

zum Wortlaut des § 428 Abs. 2 StPO, bei dem jede Auslegung grundsätzlich anzufangen hat (vgl. *Schmitt*, in: *Meyer-Göbner/Schmitt*, StPO, Einl. Rn 196 m.w.N.), lässt sich eine solche einschränkende Lesart nicht entnehmen. Darin heißt es lediglich: „Der Vorsitzende bestellt dem Einziehungsbeteiligten auf Antrag oder von Amts wegen einen Rechtsanwalt, wenn wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage, soweit sie die Einziehungsbeteiligte betrifft, die Mitwirkung eines Rechtsanwalts geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, dass der Einziehungsbeteiligte seine Rechte nicht selbst wahrnehmen kann. Dem Antrag eines seh-, hör- oder sprachbehinderten Einziehungsbeteiligten ist zu entsprechen.“ Danach ergibt sich keine ausdrückliche Einschränkung dahingehend, dass der Antrag nicht von einem Rechtsanwalt für die Einziehungsbeteiligte gestellt werden darf. Eine solche ist auch weder der Rspr. noch der Kommentierung oder Gesetzgebungsbegründung zu entnehmen.

Insoweit moniert die Einziehungsbeteiligte zu Recht, dass der vom LG – wenngleich nur exemplarisch – zur Begründung der § 68b StPO unpassend ist. Denn in § 68b StPO wird bereits nach den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen vorausgesetzt, dass der Zeuge bei seiner Vernehmung keinen anwaltlichen Beistand hat. Eine solche Einschränkung enthält § 428 Abs. 2 StPO gerade nicht. Der Umstand, dass der Gesetzgeber die Subsidiarität der Beiordnung kennt und an anderer Stelle davon auch Gebrauch macht, lässt den Rückschluss darauf zu, dass er in § 428 Abs. 2 StPO eine solche Einschränkung bewusst nicht vornehmen wollte.

Der Senat geht deshalb davon aus, dass § 428 Abs. 2 StPO (nur) für die Beiordnungsgründe eine abschließende Regelung mit zwei alternativen Voraussetzungen trifft: Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage (vgl. § 140 Abs. 2 Alt. 3 StPO) einerseits, wobei sich diese nicht nach der gesamten Strafsache bemisst, sondern nur nach dem Verfahrensteil, den die Einziehungsbeteiligung betrifft, sowie die Unfähigkeit, seine Recht selbst wahrzunehmen (vgl. § 140 Abs. 2 Alt. 4 StPO) andererseits, welche immer aus den Gründen des Abs. 2 S. 2 erfolgt (vgl. *HK-GS/Koch/Bröckers/Meyer*, 5. Aufl. 2022, StPO § 428 Rn 2).

Weitere Einschränkungen, insbesondere dass der Antrag nicht durch einen zuvor bevollmächtigten Rechtsanwalt zu stellen ist, lassen sich der Norm auch bei systematischer Auslegung nicht entnehmen.

Insoweit ist die Argumentation des LG nicht widerspruchsfrei, wenn es ... *[sich zum einen]* unter Verweis auf die Kommentierung in *KK-StPO/Schmidt/Scheuß*, 9. Aufl. 2023, StPO § 428 Rn 8, darauf beruft, dass durch den Vorsitzenden die Beiordnung (entsprechend §§ 143, 143a StPO) zurückgenommen werden kann, wenn der Einziehungsbetroffene selbst einen anderen Vertreter gewählt hat, zum anderen aber in Abrede stellt, dass der Gedanke des § 142 StPO, wonach bei Niederlegung der Wahlverteidigung die Pflichtverteidiger-

bestellung vorgenommen werden kann, Anwendung findet, weil sich mangels Verweises des § 428 Abs. 2 StPO auf die §§ 140 ff. StPO ein Rückgriff auf § 142 StPO verbiete. Konsequenterweise dürfte dann auch ein Rückgriff auf die §§ 143, 143a StPO nicht möglich sein. Zutreffend dürfte es daher sein, trotz des mangelnden Verweises eine Orientierung an den Regelungen zu verfolgen (vgl. *LR-StPO*, § 428 Vertretung des Einziehungsbeteiligten Rn 10). Dementsprechend hat sich der Vorsitzende insbesondere an § 142 Abs. 5 StPO auszurichten, der zugunsten eines notwendigen Vertrauensverhältnisses die vorherige Gelegenheit des Beschuldigten (hier: Einziehungsbeteiligten) zur Bezeichnung einer geeigneten Person sowie die prinzipielle Achtung seines Vorschlags gebietet (vgl. *LR-StPO*, § 428 Vertretung des Einziehungsbeteiligten Rn 10). Es erschließt sich daher nicht, weshalb die Einziehungsbeteiligte sich nicht bereits vorab einen Rechtsanwalt suchen darf, wenn es ihr doch jedenfalls nach Antragstellung grundsätzlich zu ermöglichen ist.

Wollte man der Auffassung des LG folgen, würde bei Vorliegen einer schwierigen Sach- und Rechtslage die Bewilligung der Beiordnung allein davon abhängen, ob der Einziehungsbeteiligte den Antrag persönlich gestellt hat oder dies durch einen von ihm bevollmächtigten Rechtsanwalt vornehmen lässt. Dies überzeugt weder mit Blick auf die zugrunde liegenden Interessen noch im Ergebnis.

2. Davon ausgehend war für die Beiordnungsbewilligung allein (noch) maßgeblich, ob wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Rechtsanwalts geboten ist. Dies hat das LG mit zutreffender Erwägung verneint. ...

*Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Ralf Bleicher, Dortmund*

## Materielles Strafrecht/ Strafrechtliche Nebengebiete

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 nachprüfbar 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 Rspr. des 5. Strafsenats des BGH im Beschluss vom 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) (Ls).

OLG Frankfurt, Beschl. v. 7.3.2023 – 3 ORBs 8/23 (AG Idstein)

I. Das Regierungspräsidium legte der Betroffenen ... eine Geldbuße in Höhe von 2.900 EUR wegen zweier tateinheitlicher Handlungen des Anordnens bzw. Zulassens der Inbetriebnahme der Fahrzeugkombination mit dem Kennzeichen ... trotz Überschreitung der zulässigen Länge ... sowie trotz Überschreitung der zulässigen Höhe ... auf.

Die Betroffene erhob gegen den Bescheid einen auf die Rechtsfolge beschränkten Einspruch. Auf diesen Einspruch hin hat das AG ... die Geldbuße ... bestätigt.

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 ...

b) aa) Dem steht es grundsätzlich nicht entgegen, dass die Aufwendungen zu einem rechtlich missbilligten Zweck erfolgten.

Allein aus der Unzulässigkeit des Verhaltens ... folgt nach der vorzitierten neueren Rspr. des BGH (Beschl. v. 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 Beschluss vom 1.3.2022 (3 Ss-OWi 1439/21) hält der Senat nach erneuter Sachprüfung im Lichte der vorzitierten Rspr. 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. v. 27.4.2022 – 5 StR 278/21, NZWiSt 2022, 410, 414 Tz. 40 a.E.).

bb) Soweit der 2. Senat des OLG (OLG Frankfurt, Beschl. v. 1.7.2019 – 2 Ss-OWi 1077/18, NSiZ-RR 2019, 323, 325) für eine andere Fallgestaltung ... ein solches Abzugsverbot unter normativ-wertenden 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. v. 27.4.2022 – 5 StR 278/21, NZWiSt 2022, 410, 414 Tz. 40 a.E.).

Zugleich würde bei Zugrundelegung der Rspr. 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 zu 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, Urte. 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 vom 1.7.2019 – 2 Ss-OWi 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 gem. § 30 OWiG i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG ist keine „kleine“ Unternehmensstrafe. Vielmehr soll mit § 17 Abs. 4 OWiG lediglich in konditionsähnlicher 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. KKOWiG/Mitsch a.a.O., § 17 Rn 10). Nur in diesem – eingeschränkt verstandenen – Sinne sollen sich „Ordnungswidrigkeiten nicht lohnen“ (BayObLG NStZ-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 Erlangten 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 unabsehbaren – 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.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 3. Strafsenats  
für Bußgeldsachen des OLG Frankfurt a.M.

StGB § 73 Abs. 1 Alt. 1

Die Einziehung nach §§ 73 Abs. 1 Alt. 1, 73c Abs. 1 StGB setzt notwendigerweise als zeitlich vorgelagerten Schritt die Begehung der Tat voraus (Red).

BGH, Beschl. v. 8.2.2023 – 1 StR 376/22 (LG Arnberg)

Das LG hat den Angekl wegen Steuerhinterziehung ... zu einer Gesamtfreiheitsstrafe ... verurteilt und die Einziehung „von Wertersatz“ in Höhe von 150.000 EUR angeordnet. Die Revision des Angekl, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt, führt ... zur Aufhebung der Einziehungsentscheidung. ...