

**Fortsetzung aus KM 143 – Verstöße gegen die Transporterlaubnis nach § 29 Abs. 3 StVO**

# Die Einziehung: staatliche Übelszufügung durch Enteignung



Bild: studio v-zwoelf/AdobeStock

Die Werteinziehung von Taterträgen nach § 29a OWiG dient der Abschöpfung von wirtschaftlichen Vorteilen, die der Täter oder ein anderer aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat. Diese Abschöpfung erfolgt zwar im Regelfall bereits mit der Zumessung der Geldbuße über § 17 Abs. 4 OWiG, der neben den allgemeinen Richtlinien in § 17 Abs. 3 OWiG als weitere Zumessungsrichtlinie angewendet werden kann.

Von Dr. Rudolf Saller, Altötting, Fachanwalt für Steuerrecht sowie für Transport- und Speditionsrecht.

**D**ie Einziehung des Wertes von Taterträgen ist ergänzend für solche Fälle vorgesehen, in denen ausnahmsweise gegen den Täter keine Geldbuße nach § 17 Abs. 3 OWiG bzw. gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung nach § 30 OWiG festgesetzt werden kann. Die Geldbuße ist also die Regel und die Einziehung die Ausnahme. Bereits dieser Ausnahmecharakter wird regelmäßig bei Großraum- und Schwertransporten verletzt. Es handelt sich also um eine Art „isolierte Vorteilsabschöpfung“, die durch § 17 Abs. 4

OWiG selbst nicht möglich ist, weil dieser nur zur Zumessung der Geldbuße dient.

Die Einziehung des Wertes von Taterträgen besitzt damit keinen ahndenden Charakter wie die Geldbuße, der Gesetzgeber bezweckt vielmehr, dem Täter nicht das aus der Ordnungswidrigkeit Erlangte zu belassen; dies könnte geradezu als Anreiz zu Begehung weiterer entgelt- und gewinnbringender Zuwiderhandlungen bewirken. Die Einziehung des Wertes von Taterträgen lehnt sich in Wortlaut und Gesetzessystematik an die privatrechtlichen Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung in

§§ 812 ff. BGB an und weist mit dieser Risikozuweisung kondiktionsähnlichen Charakter auf. Der Sinn und Zweck der §§ 812ff. BGB besteht darin, einen nicht gerechtfertigten Zuwachs an Vermögenswerten rückgängig zu machen. Es geht also um eine gerechte Verteilung von Vermögenswerten. Während es im Schadensersatzrecht darum geht, einen Vermögensverlust auszugleichen, geht es im Bereicherungsrecht darum, eine ungerechtfertigte Vermehrung des Vermögens des Schuldners rückgängig zu machen.



Bild: S. Engels/AdobeStock

Das Bereicherungsrecht geht auf die römische Klageart der „condictio“ zurück, mit der der römische Bürger von einem anderen Bürger eine Bereicherung zurückfordern konnte, die dieser ungerechtfertigt erlangt hatte. Auch der Rechtsgedanke des § 817 Satz 2 BGB, wonach das in ein verbotenes Geschäft Investierte unwiederbringlich verloren ist, findet bei der Werteinziehung von Taterträgen entsprechende Anwendung. „Crime doesn't pay! Oder: Verbrechen darf sich nicht lohnen.“ Das ist für das kriminelle Unrecht sicherlich zutreffend, obwohl auch hier die Übernahme des angloamerikanischen Instituts der „non-conviction-based confiscation/forfeiture“ als wirksames Mittel der Verbrechensbekämpfung (BT-Drucksache 18/9525 S. 58) nicht nachahmenswert, sondern geradezu drakonisch und rückständig ist, genauso wie die Todesstrafe.

Im Ordnungswidrigkeitenrecht ist aber jedenfalls zu differenzieren. Vorteile in der Vollzugspraxis gegenüber der Gewinnabschöpfung durch Geldbuße liegen im sog. Bruttoprinzip, das den Abzug von Aufwendungen nach dem Nettoprinzip nicht erforderlich macht, und in der Sicherungsmöglichkeit durch den Vermögensarrest (§ 46 Abs. 1 OWiG). Durch das Bruttoprinzip sollen gewinnorientierte Ordnungswidrigkeiten verhindert werden. Der früher neben der Geldbuße nahezu bedeutungslose ehemalige Verfall war daher insbesondere im Bereich der illegalen Beschäftigung für die Vollzugspraxis „entdeckt“ worden und hatte sie hier entgegen der **gesetzgeberischen Systematik oft schon von der Ausnahme zur Regel werden lassen**. Der ursprüngliche Sinn und Zweck der in der Tat eigentlich nur subsidiär gegenüber der die Gewinnabschöpfung schon gewährleistenden Geldbuße geltenden früheren Verfalls-

anordnung war es, in Fällen, in denen der Täter nicht vorwerfbar gehandelt hatte und deshalb mangels ordnungswidrigem Handelns i.S.d. § 1 OWiG die Festsetzung einer Geldbuße mit der gemäß § 17 Abs. 4 OWiG einhergehenden Gewinnabschöpfung nicht möglich war und in den Fällen in denen nicht der Täter, sondern ein Dritter den Vorteil aus der Tat erlangt hatte (vgl. Laby, Analyse des Beschlusses des AG Alzey v. 19.01.2015, SVR 2015, S. 148). Auch im Einziehungsverfahren bei Großraum- und Schwertransporten wurde diese Ausnahme zur Regel gemacht. Dies galt insbesondere für die von den Hauptzollämtern verfolgten Ordnungswidrigkeiten nach § 20 MiLoG (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.08.2013, Az. IV-1 WS 13/13 OWi.). **Obwohl diese Einziehung eigentlich als Ausnahmenvorschrift gedacht war, und zunächst nur bei Wirtschaftsordnungswidrigkeiten praktische Bedeutung hatte, findet sie inzwischen auch bei Verkehrsordnungswidrigkeiten (§ 24 StVG) Anwendung, etwa bei der Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils aus der Überladung eines Fahrzeugs (§ 31 Abs. 2, § 34 Abs. 6 Nr. 5 StVZO i. V. m. § 24 StVG) oder einem Verstoß gegen das Sonntagsfahrverbot (§ 30 Abs. 3 Satz 1, § 49 Abs. 1 Nr. 15 StVO i. V. m. § 24 StVG).**

Bei einem unter Verstoß gegen deutsche Straßenverkehrsvorschriften durchgeführten internationalen Transport kann die Einziehung sogar in Höhe des gesamten Transportlohns einschl. des Auslandsanteils angeordnet werden. Auf eine Vorlage des OLG Oldenburg hin hat der BGH (Beschluss vom 10.04.2017 – 4 StR 299/16) die von diesem formulierte Frage jedoch dahingehend beantwortet, dass bereits eine geringe Fahrtstrecke in Deutschland (im Vergleich zu der zurückgelegten bzw. zurückzulegenden Strecke in anderen Staaten) ausreichend ist, die Einziehung in Höhe des gesamten Transport-



Bild: Mr.Stock/AdobeStock

lohns anzuordnen, weil der Fuhrlohn mit seiner Ablieferung entsteht, also dann, wenn der gesamte ausländische Anteil mit verfällt, wenn in Deutschland illegal abgeliefert wird (so noch anders OLG Braunschweig Beschl. v. 21.12.2015, Az.: 1 Ss OWi 165/15). Unbillige Ergebnisse, etwa im Falle mehrerer Einziehungsverfahren in unterschiedlichen Staaten, könnten ja notfalls durch Ausübung des in § 29a OWiG vorgesehenen Ermessens vermieden werden, so der BGH.

Eine mit Geldbuße bedrohte Handlung liegt insoweit nach der Begriffsbestimmung des § 1 Abs. 2 OWiG vor, wenn die konkrete Handlung tatbestandsmäßig und rechtswidrig ist, vorwerfbar braucht sie nicht einmal zu sein (OLG Koblenz, Beschluss vom 28.09.2006 – 1 Ss 247/06, ZfS 2007, 108; BeckOK OWiG/Meyberg, 21. Ed. 01.01.2019, OWiG § 29a Rn. 18 ff.). Ist nur vorsätzliches Handeln mit Geldbuße bedroht, setzt die Tatbestandsverwirklichung zumindest voraus, dass der Täter zumindest mit natürlichem Vorsatz gehandelt hat. Ist auch fahrlässiges Handeln erfasst, muss der Täter zumindest objektiv pflichtwidrig gehandelt haben (OLG Koblenz aaO; BeckOK OWiG/Meyberg aaO). Insoweit trifft auch die Überlegung zu, dass, sowohl vorsätzliche als auch fahrlässige Pflichtverstöße der Fahrer gegen § 34 Abs 3 Satz 3 StVZO nach § 69a Abs. 3 Nr. 4 StVZO, § 24 StVG mit Bußgeld bedroht sind (für Taten des Fuhrunternehmers gälte Entsprechendes, vgl. BeckOK O-WiG/Meyberg aaO OWiG § 29a Rn. 17), es bei der Einziehungsentscheidung nach § 29a OWiG dem Grunde nach genug, an das wegen der Überschreitung des zulässigen Höchstgewichts insoweit (objektiv) pflichtwidrig handeln der Fahrer anzuknüpfen.

Da die Transportfahrten jeweils in Ausführung eines von der Einziehungsbeteiligten angenommenen Auftrages vorgenommen wurden, haben die zur Auftrags Erfüllung vom Einziehungsbeteiligten eingesetzten Fahrer fraglos auch für die Einziehungsbeteiligte im Sinne des § 29a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 a.E. OWiG gehandelt (zum Maßstab im Einzelnen BeckOK OWiG/Meyberg aaO OWiG § 29a Rn. 68 f.).

Die Gerichte dürfen zur Bestimmung des von der Einziehungsbeteiligten im Sinne von § 29a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 OWiG erlangten Etwas – unabhängig von der Frage, wie hoch die Überladung letztlich war – im Ausgangspunkt die für die durchgeführten Transporte insgesamt erhaltene Gegenleistung zugrunde legen (zu § 29a OWiG in der vor aufgrund Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.04.2017 geltenden Fassung: Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 27.08.2015 – 2 Ss Owi 95/15 (60/15) –, juris Rn. 16; HansOLG Hamburg, Beschluss vom 02.01.2014 – 2 – 43/13 (RB), 3 Ss Owi 62/13, NZWiSt 2014, 146, 147; weitere Nachweise bei BeckOK OWiG/Meyberg aaO



Bild: S. Engels/AdobeStock

OWiG § 29a Rn. 42.2; vgl. auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.12.2014 – 2 (6) SsBs 601/14-AK 160/14 Rn. 6 ff.; zur insoweit unveränderten Bestimmung des erlangten Etwas nach Neugestaltung des § 29a Abs. 2 OWiG: Mitsch, NZWiSt 2017, 338, 343).

Soweit jedoch die Auffassung vertreten wird, dass das im diesem Sinne von der Einziehungsbeteiligten Erlangte „nach der Entscheidung des Gesetzgebers für das Bruttoprinzip ohne Abzug etwaiger Kosten vollständig abzuschöpfen“ sei, und es der Frage, ob die Einziehung des für die Überladungsfahrten erhaltenen Gesamtentgelts in voller Höhe gerechtfertigt (vgl. OLG Celle, Beschluss v. 15.05.2013, 322 SsBs 108/13) ist oder Abschlüsse vorzunehmen sind, nur im Rahmen der Ermessensausübung nachgeht, greifen diese Überlegungen indes zu kurz. Denn sie lassen die vom Gesetzgeber mit Einführung des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung eingeführte Regelung des § 29a Abs. 3 OWiG n.F. außer Acht. Insbesondere lässt sich, anders als viele Amtsgerichte offenbar meinen, auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen gerade nicht begründen, dass etwaige im Zusammenhang mit den Überladungsfahrten angefallenen Aufwendungen der Einziehungsbeteiligten dem Abzugsverbot nach § 29a Abs. 3 Satz 2 OWiG unterliegen (vgl. zur Neuregelung eingehend BeckOK OWiG/Meyberg aaO OWiG § 29a Rn. 3a f, 35a, 43 ff.).

Aufgrund der Neugestaltung des § 29a OWiG ist nach der Vorstellung des Reformgesetzgebers das erlangte Etwas, dessen Wert nach § 29a OWiG n.F. der Einziehung unterliegen kann, nunmehr in zwei Schritten zu ermitteln, wobei in einem ersten Schritt das Erlangte im Sinne von § 29a Abs. 1, Abs. 2 OWiG rein gegenständig und einem zweiten Schritt der Wert bzw. Umfang des Erlangten auf der Grundlage einer wertenden Betrachtungsweise zu bestimmen ist (Gesetzesentwurf Bundesregierung, BT-Drs. 18/9525, S. 105 unter Verweis auf S. 67, S. 62).

In Ausgestaltung dieser im zweiten Schritt anzustellenden wertenden Betrachtungsweise, die der Gesetzgeber als „Konkretisierung des Bruttoprinzips“ verstanden wissen will (vgl. BT-Drs. 18/9525, S. 62), ist in § 29a Abs. 3 OWiG im Einzelnen geregelt, inwieweit Gegenleistungen und sonstige Aufwendungen in Abzug zu bringen sind.

§ 29a Abs. 3 OWiG sieht hierzu grundsätzlich vor, dass bei der Bestimmung des Werts des Erlangten die Aufwendungen des Täters oder des „anderen“ (gemeint ist nach dem Regelungszusammenhang derjenige Dritte, der – wie hier – aufgrund des Handelns des Täters etwas erlangt hat) **in Abzug gebracht werden müssen (§ 29a Abs. 3 Satz 1 OWiG). Etwas anderes gilt nur, soweit die Aufwendungen „für“ die Vorbereitung oder Begehung der Tat selbst ge-**



Bild: Wlodzimierz/AdobeStock

tätigt worden sind (ausnahmsweises Abzugsverbot nach § 29a Abs. 3 Satz 2 OWiG). Nach der Vorstellung des Gesetzgebers enthält das Tatbestandsmerkmal „für“ dabei eine subjektive Komponente. Er hatte dabei ausgehend von dem für das Abschöpfungsrecht von ihm fruchtbar gemachten Rechtsgedanken des § 817 Satz 2 BGB, wonach (nur) das in ein verbotenes Geschäft Investierte unwiederbringlich verloren sein müsse, bei der Ausgestaltung des Abzugsverbots Fallgestaltungen im Auge, bei denen der Täter oder Teilnehmer (zu den Auswirkungen des im Ordnungswidrigkeitenrecht geltenden Einheitstäterbegriffs auf die Neufassung des § 29a OWiG: Beschlussempfehlung und Bericht zum Gesetzesentwurf, BT-Drs. 18/11640 S. 91) Aufwendungen willentlich und bewusst für die Vorbereitung oder Begehung einer Tat aufwen-

det oder einsetzt (BT-Drs. 18/9525, S. 105, 55, 67 a.E., 68; BT-Drs. 18/11640, S. 78 f., 91; hierzu auch Köhler NStZ 2017, 497 ff.; Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 73d Rn. 5).

Die Polizei sieht im Einziehungsverfahren dagegen die probate Möglichkeit einer weiteren Sanktionierung dergestalt, aus einem mit einem relativ geringen Unrechtsgehalt belasteten Bußgeldverfahren eine lukrative Einnahmequelle zu schaffen. Dabei wird in keiner Weise mehr differenziert. Es gibt, außer mit wenigen Ausnahmen, keinen Fuhrunternehmer, der schon daraus Gewinn ziehen kann, weil er bei gleicher Strecke, gleichem Ladungsumfang und gleicher Überladung durch sein Fehlverhalten Kosten ersparen würde. Jede Ladung, insbesondere bei Großraum- und Schwertransporten ist anders. Es kann also keine Rede davon sein, dass bei

10 % Überladung jeder 10. Transport eingespart wird. Dieser Ansatz ist nur theoretisch richtig und setzt denselben Be- und Entladeort, denselben Auftraggeber und ein beliebig teilbares Ladegut voraus. Bedingungen, die in der Praxis kaum anzutreffen sind, außer vielleicht bei der Beförderung von Schüttgut aus der Kiesgrube. Es wird gerade auch nicht differenziert zwischen den Fällen, in denen die Ladung mit ihren Maßen und Gewichten vom Absender vorgegeben wird und denen, die der Frachtführer auflädt und selbst kontrollieren kann.

Ein weiteres Manko ist, dass häufig das Bußgeldverfahren gegen den Fahrer eingestellt werden muss, weil davon auszugehen ist, dass er z. B. die geringfügige Überladung eines Großraum- und Schwertransportes nicht erkennen konnte, weil bei modernen Lastkraftwagen aufgrund



Bild: Otto Durst/AdobeStock

ihrer Bauart typische Anzeichen einer sich im unteren oder mittleren Bereich bewegenden Überschreitung des (in Deutschland) zulässigen Gesamtgewichts für den Lkw-Fahrer nicht mehr wahrnehmbar sind (vgl. OLG Düsseldorf, 06.08.1984, Bd. 67, S. 384). D.h. der Fahrer kann mangels Vorwerfbarkeit gar nicht belangt werden, dafür wird sodann der Unternehmer herangezogen, wiederum in der vorgefassten Meinung, dass ein Bußgeldbescheid gegen ihn nicht ausreicht, insbesondere das Punktekonto beim KBA ihn nicht belastet und gegen den Unternehmer keine Eintragung im Gewerbezentralregister erfolgt. Dies ist, so pauschal gesehen, ebenfalls nicht richtig. Zudem wird keine Gewichtung vorgenommen. Es liegt ein Unterschied im vorwerfbaren Verhalten vor, ob z. B. eine geringe Gewichtsüberschreitung gegeben ist oder der Unternehmer im Schwerverkehr ohne Verladeplan und Transportprozessplanung nach VDI-Richtlinie 2700 Bl. 13 „Ladungssicherung im Großraum- und Schwerverkehr“ sowie ohne Überprüfung des eingesetzten Fahrzeuges den Fahrer losfahren lässt und damit einen Ordnungswidrigkeitentatbestand billigend in Kauf nimmt. Das hat das OLG Karlsruhe mit Beschluss v. 18.03.2019, Az.: 2 Rb 9 Ss 852/18 jetzt gottlob klargestellt.

**Nach dem Verständnis des Gesetzgebers sind insoweit nunmehr solche Aufwendungen bei der Bestimmung des Erlangten abzuziehen, die zwar für ein verbotenes Geschäft angefallen sind, bei denen der Täter (oder Teilnehmer) das Verbotene des Geschäfts jedoch lediglich fahrlässig verkannt hat, so dass die Aufwendungen nicht „bewusst (vorsätzlich)“ für eine Straftat getätigt wurden (vgl. zur neuen Rechtslage nach § 29a OWiG n.F. bereits OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.11.2017 – 2 Rb 4 Ss 699/17–, juris Rn. 26; BT-Drs. 18/9525, S. 67 ff., 69 oben [zur Neugestaltung des § 73d StGB, dem das Abzugsverbot nach § 29a Abs. 3 Satz 2 OWiG entlehnt ist]; BT-Drs. 18/11640, S. 78 f., 91; vgl. dazu Köhler NSTZ 2017, 497 ff.**

Wie in den meisten Fällen der Überladung von Großraum- und Schwertransporte geht es aber nur darum, dass entweder die Transporterlaubnis falsch beantragt wurde, weil der Absender ein zu geringes Gewicht angegeben hat oder aber übersehen wurde, dass bei der Transportprozessplanung z. B. die Achslasten nicht eingehalten werden können. Die Erlaubnisfähigkeit liegt hier in der Regel immer vor. Sie ist mehr oder minder Formsache und verursacht Kosten von ca. 120 bis 150 €. Es ist daher unter dem Blickwinkel des Ermessens, von dem oben gesprochen wurde, durchaus zu erwägen, ob das Bruttoprinzip sich nicht darin erschöpft, diese Kosten abzuverlangen, zumal, wenn die Verstöße geringfügig, teilweise nur formaler Natur sind und darüber hinaus keine Gefährdung, weder des Straßenkörpers noch



Bild: S. Engels/AdobeStock

der Verkehrssicherheit, darstellen, insbesondere wenn grundsätzlich Erlaubnisfähigkeit vorliegt (vgl. OLG Schleswig Beschl. v. 20.06.2016, Az. 2 SsOWi 52/16), wenn die Erlaubnis bzw. Ausnahmegenehmigung kurzfristig nachgereicht wird. So sieht das Übrigens auch die Literatur. Ist der Transport grundsätzlich erlaubnisfähig und ggf. ein Erlaubnis Antrag auch gestellt, aber die Transporterlaubnis nach § 29 Abs. 3 StVO (noch) nicht erteilt, liegt der Kostenvorteil für den Großraum- und Schwertransportunternehmer allenfalls in Höhe der ersparten Verwaltungsgebühren (so auch Heck/Probst, Vermögensabschöpfung im gewerblichen Güter- und Personenverkehr, Boorberg-Verlag, Stuttgart, 2012, S. 74).

Die Entscheidung des OLG Koblenz mit Beschluss v. 28.09.06, Az.: 1 Ss 247/06 (ZfS 2007, S. 108 ff.) ist somit richtig. Das Entgelt für eine ohne die erforderliche Erlaubnis oder Genehmigung erbrachte und allein deswegen rechtswidrige Leistung wird deshalb nur dann vollständig von der Einziehung des Wertes von Taterträgen erfasst, wenn die Leistung nicht genehmigungsfähig und daher schlechterdings verboten war. Handelt es sich dagegen um eine Leistung, die unter den konkreten Umständen genehmigt werden konnte oder gar genehmigt werden musste, reduziert sich der Einziehungstatbestand auf die Aufwendungen, die für die Erwirkung der Genehmigung oder Erlaubnis notwendig gewesen wären (BGHSt 57, S. 79 <84>; OLG Celle, wistra 2013, S. 364 f; OLG Koblenz, BeckRS 2006, Nr. 11965; LG Münster NSTZ 2012, S. 448 f.; LG Tübingen, NJW 2006, S. 3447 f, ebenso Wagner NZWiSt 2015, S. 282 ff und NSTZ 2012, S. 381 f; Göhler, OWiG-Komm. § 29 a Rn 6).

Auch der häufig ins Feld geführte Wettbewerbschutz gebietet keine andere Betrachtung. Der erste Fehler besteht bereits darin, dass häufig eine Originalausfertigung des Erlaubnisbescheides nach § 29 Abs. 3 StVO für übermäßige

Straßenbenutzung und/oder der Ausnahmegenehmigungen für Lademaßüberschreitungen nach § 46 Abs. 1, Nr. 5 StVO gefordert wird. Dabei genügt mindestens für die Transporterlaubnis nach § 29 Abs. 3 StVO gemäß § 46 Abs. 3, S. 4 StVO für diese Bescheide das Mitführen einer (Fern-)kopie, oder ein lesbar zu machendes elektronisches Dokument. Wird die Ausnahmegenehmigung nach § 46 Abs. 1, Nr. 5 StVO für die Lademaßüberschreitungen des Großraum- und Schwertransports mit der Erlaubnis nach § 29 Abs. 3 StVO miterteilt, reicht natürlich auch hier das Mitführen eines (fern-)kopierte oder elektronischen Bescheides. Lediglich die Ausnahmegenehmigung nach § 70 Abs. 1 StVZO ist gem. § 70 Abs. 3 a, S. 1 StVZO (derzeit noch) als Urkunde ist im Original oder in beglaubigter Abschrift mitzuführen. Fehlt die Originalurkunde oder eine begl. Abschrift der Ausnahmegenehmigung nach § 70 Abs. 1 StVZO, bleibt die Genehmigung an sich aber gültig, es liegt ein bloße OWi vor (vgl. Hentschel, StVG-Komm., 37. Aufl., § 70 StVZO, Rdnr. 9, S. 1240). Selbst der Auflagenverstoß beseitigt die Gültigkeit der Transporterlaubnis nach § 29 Abs.3 StVO nicht (vgl. OLG Oldenburg, Beschl. v. 05.10.2004, Az.: Ss 310/04 (II215)). Etwas anders gilt nur bei einer blanken „Schwarzfahrt“ (vgl. OLG Celle, Beschl. v. 11.01.2011, Az.: 322 SsRs 390/10) ohne gültige Transporterlaubnis oder einem Verstoß gegen eine Befristung oder Bedingung, da nur die beiden letzteren die Gültigkeit des Haupt-Verwaltungsaktes beseitigt. Ein Auflagenverstoß lässt dagegen den Haupt-Verwaltungsakt ohnehin unberührt (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG-Komm., 11. Aufl., § 36 Rdnr. 15 ff; Rdnr. 29). Es ist daher sehr wohl zunächst zu unterscheiden, ob eine Auflagenverstoß vorliegt, der möglicherweise bußgeldbewehrt ist, aber den Bestand es Hauptverwaltungsaktes unberührt lässt, oder aber ob der Hauptverwaltungsakt durch Ablauf der Befristung oder Nichteinhal-



Bild: Image'in/AdobeStock

tion einer Bedingung zerstört bzw. blank ohne (ggf. nachträglich) genehmigungsfähige Transporterlaubnis nach § 29 Abs. 3 StVO und damit auch ohne Ausnahmegenehmigung nach § 70 Abs. 1 StVZO befördert wurde, also eine echte „Schwarzfahrt“ vorliegt. Die Bedingung zerstört, die Auflage erhält dagegen den Haupt-Verwaltungsakt, oder die Bedingung suspendiert, die Auflage modifiziert.

Hievon zu unterscheiden sind aber diejenigen Fälle, bei denen es sich um mehrere Teilstrecken handelt, die jeweils einer gesonderten Erlaubnis bedürfen. Dies kommt bei größeren Fahrtstrecken durchaus vor, so dass häufig Dauererlaubnisse für sog. „Trampelpfade“ mit Anschlusserlaubnissen für die Reststrecke kombiniert werden und bei Transportbeginn oftmals die Anschlusserlaubnis noch gar nicht vorliegt, weil entweder die Erlaubnis- und Anhörungsbehörden zu langsam gearbeitet haben oder die Zeit so drängte, dass der Frachtführer es in Kauf nehmen muss, will er nicht mit erheblichen Vertragsstrafen belastet werden, eine an sich erlaubnisfähige Teilstrecke zu fahren, durchaus in dem Bewusstsein, dass die Erlaubnis für die Reststrecke noch nicht vorliegt, er jedoch damit rechnen darf, dass die Transporterlaubnis bis zur Ankunft des Großraum- und Schwertransports an der Schnittstelle (notfalls über Telefax oder Handy in den Lkw) zugestellt werden kann. Hier geht es nicht an, die gesamte Beförderungsstrecke, für die größtenteils eine Erlaubnis nach § 29 Abs. 3 StVO vorlag, für die Berechnung der Einziehung in Ansatz zu bringen, weil die Fahrt auf der Teilstrecke erlaubt war, der andere Teil auf der sog. „letzten Meile“ noch nicht verbeschieden gewesen ist, aber nachträglich die Erlaubnis erteilt wird. Damit liegt aber ein erlaubnisfähiger Beförderungsfall vor, der einen Einziehungs-

bescheid über die gesamte Strecke und auch über die nachträglich genehmigte Teilstrecke nicht rechtfertigt. Dies ist wieder eine Frage der Ermessensausübung. Wenn bekannt ist, dass die Strecke ohne Weiteres mit den Maßen und Abmessungen erlaubt wird, dies auch beantragt ist und nur aus nicht nachvollziehbaren Gründen zum Tattag die Erlaubnis für diese Teilstrecke nicht vorlag, so gebietet es das Ermessen, für die Strecken, für die eine Erlaubnis vorlag, von einem Einziehung abzusehen und allenfalls für die Reststrecke etwa ersparte Verwaltungsgebühren ggf. einen Einziehungsbescheid zu lassen, mehr aber auch nicht.

Grds. gilt zwar ein Verbot der horizontalen Aufteilung in einen legalen und einen illegalen Teil der Ordnungswidrigkeit, weil sich sonst das Risiko des „Ertapptwerdens“ auf den bloßen Teil der Überladung beschränken und quasi ohne Risiko erfolgen würde. Das muss aber bei Großraum- und Schwertransporten horizontal betrachtet werden. Für den Teil der Strecke, der legal durchgeführt wurde, kann es schon keinen illegal erworbenen Vermögensvorteil geben, sondern eben nur auf der sog. „letzten Meile“, die tatsächlich illegal gefahren wurde.

Im Übrigen wird dabei vollends übersehen, dass regelmäßig Großraum- und Schwertransporte, bei den die Papierlage nicht in Ordnung ist, im Rahmen der Unterwegskontrolle nach der TechKontrollV mit einer Unterbindung der Weiterfahrt belegt werden, bis eine gültige Transporterlaubnis vorliegt. Wenn aber, wie der BGH meint, der Fuhrlohn erst mit Ablieferung entsteht (vgl. Beschluss vom 10.04.2017 – 4 StR 299/16), kann es in diesem Fall gar nicht mehr zur illegalen Ablieferung kommen und damit auch keine Einziehung mehr ausgelöst werden. Dies erscheint auch richtig, denn bei der

Unterbindung der Weiterfahrt explodieren für den Frachtführer die zeitabhängigen Kosten wie Fahrerlöhne, Finanzierung, Versicherung usw. Außerdem haftet der Frachtführer kraft Gesetzes für den Verspätungsschaden innerdeutsch auf die dreifache Fracht, bei grenzüberschreitenden CMR-Verkehren immer noch auf die einfache Fracht, so dass er bei einer Einziehung zum vierten Mal bestraft wird. Erst wird er angehalten und die Weiterfahrt unterbunden, dann muss er eine neue und gültige Transporterlaubnis beantragen, die Kosten laufen bis dahin davon und der Verspätungsschaden auf der Baustelle droht ganz empfindlich. Bis der Transport also ankommt, ist schon von dem theoretisch illegal erlangten Etwas, nämlich ein Vermögensvorteil längst nichts mehr vorhanden. Das muss zwingend bei der Ermessensausübung berücksichtigt werden. Das durch die Tat angeblich Erlangte wird durch die Kosten längst aufgefressen. Es bleibt daher gar kein Vermögensvorteil mehr übrig, den es abzuschöpfen gälte. Für den Schwergutfrachter ist eine solche Aktion hochgradig defizitär und verstößt im Übrigen gegen den Grundsatz „ne bis in idem!“. Hier gleich „quadruplex in marsuppium“, quasi. In der ersten Stufe ist aber der Wert des Erlangten festzustellen. „Redde Caesare, qua sunt Caesaris“, aber wo nichts mehr ist, hat der Kaiser bekanntlich sein Recht verloren. Wenn aber doch die Einziehung nach den Grundsätzen der zivilrechtlichen Bereicherung konzipiert ist, dann kann sie doch nach menschlichem Ermessen nicht mehr verhängt werden, wenn beim Täter zu vollen Kosten der Tat nichts mehr übrig geblieben ist, zumindest bei fahrlässiger Begehung. Wer durch eine Bereicherung einen Vermögenszuwachs erhält, ist dem durch die Bereicherung Benachteiligten zur Herausgabe verpflichtet (so z.B.: LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v.10.07.2007, Az.: 3 Sa 765/07]. Wenn also Grundlage der Einziehung die römisch-rechtliche Kondiktion ist, dann gibt es hier für die Polizei nichts mehr zu holen.

Schutzzweck des § 29a OWiG ist es, den Anreiz zu unterbinden, durch Überladungen Kosten zu sparen, um im Wettbewerb, auf dem Rücken des Straßenverkehrsrechts, günstiger anbieten zu können und sich damit einen Konkurrenzvorteil zu verschaffen. Das ist soweit auch richtig. Gerade diese Prüfung, ob dem bei Großraum- und Schwertransporten tatsächlich auch so ist, wird in praxi jedoch nicht vorgenommen. Im Übrigen ist § 29a OWiG möglicherweise zwar das richtige Mittel, Verstöße gegen die Berufszugangsvoraussetzungen und das Marktordnungsrecht zu sanktionieren. Insofern ist es auch bestimmt richtig und angemessen, eine Fracht abzuschöpfen und einzuziehen, die unter Verstoß gegen die Erlaubnisvorschriften des § 3 Abs. 1 GüKG und damit wettbewerbswidrig erzielt wurde. Diese ist im Wege der Einziehung zwingend abzuschöpfen, weil der Fuhrunter-

nehmer ohne gültige Gewerbeerlaubnis tätig wurde und so eine wettbewerbswidrige Marktstörung verursacht hat. Die Transporterlaubnis nach § 29 Abs. 3 StVO ist dagegen keine Gewerbeerlaubnis, sondern eine kombinierte straßenverkehrsrechtliche und straßenbauliche Erlaubnis auf übermäßige Straßenbenutzung bzw. die Ausnahmegenehmigung nach § 46 Abs. 1, Nr. 5 StVO eine Gestattung von Lademaßüberschreitungen nach § 22 Abs. 2 StVO.

Es handelt sich also um Verkehrsverhaltensrecht und nicht um die Störung der öffentlichen Marktordnung. Gestört wird hier bestenfalls die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, bei Unterladungen oder Unterschreitungen der Abmessungen, wie sie jetzt die neuen VwV (BANz vom 15.11.2021) sanktionieren will, noch nicht einmal das. Dennoch liegen hierzu schon die ersten Einziehungsbescheide, teils in gravierenden Höhe vor. Das wird hier völlig verkannt.

Im Übrigen steht für diese GüKG-Verstöße seit 2016 die sog. „Todsündenliste des Verkehrsbetriebsleiters“ zur Verfügung. Die als neue sog. „Todsündenliste“ bekannt gewordene Verordnung EU 403/2016 kann ganze Existenzen gefährden! Diese Verordnung regelt die Einstufung der Unternehmen in sog. Risikoklassen und bewertet bzgl. der Überprüfung der Zuverlässigkeit der Unternehmen und des Verkehrsleiters erstmals auch die Häufigkeit von Verstößen. Geht bei der Genehmigungsbehörde eine Mitteilung über Verstöße gegen die einschlägigen Vorschriften ein, so wird geprüft, ob diese Verstöße zur Aberkennung der Zuverlässigkeit des Unternehmers und Verkehrsleiters führen müssen. Dies wäre möglich, wenn es sich bei dem Verstoß/den Verstößen um sogenannte MSI (Most Serious Infringements), also „Schwerste Verstöße“ handelt. Dabei ist auch die Häufigkeit des Auftretens von Verstößen innerhalb eines Jahres zu berücksichtigen. Außerdem riskiert der Schwergutfrächter nach den geltenden Regeln der VwV zu § 29 Abs. 3 StVO, dass ihm für eine absehbare Zeit keine Erlaubnisse mehr für übermäßige Straßenbenutzung erteilt werden. Das kommt einem Berufsverbot gleich. Eine weitere Disziplinierung des Fuhrunternehmers durch die Einziehung ist daher auch hier nicht notwendig.

Regelmäßig und schematisch wird jedoch der Einziehung nach dem Bruttoprinzip angeordnet, noch dazu, und dies ist wiederum in jüngster Zeit zu beobachten, mit der lapidaren Begründung, um sich den Anschein einer Ausübung des Ermessens zu geben, dass ein Bußgeldbescheid mit Punkten für den Firmeninhaber schwerer wiegen würde als der Einziehung, zumal mit der steigenden Punkteanzahl die gewerberechtliche Erlaubnis in Gefahr kommen könnte. Dies ist regelmäßig schon deswegen falsch, weil die Unternehmerpflichten nach § 9 Abs. 2, Nr. 2 OWiG auf den verantwortlichen

Disponenten und Fuhrparkleiter delegiert werden können und daher die Punkte nach dem Mehrfachtäterprinzip selten den Unternehmer persönlich treffen. Außerdem muss man bei der Ermessensausübung weitaus früher ansetzen, nämlich bei der Frage, ob der Verstoß dazu diene, sich tatsächlich einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen und/oder der Verstoß so schwerwiegend war, dass er die Sicherheit der Straßenbausubstanz oder des Verkehrs gefährdet hätte. Dazu muss aber erst einmal ein unrechtmäßiger Wettbewerbsvorteil und damit ein Verstoß gegen die Marktordnung oder das Gewerberecht vorliegen, folglich ein erlaubnispflichtiger Güterkraftverkehr ohne die nach § 3 Abs. 1 GüKG erforderliche Erlaubnis durchgeführt worden sein. Genau dies ist in den wenigsten Fällen gegeben, zumindest bei Großraum- und Schwerverkehr.

Hier liegt regelmäßig nur ein Verstoß gegen § 29 Abs. 3 StVO bzw. § 46 Abs.1, Nr. 5 StVO vor und häufig nicht einmal das, weil der Auflagenverstoß den Erlaubnisbescheid grds. unberührt lässt. Das wird von den Polizeibehörden in nahezu 100 % der Fälle ignoriert und führt zu serienweise unbegründeten und unrechtmäßigen Einziehungsbescheiden.

Das Bußgeldverfahren soll dazu dienen, Verstöße zu ahnden. § 29a OWiG ist nicht ein zweites Standbein neben dem Bußgeldverfahren, Gelder abzuschöpfen, um faktisch die Beschwer und damit die Spürbarkeit für das Unternehmen zu erhöhen. Oder, um aus fiskalischen Erwägungen heraus abzuschöpfen, was irgendwie noch zu holen ist. Der Einziehung ist im Ordnungswidrigkeitenrecht, anders wie beim kriminellen Unrecht, immer noch die Ausnahme und für besonders krasse Fälle vorgesehen. Die strafrechtliche Einziehung von kriminell erlangten Vermögensvorteilen ist zwingend, im

Ordnungswidrigkeitenrecht dagegen die große Ausnahme, die ermessensfehlerfrei anzuordnen ist, weil es sich um bloßes Verwaltungsunrecht handelt, nicht um kriminelles Unrecht. Mit der Aussage: „Dasselbe gilt für Ordnungswidrigkeiten. Wer sie begeht, darf daraus keinen Vorteil ziehen“, kriminalisiert ganze Bereiche der Gesellschaft und kehrt das Regel-Ausnahme-Verhältnis um, nur um die Voraussetzungen des § 29a Abs. 4 OWiG zu schaffen.

Eine solche Vorgehensweise widerspricht aber schon der gesetzlichen Konzeption und der zweistufigen Prüfung. Es ist eben im ersten Schritt das Erlangte im Sinne von § 29a Abs. 1, Abs. 2 OWiG rein gegenständlich zu ermitteln und in einem zweiten Schritt der Wert bzw. Umfang des Erlangten auf der Grundlage einer wertenden Betrachtungsweise ermessensfehlerfrei zu bestimmen (so der Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/9525, S. 105 unter Verweis auf S. 67, S. 62). Also ist erst der Fuhrlohn, der durch die Ordnungswidrigkeit erlangt wurde gegenständlich zu erforschen und danach in Ausübung des verwaltungsrechtlichen Ermessens der Wert des Erlangten nach der Tat zu quantifizieren, den der Täter bzw. ein Dritter erlangt hat. Wenn aber nach der Tat nichts mehr übrig ist, kann auch nichts mehr abgeschöpft werden, weil nichts erlangt wurde. Zumindest bei fahrlässiger Begehungsweise. Das ist ja gerade der Unterschied zwischen kriminellen Unrecht und Verwaltungsunrecht. Bei vorsätzlicher Begehung daher strenges Bruttoprinzip, bei Fahrlässigkeit eingeschränktes Bruttoprinzip. Das ist die gesetzliche Konzeption, die mit der Änderung des § 29 a OWiG zum 01.07.2017 bewusst gewollt war.

*(Fortsetzung folgt)*



Bild: Wlodzimierz/AdobeStock