für die singuläre Belassung des alten Rechts im Rahmen des § 17 Abs. 4 OWiG war nach der amtlichen Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung auf BT-Drucks 18/9525, S. 55, „dass die erforderliche Kausalbeziehung zwischen der Tat und dem rein gegenständlich zu bestimmenden Erlangen sich allein nach den Wertungen des Bereicherungsrechts richtet. § 73 Abs. 1 StGB-E entspricht mit dieser Erweiterung den Vorgaben von Art. 2 Nr. 1 und Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2014/42/EU, wonach nicht nur ‚direkt‘, sondern auch ‚indirekt‘ durch eine Straftat erlangte wirtschaftliche Vorteile einzuziehen sind. Zudem reagiert der Entwurf damit auf das vom 5. Strafsenat des BGH entwickelte ‚ungeschriebene‘ (einschränkende) Tatbestandsmerkmal der ‚Unmittelbarkeit‘“.

Dass die Vorläufigkeit der Konzeption mit der in der 19. Wahlperiode nicht umgesetzten (ausf. *Jahn/Schmitt-Leonardy*, Der Konzern 2021, 349, 351; *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, DRiZ 2018, 342) Einführung eines kohärenten Gesamtkonzeptes zur Unternehmenssanktionierung zusammenhängen dürfte, liegt nahe. Besondere Bedeutung kommt dabei der Äußerung von Korte (NZWiSt 2018, 393, 398) zu, nach der „das geltende Recht ... über die Verweisung in § 30 Abs. 3 OWiG auf § 17 Abs. 4 OWiG als Zumessungskriterium [kennt], dass die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen soll. Es dürfte sich allerdings

im Rahmen einer Reform des Unternehmenssanktionenrechts anbieten, Sanktion und Vermögensabschöpfung zu trennen“.

(3) Bis zu dem – derzeit unabschbaren – Zeitpunkt, in dem ein solcher Reformplan im Rahmen einer Gesamtkonzeption der Unternehmenssanktionen ins Werk gesetzt würde, verbleibt es auf Grundlage des geltenden Rechts bei dem mit § 17 Abs. 4 OWiG verwirklichten Nettoprinzip. Eine Korrektur dieser Entscheidung bleibt allein dem Gesetzgeber vorbehalten.

III. Aufgrund der sachlich-rechtlichen Beanstandung bei der Rechtsfolgenbestimmung ist auf die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hin das angefochtene Urteil aufzuheben und zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an eine Abteilung des AG zurückzuverweisen.

Mitgeteilt vom 3. Strafsenat/Senat für Bußgeldsachen
des OLG Frankfurt

Verkehrsverwaltungsrecht

Fahrtenbuch; Geschwindigkeitsmessung mit einem standardisierten Messverfahren; Zugang zu Rohmessdaten; Fortsetzungsfeststellungsbegehren nach Befolgung der Anordnung

— StVZO § 31a Abs. 1 S. 1; VwGO §§ 113 Abs. 1 S. 4, 144 Abs. 4

1. Wird eine Fahrtenbuchanordnung auf die mit einem standardisierten Messverfahren ermittelte Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit gestützt, muss das Ergebnis der Geschwindigkeitsmessung von Amts wegen nur überprüft werden, wenn der Adressat der Anordnung plausible Anhaltspunkte für einen Messfehler vorträgt oder sich solche Anhaltspunkte sonst ergeben.

2. Wendet sich der Adressat einer Fahrtenbuchanordnung gegen die Verwertbarkeit der Geschwindigkeitsmessung mit einem standardisierten Messverfahren, kann er sich nicht mit Erfolg auf die Verweigerung des Zugangs zu bei der Bußgeldstelle gespeicherten Daten berufen, wenn er nicht seinerseits alles ihm Zumutbare unternommen hat, um den gewünschten Zugang von der Bußgeldstelle zu erhalten.

BVerwG, Urt. v. 2.2.2023 – 3 C 14.21

Der Kl., gegen den die Anordnung ergangen war, ein Fahrtenbuch zu führen, begehrt nach deren Erledigung die Feststellung, dass die Anordnung rechtswidrig war. Im Dezember 2018 wurde auf der BAB A 8 mit einem mobilen Lasermessgerät des Typs VITRONIC Poliscan FM 1 gemessen, dass mit dem auf den Kl. zugelassenen Pkw die dort zulässige Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h um 41 km/h (nach Toleranzabzug) überschritten wurde. Der Fahrer des Fahrzeugs konnte nicht festgestellt werden. Daraufhin gab der Bekl. dem