

Ordnungswidrigkeitenrecht

Bülte

7. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-81325-2
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

(140)). Entsteht der Verdacht einer Straftat, so legt die Polizei die Akten formlos statt der Verwaltungsbehörde der Staatsanwaltschaft vor.

Die **Polizei** hat nach **pflichtgemäßem Ermessen** zu ermitteln (§ 53 I). Sie darf daher nicht nur die Ermittlungen selbstständig aufnehmen und den Umfang ihrer Tätigkeit bemessen, sondern hat ihren Einsatz auch abzubrechen und das Verfahren einzustellen, wenn dies nach dem Opportunitätsgrundsatz geboten erscheint. Die Einstellung hindert die Verwaltungsbehörde allerdings nicht, die Sache ihrerseits jederzeit wieder aufzugreifen. 86

Hat die Verwaltungsbehörde bereits ein Verfahren eingeleitet, so kann die Polizei nur noch in Eilfällen nach § 53 vorgehen. Die verfahrensleitenden Entscheidungen liegen bei der Verwaltungsbehörde. Sie kann (§ 46 II) die hierzu berufenen Polizeibeamten als ihre **Ermittlungspersonen** einsetzen. In dieser Eigenschaft sind die Polizeibeamten gegenüber der Verwaltungsbehörde weisungsabhängig. Die Verwaltungsbehörde schließt, ggf. durch Einstellung, ihr eigenes Verfahren selbst ab. Übernimmt die Staatsanwaltschaft im Zwischenverfahren die Verfahrensherrschaft (§ 69 IV 1), wird die Polizei weisungsabhängige Ermittlungsbehörde der Staatsanwaltschaft. 87

Als **selbstständige Fachverfolgungsbehörde** (§§ 35, 36) wird die Polizei nur bei besonderem gesetzlichem Auftrag wie insbesondere zur Verfolgung von Straßenverkehrsdelikten (§ 26 StVG) tätig. Als Verwaltungsbehörde verfolgt sie mit allen Befugnissen (§ 46 II) die Ordnungswidrigkeit, ahndet sie durch Bußgeldbescheid (§ 65) oder Verwarnung (§ 56) oder stellt selbstständig das Verfahren ein. 88

4. Vorverfahren als Erkenntnisverfahren

a) Beweisführung

Für den **Verlauf** des Vorverfahrens trifft das OWiG keine Detailregelungen; abgesehen davon, dass vor Erlass des Bußgeldbescheids der Betroffene zu hören (§ 55) und über den Antrag auf Akteneinsicht nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden ist (§ 49). Die Verwaltungsbehörde soll erforschen, ob sämtliche Merkmale des Ahndungstatbestands erfüllt sind und entlastende Umstände vorliegen, einschließlich der Voraussetzungen der Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe. 89

- 90 Der Beweiserhebung und -verwertung sind jedoch wie im Strafverfahren Grenzen gesetzt. Über § 46 I gelten die **Verbote der Vernehmungsmethoden** des § 136a StPO, wie etwa der Täuschung oder des Versprechens eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils, auch im Ordnungswidrigkeitenverfahren. Ferner wirken sich das Verfassungsrecht und die strafprozessualen Theorien zu den Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböten (Roxin/Schünemann StVerfR § 24 Rn. 13 f.) sowie Straftatbestände wie das Verbot der Verfolgung Unschuldiger (§ 344 II Nr. I StGB) oder das Verbot falsche Urkunden zu verwenden (§ 267 I Var. 3 StGB) usw. auf die Beweisführung im Ordnungswidrigkeitenverfahren aus.
- 91 Im OWiG werden über die zulässigen Beweismittel keine Regelungen getroffen. Weil jedoch der Bußgeldbescheid nach Einspruch vor Gericht überprüft wird und das Gericht auf die (strafprozessualen) Beweismittel und deren förmliche Erhebung beschränkt ist, muss die Verwaltungsbehörde sich auch für den Bußgeldbescheid danach richten. **Förmliche Beweismittel** auch des Ordnungswidrigkeitenverfahrens sind daher wie im Strafverfahren: Zeugen, Sachverständige, Urkunden und Augenschein. Als Beweismittel im weiteren Sinne zählt die **Einlassung des Betroffenen** (vgl. auch Schroeder/Verrel StrafprozR Rn. 110 ff.).
- 92 Diese Beweismittel werden **Strengbeweismittel** genannt, weil sie den besonderen formellen Anforderungen der Hauptverhandlung genügen müssen. Daneben gibt es die sog **Freibeweismittel**, deren Form und Zahl prinzipiell unbegrenzt ist, nämlich jedes nicht verbotene und taugliche Erkenntnismittel (Behördenauskünfte, Telefonanfragen, Internetrecherchen, Zeitungslektüre usw.).
- 93 Für das Vorverfahren ist der Verwaltungsbehörde keine bestimmte förmliche Verwendung der **Erkenntnismittel** vorgeschrieben. Zeugen müssen nicht besonders geladen werden, vereidigen darf die Verwaltungsbehörde sie ohnedies nicht. Die Mitwirkung des Betroffenen bei der Beweisaufnahme ist nicht vorgesehen, aber zulässig und oftmals sinnvoll und üblich. Dies gilt insbesondere für technisch komplizierte Bußgeldverfahren aus dem Arbeitsschutz-, Wertpapier-, Lebensmittel- oder Umweltrecht.

b) Zeugen

Zeuge ist jeder, der im Verfahren Angaben über seine Wahrnehmung zu Tatsachen machen soll, gleichgültig, ob die Tatsachen äußere Begebenheiten sind oder innere Zustände oder Kenntnisse des **Zeugen** selbst (vgl. Kleszczewski/Krenberger OWiR Rn. 154). Ebenso ist das Zeugnis über Tatsachenkenntnisse anderer (Zeugnis vom Hörensagen) taugliches Beweismittel (§ 46 I OWiG iVm §§ 48 f. StPO). Das Zeugnis von Kindern und Geisteskranken ist, wie bei anderen Zeugen auch, jeweils nach der Glaubwürdigkeit des Zeugen und der Glaubhaftigkeit des Zeugnisses einzuschätzen. Der Betroffene kann nicht Zeuge sein; ebenso wenig andere Verfahrensbeteiligte (zB der Richter). Etwas anderes gilt für Behördenvertreter; selbst wenn die Behörde an dem Verfahren zu beteiligen ist, steht der Zeugenstellung eines Mitarbeiters der Behörde nichts entgegen (LG Dresden NStZ 1999, 313 f.). Dies ist sogar typischerweise der Fall, wenn der Verdacht einer Ordnungswidrigkeit bei einer Kontrolle von Betrieben auftritt, zB durch die Veterinärbehörden.

Aus persönlichen (§ 52 StPO) und beruflichen (§§ 53, 53a StPO) 95 Gründen kann der Zeuge sein Zeugnis verweigern. Amtspersonen brauchen für ihr Zeugnis über Dienstvorgänge eine **Aussagegenehmigung** (§ 54 StPO), die für gleichartige Verfahren auch generalisiert erteilt werden kann. Schließlich kann sich jeder Zeuge auf ein Auskunftsverweigerungsrecht (§ 55 StPO) berufen, wenn die konkrete Aussage ihn oder einen Angehörigen in die Gefahr brächte, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit selbst verfolgt zu werden.

Im Verfahren der Verwaltungsbehörde wird der Zeugenbeweis in 96 mündlicher oder schriftlicher Form, letzteres regelmäßig durch Versendung eines **Fragebogens**, erhoben, im Gerichtsverfahren nach den strengeren Regeln der StPO (§§ 57 f., 68, 69 StPO).

Auf förmliche Ladung der Verwaltungsbehörde hin ist der Zeuge 97 zum **Erscheinen** und zur **Aussage** verpflichtet (§ 46 II OWiG iVm § 161a I StPO), nicht aber bei Ladung durch die Polizei, sofern diese nicht selbst Verwaltungsbehörde ist. Mit Blick auf die Änderung des § 163 III 2 StPO, der nun die Pflicht zum Erscheinen vor der Polizei vorsieht, wenn der Ladung ein Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt, wird man davon ausgehen müssen, dass auch die Beauftragung der Polizei durch eine Verwaltungsbehörde im Ordnungswidrigkeitenverfahren zur Pflicht des Zeugen führt, zu erscheinen. Schon in der Ladung ist auf die Folgen von Ausbleiben und Verwei-

gerung hinzuweisen. Diese Folgen ergeben sich aus § 161a I, II StPO. Das Ordnungsmittel kann ggf. wiederholt werden (§ 46 I OWiG iVm § 51 I 4 StPO, vgl. aber § 70 IV StPO). Die **Vorführung** des Zeugen darf nur durch den Richter angeordnet werden (§ 46 V) und die Erzwingungshaft (§ 70 II StPO) zwei Wochen nicht übersteigen (§ 46 V 2).

- 98 Die Zeugenaussage ist zu **protokollieren** (§ 46 II OWiG iVm § 168b StPO); in einfachen Fällen genügt ein Aktenvermerk. Die Verwaltungsbehörde kann auch eine Vernehmung durch den Ermittlungsrichter beantragen (§ 46 II OWiG iVm § 162 StPO), was sinnvoll sein kann, wenn der Zeuge im späteren Verfahren als Beweismittel nicht mehr zur Verfügung steht, oder um dem Zeugen die Bedeutung der Sache und seiner wahrheitsgemäßen Aussage vor Augen zu führen. Denn die Falschaussage vor dem Richter ist auch im Ordnungswidrigkeitenverfahren strafbar (§ 153 StGB).
- 99 Bei der Einvernahme des Zeugen durch Verwaltungsbehörde oder Polizei hat der Betroffene keinen Anspruch auf **Anwesenheit**. Ein Anwesenheitsrecht besteht nur bei richterlicher (§ 46 I OWiG iVm § 162 StPO) Einvernahme (§ 46 I OWiG iVm § 168c StPO).

c) Sachverständige

- 100 Der Sachverständige hilft der entscheidenden Behörde durch Mitteilung seiner besonderen **Sachkunde** bei tatsächlichen, unter Umständen auch bei rechtlichen Fragen. Die Ermittlungsbehörden können sich seiner bedienen und sind dazu verpflichtet, sofern das dort vorhandene Fachwissen nicht ausreicht. Im Ordnungswidrigkeitenrecht genügt jedoch oft die Sachkunde der Spezialbehörde, die das Vorverfahren betreibt. Allerdings ist es bisweilen ratsam einen Sachverständigen zu beauftragen, um dem Argument der Voreingenommenheit der sachkundigen Verfolgungsbehörde bei Auskünften zu Fachfragen entgegenzutreten.

Fälle von Tierschutzordnungswidrigkeiten werden regelmäßig von der Veterinärbehörde verfolgt und aufgeklärt, die mit den dort tätigen Tierärzten regelmäßig selbst über die notwendige Sachkunde verfügt. Dennoch wird oft ein unabhängiger Sachverständiger beauftragt, um die Unvoreingenommenheit im Verfahren zu sichern und Diskussionen hierüber zu vermeiden.

- 101 Der Sachverständige gibt entweder abstrakte **Auskünfte** oder er teilt **Befunde über Gegenstände** mit, die ihm von den Verfolgungs-

behörden übergeben wurden, oder er regt weitere Aufklärungen an (§ 46 I OWiG iVm § 80 StPO).

Beispiele: Der Sachverständige analysiert Pflaumenmus (§ 1 KonfV), misst Apotheken aus (§ 21 II Nr. 6 ApoG), analysiert einen Stoff als Betäubungsmittel (§ 1 BtMG) oder gibt Auskunft darüber, welche Auswirkungen die Haltung bei einem Tier auf seinen Gesundheitszustand und sein Wohlbefinden hat (§ 18 TierSchG).

Jeder kann **Sachverständiger** sein, sofern er die nötigen Kenntnisse hat; berufliche Befassung mit dem Beweisthema ist nicht vorausgesetzt. Die öffentlich bestellten Sachverständigen sind zur Erstattung ihres Gutachtens ausdrücklich verpflichtet, die in § 75 I StPO nicht Genannten nur nach Erklärung ihrer Bereitschaft (§ 75 II StPO). Der Beweiswert ihrer Angaben muss in jedem Fall vom Entscheidenden gewürdigt werden. Weder Verwaltungsbehörde noch Gericht dürfen die Würdigung des Sachverständigen „blind“ übernehmen; sie müssen eine eigene Würdigung vornehmen und sich ggf. den Kenntnisstand verschaffen, der dies ermöglicht. 102

Sachverständige können **im Vor- und Hauptverfahren eingeschaltet** werden. Im Vorverfahren werden sie durch die Verwaltungsbehörde (§ 46 II OWiG iVm § 161a I StPO) zur Vorbereitung des Bußgeldbescheids oder zur Nachermittlung (§ 69 II Nr. 1) bestellt, in späteren Verfahrensabschnitten durch die Staatsanwaltschaft (§ 69 IV 1) oder das Gericht (§ 73 I 1 StPO). Bei unberechtigter Weigerung (vgl. § 76 I StPO) kann die Verwaltungsbehörde ein Ordnungsgeld verhängen und dem Sachverständigen die verursachten Kosten auferlegen (§ 46 II OWiG iVm §§ 161a I, 77 I StPO). 103

Für die Verteidigung empfiehlt es sich zuweilen, private Sachverständigengutachten einzuholen – gerade in Verkehrsordnungswidrigkeitenverfahren wird dieses Instrument bei rechtsschutzversicherten Betroffenen gerne genutzt, da Rechtsschutzversicherer zumeist die entstehenden Kosten tragen. Eine Auslagererstattung im Kostenfestsetzungsverfahren im Falle eines späteren Freispruchs ist aber meist nicht möglich. 103a

Die **Ablehnung** eines Sachverständigen (§ 46 I OWiG iVm §§ 74, 104 22–24 StPO), vor allem wegen Besorgnis der Befangenheit, ist im Verfahren vor der Verwaltungsbehörde nicht zugelassen (RRH OWiG § 59 Rn. 5e). Der Betroffene muss den Bescheid abwarten und Einspruch einlegen, um im Gerichtsverfahren (§ 46 I OWiG iVm §§ 74, 22 f. StPO) die Ablehnung durchzusetzen. Er kann allerdings

bereits im behördlichen Verfahren auf potenzielle Fehler des Gutachters, die (vermeintlich) mangelnde Expertise oder Unabhängigkeit eines Gutachters hinweisen. Profunde Hinweise in diese Richtung hat die Verwaltungsbehörde im Rahmen ihres amtlichen Auftrags zur Ermittlung angemessen zu würdigen.

- 105 Die Aufgabe des **Sachverständigen überschneidet** sich mitunter mit der des **Zeugen** (§ 46 I OWiG iVm §§ 72, 74 I 2 StPO), wenn der Sachverständige selbst Tatsachen wahrgenommen hat, sei es zufällig oder im Rahmen der Begutachtung. In Bezug auf die Tatsachen ist er Zeuge und kann als Zeuge vernommen werden (**sachverständiger Zeuge**).

Beispiel: Haben Amtsträger bei einer amtlichen Kontrolle Feststellungen gemacht, die das Bußgeldverfahren ausgelöst haben (zB Lebensmittelkontrollen oder Kontrollen zum Tierschutz), so sind diese Personen regelmäßig sachverständige Zeugen, weil sie als Zeugen über besondere Fachkenntnisse verfügen.

d) Urkunden

- 106 Urkunden sind **Schriftstücke mit gedanklichem Inhalt**. Sie werden im Vorverfahren, möglichst im Original, zu den Akten genommen und bei der Entscheidung verwendet.
- 107 **Technische Aufzeichnungen**, wie insbesondere Messergebnisse von Geräten, gelten als Augenscheinsobjekte, wenn sie tatsächlich als Bild wirken (Bsp: Temperaturkurve). Datenfelder in Messfotos sind dagegen Urkunden (→Rn. 110). Der Unterschied hat prozessuale Bedeutung in der Hauptverhandlung (Roxin/Schünemann StVerfR § 28 Rn. 1).

e) Augenschein

- 108 Beim Augenscheinsbeweis verschafft sich die Verwaltungsbehörde selbst unmittelbare Kenntnis von entscheidungserheblichen Tatsachen. Der Augenscheinsbeweis ist nicht auf Sichtbares beschränkt, sondern zielt auf jede Form der **sinnlichen Wahrnehmung**; das kann etwa im Lebensmittelrecht auch das Riechen und Schmecken sein. Infolgedessen verlangt er die unmittelbare Wahrnehmung durch die entscheidende Person. Die Verwaltungsbehörde kann aber einen Augenscheinsgehilfen einsetzen, der über seine Wahrnehmung als Zeuge

vernommen wird. Gerichte können so etwa Zeugen (insbesondere Polizeibeamte) bitten, (nochmals) einen bestimmten Zustand in Augenschein zu nehmen, also etwa einen Unfallort oder eine Lichtzeichenanlage. Typische Augenscheinsobjekte, die im Verfahren genutzt werden, sind natürlich auch Messfotos, die im Rahmen von bildgebenden Messverfahren im Straßenverkehr gefertigt werden.

Der Augenschein spielt im **Verwarnungsverfahren** (§ 56) eine besonders wichtige Rolle, weil dieses Verfahren typischerweise zur Ahndung unmittelbarer, spontaner, von der Behörde wahrgenommener, Handlungen eingesetzt wird (zB bei Verkehrsverstößen), auch wenn es in der Praxis gelegentlich auch erweitert gehandhabt werden mag. Hier ist das beobachtete Geschehen (Verstoß gegen Überholverbot) bei der spontanen Wahrnehmung durch den Amtsträger Entscheidungsgrundlage. Er entscheidet über die Verwarnung (§§ 56 I, 57 II) und kann, wenn der Verwarnung nicht zugestimmt wird, Zeuge sein. 109

Im Regelfall werden die Beobachtungen **protokolliert** und als Urkunden im Verfahren benutzt. In der Hauptverhandlung dürfen die Beurkundungen zur Vereinfachung der Beweisaufnahme im Vergleich zum Strafverfahren stets verlesen werden (§ 77a). Das Gericht kann nach § 78 I aber auch statt einer Verlesung den wesentlichen Inhalt der Vernehmung referieren bzw. auf das Selbstleseverfahren zurückgreifen (§ 78 I 2). In Augenschein genommene Abbildungen können auch wegen der Einzelheiten Gegenstand einer Bezugnahme in den Urteilsgründen sein (§§ 267 I 3 StPO, 46). Dies gilt insbesondere für Messfotos – deren Dateneinblendungen sind dagegen nicht der Inbezugnahme zugänglich, da sie Urkunden darstellen (OLG Hamm BeckRS 2021, 4683). 110

f) Einlassung des Betroffenen

Die Einlassung des Betroffenen dient seinem **rechtlichen Gehör**, seiner **Verteidigung** und als **Beweismittel**. Er ist zur Stellungnahme aufzufordern (§ 55) und kann sich schriftlich oder mündlich äußern. Mit der schriftlichen Aufforderung ist ihm die zur Last gelegte Tat samt der einschlägigen Ahndungsvorschriften zu nennen (§ 46 II OWiG iVm §§ 163a III, 136 I 1 StPO); bei polizeilicher Anhörung reicht die mündliche Darlegung des Tatvorwurfs (§ 46 I OWiG iVm § 163a IV StPO). 111

- 112 Zur Person muss der Betroffene sich **äußern** (§§ 111 I; 46 I OWiG iVm § 136 III StPO), zur Sache steht es ihm frei (→ § 3 Rn. 35); die Abgrenzung zwischen Aussagen zur Person und zur Sache kann allerdings im Einzelfall schwierig sein. Über sein Recht, zum Vorwurf zu schweigen, ist er vor der ersten Vernehmung zu belehren (§ 46 I OWiG iVm § 136 I StPO). Wird dies unterlassen, so darf die Äußerung nicht verwertet werden (KK-OWiG/Wache § 55 Rn. 16; diff. Göhler/Gürtler/Thoma OWiG § 55 Rn. 9; für Ordnungswidrigkeit offen gelassen von BGHSt 38, 214; zur sog. informatorischen Befragung: Göhler/Gürtler/Thoma OWiG § 55 Rn. 24). Bei allen weiteren Vernehmungen ist eine erneute Belehrung entbehrlich (zum Schweigerecht → § 3 Rn. 60). Er ist auch darüber zu belehren, dass er einzelne Beweiserhebungen beantragen kann (§ 46 I OWiG iVm § 136 I 3 StPO). Eines Hinweises auf das Recht zur Wahl eines Verteidigers (§ 55 II), bedarf es jedoch im Ordnungswidrigkeitenverfahren nicht.

5. Beweisgewinnung

- 113 Die Beweismittel befinden sich entweder bereits bei der Behörde oder sie müssen herbeigeschafft werden. Zur **Beschaffung** von Beweismitteln gibt es insbesondere folgende Möglichkeiten:

a) Amtshilfe

- 114 Alle öffentlichen Behörden sind verpflichtet, der Verwaltungsbehörde und den anderen Verfolgungsorganen **Auskünfte** zu geben oder selbst Ermittlungen vorzunehmen oder vornehmen zu lassen (Art. 35 GG, § 161 StPO). Das kann formlos geschehen (§ 77a III). Die von anderen Behörden beigebrachten Erkenntnismittel dürfen über § 256 StPO hinaus in der gerichtlichen Hauptverhandlung verlesen werden (§ 77a II).
- 115 Amtshilfe kann bei Unzuständigkeit der ersuchten Behörde, bei Gefährdung ihrer eigenen Aufgaben oder bei Unverhältnismäßigkeit zwischen Aufwand und Anlass **abgelehnt** werden.