

NOMOSKOMMENTAR

Parigger | Helm | Stevens-Bartol [Hrsg.]

Arbeits- und Sozialstrafrecht



Nomos

NOMOSKOMMENTAR

Dr. Manfred Parigger | Dr. Rüdiger Helm
Eckart Stevens-Bartol [Hrsg.]

Arbeits- und Sozialstrafrecht

RA **Joachim Baumann**, Fachanwalt für Strafrecht, Hannover | RA **Dr. Emanuel H. F. Ballo**, Frankfurt a. M. | RAin **Dr. Sandra B. Carlson**, LL.M., Fachanwältin für Arbeitsrecht, Nürnberg | Regierungsrat **Tomas Cosfeld**, Hannover | **Prof. Dr. Jörg Eisele**, Universität Tübingen | RA **Michael Fleischmann**, Fachanwalt für Arbeitsrecht, München | RA **Willy Franz**, Steuerberater, Hannover | RA **Dr. Dietrich Growe**, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Mannheim | RA **Dr. Rüdiger Helm**, LL.M., München | RA **Dr. Tobias Hillegeist**, Hamburg | **Prof. Dr. Birgit Hoffmann**, Hochschule Mannheim | RAin **Dr. Claudia Keiser**, Hannover | RAin **Kathi-Gesa Klafke**, Berlin | VRIOLG a.D. **Guido Kotschy**, München | RA **Pascal R. Kremp**, LL.M., München | RA **Dr. Thomas Kuhn**, Fachanwalt für Steuerrecht und Strafrecht, München | RA **Dr. Norbert Lösing**, Fachanwalt für Strafrecht, Lüneburg | RA **Dr. Frank Lorenz**, Düsseldorf | RA **Prof. Dr. Michael Nagel**, Fachanwalt für Strafrecht, Hannover | RA **Andreas Müller**, Fachanwalt für Arbeitsrecht, München | RA **Thomas Müller**, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Nürnberg | RA **Dr. Manfred Parigger**, Fachanwalt für Strafrecht, Hannover | RA **Hans J. Pfitzner**, München | RAin **Barbara Renkl**, München | RAin **Dr. Juliane Freifrau von Rotenhan**, Hannover | RA **Dr. Christian Schoop**, Frankfurt a. M. | RA **Prof. Dr. Kay H. Schumann**, Düsseldorf | RA **Krikor R. Seebacher**, München | RiOLG **Dr. Andreas Stegbauer**, München | RA **Eckart Stevens-Bartol**, VRILSG a.D., München | RA **Dr. Peer Stolle**, Fachanwalt für Strafrecht, Berlin | RA **Prof. Dr. Jürgen Taschke**, Frankfurt a. M. | RAin **Sylvia Völker**, Celle | RA **Daniel Weidmann**, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin | RA **Dr. Daniel Zapf**, Frankfurt a. M.



Nomos

Zitervorschlag: NK-ASStrafR/*Bearbeiter* StGB §... Rn. ...

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4299-8

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

Ein Kommentar zum Arbeits- und Sozialstrafrecht verlässt juristische Heimrinnstrecken. Der Diskurs im Arbeits-, im Sozial- und im Strafrecht wird von auf das jeweilige Teil-Rechtsgebiet spezialisierten Stimmen geprägt. Bislang fehlte ein Kommentar, der sich explizit der oft vernachlässigten Schnittstellen annimmt, der der Konnexität Rechnung trägt.

Eine der sich dabei stellenden Grundfragen lautet: Kann strafbar sein, was arbeits- oder sozialrechtlich erlaubt ist? Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung steht dem entgegen. Dennoch kommt es immer wieder zu Spannungen, gerade wenn es um politisch umkämpfte Rechtsgebiete, wie das Arbeitskampfrecht, das Betriebsverfassungsrecht, das Arbeitsschutzrecht, den Schutz von Geschäftsgeheimnissen, das Datenschutzrecht oder das Gleichstellungsrecht geht.

Darf Strafrecht zur Beeinträchtigung des verfassungsrechtlich garantierten Streikrechts angewandt werden? Ist die zu geringe oder zu hohe Vergütung eines Betriebsratsmitglieds strafbar? Wie kann Strafrecht die Betriebsverfassung sicherstellen? Wann ist die Duldung einer Überschreitung gesetzlicher Arbeitszeithöchstgrenzen strafbar? Die Verletzung des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen ist gesetzlich neu geregelt. Wer Täter, Mittäter oder Helfer sein kann, wird normübergreifend dargestellt. In Teilbereichen des Arbeits- und Sozialstrafrechts kann die vom Gesetzgeber gewählte Methodik der Blankettverweisungen auf verfassungsrechtliche Bedenken stoßen. Die dem Arbeitsrecht nahestehenden sozialrechtlichen Strafnormen sind erörtert. Kann die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs nach dem AGG eine Straftat sein? Was ist mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung?

Einzelne rechtliche Konflikte haben einen politischen Hintergrund. „Die ständigen Versuche der Justiz, Anklagen mit politischem Hintergrund der ‚normalen Kriminalität‘ zuzurechnen, sind erst langsam gescheitert,“ schreibt *Heussen*¹. Noch scheinen die Versuche nicht zu enden. Dies lässt sich im Streik- und Versammlungsrecht, aktuell im Umgang mit Entschädigungsklägern nach dem AGG und im Streit um die Höhe der Betriebsratsvergütung beobachten. Diese Umnutzung des Strafrechts lenkt von dem Potenzial ab, das in dem Optimierungszusammenhang² liegt, der den Teil-Rechtsgebieten innewohnt. Sie weist auch auf eine gewisse Arbeitsrechtsferne vieler Strafrechtler und, umgekehrt, auf eine nicht übersehbare Strafrechtsferne der Arbeitsrechtler hin.

Dieser Kommentar soll zum Abbau der Strafrechtsferne von Arbeits- und Sozialrechtlern und der Arbeits- und Sozialrechtsferne der Strafrechtler beitragen. Ein besseres Verständnis kann im Diskurs und in der Praxis nur nutzen.

Im Rahmen der Kommentierung war stets zu entscheiden, wie praxisrelevante Fragen möglichst umfassend aufgegriffen werden können. So war zB darüber zu befinden, wie umfassend das fragmentierte Ladenschlussrecht zu erörtern ist, welche Normen nur abgedruckt, welche im Detail zu erörtern sind. Im Idealfall steuerten dabei die beteiligten Arbeits- bzw. Sozialrechtler die Lebenssachverhalte bei, die in der Rechtspraxis tatsächlich rechtliche Grenz-Probleme bereiten, die zu lösen nur unter Heranziehung strafrechtlicher Expertise gelingt.

Idealen muss man sich annähern. Auch bei sorgfältiger Auswahl sind wir uns im Klaren darüber, dass wir sicher nicht alle möglichen Konstellationen bedacht und Normen übersehen haben. Unsere Auswahl-Entscheidungen werden nicht immer geteilt werden. Sie, liebe Leserinnen und Leser, sind deshalb ausdrücklich zur Kritik eingeladen. So kann sich der Spezialkommentar zu dem entwickeln, was er sein soll: Ein nützliches Arbeitswerkzeug für Strafrechtler, Sozialrechtler, Arbeitsrechtler, Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretungen, Gewerkschaften und Personalabteilungen.

Im Dezember 2020

Ihr *Manfred Parigger, Rüdiger Helm* und *Eckart Stevens-Bartol*

¹ *Heussen*, Buchbesprechung zu Hartmut Wächter – Widerspruch, als Strafverteidiger in politischen Prozessen, Biografie, MAV-Mitteilungen 4/2019, 26.

² *Buschmann* FS Ostendorf 2015, 143.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Autorenverzeichnis	17
Bearbeiterverzeichnis	19
Allgemeines Abkürzungsverzeichnis	23
Literaturverzeichnis	27
Einleitung	31

Grundlagen

Blankettvorschriften und das verfassungsrechtliche Gebot der Gesetzesbestimmtheit (nullum crimen nulla poena sine lege certa)	43
Grundlagen zu Compliance	46

Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG)

§ 23 AEntG Bußgeldvorschriften	70
---	----

Gesetz zur Förderung der beruflichen Aufstiegsfortbildung (Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz – AFBG)

§ 29 AFBG Bußgeldvorschriften	78
--	----

Altersteilzeitgesetz (AltTZG)

§ 14 AltTZG Bußgeldvorschriften	79
--	----

Gesetz über die Zertifizierung von Altersvorsorge- und Basisrentenverträgen (Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz – AltZertG)

§ 13 AltZertG Bußgeldvorschriften	82
--	----

Abgabenordnung (AO)

§ 370 AO Steuerhinterziehung	88
§ 378 AO Leichtfertige Steuerverkürzung	100
§ 380 AO Gefährdung der Abzugsteuern	100

Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit (Arbeitsschutzgesetz – ArbSchG)

§ 25 ArbSchG Bußgeldvorschriften	101
§ 26 ArbSchG Strafvorschriften	166

Arbeitszeitgesetz (ArbZG)

§ 22 ArbZG	Bußgeldvorschriften	174
§ 23 ArbZG	Strafvorschriften	186

Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit (ASiG)

§ 20 ASiG	Ordnungswidrigkeiten	189
-----------	----------------------------	-----

Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG)

§ 15 AÜG	Ausländische Leiharbeitnehmer ohne Genehmigung	198
§ 15 a AÜG	Entleih von Ausländern ohne Genehmigung	206
§ 16 AÜG	Ordnungswidrigkeiten	209

Bundesgesetz über individuelle Förderung der Ausbildung (Bundesausbildungsförderungsgesetz – BAföG)

§ 58 BAföG	Ordnungswidrigkeiten	216
------------	----------------------------	-----

Berufsbildungsgesetz (BBiG)

§ 101 BBiG	Bußgeldvorschriften	219
------------	---------------------------	-----

Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)

§ 41 BDSG	Anwendung der Vorschriften über das Bußgeld- und Strafverfahren	227
§ 42 BDSG	Strafvorschriften	228
§ 43 BDSG	Bußgeldvorschriften	232

Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz – BEEG)

§ 14 BEEG	Bußgeldvorschriften	235
-----------	---------------------------	-----

Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (Betriebsrentengesetz – BetrAVG)

§ 12 BetrAVG	Ordnungswidrigkeiten	239
--------------	----------------------------	-----

Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)

§ 23 BetrVG	Verletzung gesetzlicher Pflichten	243
Vorbemerkung zu § 119 BetrVG	248
§ 119 BetrVG	Straftaten gegen Betriebsverfassungsorgane und ihre Mitglieder	256
§ 120 BetrVG	Verletzung von Geheimnissen	272

§ 121 BetrVG	Bußgeldvorschriften	278
--------------	---------------------------	-----

**Bundeskindergeldgesetz
(BKGG)**

§ 16 BKGG	Ordnungswidrigkeiten	287
-----------	----------------------------	-----

**Verordnung über die Erfassung und Übermittlung von Daten
für die Träger der Sozialversicherung (Datenerfassungs- und
-übermittlungsverordnung – DEÜV)**

§ 41 DEÜV	Ordnungswidrigkeiten	290
-----------	----------------------------	-----

**Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates
vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung
personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der
Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung – DS-GVO)**

Artikel 83 DS-GVO	Allgemeine Bedingungen für die Verhängung von Geldbußen	293
Artikel 84 DS-GVO	Sanktionen	312

**Gesetz über Europäische Betriebsräte
(Europäische Betriebsräte-Gesetz – EBRG)**

§ 43 EBRG	Strafvorschriften	315
§ 44 EBRG	Strafvorschriften	318
§ 45 EBRG	Bußgeldvorschriften	323

**Gesetz über das Fahrpersonal von Kraftfahrzeugen und Straßenbahnen
(Fahrpersonalgesetz – FPersG)**

§ 8 FPersG	Bußgeldvorschriften	327
§ 8 a FPersG	Bußgeldvorschriften	331

**Gesetz über die Familienpflegezeit
(Familienpflegezeitgesetz – FPfZG)**

§ 12 FPfZG	Bußgeldvorschriften	335
------------	---------------------------	-----

**Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen
(Gendiagnostikgesetz – GenDG)**

§ 25 GenDG	Strafvorschriften	338
§ 26 GenDG	Bußgeldvorschriften	340

Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)

§ 23 GeschGehG	Verletzung von Geschäftsgeheimnissen	343
----------------	--	-----

Heimarbeitsgesetz (HAG)

§ 31 HAG	Ausgabe verbotener Heimarbeit	370
§ 32 HAG	Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Bereich des Arbeits- und Gefahrenschutzes	371
§ 32 a HAG	Sonstige Ordnungswidrigkeiten	375

Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz – JArbSchG)

§ 58 JArbSchG	Bußgeld- und Strafvorschriften	377
§ 59 JArbSchG	Bußgeldvorschriften	400
§ 60 JArbSchG	Verwaltungsvorschriften für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten	403

Gesetz über den Ladenschluss (LadSchlG)

§ 24 LadSchlG	Ordnungswidrigkeiten	404
§ 25 LadSchlG	Straftaten	421

Mindestarbeitsbedingengesetz (MiArbG)

§ 18 MiArbG	Bußgeldvorschriften	424
-------------	---------------------------	-----

Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz – MiLoG)

§ 21 MiLoG	Bußgeldvorschriften	426
------------	---------------------------	-----

Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium (Mutterschutzgesetz – MuSchG)

§ 32 MuSchG	Bußgeldvorschriften	437
§ 33 MuSchG	Strafvorschriften	437

Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)

§ 8 OWiG	Begehen durch Unterlassen	451
§ 9 OWiG	Handeln für einen anderen	455
§ 10 OWiG	Vorsatz und Fahrlässigkeit	466
§ 11 OWiG	Irrtum	471
§ 14 OWiG	Beteiligung	477
§ 17 OWiG	Höhe der Geldbuße	483
§ 21 OWiG	Zusammentreffen von Straftat und Ordnungswidrigkeit	492

§ 30 OWiG	Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen	492
§ 46 OWiG	Anwendung der Vorschriften über das Strafverfahren	515
§ 47 OWiG	Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten	519
§ 84 OWiG	Wirkung der Rechtskraft	523
§ 130 OWiG	[Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen]	526

**Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung
(Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz – SchwarzArbG)**

§ 8 SchwarzArbG	Bußgeldvorschriften	548
§ 10 SchwarzArbG	Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel und zu ungünstigen Arbeitsbedingungen	556
§ 10 a SchwarzArbG	Beschäftigung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel, die Opfer von Menschenhandel sind	562
§ 11 SchwarzArbG	Erwerbstätigkeit von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel in größerem Umfang oder von minderjährigen Ausländern	564
§ 12 SchwarzArbG	Allgemeines zu den Ordnungswidrigkeiten	566
§ 13 SchwarzArbG	Zusammenarbeit in Bußgeldverfahren	567
§ 14 SchwarzArbG	Ermittlungsbefugnisse	569

**Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft
(SE-Beteiligungsgesetz – SEBG)**

§ 45 SEBG	Strafvorschriften	571
§ 46 SEBG	Bußgeldvorschriften	576

**Sozialgesetzbuch Zweites Buch –
Grundsicherung für Arbeitsuchende
(SGB II)**

§ 63 SGB II	Bußgeldvorschriften	580
§ 64 SGB II	Zuständigkeit und Zusammenarbeit mit anderen Behörden	587

**Sozialgesetzbuch Drittes Buch –
Arbeitsförderung
(SGB III)**

§ 404 SGB III	Bußgeldvorschriften	589
§ 405 SGB III	Zuständigkeit, Vollstreckung und Unterrichtung	600

**Viertes Buch Sozialgesetzbuch –
Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung
(SGB IV)**

§ 7 SGB IV	Beschäftigung	602
§ 7 a SGB IV	Anfrageverfahren	639
§ 111 SGB IV	Bußgeldvorschriften	655
§ 112 SGB IV	Allgemeines über Bußgeldvorschriften	663

**Sozialgesetzbuch Fünftes Buch –
Gesetzliche Krankenversicherung
(SGB V)**

§ 307 SGB V	Bußgeldvorschriften	665
§ 307 a SGB V	Strafvorschriften	670
§ 307 b SGB V	Strafvorschriften	671

**Sozialgesetzbuch Sechstes Buch –
Gesetzliche Rentenversicherung
(SGB VI)**

§ 320 SGB VI	Bußgeldvorschriften	672
§ 321 SGB VI	Zusammenarbeit zur Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten	679

**Sozialgesetzbuch Siebtes Buch –
Gesetzliche Unfallversicherung
(SGB VII)**

§ 209 SGB VII	Bußgeldvorschriften	681
§ 210 SGB VII	Zuständige Verwaltungsbehörde	685
§ 211 SGB VII	Zusammenarbeit zur Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten	685

**Sozialgesetzbuch Achtes Buch –
Kinder- und Jugendhilfe
(SGB VIII)**

§ 104 SGB VIII	Bußgeldvorschriften	688
§ 105 SGB VIII	Strafvorschriften	691

**Sozialgesetzbuch Neuntes Buch –
Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen
(SGB IX)**

§ 237 a SGB IX	Strafvorschriften	692
§ 237 b SGB IX	Strafvorschriften	694
§ 238 SGB IX	Bußgeldvorschriften	696

**Sozialgesetzbuch Zehntes Buch –
Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz
(SGB X)**

§ 85 SGB X	Strafvorschriften	700
§ 85 a SGB X	Bußgeldvorschriften	701
§ 98 SGB X	Auskunftspflicht des Arbeitgebers	703

**Sozialgesetzbuch Elftes Buch –
Soziale Pflegeversicherung
(SGB XI)**

§ 121 SGB XI Bußgeldvorschrift 706

**Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch –
Sozialhilfe
(SGB XII)**

§ 117 SGB XII Pflicht zur Auskunft 709

**Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten
(Sprecherausschußgesetz – SprAuG)**

§ 34 SprAuG Straftaten gegen Vertretungsorgane der leitenden Angestellten und ihre Mitglieder 712
§ 35 SprAuG Verletzung von Geheimnissen 716
§ 36 SprAuG Bußgeldvorschriften 718

Strafgesetzbuch (StGB)

Vorbemerkung zu den §§ 13–17 StGB 722
§ 13 StGB Begehen durch Unterlassen 726
§ 14 StGB Handeln für einen anderen 737
§ 15 StGB Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln 742
§ 16 StGB Irrtum über Tatumstände 754
§ 17 StGB Verbotsirrtum 756
Vorbemerkung zu den §§ 25, 26, 27 StGB 759
§ 25 StGB Täterschaft 760
§ 26 StGB Anstiftung 768
§ 27 StGB Beihilfe 772
§ 70 StGB Anordnung des Berufsverbots 776
§ 70 a StGB Aussetzung des Berufsverbots 783
§ 70 b StGB Widerruf der Aussetzung und Erledigung des Berufsverbots 785
Vorbemerkung zu § 73 ff. StGB 788
§ 73 StGB Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern 789
§ 73 a StGB Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern 792
§ 73 b StGB Einziehung von Taterträgen bei anderen 792
§ 73 c StGB Einziehung des Wertes von Taterträgen 793
§ 73 d StGB Bestimmung des Wertes des Erlangten; Schätzung 794
§ 73 e StGB Ausschluss der Einziehung des Tatertrages oder des Wertersatzes 794
§ 74 StGB Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern 795
§ 74 a StGB Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei anderen 795
§ 74 b StGB Sicherungseinziehung 795
§ 74 c StGB Einziehung des Wertes von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern 796
§ 74 d StGB Einziehung von Schriften und Unbrauchbarmachung 796

Inhaltsverzeichnis

§ 74 e StGB	Sondervorschrift für Organe und Vertreter	796
§ 76 a Abs. 4 StGB	Selbständige Einziehung	797
§ 76 b StGB	Verjähung der Einziehung von Taterträgen und des Wertes von Taterträgen	798
§ 77 StGB	Antragsberechtigte	798
§ 145 c StGB	Verstoß gegen das Berufsverbot	804
§ 174 StGB	Sexueller Mißbrauch von Schutzbefohlenen	807
§ 180 Abs. 3 StGB	Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger	818
§ 184 h StGB	Begriffsbestimmungen	819
§ 184 i StGB	Sexuelle Belästigung	822
§ 185 StGB	Beleidigung	825
§ 186 StGB	Üble Nachrede	837
§ 187 StGB	Verleumdung	844
§ 193 StGB	Wahrnehmung berechtigter Interessen	847
§ 194 StGB	Strafantrag	850
§ 202 a StGB	Ausspähen von Daten	853
Vorbemerkungen zu §§ 203 ff. StGB	869
§ 203 StGB	Verletzung von Privatgeheimnissen	876
§ 204 StGB	Verwertung fremder Geheimnisse	887
§ 205 StGB	Strafantrag	888
§ 206 StGB	Verletzung des Post- oder Fernmeldegeheimnisses	888
§ 222 StGB	Fahrlässige Tötung	897
§ 229 StGB	Fahrlässige Körperverletzung	897
§ 225 StGB	Mißhandlung von Schutzbefohlenen	900
§ 232 StGB	Menschenhandel	907
§ 233 StGB	Ausbeutung der Arbeitskraft	926
§ 240 StGB	Nötigung	934
§ 263 StGB	Betrug	946
§ 266 StGB	Untreue	961
§ 266 a StGB	Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt	977
§ 278 StGB	Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse	1002
§ 279 StGB	Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse	1002
§ 291 StGB	Wucher	1005
§ 299 StGB	Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr	1009
§ 319 StGB	Baugefährdung	1021
§ 331 StGB	Vorteilsannahme	1024
§ 332 StGB	Bestechlichkeit	1034
§ 333 StGB	Vorteilsgewährung	1039
§ 334 StGB	Bestechung	1041
§ 357 StGB	Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat	1044

Strafprozeßordnung (StPO)

§ 136 StPO	Erste Vernehmung	1048
§ 136 a StPO	Verbotene Vernehmungsmethoden; Beweisverwertungsverbote	1048
§ 153 a StPO	Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen	1055
§ 262 StPO	Entscheidung zivilrechtlicher Vorfragen	1063

Tarifvertragsgesetz (TVG)

§ 7 TVG Übersendungs- und Mitteilungspflicht 1066

**Gesetz zur Sicherung des Unterhalts von Kindern alleinstehender Mütter und Väter
durch Unterhaltsvorschüsse oder -ausfallleistungen
(Unterhaltsvorschussgesetz – UnterhVG)**

§ 10 UnterhVG Bußgeldvorschriften 1067

**Gesetz über die Leistungen zur Sicherung des Unterhalts von
Reservistendienst Leistenden
(Unterhaltssicherungsgesetz – USG)**

§ 30 USG Bußgeldvorschriften 1069

Wohngeldgesetz (WoGG)

§ 37 WoGG Bußgeld 1071

**Gesetz über den Wertpapierhandel
(Wertpapierhandelsgesetz – WpHG)**

§ 120 WpHG Bußgeldvorschriften; Verordnungsermächtigung 1074

Stichwortverzeichnis 1107

Autorenverzeichnis

Joachim Baumann, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht, Nagel Schlösser Rechtsanwälte, Hannover

Dr. *Emanuel H. F. Ballo*, Rechtsanwalt, DLA Piper, Frankfurt aM

Dr. *Sandra B. Carlson*, LL.M., Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Manske & Partner, Nürnberg

Tomas Cosfeld, Regierungsrat, Niedersächsisches Ministerium für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung, Hannover

Prof. Dr. *Jörg Eisele*, Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht, Universität Tübingen

Michael Fleischmann, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Seebacher Fleischmann Müller, München

Willy Franz, Rechtsanwalt und Steuerberater, Hannover

Dr. *Dietrich Growe*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Kanzlei Dr. Growe & Kollegen, Mannheim

Dr. *Rüdiger Helm*, LL.M., Rechtsanwalt, Kanzlei Huber Mücke Helm, München

Dr. *Tobias Hillegeist*, Rechtsanwalt, Marx Siebert Rechtsanwälte, Hamburg

Prof. Dr. *Birgit Hoffmann*, Hochschule Mannheim

Dr. *Claudia Keiser*, Rechtsanwältin, Hannover

Kathi-Gesa Klafke, Rechtsanwältin, jura-ratio Rechtsanwaltsgesellschaft, Berlin

Guido Kotschy, Vorsitzender Richter am OLG München a.D., München

Pascal R. Kremp, LL.M., Rechtsanwalt, DLA Piper, München

Dr. *Thomas Kuhn*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Strafrecht, Boerschmann Finke Kuhn Rechtsanwälte, München

Dr. *Norbert Lösing*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht, Sieper & Lösing Rechtsanwälte, Lüneburg

Dr. *Frank Lorenz*, Rechtsanwalt, Silberberger Lorenz Towara, Düsseldorf

Prof. Dr. *Michael Nagel*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht, Nagel Schlösser Rechtsanwälte, Hannover

Andreas Müller, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Seebacher Fleischmann Müller, München

Thomas Müller, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Manske & Partner, Nürnberg

Dr. *Manfred Parigger*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht, Parigger & Kollegen Rechtsanwälte, Hannover

Hans J. Pfitzner, Rechtsanwalt, Arbeitsrechtskanzlei Pfitzner Rechtsanwälte, München

Barbara Renkl, Rechtsanwältin, Seebacher Fleischmann Müller, München

Dr. *Juliane Freifrau von Rotenhan*, Rechtsanwältin, Parigger & Kollegen Rechtsanwälte, Hannover

Dr. *Christian Schoop*, Rechtsanwalt, DLA Piper, Frankfurt aM

Prof. Dr. *Kay H. Schumann*, Rechtsanwalt, SCHUMANN KANZLEI, Düsseldorf; apl. Professor, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Universität Bonn

Krikor R. Seebacher, Rechtsanwalt, Seebacher Fleischmann Müller, München

Dr. *Andreas Stegbauer*, Richter am Oberlandesgericht München, München

Autorenverzeichnis

Eckart Stevens-Bartol, Vorsitzender Richter am LSG München a.D., Rechtsanwalt, München

Dr. *Peer Stolle*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht, dka Rechtsanwälte, Berlin

Prof. Dr. *Jürgen Taschke*, Rechtsanwalt, DLA Piper, Frankfurt aM

Sylvia Völker, Rechtsanwältin, Celle

Daniel Weidmann, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, dka Rechtsanwälte, Berlin

Dr. *Daniel Zapf*, Rechtsanwalt, DLA Piper, Frankfurt aM

Bearbeiterverzeichnis

Im Einzelnen haben bearbeitet:

Einleitung

RA Dr. Rüdiger Helm

Grundlagen zu den Blankettvorschriften

RA Dr. Manfred Parigger

Grundlagen zu Compliance

RA Prof. Dr. Jürgen Taschke,

RA Dr. Daniel Zapf

AEntG

§ 23

RA Dr. Frank Lorenz

AltTZG

§ 14

RA Michael Fleischmann

AltZertG

§ 13

RAin Sylvia Völker

AO

§ 370

RA Willy Franz,

RA Dr. Manfred Parigger

ArbSchG

§§ 25, 26

RA Dr. Rüdiger Helm

ArbZG

§§ 22, 23

RA Krikor R. Seebacher

ASiG

§ 20

RA Dr. Rüdiger Helm

AÜG

§§ 15, 15 a, 16

RA Dr. Frank Lorenz

BAföG

§ 58

RA Eckart Stevens-Bartol

BBiG

§ 102

RA Hans J. Pfitzner

BDSG

§§ 41–43

RA Thomas Müller

BEEG

§ 14

RAin Barbara Renkl

BetrAVG

§ 20

RA Michael Fleischmann

BetrVG

Vor § 119

RA Dr. Dietrich Growe,

RA Dr. Rüdiger Helm

§§ 23, 119–121

RA Daniel Weidmann,

RA Dr. Peer Stolle

BKGG

§ 16

RA Eckart Stevens-Bartol

DEÜV

§ 41

RA Dr. Rüdiger Helm

DS-GVO

§§ 83, 84

RA Thomas Müller

EBRG

§§ 43, 44, 45

RA Pascal R. Kremp

FPersG

§§ 8, 8 a

RA Dr. Frank Lorenz

FPfZG

§ 12

RA Barbara Renkl

GenDG

§§ 25, 26

RA Thomas Müller

GeschGehG

§ 23

RAin Dr. Claudia Keiser

HAG

§§ 31, 32, 32 a

RA Hans J. Pfitzner

Bearbeiterverzeichnis

JArbSchG

§§ 58, 59, 60

RA *Andreas Müller*

LadSchlG

§§ 24, 25

RA *Krikor R. Seebacher*

MiArbG

§ 18

RA *Dr. Frank Lorenz*

MiLoG

§ 21

RA *Dr. Frank Lorenz*

MuSchG

§§ 32, 33

RAin *Barbara Renkl*

OWiG

§§ 8–11, 14, 17

RA *Prof. Dr. Michael Nagel, Tomas Cosfeld*

§§ 30, 46, 47, 84, 130

RA *Prof. Dr. Michael Nagel*

SchwarzArbG

§§ 8–14

RA *Dr. Frank Lorenz*

SEBG

§§ 45, 46

RAin *Dr. Sandra B. Carlson*

SGB II

§§ 63, 64

RA *Eckart Stevens-Bartol*

SGB III

§§ 404, 405

RA *Eckart Stevens-Bartol*

SGB IV

§§ 7, 7 a

RAin *Kathi-Gesa Klafke*

§§ 111, 112

RA *Eckart Stevens-Bartol*

SGB V

§§ 307, 307 a, 307 b

RA *Eckart Stevens-Bartol*

SGB VI

§ 320

RAin *Sylvia Völker*

§ 321

RA *Eckart Stevens-Bartol*

SGB VII

§§ 209–211

RA *Eckart Stevens-Bartol*

SGB VIII

§§ 104, 105

RA *Eckart Stevens-Bartol*

SGB IX

§§ 237 a, 237 b, 238

RA *Eckart Stevens-Bartol*

SGB X

§§ 85, 85 a

Prof. Dr. Birgit Hoffmann

§ 98 Abs. 5

RA *Eckart Stevens-Bartol*

SGB XI

§ 121

RA *Eckart Stevens-Bartol*

SGB XII

§ 117 Abs. 6

RA *Eckart Stevens-Bartol*

SprAuG

§§ 34–36

RA *Pascal R. Kremp*

StGB

Vor §§ 13–17, §§ 13–17, Vor §§ 25–27, 25–27, 77
RA *Dr. Thomas Kuhn*

§§ 70, 70 a, 70 b, 145 c
RA *Dr. Manfred Parigger*,
RA *Prof. Dr. Kay H. Schumann*

Vor §§ 73 ff., §§ 73–76 b, 299, 331–334, 357
RA *Dr. Emanuel H. F. Ballo*,
RA *Dr. Christian Schoop*

§§ 174, 180 Abs. 3, 184 h, 184 i, 222, 225, 229
RA *Prof. Dr. Kay H. Schumann*

§§ 185–187, 193, 194, 240
RA *Dr. Norbert Lösing*

§§ 202 a, 232, 233
RA *Joachim Baumann*

Vor §§ 203 ff., §§ 203, 204, 205, 206
RAin *Dr. Claudia Keiser*

§ 263
RA *Dr. Tobias Hillegeist*

§ 266, 278, 279, 291, 319
RAin *Dr. Juliane Freifrau von Rotenhan*

§ 266 a
Prof. Dr. Jörg Eisele

StPO

§§ 136, 136 a, 153 a, 262
RiOLG *Dr. Andreas Stegbauer*

UnterhVG

§ 10
RA *Eckart Stevens-Bartol*

USG

§ 30
RA *Eckart Stevens-Bartol*

WoGG

§ 37
RA *Eckart Stevens-Bartol*

WpHG

§ 120 iVm § 87
VRiOLG a.D. *Guido Kotschy*

A. Grundlagen

I. Umsetzung des Unionsrechts

1 Das ArbSchG lässt sich als „**Grundgesetz**“ des **innerstaatlichen Arbeitsschutzes**¹ bezeichnen. Neben ihm ist das ASiG das zweite Grundlagengesetz für den betrieblichen Arbeitsschutz (→ ASiG § 20 Rn. 2).² Das ArbSchG gibt das Grundgerüst für den betrieblichen Arbeitsschutz vor und wird durch Verordnungen ergänzt, allen voran durch die ArbStättV. Diese Verordnungen beziehen sich in ihrem Sanktionskapitel wiederum auf die Ordnungswidrigkeits- und Strafnormen des ArbSchG. Das ArbSchG trat „zur Umsetzung der EG-Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz“³ sowie weiterer Arbeitsschutz-Richtlinien“⁴ am 21.8.1996 in Kraft und wurde mehrfach weiter entwickelt. So wurde bspw. nach anfänglichen Diskussionen über die mit der Arbeit verbundenen Gefährdungen klarstellend in § 5 Abs. 3 Nr. 6 ArbSchG die (Fehl-)Beanspruchung durch psychische Belastungen in den dortigen Katalog aufgenommen.

2 **1. Innerstaatliche Durchsetzung der Arbeitsschutz-Richtlinien.** Art. 4 der EG-Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz verpflichtet die Mitgliedstaaten die erforderlichen Vorkehrungen zur Durchsetzung der Richtlinie zu treffen und für eine „angemessenen Überwachung und Kontrolle“ zu sorgen (Effizienzgebot). Ordnungswidrigkeiten- und Strafnormen dienen auch der Sicherstellung des Effizienzgebots. Die Überwachung und Kontrolle obliegt zuständigen Behörden.

Weil das zur Umsetzung der Rahmenrichtlinie eingeführte ArbSchG 1996 zu einer **Verbetrieblichung des Arbeitsschutzes** geführt hat, liegt eine Überwachungs- und Kontrollpflicht auch bei betrieblichen Arbeitsschutzakteuren, zB den Betriebsräten, vgl. § 89 Abs. 1 S. 1 BetrVG (→ Rn. 3, 10 ff.). Denn den betrieblichen Arbeitsschutzakteuren kommt seither eine entscheidende Rolle bei der Umsetzung des Arbeitsschutzes zu. Von diesen hängt die praktische Umsetzung des Arbeitsschutzrechtes ab.

Die Ordnungswidrigkeiten- und Strafnormen dienen daher auch dem Zweck den Arbeitsschutzakteur Arbeitgeber anzuhalten, seinen Handlungspflichten nachzukommen. Sie sollen außerdem sicherstellen, dass die Beschäftigtenvertretungen ihre Aufgaben tatsächlich wahrnehmen können (→ Rn. 4). Die (unions-)rechtskonforme Umsetzung des ArbSchG verlangt die Beachtung der Mitbestimmung, wie es Art. 11 und Abs. 14 der Erwägungsgründe der Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz sowie das innerstaatliche Recht verlangt.

3 **2. Die betrieblichen Arbeitsschutzakteure.** Zentraler Arbeitsschutzakteur ist der Arbeitgeber. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer in Bezug auf alle Aspekte, die die Arbeit betreffen, zu sorgen (Art. 5 Abs. 1 EG-Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz). Der Arbeitgeber hat eine öffentlich-rechtliche,⁵ behördlich überwachte⁶ maßnahmenorientierte, umfassende und präventionsorientierte **Handlungspflicht**.⁷ Er muss „die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes (...) treffen“ (§ 3 Abs. 1 ArbSchG).

Zu den maßgeblichen betrieblichen Akteuren gehören neben dem Arbeitgeber die **Beschäftigtenvertretungen**. Die Beschäftigtenvertretungen sind zu Fragen des Arbeitsschutzes und damit verbundenen Maßnahmen anzuhören und zu beteiligen, vgl. Art. 11 Abs. 1 und 2 EG-Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz (→ Rn. 21). Das sind insbes. der Betriebsrat oder die Mitarbeitervertretung. Die Beachtung der Mitbestimmung hat der Arbeitgeber im Betrieb sicherzustellen. Andernfalls verletzt er nicht nur das bestehende (Unions-)Recht. Er riskiert auch die fehlende Rechtswirksamkeit aller betrieblichen Maßnahmen und Regelungen, die der Mitbeurteilung und des Einvernehmens mit der Beschäftigtenvertretung bedürfen (→ Rn. 10 ff.).

Die Beachtung der Mitbestimmung der Beschäftigtenvertretung, zB. nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, ist Wirksamkeitsvoraussetzung für viele betriebliche Maßnahmen des Arbeitsschutzes.⁸ Ohne Beachtung der Mitbestimmung sind diese nur scheinbar wirksam (→ Rn. 11). Solche Maßnahmen sind ggf. zur Vermeidung

1 Kollmer Rn. 1.

2 MüArbR/Kobte § 292 Rn. 43.

3 RL 89/391/EWG.

4 BT-Drs. 13/3540, 3.

5 BAG 7.6.2016 – 1 ABR 25/14 Rn. 12.

6 ErfK/Wank BGB § 618 Rn. 3.

7 Pieper ArbSchR ArbSchG § 3 Rn. 1 a.

8 BAG 16.6.1998 – 1 ABR 68/97 Rn. 33.

dung eines falschen Rechtsscheins zu beseitigen.⁹ Auch die Organisation des Arbeitsschutzes - das betriebliche Arbeitsschutzmanagement - ist unter Beachtung der Mitbestimmung¹⁰ zu regeln (Rn. 38 ff.).¹¹

3. **Effet Utile.** Der Bundesrat hat anlässlich der Umsetzung der Umsetzung der EG-Einzelrichtlinie Arbeitsschutz 2006/25/EG zum Schutz der Arbeitnehmer vor Gefährdungen durch künstliche optische Strahlung unterstrichen, dass die **unmittelbare Sanktionsmöglichkeit** zur „Verfolgung von vorsätzlichen und fahrlässigen Gefährdungen von Beschäftigten für die Aufsichtsbehörden und die betrieblichen Arbeitsschutzakteure von großer Bedeutung“¹² ist. Hier unterstreicht der Normgeber den Zweck der Sanktionen auch in Bezug auf die Aufgabenwahrnehmung durch die betrieblichen Arbeitsschutzakteure (→ Rn. 2 f). Die Sanktionen dienen auch dem *effet utile*. Das Effizienzgebot verlangt die praktische Wirkung der jeweiligen Gemeinschaftsvorschriften sicherstellen.¹³ Das Gestaltungsziel und sein Regelungszweck sollen nach ständiger Rspr. des EuGH „bestmöglich erreicht werden.“¹⁴

II. Präventive Aufsicht – repressive Ahndung

Die Durchsetzung des Arbeitsschutzrechts erfolgt durch präventive Aufsicht und repressive Ahndung begangener Verstöße.¹⁵ Die Sanktionen in §§ 25, 26 ArbSchG sollen die Umsetzung sichern und zur wirksamen Kontrolle beitragen. Sie schützen auch das effektive Verwaltungshandeln. „Die Höhe [der Bußgelder] ist wegen der Gefahren, die bei Verwirklichung der Tatbestände auftreten können, notwendig.“¹⁶ Bußgeldkataloge zur Sanktion begangener Verstöße wurden vom Länderausschuss für Arbeits- und Sicherheitstechnik (LASI) ausgearbeitet. Die empfohlenen Bußgelder für die Bußgeldtatbestände nach § 9 ArbStättV und § 20 BioStoffV finden sich bspw. in den LASI-Leitlinien¹⁷ LV 56¹⁸ und LV 61.¹⁹ Wegen der rechtlichen Bedeutung von Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit wären auch weitergehende Sanktionen gerechtfertigt.

1. **Hoher Abstraktionsgrad.** Das ArbSchG ist von einem hohen Abstraktionsgrad geprägt.²⁰ Es ist durch den Verweis auf den jeweiligen Stand der technischen Entwicklung und die gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse zukunftsfest gestaltet. Künftige technische und wissenschaftliche Erkenntnisse werden durch § 4 ArbSchG erfasst.

Das ArbSchG normiert in § 25 Abs. 1 ArbSchG drei (Grund-)Bußgeldtatbestände die fahrlässig und vorsätzlich verwirklicht werden können:

- Die Zuwiderhandlung gegen einen auf § 25 Abs. 1 Nr. 1 ArbSchG verweisenden Bußgeldtatbestand einer nach den §§ 18, 19 ArbSchG ergangenen Rechtsverordnung.
- Die Zuwiderhandlung des Arbeitsgerbers oder einer verantwortlichen Person gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 22 Abs. 3 S. 1 ArbSchG.
- Die Zuwiderhandlung von Beschäftigten gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 22 Abs. 3 S. 1 ArbSchG.²¹

9 BAG 16.6.1998 – 1 ABR 68/97 Rn. 33.

10 Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz (89/391/EWG), Erwägungsgründe Abs. 14.

11 BAG 18.3.2014 – 1 ABR 73/12.

12 BR-Drs. 262/10, 29.

13 Potacs S. 467.

14 Potacs S. 466.

15 Wiebauer ArbRAktuell 2017, 534.

16 BT-Drs. 13/3540, 21.

17 HK-ArbSchR/Schmitz Teil 2 ArbSchG § 25 Rn. 23.

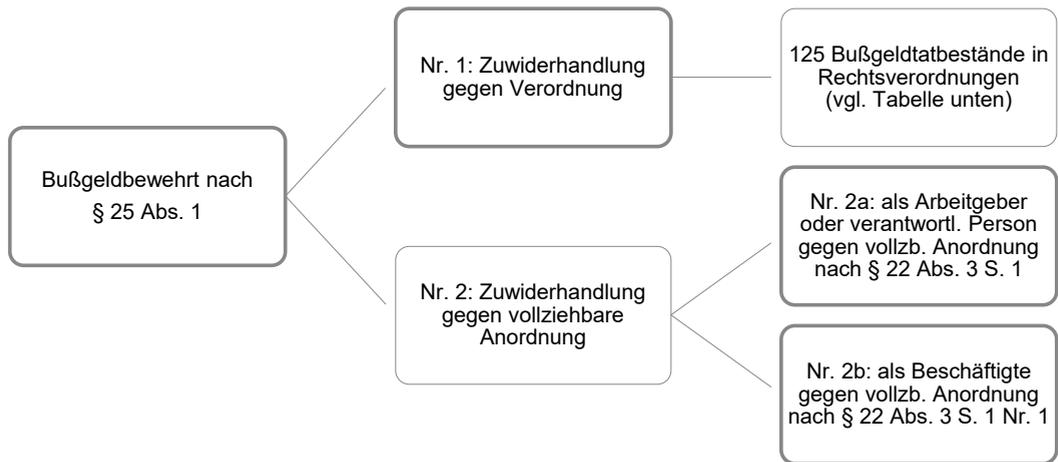
18 <https://lasi-info.com/uploads/media/lv56.pdf>.

19 <http://lasi-info.com/uploads/media/lv61.pdf>.

20 GKR/Kraft ArbStrafR Rn. 850.

21 Kollmer/Klindt/Schucht/Pelz ArbSchG § 25 Rn. 4.

§ 25 ArbSchG



7 **2. Die Bußgeldtatbestände.** Der erste Bußgeldtatbestand, § 25 Abs. 1 Nr. 1 ArbSchG, ist eine **Blankettvorschrift**²² (→ Blankettvorschriften und das verfassungsrechtliche Gebot der Gesetzesbestimmtheit Rn. 5-8). Die nach dieser Blankettvorschrift sanktionierten Tatbestände finden sich in Normen in den einzelnen nach den §§ 18 Abs. 1 oder 19 ArbSchG ergangenen Rechtsverordnungen. Diese verweisen in den Rechtsverordnungen jeweils auch auf den Straftatbestand nach § 26 Nr. 2 ArbSchG (→ ArbSchG § 26). Die praktische Bedeutung dieser Blankettvorschrift zeigt sich in der Anzahl der sich auf § 25 Abs. 1 Nr. 1 ArbSchG beziehenden Bußgeldtatbestände:

<i>Norm</i>	<i>Anzahl der Bußgeldtatbestände</i>
§ 10 ArbMedVV	4
§ 9 ArbStättV	9
§ 7 BaustellV	2
§ 22 BetrSichV	31
§ 20 BioStoffV	26
§ 22 DruckLV	15
§ 22 EMFV	17
§ 16 LärmVibrationsArbSchV	11
§ 11 OStrV	10
Gesamt	125

Einzelnormen in diesen Verordnungen beschreiben Bußgeldtatbestände und verweisen auf § 25 Abs. 1 Nr. 1 ArbSchG. Dabei handelt es sich in der Regel um Arbeitgebern auferlegte Pflichten zur Sicherstellung des präventiven Arbeitsschutzansatzes (§ 2 Abs. 1 ArbSchG).

8 Die **beiden weiteren Bußgeldtatbestände** bewehren die Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung. § 25 Abs. 1 Nr. 1 a ArbSchG betrifft die Zuwiderhandlung durch Beschäftigte und § 25 Abs. 1 Nr. 1 a ArbSchG solche durch Arbeitgeber und deren Beauftragte. Hier geht es um die Durchsetzung von durch Anordnung auferlegte Maßnahmen zur Erfüllung der Pflichten aus dem ArbSchG sowie aufgrund von diesem Gesetz erlassener Rechtsverordnungen gem. § 22 Abs. 3 ArbSchG.

III. Verantwortung des Arbeitgebers als Leitprinzip

9 Der Arbeitgeber ist für die Durchführung des Arbeitsschutzes verantwortlich. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, ist die Organisation des Arbeitsschutzes durch Delegation nicht nur zulässig, sondern in der Regel geboten, um eine Haftung nach § 130 OWiG (→ Rn. 64; OWiG § 130 Rn. 27) zu vermeiden.²³

10 **1. Mitbestimmung der Beschäftigtenvertretung.** Teil der Verantwortung des Arbeitgebers ist die rechtskonforme Aufstellung des betrieblichen Arbeitsschutzkonzeptes. Die Beachtung und Sicherstellung der **Mitbestimmungsrechte der zuständigen Beschäftigtenvertretungen** zur Vermeidung von bußgeld- und strafrechtlichen Risiken gehört zu seiner Verantwortung. Ohne Beachtung der Mitbestimmung vorgenommene gesetz-

²² Kollmer/Klindt/Schucht/Pelz ArbSchG Rn. 6.
²³ Schorn S. 1345.

liche Rahmenvorschriften konkretisierende betriebliche Maßnahmen des Arbeitsschutzes²⁴ sind unwirksam. Denn die unionsrechtlich gebotene Einbeziehung der Beschäftigtenperspektive zum Zweck der weitest möglichen Risikovermeidung würde missachtet.

Viele Vorschriften des Arbeits- und Gesundheitsschutzes enthalten keinen abschließenden normativen Befehl. Sie geben einen ausfüllungsbedürftigen Rahmen zur betrieblichen Umsetzung (Rahmenvorschriften) vor. Besteht ein Gestaltungsrahmen, greift die gesetzliche Mitbestimmung. Unter Beachtung der Mitbestimmung der Beschäftigtenvertretung ist der Gestaltungsrahmen vom Arbeitgeber zu konkretisieren, vgl. für den Betriebsrat § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Die Einigung mit dem Betriebsrat bzw. Ersetzung der Einigung durch die Einigungsstelle auf die betriebsbezogene Konkretisierung des Gestaltungsrahmens macht Maßnahmen bzw. Anordnungen des Arbeitgebers erst rechtswirksam.

Rahmenvorschriften werden im Volksmund gelegentlich als „Gummiparagrafen“ bezeichnet. Als Faustformel lässt sich daran anknüpfend formulieren: Das „Härten“ von „Gummiparagrafen“ durch den Arbeitgeber ist nur bei Beachtung der gesetzlichen Mitbestimmung rechtswirksam. Nicht wirksam konkretisierte Rahmenvorschriften sind bußgeld- und strafrechtlich betrachtet nicht konkretisierte und damit nur scheinbar umgesetzte Rahmenvorschriften. Ein Arbeitgeber, der eine Arbeitsschutznorm nicht mitbestimmt umsetzt, setzt diese im Rechtssinne nicht um (→ Rn. 3). Kommt es auf den Zeitpunkt der Umsetzung an, ist dieser erst beachtet, wenn die Mitbestimmung beachtet wurde.

Beispiel: Die nicht rechtzeitige Dokumentation einer Gefährdungsbeurteilung ist bspw. nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 ArbStättV iVm. § 25 Abs. 1 Nr. ArbSchG eine Ordnungswidrigkeit. Rechtzeitig kann nur eine rechtskonform dokumentierte Gefährdungsbeurteilung sein. Wie die Dokumentation der Gefährdungsbeurteilung erfolgt, ist mitbestimmungspflichtig.²⁵ Rechtzeitig kann daher nur die Dokumentation sein, die unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts der Beschäftigtenvertretung aufgestellt worden ist. Eine ohne Beachtung dieser Rechtspflicht vorgenommene Dokumentation ist nur scheinbar rechtswirksam und reicht nicht aus, die Rechtspflicht aus § 3 Abs. 3 ArbStättV zu erfüllen. Liegt nur eine nicht mitbestimmte Dokumentation vor, handelt es sich um eine Schein-Dokumentation und keine Dokumentation iSd. § 3 Abs. 3 ArbStättV. Der Bußgeldtatbestand der fehlenden und/oder nicht rechtzeitigen Dokumentation ist gegeben.

Das ArbSchG unterscheidet zwischen der zur Risikoermittlung durchzuführenden Gefährdungsbeurteilung und der dem Arbeitsschutz unmittelbar dienenden Maßnahmenermittlung. Die sich unterscheidenden Bestimmungen zur Sicherstellung der unionsrechtlich geforderten Mitbestimmung der Beschäftigtenvertretung führen zu einer differenzierenden Rspr. Der Unterschied liegt jeweils darin, zu welchem Zeitpunkt im Erstellungsprozess des betrieblichen Arbeitsschutzkonzeptes die Beschäftigtenvertretung zu beteiligen ist. Daher unterscheidet sich die Rspr. der **Arbeits- und Kirchengerichte** von der Rspr. der Verwaltungsgerichte.²⁶ Die Arbeits- und Kirchengerichte haben jeweils entschieden, dass die Mitbestimmung bei Festlegung der Grundsätze für die Gefährdungsbeurteilung beginnt²⁷ und die Maßnahmenermittlung nachgelagert erfasst.²⁸ Die Verwaltungsgerichte knüpfen für den Bereich des BVerwG (erst) bei den Maßnahmenermittlung²⁹ an (→ Rn. 18). Die Frage, zu welchem Zeitpunkt das betriebliche Arbeitsschutzkonzept wirksam aufgestellt wurde, ist für die Beurteilung, ob eine Regelung und/oder Maßnahme rechtswirksam ist, entscheidend. Unter dem Gesichtspunkt der innerstaatlichen **Einheit der Rechtsordnung** (→ Einführung Rn 7.f.) ist die Rechtswirksamkeit von Regelungen und Maßnahmen rechtsgebietsübergreifend einheitlich zu beantworten. Was arbeitsrechtlich unwirksam ist, kann ordnungsrechtlich nicht wirksam sein. Im Einzelnen gilt Folgendes.

Im Bereich der **Betriebsverfassung** ist die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Erstellung der Gefährdungsbeurteilung³⁰ und der Festlegung, wie diese dokumentiert³¹ wird, zu beachten. Mit dem Betriebsrat ist festzulegen, für welche Arbeitsplätze jeweils eine nach Art der Tätigkeit angepasste Gefährdungsbeurteilungen durchgeführt wird. Mitbestimmt ist herauszuarbeiten für welche Tätigkeiten und Gefährdungen die Vermutung eines vergleichbaren Ergebnisses der Gefährdungsbeurteilung berechtigt ist.³² Zu den mitbestimmten Festlegungen der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG gehört auch die Feststellung des Bestehens von Handlungsbedarfen.³³ Die Auswahlentscheidung, welche Maßnahmen zu ergreifen sind, ist

24 BAG, 13.8.2019 – 1 ABR 6/18 Rn. 28.

25 BAG 8.6.2004 – 1 ABR 13/03.

26 Helm S. 230.

27 BAG 8.6.2004 – 1 ABR 13/03.

28 BAG 19.11.2019, 1 ABR 22/18 Rn. 29.

29 BVerwG 14.10.2002 – 6 P 7/01.

30 BAG, 13.8.2019 – 1 ABR 6/18 Rn. 30.

31 BAG 13.8.2019 – 1 ABR 6/18 Rn. 32.

32 BAG 13.8.2019 – 1 ABR 6/18 Rn 47, BAG 19.11.2019, 1 ABR 22/18 Rn. 32.

33 BAG 13.8.2019 – 1 ABR 6/18 Rn. 33.

mitbestimmungspflichtig. Die Mitbestimmung leitet sich aus § 3 ArbSchG ab.³⁴ Mitbestimmungspflichtig ist die Konkretisierung aller Rahmenvorschriften anlässlich der vorgelagerten Gefährdungsbeurteilung und der nachgelagerten Maßnahmenermittlung.³⁵

- 14 Die Rspr.³⁶ der Evangelischen Kirchen in Deutschland kommt für die Mitbestimmung der kirchlichen Mitarbeitervertretungen zum gleichen Ergebnis wie das BAG.³⁷ Insoweit wird auf den Vorabsatz verwiesen.
- 15 **Rechtsfolge der Missachtung der Mitbestimmung** des Betriebsrats und der kirchlichen Mitarbeitervertretung ist aus arbeitsrechtlicher Perspektive zunächst die Rechtsunwirksamkeit der einseitigen Arbeitgebermaßnahme. „Die betriebsverfassungswidrige Anweisung ist (...) **unwirksam**, ohne dass eine ausdrückliche Rücknahme erforderlich wäre,“³⁸ betont das BAG. Das BAG wendet auch in Bezug auf die Konkretisierung ausfüllungsbedürftiger Rahmenvorschriften³⁹ bei der Missachtung der Mitbestimmung die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung⁴⁰ an. Nicht mitbestimmte Maßnahmen, Regelungen oder Anweisungen sind unwirksam. Eine arbeitsrechtliche unwirksame Anweisung kann nicht als ordnungsrechtlich wirksam gewertet werden. Diese stellt sicher, dass Arbeitgeber sich dem betriebsverfassungsrechtlichen Einigungszwang nicht durch Rückgriff auf einseitige Handlungen entziehen.⁴¹ Im Arbeitsschutzrecht würde auch das Unionsrecht verletzt, Art. 11 RL 89/391/EWG (Arbeitsschutz-Richtlinie). Darüber hinaus kann sich allein aus der Mitbestimmungsverletzung die Vorwerfbarkeit ergeben (→ Rn. 326 ff.)
- 16 In mitbestimmungspflichtigen Sachverhalten besteht bei einseitigem Arbeitgeberhandeln ein Unterlassungsanspruch der Beschäftigtenvertretung. Mitbestimmungswidrige Maßnahmen des Arbeitsschutzes sind unwirksam, können aber den **Anschein einer verbindlichen Arbeitgeberanweisung** vermitteln. Daher führen die den Unterlassungsanspruch des Betriebsrats tragenden Argumente des BAG zu einem „Beseitigungsanspruch, falls das mitbestimmungswidrige Verhalten bereits vollzogen ist. Dieser Beseitigungsanspruch ist bei bereits eingetretener Beeinträchtigung das Gegenstück zum Unterlassungsanspruch.“ Weil das einseitige Handeln des Arbeitgebers den „Anschein einer verbindlichen Arbeitgeberweisung aufrechterhält, war [der Arbeitgeber] zu verpflichten, den **mitbestimmungswidrigen Zustand zu beseitigen**.“⁴² Einseitiges Arbeitgeberhandeln ist unabhängig davon unwirksam, ob der Betriebsrat seine Rechte geltend macht oder nicht. Denn der Arbeitgeber hat rechtskonformes Vorgehen selbst zu gewährleisten. Die Beschäftigtenvertretung kann auf die Wahrnehmung der Mitbestimmung wegen deren drittschützender Bedeutung nicht verzichten. Die Mitbestimmung dient dem Schutz der Beschäftigten.
- 17 Was arbeitsrechtlich rechtsunwirksam ist, kann **bußgeld- und strafrechtlich nicht wirksam** sein. Wegen des innerstaatlichen und unionsrechtlichen Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung schlägt die Missachtung der gesetzlichen Mitbestimmung ins Strafrecht durch (→ Einführung Rn 7 f).⁴³ Daher kann eine mitbestimmungswidrige Gefährdungsbeurteilung bei bußgeldrechtlicher Betrachtung nicht als gesetzeskonform angesehen werden. „Ein bisschen rechtswirksam“ gibt es nicht.
- 18 **Verwaltungsgerichte** knüpfen für das BPersVG an die zeitlich der Gefährdungsbeurteilung nachgelagerte Festlegung der Schutzmaßnahmen an. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die Mitbestimmung im BPersVG ist die „Maßnahme.“⁴⁴ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG („Maßnahmen zur Verhütung von Dienst- und Arbeitsunfällen und sonstigen Gesundheitsschädigungen“), Personalvertretungen können aber bei Meinungsverschiedenheiten über die zu ergreifenden Maßnahmen die fehlende Eignung der Gefährdungsanalyse einwenden.⁴⁵ Daher unterscheidet sich der Anknüpfungspunkt für die Mitbestimmung, nicht aber die von der Mitbestimmung erfassten Angelegenheiten, die immer auch die Gefährdungsbeurteilung mit umfasst. Abhängig vom Wortlaut lässt sich dieses Ergebnis auch auf Landespersonalvertretungsgesetze übertragen. Dennoch wird man im Bereich des BPersVG einseitiges Arbeitgeberhandeln nur bei der Maßnahmenermittlung wegen der Verletzung der Mitbestimmung als unwirksam betrachten können, während dies im Bereich der kirchlichen Mitbestimmung und dem BetrVG auch für die Grundsätze der Gefährdungsbeurteilung gilt. Daher ist im Geltungsbereich der Betriebsverfassung eine nicht mitbestimmte Gefährdungsbeurteilung ohne Beachtung der Mitbestimmung des Betriebsrats unheilbar unwirk-

34 BAG 13.8.2019, 1 ABR 6/18 Rn. 37.

35 BAG 19.11.2019 – 1 ABR 22/18 Rn. 29.

36 Kirchengerichtshof d. Evangelischen Kirchen in Deutschland, KGH.EKD II-0124/N24-07.

37 Helm S. 254, MHDB ArbR/Kobte § 174 Rn. 68.

38 BAG 16.06.1998, 1 ABR 68/97 Rn. 33.

39 BAG 16.06.1998, 1 ABR 68/97 Rn. 33 mit Verweis auf BAG 03.12.1991 – GS 2/90.

40 BAG 3.12.1991 – GS 2/90 Rn. 113.

41 BAG 3.12.1991 – GS 2/90 Rn. 113.

42 BAG v. 16.06.1998, 1 ABR 68/97 Rn. 34.

43 Helm AuR 2020, 64 (68 f.).

44 BVerwG, 14.10.2002 – 6 P 7/01 Rn. 21.

45 BVerwG, 14.10.2002 – 6 P 7/01 Rn. 25.

sam. Dagegen wird im Geltungsbereich des BPersVG erst von einer Unwirksamkeit der Maßnahmenermittlung auszugehen sein, wen der Personalrat nicht beteiligt wurde.

Einheitliches Motiv des Gesetzgebers ist, dass durch die Mitbestimmung das Beschäftigtenwissen in betriebliche Arbeitsschutzkonzepte einzubeziehen ist. Dies verlangt innerstaatliches und Unionsrecht. Für das Unionsrecht leitet sich dies aus Art. 11 der EG-Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz ab. Die Erwägungsgründe der Rahmenrichtlinie verwenden ausdrücklich den Begriff „Mitbestimmung.“⁴⁶ 19

2. Überlastungsanzeigen. Beschäftigte sind nach § 16 ArbSchG verpflichtet, von ihnen festgestellte unmittelbare erhebliche Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit unverzüglich zu melden. Diese werden in der betrieblichen Praxis häufig als **Überlastungsanzeigen** bezeichnet. Dabei kommt es nicht auf das objektive Vorliegen einer Gefährdungslage an.⁴⁷ Die subjektive Beurteilung der Beschäftigten rechtfertigt eine Überlastungsanzeige. Die §§ 15, 16 ArbSchG regeln öffentlich-rechtliche Pflichten der Beschäftigten aus dem Arbeitsverhältnis. Diese Regelungen konkretisieren gleichzeitig die bestehenden privatrechtlichen Verpflichtungen. Die Verpflichtung, für die eigene Sicherheit und Gesundheit zu sorgen, ist damit nicht nur Obliegenheit im eigenen Interesse, sondern Rechtspflicht.⁴⁸ 20

- Der Arbeitgeber ist verpflichtet, durch Bereitstellung einer geeigneten Organisation des betrieblichen Arbeitsschutzes den Beschäftigten zu ermöglichen, ihren Mitwirkungspflichten nachzukommen. Zu diesem Zweck hat er Vorkehrungen zu treffen, damit Beschäftigte ihren Mitwirkungspflichten im betrieblichen Arbeitsschutz nachkommen können, § 3 Abs. 2 Nr. 2 ArbSchG. Der Arbeitgeber muss proaktiv eine Infrastruktur schaffen um arbeitsschutzrechtliche Überlastungsanzeigen durch die Beschäftigten zu ermöglichen.
- Der Arbeitgeber ist verpflichtet, Überlastungsanzeigen mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unter Einbindung der Beschäftigtenvertretung auf ihre Berechtigung hin zu überprüfen und ggf. die erforderlichen Maßnahmen (mitbestimmt) zu treffen, § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG.

Überlastungsanzeigen der Beschäftigten haben eine besondere Unterstützungsfunktion für das betriebliche Arbeitsschutzkonzept. Eine Überlastungsanzeige weist (auch) auf Risiken im Bereich des Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung hin. Sie ist Teil des gesetzlichen Arbeitsschutzkonzepts für die Betriebe. Missachtet der Arbeitgeber beachtliche Überlastungsanzeigen der Beschäftigten oder deren Hinweise und Initiativen, handelt der er nicht mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, sondern fahrlässig. Fahrlässiges oder vorsätzliches Handeln kann sich

- aus der Verletzung von arbeitsschutzrechtlichen **Organisationspflichten** oder der
- Nichteinholung, der Nicht- oder nicht rechtzeitigen **Berücksichtigung des Beschäftigtenwissens** von Gesundheitsrisiken

ergeben (→ Rn. 330; → OWiG § 10 Rn. 6 ff.).

3. Einbeziehung der Beschäftigtenvertretung. In der Betriebsverfassung wird der Umfang des Einbindungsgebotes ua in § 89 BetrVG beschrieben: „Arbeitgeber ... sind verpflichtet, den Betriebsrat bei allen im Zusammenhang mit dem Arbeitsschutz oder der Unfallverhütung stehenden Besichtigungen und Fragen und bei Unfalluntersuchungen hinzuzuziehen.“ Das unionsrechtliche und innerstaatliche Gebot der umfassenden Einbindung der Beschäftigtenvertretung folgt der Erkenntnis, dass Arbeitsschutz entsprechend einem „Vieraugenprinzip“, sowohl das Wissen am jeweiligen Arbeitsplatz, wie auch auf der Leitungsebene reflektieren muss, um die erforderlichen Maßnahmen zu entwickeln und umzusetzen. Dagegen ist ein betriebliches Arbeitsschutzkonzept, für das das Beschäftigtenwissen nicht oder nur unzureichend eingeholt wurde, weil das (europäische) Mitbestimmungsrecht⁴⁹ nicht ausreichend beachtet wurde, bereits unionsrechtswidrig aufgestellt worden, Art. 11 EG-Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz. 21

B. Normkommentierung

I. Objektiver Tatbestand

1. Täterschaft und Teilnahme – Umsetzer als taugliche Täter. Aus der Gesetzesbegründung zum ArbSchG: 22
„Für die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen im Betrieb ist der Arbeitgeber verantwortlich. Er hat grds. die ihm obliegenden Pflichten selbst zu erfüllen. Weil insbes. in größeren Betrieben der Arbeitgeber nicht immer greifbar ist, ist es zweckmäßig, wenn die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzpflichten des Ar-

46 Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz (89/391/EWG), Erwägungsgründe Abs. 14.

47 ArbG Göttingen 14.12.2017 – 2 Ca 155/17; LArbG Niedersachsen 12.9.2018 – 14 Sa 140/18.

48 ErfK/Wank ArbSchG, § 16 Rn 1 f.; HK-ArbSchR/Feldhoff/Schulze-Doll ArbSchG §§ 15-17 Rn 15.

49 Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz (89/391/EWG), Erwägungsgründe Abs. 14.

§ 25 ArbSchG

beitgebers neben diesem auch von den Personen verantwortlich wahrgenommen werden, die den Ablauf der Arbeit tatsächlich bestimmen und in den Arbeitsprozess eingreifen können“.⁵⁰

Personen, „die den Ablauf der Arbeit tatsächlich bestimmen und in den Arbeitsprozess eingreifen können“ sind nach Überzeugung des Gesetzgebers zweckmäßigerweise auch diejenigen, die die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzpflichten wahrnehmen. *Faber* hat diesen Personenkreis griffig als **Umsetzer** bezeichnet.⁵¹

23 Umsetzer der Arbeitsschutzpflichten sind neben dem Arbeitgeber dessen Repräsentanten und weitere Beauftragte. Deren Verantwortlichkeiten leiten sich aus

- gesetzlicher (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 ArbSchG, § 9 Abs. 1 Nr. 3 OWiG),
- organschaftlicher (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 und 3 ArbSchG, § 9 Abs. 1 Nr. 1 und 2 OWiG) oder
- gewillkürter (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 und 5, Abs. 2 ArbSchG, § 9 Abs. 2 OWiG)

Handlungsmacht ab. Dem Arbeitgeber ist ab einer gewissen Betriebsgröße die Wahrnehmung aller arbeitschutzrechtlichen Ermittlungs-, Überwachungs-, Unterweisungs- und Handlungsaufgaben nicht mehr allein möglich. § 13 ArbSchG bestimmt in welchen Fällen und welcher Weise die **Übertragung** der verwaltungsrechtlichen Verantwortung auf **Umsetzer** erfolgen kann.

24 Mit wirksamer **Aufgabenübertragung** entfällt die Verantwortung des Arbeitgebers nicht. Die Verantwortung wandelt sich von der Handlungs- in eine Auswahl-, **Organisations- und Überwachungsverantwortung**. Der Arbeitgeber muss ausweislich § 3 Abs. 2 ArbSchG durch geeignete Organisations- und Aufsichtsmaßnahmen sicherstellen, dass die Pflichten nach dem ArbSchG erfüllt werden, andernfalls handelt er ordnungswidrig, § 130 OWiG.

Für die Ermittlung tauglicher Täter ist zwischen den Bußgeldtatbeständen nach Nr. 1 und Nr. 2 des § 25 Abs. 1 ArbSchG zu differenzieren. Die Nr. 1 betrifft Zuwiderhandlungen gegen Normen, die Nr. 2 Zuwiderhandlungen gegen vollziehbare Anordnungen.⁵²

- Nr. 1 stellt unmittelbar auf bußgeldrechtliche Verantwortung ab.
- Nr. 2 leitet die bußgeldrechtliche Verantwortung aus der verwaltungsrechtlichen Verantwortung ab.

25 a) **Zwei Tatbestandsgruppen tauglicher Täter.** Natürliche Personen, die Arbeitgeber sind, können taugliche Täter sein. Täter können bußgeld- oder verwaltungsrechtlich Verantwortliche und im Ausnahmefall Beschäftigte sein, §§ 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 25 Abs. 1 Nr. 2 b ArbSchG. Zusätzliche Täter können sich aus einzelnen Normen ergeben. Bspw. ist in bestimmten Fallkonstellationen der BaustellV der Bauherr, der kein Arbeitgeber ist, tauglicher Täter.

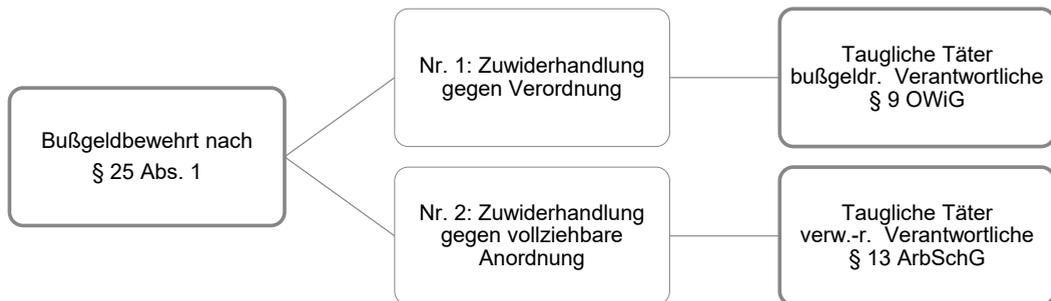
Für die Ermittlung tauglicher Täter kann zunächst nach zwei Tatbestandsgruppen differenziert werden. Nach § 25 Abs. 1 ArbSchG handelt ordnungswidrig,

- wer einem sanktionsbewehrten Tatbestand in einer Rechtsverordnung zuwiderhandelt (erste Tatbestandsgruppe) oder
- wer einer vollziehbaren Anordnung zuwiderhandelt (zweite Tatbestandsgruppe).

Der Arbeitgeber ist in allen Tatbestandsgruppen tauglicher Täter.

26 Die **weiteren Verantwortlichen** sind für die erste Tatbestandsgruppe (Nr. 1) der Zuwiderhandlung gegen einen Tatbestand in einer Rechtsverordnung aus § 9 OWiG zu ermitteln.

Die weiteren Verantwortlichen sind für die zweite Tatbestandsgruppe (Nr. 2) der Zuwiderhandlung gegen vollziehbare Anordnungen aus den Verantwortlichkeiten nach § 13 ArbSchG abzuleiten.



50 BT-Drs. 133540, 19.

51 *Faber* S. 310 f.

52 HK-ArbSchR/*Kohle* Kap. 2 ArbSchG § 13 Rn. 5.

Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)

Vom 18. April 2019 (BGBl. I S. 466)
(FNA 427-1)
– Auszug –

§ 23 GeschGehG Verletzung von Geschäftsgeheimnissen

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber eines Unternehmens Schaden zuzufügen,

1. entgegen § 4 Absatz 1 Nummer 1 ein Geschäftsgeheimnis erlangt,
2. entgegen § 4 Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe a ein Geschäftsgeheimnis nutzt oder offenlegt oder
3. entgegen § 4 Absatz 2 Nummer 3 als eine bei einem Unternehmen beschäftigte Person ein Geschäftsgeheimnis, das ihr im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, während der Geltungsdauer des Beschäftigungsverhältnisses offenlegt.

(2) Ebenso wird bestraft, wer zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber eines Unternehmens Schaden zuzufügen, ein Geschäftsgeheimnis nutzt oder offenlegt, das er durch eine fremde Handlung nach Absatz 1 Nummer 2 oder Nummer 3 erlangt hat.

(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs oder aus Eigennutz entgegen § 4 Absatz 2 Nummer 2 oder Nummer 3 ein Geschäftsgeheimnis, das eine ihm im geschäftlichen Verkehr anvertraute geheime Vorlage oder Vorschrift technischer Art ist, nutzt oder offenlegt.

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. in den Fällen des Absatzes 1 oder des Absatzes 2 gewerbsmäßig handelt,
2. in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 2 oder Nummer 3 oder des Absatzes 2 bei der Offenlegung weiß, dass das Geschäftsgeheimnis im Ausland genutzt werden soll, oder
3. in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 2 oder des Absatzes 2 das Geschäftsgeheimnis im Ausland nutzt.

(5) Der Versuch ist strafbar.

(6) Beihilfehandlungen einer in § 53 Absatz 1 Satz 1 Nummer 5 der Strafprozessordnung genannten Person sind nicht rechtswidrig, wenn sie sich auf die Entgegennahme, Auswertung oder Veröffentlichung des Geschäftsgeheimnisses beschränken.

(7) ¹§ 5 Nummer 7 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend. ²Die §§ 30 und 31 des Strafgesetzbuches gelten entsprechend, wenn der Täter zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs oder aus Eigennutz handelt.

(8) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

Literaturauswahl: *Alexander*, Grundstrukturen des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen durch das neue GeschGehG, WRP 2019, 673; *ders.*, Geheimnisschutz nach dem GeschGehG und investigativer Journalismus, AfP 2019, 1; *ders.*, Gegenstand, Inhalt und Umfang des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen nach der Richtlinie (EU) 2016/943, WRP 2017,1034; *Ann/Loschelder/Grosch* (Hrsg.), Praxishandbuch Know-how-Schutz, 2010; *Apel/Walling* Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz: Überblick und erste Praxis-hinweise DB 2019, 891 ff.; *Bissels/Schroeders/Ziegelmayr*, Arbeitsrechtliche Auswirkungen der Geheimnisschutzrichtlinie, DB 2016; 1295; *Brammsen*, Reformbedürftig! – Der Regierungsentwurf des neuen Geschäftsgeheimnischutzgesetzes, BB 2018, 2446; *ders.*, Die EU-Know-how-Richtlinie 943/2016, §§ 17 ff. UWG und das geplante Geschäftsgeheimnisstrafrecht (§ 23 GeschGehG-RegE), wistra 2018, 449 ff.; *ders./Schmitt*, Anmerkung zu LAG Schleswig-Holstein 20.5.2015 – 3 TaBV 35/14, NZA-RR 2016, 81; *Bürkle/Hauschka* (Hrsg.), Der Compliance Officer, 2015; *Dann/Markgraf*, Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, NJW 2019, 1774; *Dumont*, Happy End für ein Stiefkind? – Regierungsentwurf zur Umsetzung der Know-how-Richtlinie, BB 2018, 2441; *Edwards*, Rechtmäßigkeit von Whistleblowing nach der EMRK 2017; *Engländer/Zimmermann*, Whistleblowing als strafbarer Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen? Zur Bedeutung des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs für den Schutz illegaler Geheimnisse bei § 17 UWG, NZWiSt 2012, 328; *Ernst*, Das Geschäftsgeheimnisgesetz MDR 2019, 897; *Eufinger*, Arbeitsrechtliche Aspekte der Aufklärung von Compliance-Verstößen, BB 2016, 1973; *Fezer/Büscher/Obergfell*, Lauterkeitsrecht Bd. 2, 3. Aufl. 2016; UWG (zit.: FBO/Bearbeiter); *Fingerhut*, Datenmissbrauch und Geheimnisverrat durch Mitarbeiter – die Bedeutung des § 17 UWG, BB 2014, 389; *Franck/Steigert*, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von WikiLeaks, CR 2011,

§ 23 GeschGehG

380; *Franzen/Gallner/Oetker* Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht 3. Aufl. 2020 (zit.: EuArbRK/Bearbeiter); *Fuhlrott/Hieramente*, Arbeitsrechtlicher Handlungsbedarf durch das Geschäftsgeheimnisgesetz, DB 2019, 967; *Goldhammer*, Geschäftsgeheimnisrichtlinie und Informationsrichtlinie, NVwZ 2017, 1809; *Harte-Bavendamm*, Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses nach harmonisiertem Recht, in *Festschrift für Wolfgang Büscher*, 2018, S. 311; *ders./Henning-Bodewig* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 4. Aufl. 2016; *Hauck*, Grenzen des Geheimnisschutzes, WRP 2018, 1032; *Hoeren/Münker*, Die EU-Richtlinie für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen und ihre Umsetzung – unter besonderer Berücksichtigung der Produzentenhaftung WRP 2018, 150 ff.; *Hohmann/Schreiner*, Das neue (Geschäfts-) Geheimnisschutzstrafrecht: ein Überblick, StraFo 2019, 441; *Kalbfus*, Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen nach der Show Geschäftsgeheimnis-Richtlinie, GRUR-Prax 2017, 391; *ders.*, Die EU-Geschäftsgeheimnis-Richtlinie GRUR 2016, 1009; *Köhler/Bornkamm/Fedderson* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 37. Aufl. 2019; *Lejeune*, Die neue EU Richtlinie zum Schutz von Know-How und Geschäftsgeheimnissen, CR 2016, 330; *Lauck*, Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen nach dem GeschGehG GRUR 2019, 1132; *Lopacki*, Verletzung der Verschwiegenheitspflicht und ihre Folgen für den Whistleblower in der öffentlichen Verwaltung, ZBR 2016, 329; *Maaßen*, „Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ für Geschäftsgeheimnisse GRUR 2019, 352; *Naber/Peukert/Seeger*, Arbeitsrechtliche Aspekte des Geschäftsgeheimnisgesetzes, NZA 2019, 583; *Obly*, Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz im Überblick, GRUR 2019, 441; *Obly/Sosnitzka* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, 7. Aufl. 2016; *Reinbacher*, Der neue Straftatbestand des § 23 GeschGehG und das Whistleblowing, KriPoZ 2019, 148; *Reinfeld*, Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, 2019; *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, Whistleblowing und die EU-Geheimnisschutzrichtlinie – ein Spannungsverhältnis zwischen Geheimnisschutz und Schutz der Hinweisgeber? BB 2018, 1332; *Richter*, Das Geschäftsgeheimnisgesetz und dessen Ausstrahlung in das Arbeitsrecht ArbRaktuell 2019, 375 ff.; *Rützel*, Illegale Unternehmensgeheimnisse? GRUR 1995, 557 (558); *Schmitt*, Whistleblowing revisited – Anpassung- und Regelungsbedarf im deutschen Recht. Zugleich ein Beitrag zu den arbeitsrechtlichen Auswirkungen der Geheimnisschutz Richtlinie, RdA 2017, 365; *Schreiber*, Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – ein „Freifahrtsschein“ für Whistleblower, NZWiSt 2019, 332; *Stage*, Die Modifizierung der Straftatbestände gegen Wirtschaftsspionage im Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG), jurisPR-StrafR 12/2019 Anm. 1; *Trebeck/Schulte-Wissermann*, Die Geheimnisschutzrichtlinie und deren Anwendbarkeit. Auswirkungen auf Compliance und Whistleblowing im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2018, 1175; *Voigt/Herrmann/Grabenschroer*, Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz – praktische Hinweise für Umsetzungsmaßnahmen bei Unternehmen, BB 2019, 142 ff.; *von Buseskist/Racky*, Hinweisgeber- und Geheimnisschutz – ein gelungener Referentenentwurf?, ZRP 2018, 135; *Wybitul*, E-Mail-Auswertung in der betrieblichen Praxis, NJW 2014, 3605.

A. Grundlagen	1	IV. § 23 Abs. 1 Nr. 2 iVm § 4 Abs. 2 Nr. 1 a und	
I. Überblick	2	Abs. 1 Nr. 1, Geheimnishehlerei bzgl. eigener	
1. Anwendungsbereich	3	Vortat	37
2. Systematik	6	1. Täter	38
3. Auslegung	7	2. Tatobjekt	39
II. Die wichtigsten Unterschiede zum sonstigen		3. Tathandlung	40
Geheimnisschutz	8	a) Nutzen	41
B. Begriff des Geschäftsgeheimnisses	9	b) Offenlegen	42
I. Legaldefinition, § 2 Nr. 1	10	c) Entgegen § 4 Abs. 2 Nr. 1 a	43
II. Voraussetzungen	11	4. Subjektiver Tatbestand	44
1. Richtige Information	12	V. § 23 Abs. 1 Nr. 3 iVm § 4 Abs. 2 Nr. 3,	
2. Geschäftsbezug	13	Geheimnisverrat durch Beschäftigte	45
3. Geheimsein	14	1. Täter	46
4. Wirtschaftlicher Wert	15	2. Tatobjekt	47
5. Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen	16	a) Anvertraut	48
6. Berechtigtes Geheimhaltungsinteresse	19	b) Zugänglich geworden	49
III. Vergleich zum Begriff des Geschäfts- und		c) Im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses	50
Betriebsgeschäftsgeheimnisses	20	3. Tathandlung	51
C. Normkommentierung	21	4. Subjektiver Tatbestand	53
I. Überblick	21	VI. § 23 Abs. 2, Geheimnishehlerei bzgl. fremder	
II. Synoptischer Vergleich objektiver Grundtatbestände zu §§ 17–18 UWG aF	23	Vortat	54
III. § 23 Abs. 1 Nr. 1 iVm § 4 Abs. 1 Nr. 1,		1. Täter	55
Betriebspionage	24	2. Tatobjekt	56
1. Objektiver Tatbestand	25	3. Tathandlung	57
a) Täter	25	4. Subjektiver Tatbestand	58
b) Tatobjekt	26	VII. § 23 Abs. 3 iVm § 4 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3,	
c) Tathandlung	27	Vorlagenfreibeuterei	59
aa) Erlangen, § 23 Abs. 1 Nr. 1	28	1. Täter	60
bb) Unbefugt, § 4 Abs. 1 Nr. 1	29	2. Tatobjekt	61
2. Subjektiver Tatbestand	30	a) Geheime Vorlage	62
a) Vorsatz	31	b) Geheime Vorschrift technischer Art	63
b) Besondere Absichtserfordernisse	32	c) Im geschäftlichen Verkehr anvertraut	64
aa) Zur Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs	33	3. Tathandlung	65
bb) Aus Eigennutz	34	a) Nutzen oder Offenlegen	65
cc) Zugunsten eines Dritten	35	b) Entgegen Geheimhaltungsverpflichtung nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3	66
dd) In der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen	36	4. Subjektiver Tatbestand	67
		VIII. Ausschluss des Tatbestandes	68
		1. § 3, Erlaubte Handlungen	69

a) § 3 Abs. 1, Erlaubte Erlangung	70	e) Schutz sonstiger berechtigter Interessen	98
aa) § 3 Abs. 1 Nr. 1, Eigenständige Entdeckung oder Schöpfung	71	IX. Rechtswidrigkeit	99
bb) § 3 Abs. 1 Nr. 2, Reverse Engineering	73	1. Allgemeine Rechtfertigungsgründe und § 3 Abs. 2	100
cc) § 3 Abs. 1 Nr. 3, Ausüben arbeitsrechtlicher Informations- oder Anhörungsansprüche	74	2. Rechtfertigung für Beihilfehandlungen von Medienangehörigen, § 23 Abs. 6	101
b) § 3 Abs. 2, Erlaubte Erlangung, Nutzung und Offenlegung	75	X. Schuld	106
aa) Gesetzliche Sonderregelungen	76	XI. Versuch, § 23 Abs. 5	107
bb) Rechtsgeschäftliche Gestattungen	80	XII. Täterschaft und Teilnahme	108
2. § 5, Schutz berechtigter Interessen	81	XIII. Versuch der Beteiligung nach § 23 Abs. 7 S. 2 iVm §§ 30, 31 StGB	109
a) Entstehungsgeschichte und Bedeutung	82	XIV. Qualifikationstatbestände nach § 23 Abs. 4	110
b) Berechtigtes Interesse	83	1. Gewerbsmäßiges Handeln nach § 23 Abs. 4 Nr. 1	111
c) Subjektive Komponente	84	2. Kenntnis von beabsichtigter Nutzung im Ausland durch Dritte nach § 23 Abs. 4 Nr. 2	112
d) Gesetzliche Fallbeispiele	85	3. Eigene Nutzung im Ausland nach § 23 Abs. 4 Nr. 3	113
aa) § 5 Nr. 1, Ausübung von freier Meinungsäußerung und Medienfreiheiten	85	XV. Konkurrenzen	114
bb) § 5 Nr. 2, Aufdeckung von Fehlverhalten	87	D. Prozessuales/Strafverfolgung	117
(1) Fehlverhalten	88	I. Auslandstaten, § 23 Abs. 7 S. 1 iVm § 5 Nr. 7 StGB	117
(2) Aufdeckung	91	II. Antragsrferfordernis, § 23 Abs. 8	118
(3) Objektive Eignung zum Schutz des allgemeinen öffentlichen Interesses	92	III. Privatklagedelikt und Nebenklage	119
cc) § 5 Nr. 3, Kontaktierung von Arbeitnehmervertretungen	95	IV. Geheimhaltung im Strafverfahren	120
		V. Behandlung von Altfällen	121

A. Grundlagen

Die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen nach § 23 ersetzt die früheren Strafvorschriften über den Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, die Verwertung von Vorlagen sowie das Verleiten und Erbieten zum Verrat nach §§ 17–19 UWG aF. Diese Regelungen wurden mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)¹ am 26.4.2019 aufgehoben.² Die Bußgeldtatbestände des § 20 UWG bestehen unverändert fort.

I. Überblick

Das GeschGehG setzt die sog. Geschäftsgeheimnisrichtlinie 2016/943/EU vom 5.7.2016 (im Folgenden nur RL 2016/943/EU) um.³ Es zielt vorrangig auf einen zivilrechtlichen Mindestschutz von Geschäftsgeheimnissen vor unerlaubter Erlangung, Nutzung und Offenlegung (zu den Begrifflichkeiten → Rn. 28, 41 f.).⁴ In §§ 6 ff. sind eigenständige zivilrechtliche Ansprüche des Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses gegen einen Rechtsverletzer iSv § 2 Nr. 3 normiert. Sie sind gem. §§ 15 ff. in dem Verfahren in Geheimnisstreitsachen geltend zu machen.⁵ Anders als bislang nach §§ 823 und 826 BGB sowie § 1004 BGB analog jeweils iVm §§ 17 ff. UWG aF wird dabei nicht mehr zugleich die Verwirklichung eines Straftatbestandes vorausgesetzt. Ganz im Gegenteil ist § 23 zivilrechtsakzessorisch.⁶

Hinweis: Das GeschGehG enthält keine einheitliche und abschließend Regelung des strafrechtlichen Geheimnisschutzes. Soweit dennoch von einer „einheitlichen“ Regelung gesprochen wird, bezieht sich dies lediglich darauf, dass speziell jene zivilrechtlichen Ansprüche wegen Verletzungen des Geheimnisses nach dem GeschGehG nun einheitlich im GeschGehG geregelt sind. Die Anspruchsgrundlagen wegen der Verletzungen von Geheimnissen nach anderen Strafgesetzen wie § 120 BetrVG oder § 203 StGB sind auch weiterhin „nicht einheitlich“ geregelt.

1 BGBl. 2019 I 466. Materialien: Regierungsentwurf (RegE) mit Begründung BT-Drs. 19/4724.

2 Vgl. die Überblicksaufsätze von Alexander WRP 2019, 673 ff.; Ohly GRUR 2019, 441; Dann/Markgraf NJW 2019, 1774.

3 Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigen Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. Nr. L 157 v. 15.6.2016.

4 Dann/Markgraf NJW 2019, 1774 (1778); Reinfeld, § 1 Rn. 2 ff.

5 Überblick bei Ohly GRUR 2019, 441 (449 ff.).

6 Hohmann/Schreiner StraFo 2019, 441; Dann/Markgraf NJW 2019, 1774 (1778); Reinbacher KriPoZ 2019, 148 (149).

- 3 **1. Anwendungsbereich.** Das GeschGehG regelt das **Verhältnis zwischen Privaten** und findet auf das Bürger-Staat-Verhältnis keine Anwendung.⁷ Nach § 1 Abs. 2 haben **öffentlich-rechtliche Vorschriften Vorrang**, und zwar auch dann, wenn ihnen eine andere Definition des Geschäftsgeheimnisses zugrundeliegt.⁸ Dies erlangt insbes. bei öffentlich-rechtlichen Informationspflichten und Auskunftsrechten etwa nach dem UIG oder IFG Bedeutung.⁹ Auch auf die Verschwiegenheitspflichten für Angehörige des öffentlichen Dienstes und Notare ist das GeschGehG nicht anwendbar.¹⁰ Der **Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen** nach § 203 StGB und strafrechtlichen Nebengesetzen wie 120 BetrVG bleibt unberührt.¹¹ Die allein auf § 203 StGB bezogene Klarstellung in § 1 Abs. 3 Nr. 1 ist überflüssig.
- 4 Ebenfalls unberührt bleiben nach
- § 1 Abs. 3 Nr. 2 die **Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung** und der Informationsfreiheit einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien¹²
 - § 1 Abs. 3 Nr. 3 die **Autonomie der Sozialpartner** und ihr Recht, Kollektivverträge nach den bestehenden europäischen und nationalen Vorschriften abzuschließen¹³
 - § 1 Abs. 3 Nr. 4 die **Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis** und die **Rechte der Arbeitnehmervertretungen**.¹⁴
- 5 Der Gesetzesbegründung zufolge handelt es sich dabei zwar um **Klarstellungen**,¹⁵ doch über deren Bedeutung und rechtliche Reichweite herrscht Uneinigkeit. So wird im Hinblick auf § 1 Abs. 3 Nr. 3 teilweise die Auffassung vertreten, dass die Tarifparteien durch entsprechende Tarifverträge und auch Betriebsvereinbarungen den Anwendungsbereich des Geschäftsgeheimnisgesetzes grds. einschränken oder erweitern und selbst einen von der (→ Rn. 10) Legaldefinition des § 2 Nr. 1 abweichenden Begriff des Geschäftsgeheimnisses festlegen könnten, soweit dabei nicht die für den Hinweisgeberschutz in § 5 vorgesehenen Privilegierungen eingeschränkt werden.¹⁶ Dies widerspricht jedoch dem durch die RL 2016/943/EU verfolgten Ziel, einen homogenen Begriff Geschäftsgeheimnisses festzulegen und zu definieren, welche Verhalten und Praktiken als rechtswidrig zu betrachten sind.¹⁷ Richtigerweise handelt es sich bei den Nr. 2–4 um präambelartig vorangestellte **Grundwertungen**. Sie verdeutlichen zwar, dass dem unternehmerischen Interesse an dem Geheimnisschutz kein allgemeiner Vorrang vor den erwähnten Freiheiten gebührt, beinhalten aber keine Erlaubnis oder Rechtfertigung für konkrete Geheimnisverletzungen.¹⁸ Ihr konkreter Gehalt ergibt sich erst in der **Zusammenschau mit den Tatbestandsausnahmen** (→ Rn. 68 ff.), die etwa in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 5 Nr. 1 und 3 explizit auf diese Rechte Bezug nehmen.¹⁹
- 6 **2. Systematik.** Die im ersten Abschnitt geregelten allgemeinen Vorschriften der §§ 1–5 gelten uneingeschränkt auch für § 23. Das Gesetz enthält in § 2 eine **Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses** (→ Rn. 10 ff.) sowie weiterer Begriffe. § 3 legt fest, was **erlaubte Handlungen** sind (→ Rn. 69 ff.), § 4 enthält einen Katalog von **Handlungsverboten**. Solche Handlungen, die zwar grds. verboten sind, aber zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgen, wie in bestimmten Fällen das sog. **Whistleblowing**, sind nach § 5 **ausnahmsweise tatbestandslos** (→ Rn. 81 ff.).
- 7 **3. Auslegung.** Das GeschGehG ist **unions- und richtlinienkonform** auszulegen.²⁰ Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) ist hierbei in besonderem Maße zu berücksichtigen.²¹ Dies gilt neben dem in § 1 Nr. 2 ausdrücklich erwähnten Recht auf die freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit nach Art. 11 (→ Rn. 86) insbes. auch für die Berufsfreiheit nach Art. 15, die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 und das Eigentumsrecht nach Art. 17 sowie die entsprechenden Schrankenbestimmungen. Gleichzeitig ist mit Blick auf die Fortgeltung der übrigen Tatbestände des strafrechtlichen Geheimnisschutzes (→ StGB Vor § 203 Rn. 5) im Rahmen des europarechtlich Zulässigen die **Einheit der Rechtsordnung**

7 BeckOK GeschGehG/Fuhrrott/Hieramente GeschGehG § 1 Rn. 6; BT-Drs. 19/4724, 23.

8 BeckOK GeschGehG/Fuhrrott/Hieramente GeschGehG § 1 Rn. 8.

9 VG Schleswig 25. 4.2019 – 6 A 222/16, juris Rn. 70; grundlegend *Goldhammer* NVwZ 2017, 1809 ff.; *Ernst* MDR 2019, 897.

10 BT-Drs. 19/4724, 23.

11 BeckOK GeschGehG/Fuhrrott/Hieramente GeschGehG § 1 Rn. 22, 23, 25.

12 Dazu BeckOK GeschGehG/Fuhrrott/Hieramente GeschGehG § 1 Rn. 26.

13 Dazu BeckOK GeschGehG/Fuhrrott/Hieramente GeschGehG § 1 Rn. 27 ff.

14 Dazu BeckOK GeschGehG/Fuhrrott/Hieramente GeschGehG § 1 Rn. 30 ff.

15 BT-Drs. 19/4724, 23.

16 *Richter* ArbRAktuell 2019, 375 (376); *Naber/Peukert/Seeger* NZA 2019, 583 (588); aA *Trebeck/Schulte-Wissermann* NZA 2018, 1175 (1180). Beachte in diesem Zusammenhang auch die zu § 79 BetrVG ergangene Entscheidung des LAG SchlH 20.5.2015 – 3 TaBV 35/14, NZA-RR 2016, 77 mAnm *Brammsen/Schmitt*.

17 RL 2016/943/EU, Erwägungsgründe 14 und 15.

18 *Alexander* AfP 2019, 1 (4).

19 Ähnlich für das Verhältnis von „Medienklausel“ in Nr. 2 und § 5 Nr. 1 *Alexander* AfP 2019, 1 (3).

20 *Alexander* WRP 2019, 673 (674) und AfP 2019, 2 f. (Rn. 10–13).

21 *Alexander* AfP 2019, 1 (2).

zu bewahren.²² Insbes. die Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses in § 2 Nr. 1 (→ Rn. 10) ist auch im Lichte des richterrechtlich entwickelten (→ Rn. 20) **Begriffs des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses** auszu-legen.²³

II. Die wichtigsten Unterschiede zum sonstigen Geheimnisschutz

Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen nach dem GeschGehG weicht vor allem in drei Punkten entschei- 8
dend von der bisherigen und sonstigen Rechtslage zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ab:

- Ein **Geschäftsgeheimnis** liegt aufgrund der Legaldefinition von § 2 Nr. 1 nur vor, wenn es explizit einen wirtschaftlichen Wert hat und der Geheimnisinhaber **angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen** getroffen hat, § 2 Nr. 1 a (→ Rn. 16 ff.)
- Das **Reverse Engineering** ist unter den Voraussetzungen des § 3 Nr. 2 erlaubt: Bei frei auf dem Markt erhältlichen Produkten ist das Reverse Engineering nach § 3 Nr. 2 a uneingeschränkt zulässig, sonst gem. § 3 Nr. 2 b aber auch dann, wenn derjenige, der die Handlung vornimmt, im rechtmäßigen Besitz des Produkts ist und keiner vertraglich wirksamen Geheimhaltungspflicht unterliegt.²⁴
- Der Verstoß gegen ein Handlungsverbot zur Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und das sog. Whistleblowing ist gem. § 5 nicht tatbestandsmäßig. (→ Rn. 85 f., 87 ff.).
- Für bestimmte **Beihilfehandlungen von Medienangehörigen** gilt gem. Abs. 6 ein besonderer strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund (→ Rn. 101 ff.)

B. Begriff des Geschäftsgeheimnisses

Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses ersetzt das in § 17 UWG aF verwandte Begriffspaar vom Geschäfts- 9
und Betriebsgeheimnis. Er erfasst gleichermaßen kaufmännische **Geschäftsgeheimnisse** wie technische **Betriebsgeheimnisse**²⁵ und auch das **Know-how**.²⁶ § 2 Nr. 1 enthält eine **Legaldefinition**, deren Formulierung an Art. 2 Nr. 1 b RL 2016/943/EU (→ Rn. 2) angelehnt ist,²⁷ die wiederum auf Art. 39 Abs. 2 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums, das sog. TRIPS-Abkommen,²⁸ zurückgeht.²⁹

I. Legaldefinition, § 2 Nr. 1

Gem. § 2 Nr. 1 ist ein Geschäftsgeheimnis:

„eine Information

- a) die weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist und
- b) die Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist und
- c) bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht.“

II. Voraussetzungen

Ein Geschäftsgeheimnis nach § 2 Nr. 1 setzt voraus, dass alle in Buchst. a bis c genannten Kriterien kumulativ 11
vorliegen.³⁰

1. Richtige Information. Das Geheimnis bezieht sich im Rahmen des GeschGehG auf **Informationen**, in allen 12
übrigen Tatbeständen auf **wahre Tatsachen**. Mit der sprachlichen ist keine inhaltliche Änderung verbunden. Bei Informationen kann es sich gleichermaßen etwa um Kundenlisten, Konstruktionspläne oder Ver-

22 Krit. ggü. einer „Fortschreibung“ der alten Rechtslage *Alexander* WRP 2019, 673 (674).

23 Demggü. wird in der (noch auf die RL (EU) 2016/943 und den RegE (vgl. Fn. 1) bezogenen Literatur die Vergleichbarkeit der Geheimnisbegriffe festgestellt, nicht jedoch gefordert: *Brammsen* wistra 2018, 449 (451 f.); *Hauck* WRP 2018, 1032 (1033 ff.); *Alexander* WRP 2017, 1034 (1037 ff.); *Goldhammer* NVwZ 2017, 1809 ff.; *Harte-Bavendamm* FS Wolfgang Büscher, 2018, S. 311, 314 ff.; *Dumont* BB 2018, 2441 (2442); krit. wegen neuer Haftungsdivergenzen *Brammsen* BB 2018, 2446 (2448 f.).

24 BT-Drs. 19/4724, 26.

25 Legaldefiniert in Art. 1 (1) lit. i der Technologie-Transfer-VO 772/2004.

26 BT-Drs. 19/4724, 24; zu weiteren Begrifflichkeiten *Reinfeld* § 1 Rn. 38 ff.

27 Umfassend zum Begriff des Geschäftsgeheimnisses in Art. 2 Nr. 1 RL *Alexander* WRP 2017, 1034 (1037 ff.), Rn. 32–59.

28 Abkürzung für „Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights“, BGBl. 1994 II 1438, 1730.

29 BT-Drs. 19/4724, 24.

30 *Reinfeld* § 1 Rn. 119.

fahren handeln,³¹ aber auch um bloße Formeln oder Marketingdaten, und zwar unabhängig von ihrer Struktur, Beschaffenheit, Verkörperung und Darstellbarkeit.³² Über den Wortlaut hinaus ist jedoch erforderlich, dass die Information ebenso „richtig“ wie die Tatsache auch „wahr“ sein muss (→ StGB Vor § 203 Rn. 7).

- 13 **2. Geschäftsbezug.** Dem Normtext von § 2 Nr. 1 nach muss die Information im Gegensatz zum Geschäfts- und Betriebsgeheimnis nach § 17 ff. UWG aF zwar keinen Bezug zu dem Unternehmen haben.³³ Das Erfordernis des Unternehmensbezugs ergibt sich aber bereits aus der gesetzlichen Bezeichnung als Geschäftsgeheimnis³⁴ sowie indirekt auch daraus, dass die für den Geheimnisbegriff konstitutiven Geheimhaltungsmaßnahmen durch den **rechtmäßigen Inhaber des Geheimnisses** iSv § 2 Nr. 1 b getroffen werden müssen.³⁵

Hinweis: Informationen aus dem Privatbereich können ausnahmsweise Unternehmensbezug aufweisen, so zB bei Personen, deren Privatleben zugleich ihre geschäftliche Betätigung betrifft, also etwa bei Sportlern oder Künstlern. Auch bei **Führungspersönlichkeiten** eines Unternehmens können sich Informationen über private Umstände wie etwa über ihren Gesundheitszustand wirtschaftlich auswirken (→ Rn. 15) und deshalb ein Geschäftsgeheimnis darstellen.³⁶

- 14 **3. Geheimsein.** Die Information darf gem. § 2 Nr. 1 a nicht allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich sein. Sachlich stimmt die Formulierung in § 2 Nr. 1 a mit dem bereits von der Rspr. für den Geheimnisbegriff entwickelten Merkmal der fehlenden **Offenkundigkeit** überein (→ StGB 203 Rn. 30).³⁷

Hinweis: Ist die Information nur durch zulässiges **Reverse Engineering** zugänglich (→ Rn. 73), ist sie damit wegen des aufwendigen Verfahrens nicht „ohne Weiteres“ zugänglich und somit geheim.³⁸ Ein schweigepflichtiger Mitarbeiter kann sich durch die Weitergabe der Information ungeachtet dessen strafbar machen, dass der Empfänger sich die Information auch legal durch Reverse Engineering hätte verschaffen können.

- 15 **4. Wirtschaftlicher Wert.** Gem. § 2 Nr. 1 a muss die Geschäftsinformation gerade wegen ihres Geheimseins („daher“) über einen wirtschaftlichen Wert verfügen, also einen realen oder potenziellen **Marktpreis** besitzen.³⁹ Dem Erwägungsgrund 14 der 2016/943/EU zufolge reicht es dazu aus, wenn die unerlaubte Nutzung oder Offenbarung der Informationen den Inhaber „aller Voraussicht nach dadurch schädigt, dass das wissenschaftliche oder technische Potenzial, die geschäftlichen oder finanziellen Interessen, die strategische Position oder die Wettbewerbsfähigkeit dieser Person untergraben werden.“⁴⁰

Hinweis: Imageschädigende, illegale und **rechtswidrige Geheimnisse** sind wie auch nach bisheriger Rspr. zu § 17 UWG aF geschützt, wenn sie auf dem Markt einen **Handelswert** haben bzw. ihr Bekanntwerden dem Unternehmen schaden könnte.⁴¹ Zu beachten ist jedoch, dass die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen nach § 3 Abs. 2 oder § 5 Nr. 2 (→ Rn. 75 ff., 87 ff.) im Einzelfall nicht tatbestandsmäßig ist.⁴²

- 16 **5. Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen.** Gem. § 2 Nr. 1 b fällt eine Information nur dann unter den Begriff des Geschäftsgeheimnisses, wenn sie Gegenstand von **Geheimhaltungsmaßnahmen** ist, die den Umständen nach **angemessen** sind und die durch den rechtmäßigen Inhaber des Geheimnisses iSv § 2 Nr. 2 (→ Rn. 16 ff.) getroffen wurden.⁴³ Solche Maßnahmen können alternativ oder kumulativ in Zugangs- und Nutzungsbeschränkungen, technischen und organisatorischen Schutzvorkehrungen, rechtlichen Geheimhaltungsverpflichtungen usw bestehen.⁴⁴

31 BT-Drs. 19/4724, 24.

32 Alexander WRP 2017, 1034 (1037) für RL (EU) 2016/943.

33 Ohly GRUR 2019, 441 (442).

34 BT-Drs. 19/4724, 24; Alexander AfP 2019, 1 (4).

35 Harte-Bavendamm FS Wolfgang Büscher, 2018, S. 311, 315.

36 MüKoStGB/Joeks/Miebach § 23 GeschGehG Rn. 28; Alexander AfP 2019, 1 (5); Ohly GRUR 2019, 441 (442).

37 MüKoStGB/Joeks/Miebach GeschGehG § 23 Rn. 23; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler Vor §§ 17–19 UWG Rn. 15; Harte-Bavendamm FS Wolfgang Büscher, 2018, S. 311, 314.

38 Ohly GRUR 2019, 441 (443); Harte-Bavendamm FS Helmut Köhler, 2014, S. 235 ff., 246 auf der Grundlage des Richtlinienvorschlags.

39 BeckOK GeschGehG/Fuhlrott/Hieramente § 2 GeschGehG Rn. 13; Ohly GRUR 2019, 441 (443); Reinfeld § 1 Rn. 146; Dann/Markgraf NJW 2019, 1774 (1775); Hauck WRP 2018, 1032 (1033).

40 Alexander AfP 2019, 1 (4); Ohly GRUR 2019, 441 (443).

41 Ohly GRUR 2019, 441 (443); Reinbacher KriPoZ 2018, 115 (117, 119); Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler Vor §§ 17–19 UWG Rn. 16; Reinfeld § 1 Rn. 147; aA unter Bezugnahme auf die Bezeichnung als „legitimes Interesse“ in Erwägungsgrund 14 Hauck WRP 2018, 1032 (1034 f.) sowie bereits zu §§ 17 ff. UWG aF Engländer/Zimmermann NZWiSt 2012, 328 (333); Rützel GRUR 1995, 557 (558).

42 Umfassend dazu Reinbacher KriPoZ 2019, 148 ff.

43 Dumont BB 2018, 2441 (2442); Harte-Bavendamm FS Wolfgang Büscher S. 311, 314; Kalbfus GRUR-Prax 2017, 391 ff.; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler Vor §§ 17–19 UWG Rn. 15; Schmitt RdA 2017, 365 (369).

44 Umfassend BeckOK GeschGehG/Fuhlrott/Hieramente GeschGehG § 2 Rn. 25 ff.; Alexander AfP 2019, 1 (4); Ohly GRUR 2019, 441 (444); Dumont BB 2018, 2441 (2442); weiterführend Maaßen GRUR 2019, 352 (357 ff.); praktische Hinweise bei Fuhlrott/Hieramente DB 2019, 967 (969 ff.); Voigt/Herrmann/Grabenschroer BB 2019, 142 ff.

Es ist für jeden Einzelfall ausdrücklich festzustellen, dass die getroffenen Maßnahmen in ihrer Gesamtheit 17 den Umständen nach zur Geheimhaltung auch **objektiv angemessen** waren. Die von der Rspr. zu §§ 17 ff. UWG aF (→ Rn. 20) verlangte, erkennbare Manifestation des subjektiven Geheimhaltungswillens ist nicht ausreichend.⁴⁵ Ob eine bloße **schriftliche Geheimhaltungsverpflichtung** ausreicht, hängt von den weiteren Umständen des Einzelfalls ab. Sie muss jedenfalls wirksam sein und das betroffene Geheimnis konkret bezeichnen. Nicht ausreichend sind allgemeine Klauseln zur Verschwiegenheit für „alle Angelegenheiten des Betriebs“ oder „alle Geschäftsvorfälle“.⁴⁶

Der **Begriff der Angemessenheit** ist relativ. Es gibt keinen bestimmten **Maßstab**, sondern es ist jeweils auf 18 die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Heranzuziehende Kriterien sind neben dem kommerziellen Wert des Geheimnisses auch die Größe des Unternehmens sowie die Kosten und die Üblichkeit der zu ergreifenden Maßnahmen.⁴⁷ Dabei sollen auch die sich stets verändernden Bedingungen zu beachten sein.⁴⁸ Dies widerspricht dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot und führt zu Problemen im Bereich des Tatbestandsvorsatzes (→ Rn. 31).⁴⁹

Hinweis: Für das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses und damit die Angemessenheit der Geheimhaltungsmaßnahme ist der **Geheimnisinhaber im Zivilprozess beweispflichtig**.⁵⁰ Daher kann es sich mit Blick auf den im Strafrecht geltenden Grundsatz der Amtsaufklärung empfehlen, fristgerecht Strafantrag zu stellen (→ Rn. 118) und zu versuchen, das Strafverfahren für die **Beweissicherung** und Durchsetzung der zivilrechtlichen Ansprüche zu nutzen.⁵¹ Allerdings ist fraglich, ob sich § 23 in der Praxis tatsächlich als „Türöffner“ für die Beweissicherung durch Durchsuchungen und Beschlagnahmen erweist.⁵²

Schon wegen der zivilrechtlichen Ausrichtung des GeschGehG (→ Rn. 2) ist davon auszugehen, dass die Staatsanwaltschaften in noch größerem Umfang als bislang das öffentliche Interesse verneinen und die Geschädigten auf den (→ Rn. 119) **Privatklageweg** verweisen.⁵³ Selbst wenn das nicht geschieht, kann aber die Staatsanwaltschaft dem verletzten Geheimnisinhaber gem. § 154 d StPO eine Frist setzen um die tatbestandlichen Vorfragen im Zivilprozess zu klären und nach erfolglosem Fristablauf das Ermittlungsverfahren einstellen. Ebenso kann das Strafgericht noch während der Hauptverhandlung vor der Urteilsfindung gem. § 262 Abs. 2 StPO das Verfahren unter Fristsetzung aussetzen. Hinzu kommt, dass sich der Verteidigung gute Möglichkeiten bieten, den Tatvorwurf wegen **fehlenden Vorsatzes** im Hinblick auf die Angemessenheit der Geheimhaltungsmaßnahme frühzeitig zu entkräften (→ Rn. 31).

6. Berechtigtes Geheimhaltungsinteresse. Nach § 2 Nr. 1 c muss an der Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse bestehen. Da dieses erst auf die Empfehlung des Rechtsausschusses⁵⁴ eingefügtes Merkmal in § 2 Nr. 1 b 2016/943/EU nicht vorgesehen ist, bestehen nicht nur Zweifel an der Richtlinienkonformität.⁵⁵ Offen und durch die Rspr. des EuGH klärungsbedürftig ist vor allem, ob damit **rechtswidrige Geheimnisse** aus dem Schutzbereich herausgenommen werden sollten.⁵⁶ Dies wäre jedoch überflüssig, weil es auch insoweit vorrangig auf den kommerziellen Wert des Geheimnisses ankommt (→ Rn. 15).⁵⁷ Im Übrigen setzt die Anwendung der Ausnahmevorschrift des § 5 gerade voraus, dass rechtswidrige Handlungen geschützt sein können (→ Rn. 87 ff.). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass auch illegale Geheimnisse ein Geschäftsgeheimnis iSv § 23 iVm § 2 sein können und dass das Merkmal in § 2 Nr. 1 c überflüssig ist.⁵⁸ 19

III. Vergleich zum Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeschäftsgeheimnisses

Es wäre sinnvoll gewesen, bei allen in Betracht kommenden Straftatbeständen einen einheitlichen Begriff 20 des Geschäftsgeheimnisses einzuführen.⁵⁹ Stattdessen hat der Gesetzgeber in den strafrechtlichen Nebengesetzen (→ StGB Vor § 203 Rn. 3 ff.) das zuvor auch in §§ 17 ff. UWG aF verwandte Begriffspaar vom Ge-

45 NK-WirtschaftssteuerStrafR/Reinbacher UWG § 17 Rn. 18; Erbs/Kohlhaas/Diemer UWG § 17 Rn. 13; für die Aufgabe dieses Merkmals *Obly/Sosnitza* UWG § 17 Rn. 11.

46 *Bissels/Schroeders/Ziegelmayr* DB 2016, 2295 Rn. 18 ff.

47 Gegen die Berücksichtigung des Wertes *Lauck* GRUR 2019, 1132 ff.

48 *Obly* GRUR 2019, 441 (444); *Alexander* WRP 2017, 1034 (1039) Rn. 55 ff.; BT-Drs. 19/4724, 24 f.

49 Ähnlich *MüKoStGB/Joeks/Miebach* GeschGehG § 23 Rn. 31. *Obly* GRUR 2019, 441 (450); *Hobmann/Schreiner* StraFo 2019, 442.

50 *Alexander* WRP 2017, 1034 (1039) Rn. 53; *Bramsen* wistra 2018, 449 (451); *Hoeren/Münker* WRP 2018, 150 (152); *Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler* Vor §§ 17–19 UWG Rn. 19.

51 *Fuhlrott/Hiéramente* DB 2019, 967 (968); *Fingerhut* BB 2014, 389 (392).

52 Zu dieser Funktion der §§ 17 ff. UWG aF *Fuhlrott/Hiéramente* DB 2019, 967 (968).

53 *Fingerhut* BB 2014, 389 (392).

54 BT-Drs. 19/8300, 14.

55 *Obly* GRUR 2019, 1 (444); *Reinbacher* KriPoZ 2019, 148 (152).

56 BeckOK GeschGehG/Fuhlrott/Hiéramente GeschGehG § 2 Rn. 72 ff.; *Reinbacher* KriPoZ 2019, 148 (153).

57 *Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler* UWG § 17 Rn. 9.

58 *Obly* GRUR 2019, 441 (444); *Reinbacher* KriPoZ 2019, 148 (154). Ähnlich *MüKoStGB/Joeks/Miebach* GeschGehG § 23 Rn. 41.

59 *Naber/Peukert/Seeger* NZA 2019, 583 (587).

§ 23 GeschGehG

schäfts- und Betriebsgeheimnis beibehalten.⁶⁰ Dabei hat zwar die sprachliche Unterscheidung zwischen den beiden Geheimnisarten in der Praxis keine Bedeutung (→ StGB Vor § 203 Rn. 7). Doch im Übrigen ist der durch die Rspr. konkretisierte Geheimnisbegriff zugrundezulegen, dessen Merkmale in wesentlichen Teilen von der Legaldefinition des § 2 Nr. 1 abweichen. Danach müssen zu den **drei Kriterien des allgemeinen Geheimnisbegriffs** (→ StGB Vor § 203 Rn. 8) weitere Voraussetzungen erfüllt sein:⁶¹ Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse iSv § 17 ff. UWG aF und der strafrechtlichen Nebengesetze müssen sich auf solche Tatsachen beziehen, die einen direkten Bezug zu dem Geschäftsbetrieb aufweisen und an deren Geheimhaltung der Betriebsinhaber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse hat.⁶² Zudem muss der manifestierte Geheimhaltungswille nach außen erkennbar geworden sein.⁶³ An die Erkennbarkeit werden keine hohen Anforderungen gestellt. In Einzelfällen wurde es als ausreichend angesehen, dass sich der Geheimhaltungswille aus der Natur der Sache ergab.⁶⁴

C. Normkommentierung

I. Überblick

- 21 **Inhaltlich** entspricht die Regelung im Wesentlichen den §§ 17–19 UWG aF. Jedoch wurde die Terminologie an die sonstigen Regelungen des GeschGehG angepasst.⁶⁵ **Systematisch** ergänzt § 23 den zivil- und insbes. arbeitsrechtlichen Geheimnisschutz und knüpft direkt an einige zivilrechtliche Handlungsverbote an (§ 4 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 a, 2, 3).⁶⁶ Strafbar ist nur, aber nicht alles, was **zivilrechtlich nach dem GeschGehG verboten** ist.⁶⁷ So ist gem. § 4 Nr. 2 verboten, ein Geschäftsgeheimnis durch ein Verhalten zu erlangen, das unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheit nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben entspricht. Ein Verstoß hiergegen ist nicht strafbar (→ Rn. 39). Generell von den Verböten des § 4 ausgenommen sind die erlaubten Handlungen nach § 3 (→ Rn. 69) sowie nach § 5 ausnahmsweise auch solche Handlungen, die zum **Schutz eines berechtigten Interesses** erfolgen (→ Rn. 81 ff.).
- 22 Der Aufbau lehnt sich an die übrigen immaterialrechtlichen Straftatbestände wie § 143 MarkenG, § 142 PatG und § 106 UrhG an.⁶⁸ Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ergibt sich daraus, dass es nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 a iVm Abs. 1 Nr. 1 **unbefugt** ist bzw. nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 und 3 **gegen eine Geheimhaltungsverpflichtung** verstößt. Innerhalb von § 23 ist ein besonderes Merkmal der Unbefugtheit (→ StGB vor 203 Rn. 9) daher nicht erforderlich. Die Abs. 1–3 enthalten die Grundtatbestände, Abs. 4 drei Qualifikationstatbestände. Der Versuch und der Versuch der Beteiligung sind durch Abs. 5 bzw. Abs. 7 S. 2 unter Strafe gestellt. Gem. Abs. 8 handelt es sich um ein (→ Rn. 118) **relatives Antragsdelikt**, das nach Abs. 7 S. 1 iVm § 5 Nr. 7 StGB auch als Auslandstat (→ Rn. 117) verfolgt wird.

60 Zum Vergleich auf der Grundlage der RL (EU) 2016/943 mit dem bisherigen Begriffsverständnis *Harte-Bavendamm* FS Wolfgang Büscher, 2018, S. 311, 314 ff.

61 Dazu vgl. *Loschelder* in *Ann/Loschelder/Rosch* Kap. 1 Rn. 68 ff.; NK-WirtschaftssteuerStrafR/*Reinbacher* UWG § 17 Rn. 7; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 17 Rn. 4.

62 *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* UWG § 17 Rn. 1; BGH 27.4.2006 – 1 ZR 126/03, GRUR 2006, 1044 (1046) mwN; anders jedoch OLG Düsseldorf 30.7.1998 – 2 U 162/97 einen Fall des reverse engineering.

63 NK-WirtschaftssteuerStrafR/*Reinbacher* UWG § 17 Rn. 18; Erbs/Kohlhaas/*Diemer* UWG § 17 Rn. 13; für die Aufgabe dieses Merkmals *Obly/Sosnitza* UWG § 17 Rn. 11.

64 BGH 10.5.1995 – 1 StR 764/94, BGHSt 140 (142); 27. 4. 2006 – 1 ZR 126/03, GRUR 2006, 1044 (1046).

65 BT-Drs. 19/4724, 40. Vgl. auch die Gegenüberstellungen bei *Stage* jurisPR-StrafR 12/2019 Anm. 1 und *Brammsen* wistra 2018, 449 (453) mit Kritik an den „konturlosen“ sprachlichen Neuerungen auf S. 455 ff.

66 Zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses mit Mitteln des Arbeitsrechts *Fuhrott/Hieramente* DB 2019, 967 (969 ff.).

67 BT-Drs. 19/4724, 40; *Stage* jurisPR-StrafR 12/2019 Anm. 1.

68 *Reinbacher* KrimPoZ 2019, 148 (149).

Viertes Buch Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV)

In der Fassung der Bekanntmachung vom 12. November 2009 (BGBl. I S. 3710, ber. S. 3973 und BGBl. 2011 I S. 363)

(FNA 860-4-1)

zuletzt geändert durch Art. 310 Elfte ZuständigkeitsanpassungsVO vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328)
– Auszug –

§ 7 SGB IV Beschäftigung

(1) ¹Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. ²Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

(...)

Literaturauswahl: *Gastell*, Scheinselbständigkeit und Arbeitnehmerbegriff – Bekämpfung der Scheinselbständigkeit durch eine Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs?, 1999; *Gräfe/Lenzen/Schmeier*, Steuerberaterhaftung, 6. Aufl. 2017; *Greiner*, Die Vielfalt moderner Arbeitsformen im Sozialrecht; Die Sozialgerichtsbarkeit, 2016, 301–309; *Hanau*, Der rechtliche Status von Honorärärzten im Krankenhaus, MedR 2015, 77 ff.; *Heinzel/Ricken/Giesen*, 30-jährige Verjährung für vorsätzlich vorenthaltene Sozialversicherungsbeiträge, NZA 2000, 876 ff.; *Henssler*, Überregulierung statt Rechtssicherheit – der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen, RdA 1/2016, 18 ff.; *Knöpfle*, Tatbestands- und Feststellungswirkung als Grundlage der Verbindlichkeit von gerichtlichen Entscheidungen und Verwaltungsakten, BayVBl. 1982, 225–230; *Küttner*, Personalbuch 2019, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, 26. Aufl. 2019, Stichwort „Säumniszuschläge“; *Law*, Rückwirkende Feststellung der Sozialversicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern, DStR 2019, 2207 ff.; *Legde*, Das Ende von „Kopf und Seele“ – Die neuere Rechtsprechung des BSG zur Versicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern, SGB 2017, 25 ff.; *Leopold*, Hat der Deutsche Bundestag gegen seine eigenen Gesetze verstoßen? Rentenversicherung fordert Beiträge in Höhe von 2,44 Millionen Euro nach, rv 2014, 219 f.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl. 2013; *Richter*, Blick ins Sozialversicherungsrecht, DStR 2014, 478 ff.; *Ricken*, Die Arbeitgebervereinschaft im sozialversicherungsrechtlichen Sinn, NZA 2012, 440; *Rieker*, Rechtscharakter einer Mitgliedsbescheinigung, WzS 2013, 149; *Rittweger*, Beitragsnachforderungen für geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH, DStR 28/2017, 1537–1540; *Schneider-Danwitz* in Entwicklung des Sozialrechts Aufgabe der Rechtsprechung – Festgabe aus Anlass des 100-jährigen Bestehens der sozialgerichtlichen Rechtsprechung, 1984, 541; *Späth*, Die zivilrechtliche Haftung des Steuerberaters, 4. Aufl. 1994; *Thüsing*, Rechtssicherheit zur effektiveren Bekämpfung von missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz, ZfA 2015, 419–466; *Voigt*, Anm. zu SG Berlin 26.10.2012 – S 81 KR 2081/10, Besucherbetreuerin des Bundestags, ArbuR 2013, 92–95; *Ziegler/Rittweger*, Risiken des Arbeitgebers in der Betriebsprüfung, 2016.

A. Grundlagen	1	(3) Keine Übereinstimmung Arbeits-/Beschäftigungsver- hältnis	54
I. Entwicklung	1	ff) Uneinheitliche Handhabung durch verschiedene Rechtsgebiete	61
1. Abs. 1	1	gg) Erwünschte Selbstständigkeit	65
2. Abs. 4	2	hh) Neue Ansätze zur Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung zu selbstständiger Tätigkeit	71
II. Struktur	15	ii) Abgrenzungsschwierigkeiten in Einzelfällen	78
B. Normkommentierung	19	(1) OP-Pfleger	79
I. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV	19	(2) Physiotherapeuten	83
II. § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV	22	(3) Buchhalter	90
1. Typenzuordnung	22	(4) Freiberufler in freier Mitar- beit	91
2. Gesamtabwägung	25	(5) Honorärärzte und -pflege- kräfte	93
a) Grundprinzip	25	b) Gesellschafter und/oder Geschäftsführ- er von Kapitalgesellschaften	116
b) Kriterien, durch die Rspr. entwickelt: ...	26	aa) Beurteilung vor November 2015 ..	116
3. Problematische Fälle	29	bb) Beurteilung seit November 2015 ..	118
a) Scheinselbständigkeit	29	4. Folgen von Fehleinschätzungen	135
aa) Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung	31		
bb) Werkvertragsarbeit und Outsour- cing	35		
cc) Abgrenzung arbeitnehmerähnliche Selbstständigkeit	41		
dd) § 28 g SGB IV	45		
ee) Exkurs Arbeitnehmerüberlassung	52		
(1) Neue Rspr. des BSG	52		
(2) Bisherige Rspr. der Sozialge- richtsbarkeit	53		

a) Beitragsfolgen von Vorsatz und Verschulden im Sozialversicherungsrecht, §§ 14 Abs. 2, 24 Abs. 2, 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV	136	e) Hinweis: Vertragsgestaltung, Compliance	164
b) (Steuer-)Beraterhaftung und Zurechnung	148	f) Abwehr von Nachforderungen aufgrund Vertrauensschutz	173
c) Hinweis: Verteidigung gegen Vorsatzvorwurf, Verschuldensvorwurf, Forensik und Compliance	154	aa) Entgegenstehender Bescheid	174
d) Hinweis: Steuerliche Beratung, Compliance	158	bb) Vertrauensschutz ohne Bescheid ..	197
		cc) Sonderfall Betriebsprüfungen ohne Feststellungen	202

A. Grundlagen

I. Entwicklung

1. **Abs. 1.** S. 1 gilt idF des SGB IV vom 23.12.1976 (BGBl. 1976 I 3845) seit dem 1.7.1977. S. 2 hat das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20.12.1999 (BGBl. 2000 I 2) rückwirkend ab 1.1.1999 eingefügt.

2. **Abs. 4.** Frühere Fassungen der Vorschrift enthielten in einem mit Wirkung zum 1.1.1999 eingeführten Abs. 4 die **Vermutung** entgeltlicher Beschäftigung Erwerbstätiger bei Erfüllung von zwei von vier genannten Merkmalen einer Beschäftigung (Art. 3 Nr. 1 Korrekturgesetz v. 19.12.1998 – BGBl. 1998 I 3843 (3846)). Sodann wurde Abs. 4 rückwirkend neu gefasst mWv 1.1.1999 durch Gesetz v. 20. 12. 1999 (BGBl. 2000 I 2), die Vermutungsregelung umfasste nunmehr fünf **Merkmale einer Beschäftigung**, von denen drei erfüllt sein mussten und beschränkte sich auf Fälle, in denen erwerbsmäßig tätige Personen ihren Mitwirkungspflichten nach § 206 SGB V oder § 196 Abs. 1 SGB VI nicht nachkamen. Diese Merkmale lauteten:

1. Die Person beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig im Monat 630 DM übersteigt;
2. sie ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig;
3. ihr Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten;
4. ihre Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen;
5. ihre Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Auftraggeber zuvor aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.

Ausgenommen waren jeweils **Handelsvertreter**, die im Wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und über ihre Arbeitszeit bestimmen können, vgl. § 84 Abs. 1 S. 1 HGB. Die Vermutung konnte ausdrücklich widerlegt werden.

Zwischen dem 1.1.2003 und dem 30.6.2009 wurde Abs. 4 ersetzt durch die Vermutung der Selbstständigkeit bei Bezug eines Existenzgründungszuschusses nach § 4211 SGB III aF (2. DienstLG, bekannt als „Hartz II“) – sog. „**Ich-AG**“ – bzw. zwischen dem 1.1.2005 bis zum 1.7.2006 zusätzlich auch bei Bezug entsprechender Leistungen nach § 16 SGB II. Zum 1.7.2009 wurde Abs. 4 aufgehoben durch Gesetz v. 19.12.2007 (BGBl. 2007 I 3034).

Sinn von Abs. 4 in der ursprünglichen Fassung v. 1.1.1999 war die Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit durch Arbeitsvereinfachung für die Sozialversicherungsträger.¹ Hier findet sich auch eine Definition der „**Scheinselbstständigkeit**“: So werden Erwerbstätige bezeichnet, die vertraglich als Selbstständige behandelt werden, jedoch de facto wie abhängig Beschäftigte arbeiten. Sie erbringen die Arbeitsleistung persönlich, beschäftigen also ihrerseits keine oder wenige Arbeitnehmer, verfügen über kein nennenswertes Eigenkapital und arbeiten überwiegend oder ausschließlich für einen Arbeitgeber.²

Insofern eine Abkehr vom Hantieren mit Idealtypen hin zu einer in der Praxis handhabbaren eindeutigen **Bestimmbarkeit** (und damit auch Vorhersehbarkeit) der Unterscheidung zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbstständigkeit für eine Übergangszeit erfolgt war. Die Kritik in der Praxis war jedoch enorm; sie bezog sich weniger auf die Vorschrift als solche, sondern auf die strenge Handhabung durch die Sozialversicherungsträger.³

Dem Wortlaut nach beschränkte sich die Anwendbarkeit der Vermutungsregelung nach nochmaliger rückwirkender Änderung des § 7 Abs. 4 SGB IV idF v. 1.1.1999 durch BGBl. 2000 I 2 auf solche Fälle, in denen

1 BT-Drs. 13/8942.

2 BT-Drs. 13/8942, 6.

3 BT-Drs. 14/2046, 9.

die erwerbstätige Person ihren Mitwirkungspflichten nicht nachgekommen war. Daraus schließt die Kommentierung einen praktisch kaum vorkommenden Anwendungsbereich der Vorschrift, der schließlich zur baldigen Abschaffung des Kataloges geführt habe.⁴ Trotzdem dürfte das Vorhandensein eines Kriterienkataloges über den eigentlichen Anwendungsbereich hinaus Rückschlüsse auf die Einordnung einer Tätigkeit zugelassen und so die **Vorhersehbarkeit** auch von **Scheinselbstständigkeit** erleichtert haben. Zutreffend wird daher kritisiert, dass durch die Abkehr vom Kriterienkatalog das Problem der Scheinselbstständigkeit keinesfalls beseitigt wurde.⁵

- 9 Tatsächlich hätte im Rahmen der Einführung der sog. Ich-AG, also der **Existenzgründungsförderung** nach § 421 I SGB III (eingeführt mit Wirkung v. 1.1.2003 durch G v. 23.12.2002, BGBl. 2002 I 4621; aufgehoben mit Wirkung v. 1.4.2012 durch G v. 20.12.2011, BGBl. 2011 I 2854) wohl auch der Kriterienkatalog des § 7 Abs. 4 SGB IV aF der Anerkennung einer Selbstständigkeit und damit der Erfüllung des Merkmals „Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit“ nach § 421 I Abs. 1 S. 1 SGB III aF entgegengestanden, so dass der Kriterienkatalog von der Vermutungsregelung abgelöst wurde:
- 10 Die Ich-AG war konzipiert für **Solo-Selbstständige** im unteren Einkommensbereich, deren Leistungen die Flexibilität von Unternehmen als Maßnahmenpaket gemeinsam mit **Leiharbeitsflexibilisierungen** stärken sollten. So sollte die Ich-AG Arbeitslose motivieren, ihre in Schwarzarbeit ausgeübten Tätigkeiten in legale Erwerbsarbeit zu überführen und so Mehreinnahmen generieren.⁶ Unternehmen sollten durch die Einführung der Ich-AG zusätzliche Flexibilität erhalten.⁷ Letzteres ist nur denkbar, wenn Solo-Selbstständige den Unternehmen als **Subunternehmer** zur Verfügung stehen. Wie der Zehnte Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung – **BillBG** – vom 20.7.2005 verdeutlicht, häuften sich Meinungsverschiedenheiten über die Zuordnung von Vertragsverhältnissen zur – entweder – selbstständigen Tätigkeit oder zur abhängigen Beschäftigung durch Einführung der Ich-AG wegen der nun fehlenden Trennschärfe zur Scheinselbstständigkeit.⁸
- 11 Um in den Genuss der **Existenzgründungsförderung** zu gelangen, musste – etwa durch Vorlage eines Businessplans über die beabsichtigte selbstständige Tätigkeit – eine eigene Geschäftsidee entwickelt und ggü. der Arbeitsverwaltung vorgestellt werden. Der steuerpflichtige Gewinn durfte 25.000 EUR im Jahr nicht überschreiten, § 421 I Abs. 1 2 SGB III aF. Die Ich-AG wurde von der Kommission „Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ als neue Form der Selbstständigkeit bezeichnet und die vorherige Teilnahme an Existenzgründerseminaren als sinnvoll erachtet.⁹ Ursprünglich war in einem S. 2 Nr. 3 die Voraussetzung vorgesehen, dass der Existenzgründer keinen Arbeitnehmer beschäftigt. Daran wurde nicht festgehalten. Zwischen Januar und November 2003 gab es bereits knapp 73 000 Förderfälle.¹⁰
- 12 Nach dem Auslaufen der Ich-AG mit Wegfall des Existenzgründungszuschusses nach § 421 I SGB III aF bietet § 7 Abs. 4 SGB IV weder in alter noch aktueller Fassung für seither bestehende Fördermaßnahmen wie insbes. den **Gründungszuschuss** nach § 57 SGB III aF bzw. § 93 SGB III eine die Selbstständigkeit unterstellende Vermutungsregelung. Für ehemals Geförderte, die nach der Gesetzesänderung weiterhin am Markt auftreten, gilt die ursprüngliche Vermutungsregelung auch nicht fort, da sie sich bereits dem Wortlaut nach auf den Förderungszeitraum beschränkt hat.¹¹ Das hat die Situation nicht vereinfacht.
- 13 Vereinzelt ruft die Rspr. zur Zurückhaltung auch nach dem Auslaufen der Fördermaßnahme auf im Sinne einer fortbestehenden **Annahme der Selbstständigkeit**, wenn ursprünglich einmal eine Förderung nach § 421 I SGB III aF vorgelegen hatte bzw. wertet die Gewährung von Gründungszuschuss nach neuem Recht als ein Indiz für selbstständige Tätigkeit selbst dann, wenn die Förderung in der Vergangenheit lag.¹² Ebenfalls wird gelegentlich die im Rahmen der Existenzgründungsförderung vorzulegende Tragbarkeitseinschätzung der IHK als Indiz für eine selbstständige Tätigkeit gesehen.¹³
- 14 Nach absolut hM wird indes jenseits von § 7 Abs. 4 SGB IV aF und § 421 I SGB III aF nicht nur jegliche **Bindungswirkung von Fördermaßnahmen** zur Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit nach dem Recht der Arbeitsförderung für Statusentscheidungen abgelehnt, sondern auch keine Indizwirkung von **Verwal-**

4 KassKomm/Seewald § 7 a Rn. 4 b mwN.

5 KassKomm/Seewald § 7 Rn. 4 b aE.

6 BT-Drs. 15/26, 6; 15/5934, 7.

7 BT-Drs. 15/26, 7.

8 BT-Drs. 15/5934, 16.

9 BT-Drs. 15/26, 22 zu § 421 m.

10 Jahresgutachten 2003/04 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung in BT-Drs. 15/2000, 154, 2. Kapitel III. 2. Ziff. 245.

11 Aber: Ausschluss von Vorsatz möglich, LSG BW 20.10.2015 – L 11 R 3898/14.

12 Auch Gründungszuschuss besitze im Zweifel Indizwirkung und sei von Rentenversicherung bei Betriebsprüfung zu beachten: SG Landshut 3.7.2013 – S 10 R 5033/12 über Platten- und Mosaikleger; Indizwirkung des Gründungszuschusses bei einem geschäftsführenden Gesellschafter: LSG Bln-Bbg 12.6.2015 – L 1 KR 351/13; zur Fortgeltung der Indizwirkung BayLSG 29.3.2011 – L 8 AL 152/08.

13 BayLSG über Kraftfahrer zunächst ohne eigenes Fahrzeug, 29.3.2011 – L 8 AL 152/08.

tungsakten anderer Träger – insbes. der heutigen Bundesagentur für Arbeit und der Unfallversicherungsträger –, welche zumindest inzidenter eine Selbstständigkeit voraussetzen, anerkannt.¹⁴

II. Struktur

Das SGB IV enthält im Bereich der Prüfung und Folgen von **Scheinselbstständigkeit** grundlegende Ermächtigungsnormen und allgemeine Begriffsbestimmungen, die – ggf. mit spezialgesetzlichen Besonderheiten – für mehrere Zweige der Sozialversicherung gelten. Ausweislich § 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV sind von der Sozialversicherungspflicht Personen umfasst, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind. **Beschäftigung** ist in § 7 Abs. 1 SGB IV definiert. Das Nähere ist spezialgesetzlich geregelt („nach Maßgabe der besonderen Vorschriften“). Das bedeutet: Zu allen Versicherungszweigen gibt es **Ausnahme- und Befreiungstatbestände**, wann eine Versicherungspflicht trotz Vorliegens einer Beschäftigung nicht eintritt oder – ggf. auf Antrag – beseitigt werden kann.

Exkurs Ausnahmen von Beitragspflichten (Verteidigung gegen Nachforderungen):

Sofern etwa im Rahmen einer **Finanzkontrolle Schwarzarbeit** → SchwarzArbG § 8 Rn. 8; → SchwarzArbG § 12 Rn. 1 ff, → SchwarzArbG § 13 Rn. 1 ff, → SchwarzArbG § 14 Rn. 1 ff., eines **Strafverfahrens** s. § 266 a StGB oder einer sozialversicherungsrechtlichen **Betriebsprüfung** → Rn. 202 ff, § 7 a Rn. 69 ff. Berechnungen nachzuentrichtender bzw. vermeintlich hinterzogener Sozialversicherungsbeiträge erstellt werden, obschon der Auftraggeber des beanstandeten Vertragsverhältnisses von einer Selbstständigkeit ausgeht, sollte die Verteidigung sich auf mehrere Ebenen erstrecken. Neben einem Angreifen der angeblichen Scheinselbstständigkeit sollte auch die Versicherungs- und Beitragspflicht zu jedem einzelnen Zweig der Sozialversicherung überprüft und auf Ausnahmen und Befreiungsmöglichkeiten untersucht werden. Auch sollte in jedem Fall separat die Verhängung von Säumniszuschlägen → Rn. 136, 143, 146, 149, 153; → § 7 a Rn. 39, Rn. 72, die Anwendung verlängerter Verjährungsfristen → Rn. 136, 142 und die Anwendung der Nettolohnvereinbarung → Rn. 136, 138 angegriffen werden. Ebenso können zur Erhöhung der Chancen für den Fall einer befürchteten Auseinandersetzung auftraggeberseitig Informationen zusammengetragen werden, welche hilfreich sind für den Nachweis eines Ausnahme- oder Befreiungstatbestandes. Dazu zählen Studienbescheinigungen, Nachweis über die Elterneigenschaft, Informationen über eine ggf. hauptberufliche Selbstständigkeit, Krankenversicherungsstatus, Erreichen des gesetzlichen Rentenalters, ggf. bereits ausgeübte geringfügige Beschäftigung, Befreiungen von der gesetzlichen Renten- oder Krankenversicherungspflicht etc. Hierneben ist das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses (unabhängig von tatsächlicher Beitragsentrichtung) inzidenter Voraussetzung für zahlreiche **Leistungsansprüche**. Für die Krankenversicherungspflicht gilt insoweit § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, für die Pflegeversicherung § 20 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI, für die Rentenversicherung § 1 Nr. 1 SGB VI, nach dem Recht der Arbeitsförderung § 25 Abs. 1 S. 1 SGB III und für die Unfallversicherung § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII, die jeweils eine Beschäftigung voraussetzen. Die Einordnung einer Tätigkeit bzw. konkret eines bestimmten Vertragsverhältnisses als **Beschäftigung** ist maßgeblich für die Abgrenzung beitragsrechtlicher Tatbestände, insbes. für die Bestimmung von Beitragspflichten und Leistungsansprüchen. Sogar die Verwirklichung bestimmter Straftatbestände, insbes. § 266 a StGB, hängt davon ab, ob eine Beschäftigung oder eine selbstständige Tätigkeit vorliegt.

B. Normkommentierung

I. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV

Die (abhängige) **Beschäftigung** ist im Sozialversicherungsrecht gleichgesetzt mit nichtselbstständiger Arbeit insbes. (aber nicht nur) in einem **Arbeitsverhältnis**, § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV, und somit der Gegenpol zur selbstständigen Tätigkeit; beachte aber Unterschiede des Begriffs „Beschäftigungsverhältnis“. Gefordert ist eine „funktionsdifferente Auslegung“, die den Inhalt der konkreten Rechtsnorm sachbezogen nach ihrer Stellung und Aufgabe in der Rechtsordnung bestimmt.¹⁵ Als selbstständig gilt, wer das unternehmerische

14 Zur Tatbestandswirkung der Bindung von Behörden an Verwaltungsakte anderer Behörden hinsichtlich – nur – des Regelungsausspruches BVerwGE 21,312. Zur Feststellungswirkung eines Verwaltungsaktes hinsichtlich der in ihm enthaltenen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen BVerwGE 34, 90 (92); 35, 316. Die Feststellungswirkung besteht nur, wenn sie ausnahmsweise gesetzlich angeordnet ist, vgl. *Knöpfle* BayVbl. 1982, 225 (227); SG Landshut 3.7.2013 – S 10 R 5033/12. Vgl. über freiberuflichen Berater LSG BW 26.7.2016 – L 11 R 5180/13 mwN, 30.9.2014 – L 11 R 2662/13 – Fremdgeschäftsführer einer gemeinnützigen GmbH; 4.9.2013 – L 11 R 2315/13 ER-B; BayLSG 28.5.2013 – L 5 R 863/12 – Operationspfleger; SG München 2.11.2016 – S 11 R 1953/13 – Ingenieur-/Planungsbüro. Aberkennung der Fiktion einer selbstständigen Tätigkeit sogar, wenn Bewilligungsbescheide nach § 4211 SGB III aF aufgehoben werden: ThürLSG 29.9.2015 – L 6 R 1218/11; LSG Nds-Brem 17.2.2016 – L 16/4 KR 346/12 – Psychotherapeutin in fremder Praxis.

15 *Müller/Christensen*, 196 ff.

§ 7 SGB IV

Risiko trägt und seine Arbeit ausübt, ohne weisungsgebunden oder in einen Betrieb eingebunden zu sein.¹⁶ Die **Abgrenzung** abhängiger Beschäftigung von selbstständiger Tätigkeit ist entscheidend für die Frage, ob womöglich Scheinselbstständigkeit vorliegt.

- 20 Ausgangspunkt jeder Deutung des Begriffs „Beschäftigung“ muss nach der stRspr des BSG – sieht man von den Merkmalen der Freiwilligkeit und Entgeltlichkeit ab – die persönliche **Abhängigkeit** einer Person von einer weiteren sein, was sich auf der einen Seite in der Verfügungsbefugnis (Direktionsrecht) und auf der anderen Seite der Dienstbereitschaft auswirkt.¹⁷
- 21 Gleichwohl lässt sich der Begriff des **Beschäftigungsverhältnisses** nicht generalisierend und abschließend für alle Rechtsbereiche und Konstellationen bestimmen. Je nach Sinnzusammenhang, in den die einzelne Norm gestellt ist, kann und muss er im Hinblick auf den jeweiligen Normzweck Modifikationen unterliegen.¹⁸ Hieraus ergeben sich für den leistungsrechtlichen Begriff ggü. dem beitragsrechtlichen Begriff des Beschäftigungsverhältnisses Besonderheiten.¹⁹ So ist eine Beendigung oder Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses trotz bestehenden Arbeitsverhältnisses anzunehmen, wenn Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt tatsächlich nicht mehr erbracht werden.²⁰ Erforderlich ist stets eine Bewertung der einzelnen Arbeitseinsätze am Maßstab der von der Rspr. für die Abgrenzung zwischen selbstständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung entwickelten Grundsätze.²¹

II. § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV

- 22 **1. Typenzuordnung.** Der Gesetzgeber liefert in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV Anhaltspunkte für eine Beschäftigung: **Tätigkeit nach Weisungen und Eingliederung in den Betrieb.** Der Gesetzgeber hat bei der Auslegung und Anwendung dieser Bestimmung eine eindeutige Vorhersehbarkeit des Ergebnisses ausgeschlossen; vielmehr bedient sich das Gesetz der – in diesem Zusammenhang als verfassungsrechtlich zulässig und sinnvoll bewerteten – Rechtsfigur des **Typus**.²² Der Verzicht auf detaillierte Definitionen zugunsten des Hantierens mit Idealtypen soll auch bei geänderten sozialen Strukturen die Erfüllung des Regelungszwecks und insbes. die Verhinderung der Umgehung der Versicherungs- und Beitragspflicht zum Nachteil abhängig beschäftigter Personen, zB durch der Realität nicht entsprechende, einseitig bestimmte Vertragsgestaltungen, ermöglichen.²³
- 23 Die versicherten Personen werden nicht im Detail definiert, sondern ausgehend vom **Normalfall** in der Form eines Typus beschrieben. Den jeweiligen Typus und dessen Kenntnis setzt das Gesetz stillschweigend voraus. Hierbei ist nicht erforderlich, dass stets sämtliche als idealtypisch erkannten Merkmale (Indizien) vorliegen.²⁴
- 24 Eine gesetzliche Regel, dass im Zweifel eine versicherungspflichtige Beschäftigung anzunehmen ist, existiert jedoch nicht. Es ist daher nicht erlaubt, die unerlässliche Voraussetzung der abhängigen Beschäftigung im Wege einer dem Grundsatz objektiver Beweislast entgegenstehenden **Beweisregelung** aus Gründen als gegeben zu unterstellen, die mit dem Tatbestand der **Abhängigkeit** nichts zu tun haben müssen.²⁵
- 25 **2. Gesamtabwägung. a) Grundprinzip.** Maßgeblich ist das **Gesamtbild** vertraglicher Bestimmungen und tatsächlich gelebter Wirklichkeit.²⁶ Schon die Rspr. des Reichsversicherungsamts hat für den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses die **tatsächlichen Verhältnisse** für maßgebend erachtet, um den sozialrechtlichen Schutz von Versicherten unabhängig von Inhalt und Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Erklärungen der Arbeitsvertragsparteien zu gewährleisten.²⁷
- 26 **b) Kriterien, durch die Rspr. entwickelt:** Nach der stRspr des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb

16 BT-Drs. 19/1034, 1 Antrag der Fraktion DIE LINKE, soziale Lage und Absicherung von Solo-Selbstständigen.

17 BSG 11.12.1973 – GS 1/73 = BSGE 37, 10 (13 f.); BSGE 41, 41 (52); 65, 21 (22); 68, 236 (240). BeckOK SozR/Rittweger § 7 Rn. 4 a mwN; *Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/Berchtold* § 7 Rn. 4 a f.

18 BSG 11.12.1973 – GS 1/73 = BSGE 37, 10 (12); 68, 236 (240); BSG 19.3.1992 – 7 RAr 82/91.

19 BSG 26.11.1985 – 12 RK 51/83 = BSGE 59, 183 (185); BSG SozR 7910 § 59 Nr. 19; Besonderheiten etwa im Fall von angehenden Rechtsreferendaren („faktische Beschäftigungslosigkeit“), BSG 15.6.1976 7 RAr 50/75, BSGE 42, 76.

20 BSG 9.9.1993 – 7 RAr 96/92, BSGE 73, 90–97.

21 BSG 28.5.2008 – B 12 KR 13/07 R; LSG Berlin 17.8.1994 – L 9 Kr 8/94.

22 BVerfG Kammerbeschluss v. 20.5.1996 – 1 BvR 21/96.

23 BVerfG Kammerbeschluss v. 20.5.1996 – 1 BvR 21/96.

24 BVerfG Kammerbeschluss v. 20.5.1996 – 1 BvR 21/96.

25 BSG 24.10.1978 – 12 RK 58/76, SozR 2200 § 1227 Nr. 19; LSG BW 17.7.2015 – L 4 R 1570/12.

26 BSG 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R (hauswirtschaftliche Familienbetreuerin für Pflegedienst – selbstständig); 28.5.2008 – B 12 KR 13/07 R (Dienstvertrag über freie Mitarbeit eines Flugzeugführers im Flugbetrieb eines Luftfahrtunternehmens – selbstständig); 25.1.2006 – B 12 KR 30/04 R (Mehrheitsgesellschafter einer GmbH aufgrund unwirksamer Treuhandkonstellation selbstständig); 23.2.1995 – 12 BK 98/94 (Unterfrachtführer abhängig beschäftigt).

27 RVA GE 2766 AN 1923, 273; BSG 11.12.1973 – GS 1/73.

ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb **eingegliedert** ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden **Weisungsrecht** des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein, insbes. bei hoch qualifizierten Tätigkeiten. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene **Unternehmerisiko**, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.²⁸

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinn sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine „Beschäftigung“ vorliegt, ergibt sich aus dem **Vertragsverhältnis** der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinn gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende **Rechtsmacht**. In diesem Sinn gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist.²⁹

Etwaige Tätigkeiten der betroffenen Personen für **andere Auftraggeber** spielen für die Beurteilung des Vertragsverhältnisses allenfalls eine untergeordnete Rolle, da grds. selbstständige Tätigkeiten auch neben einer abhängigen Beschäftigung ausgeführt werden können; für die Beurteilung kommt es allein auf die Ausgestaltung des betreffenden Vertragsverhältnisses an.³⁰ Nicht entscheidend ist, ob der Auftragnehmer Umsatzsteuer abführt.³¹

3. Problematische Fälle. a) Scheinselbstständigkeit. Die Abgrenzung von Selbstständigkeit und Scheinselbstständigkeit ist im Bereich der Beschäftigungsdefinition verortet. Als **Scheinselbstständige** werden Erwerbstätige bezeichnet, die vertraglich als Selbstständige behandelt werden, jedoch tatsächlich wie abhängig Beschäftigte arbeiten.³² Im Sozialversicherungsrecht sind vertragliche Regelungen, insbes. bloße Deklarationen, unerheblich. Rechtsverhältnisse sollen zwar in die Würdigung des tatsächlichen Gesamtbildes der Arbeitsleistung eingehen, sich aber nur auswirken, sofern die tatsächlichen Verhältnisse dem nicht entgegenstehen.³³

Man spricht auch von einer **Verschleierung von Beschäftigungsverhältnissen** unter dem Deckmantel der Selbstständigkeit.³⁴ Gesetzgeberseitig ist damit der Vorwurf verknüpft, durch die Vortäuschung von Selbst-

28 BSG 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R (Tätigkeit als hauswirtschaftliche Familienbetreuerin im Auftrag eines privaten Pflegedienstes: Selbstständigkeit bestätigt); 27.7.2011 – B 12 KR 10/09 R (Sprecher und Finanzreferenten des Studentenrates, dazu *Ricken* NZA 2012, 440); 25.1.2006 – B 12 KR 12/05 R (ehrenamtlicher Bürgermeister übt abhängige Beschäftigung aus); 18.12.2001 – B 12 KR 8/01 R (Übungsleiterin Sportverein abhängig beschäftigt); 4.6.1998 – B 12 KR 5/97 R (Ausbeiner abhängig beschäftigt); 22.2.1996 – 12 RK 6/95 (ehrenamtliche Beigeordnete einer Gemeinde abhängig beschäftigt); 8.8.1990 – 11 RAr 77/89 (zu geschäftsführendem Gesellschafter – inzwischen aufgegeben); zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit vgl. BVerfG 20.5.1996 – 1 BvR 21/96.

29 BSG 25.1.2006 – B 12 KR 30/04 R (Alleingesellschafter aufgrund unwirksamer Treuhandvereinbarung selbstständig); 10.8.2000 – B 12 KR 21/98 R (Honorarkräfte für Btx-Dialoge sexuellen Inhalts abhängig beschäftigt); 4.6.1998 – B 12 KR 5/97 R (Ausbeiner abhängig beschäftigt); 8.12.1994 – 11 RAr 49/94 (Treuhand Alleingesellschafter kann abhängig beschäftigt sein); 8.8.1990 – 11 RAr 77/89 (zu geschäftsführendem Gesellschafter – inzwischen aufgegeben); 1.12.1977 – 12/3/12 RK 39/74 (Bezirksstellenleiter Süd-Lotto selbstständig).

30 BSG 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R, BSGE 120, 99; vgl. aber auch BSG Urt. v. 20.3.13 – B 12 R 13/10 R, BeckRS 2013, 72269, zur Beurteilung von Einzelsätzen zB Auftritte von Künstlern, wenn zwischen diesen eine Verpflichtung zur Dienstbereitschaft besteht. KassKomm/Zieglmeier § 7 Rn. 77.

31 Es entspricht der höchstrichterlichen Rspr., dass das Abführen und Erheben von Umsatzsteuer kein maßgebliches Indiz ist, um eine Tätigkeit als abhängige Beschäftigung oder selbstständige Betätigung zu erachten, vgl. BSG 4.6.1998 – B 12 KR 5/97 R; 19.8.2003 – B 2 U 38/02 R; 30.6.2009 – B 2 U 3/08 R; SG Stuttgart 7.3.2012 – S 4 R 6197/09.

32 BT-Drs. 13/10269, 1; 12/7484, 2.

33 KassKomm/Zieglmeier § 7 Rn. 78 f. mwN.

34 Zehnter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung – BillBG, BT-Drs. 15/5934, 16.

§ 7 SGB IV

ständigkeit und die damit bezweckte Umgehung sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften den Sozialversicherungssystemen Beiträge zu entziehen.³⁵

- 31 **aa) Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung.** Anders als der Begriff „Schwarzarbeit“ (vgl. § 1 Abs. 2 und 3 SchwarzArbG 2004) war der vom Gesetz hierzu parallel verwendete und deshalb hiervon zu unterscheiden- de Begriff „**illegales Beschäftigungsverhältnis**“ über lange Zeit nicht legaldefiniert worden. Der Begriffsinhalt wurde so ausgelegt, dass jedenfalls der Verstoß gegen zentrale arbeitgeberbezogene Pflichten des Sozialversicherungsrechts (und des Steuerrechts) vom Begriff des illegalen Beschäftigungsverhältnisses erfasst ist, wenn dieser Verstoß mindestens von bedingtem Vorsatz getragen ist.³⁶
- 32 Inzwischen ist eine Definition durch Art. 1 – Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch – erfolgt:³⁷

§ 1 SchwarzArbG Zweck des Gesetzes

(3) Illegale Beschäftigung übt aus, wer

1. Ausländer und Ausländerinnen als Arbeitgeber unerlaubt beschäftigt oder als Entleiher unerlaubt tätig werden lässt,
 2. als Ausländer oder Ausländerin unerlaubt eine Erwerbstätigkeit ausübt,
 3. als Arbeitgeber Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen
 - a) ohne erforderliche Erlaubnis nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes oder
 - b) entgegen den Bestimmungen nach § 1 Absatz 1 Satz 5 und 6, § 1 a oder § 1 b des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes überlässt oder für sich tätig werden lässt,
 4. als Arbeitgeber Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen beschäftigt, ohne dass die Arbeitsbedingungen nach Maßgabe des Mindestlohngesetzes, des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes oder des § 8 Absatz 5 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 3 a Absatz 2 Satz 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes eingehalten werden, oder
 5. als Arbeitgeber Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zu ausbeuterischen Arbeitsbedingungen beschäftigt.
- 33 Das wirft neue Fragen auf, da dem **Wortlaut** nach Scheinselbstständigkeit überhaupt nicht mehr davon erfasst ist. Ob damit § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV obsolet geworden ist, werden künftige sozialgerichtliche Verfahren zeigen. → Rn. 137.
- 34 Seit der Osterweiterung der EU ist nach Erkenntnissen der Deutschen Rentenversicherung Hessen, des Niedersächsischen Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr und der IG Bau die Zahl illegaler Beschäftigungsverhältnisse angestiegen, vor allem im **Bausektor** und der fleischverarbeitenden Industrie.³⁸ Dahinter stehen **Service-Agenturen**, die den Scheinselbstständigen die kaufmännische Organisation abnehmen, Aufträge akquirieren, Abrechnungen erstellen usw.³⁹ Insgesamt zeichnet sich diese Form der Scheinselbstständigkeit durch gezielte **Verschleierungstaktiken** seitens der Auftraggeber, wechselnde Firmenkonstrukte und fingierte Rechnungen aus.⁴⁰
- 35 **bb) Werkvertragsarbeit und Outsourcing.** Scheinselbstständigkeit wird in Randbereichen auch im Rahmen sog. „**Werkvertragsarbeit**“ verortet – auch als „**Outsourcing**“ bekannt – und dient zur Umgehung von Tarifstandards, Lohndumping und der Reduzierung der Stammebelegschaft.⁴¹ Es kann sich bei missbräuchlicher Verwendung von Scheinwerk- oder Scheindienstverträgen sowohl um **verbotene Arbeitnehmerüberlas-**

35 BT-Drs. 13/10269, 1.

36 BSG 9.11.2011 – B 12 R 18/09 R mwN, Hauck/Noftz/Knospe SGB IV § 14 Rn. 64, der den Begriff jedoch als legaldefiniert über Verweise von § 5 des Gesetzes zur Bekämpfung von Schwarzarbeit idF der Bekanntmachung v. 6. 2. 1995 – BGBl. 1995 I 165 (169) auf die in § 404 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 SGB III und die in den §§ 15, 15 a, 16 Abs. 1 Nr. 1, 1 b und 2 AÜG genannten Tatbestände ansieht (ebd.).

37 G.v. 11.7.2019 BGBl. I 1066 (Nr. 27); Geltung ab 18.7.2019.

38 Zehnter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung – BillBG, BT-Drs. 15/5934, 16.

39 Zehnter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung – BillBG, BT-Drs. 15/5934, 16 f.

40 Zehnter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung – BillBG, BT-Drs. 15/5934, 17.

41 Antrag Etablierung von Leiharbeit und Missbrauch von Werkverträgen verhindern, BT-Drs. 18/9664, 1. *Gastell* S. 37 f. mwN.

sung handeln, als auch um Scheinselbstständigkeit bzw. sogar um beides gleichzeitig.⁴² Vgl. Kommentierung zum AÜG-Bußgeldtatbestand § 16 AÜG verbotener Arbeitnehmerüberlassung.

2016 gab es knapp 4,2 Millionen Selbstständige in Deutschland. Davon waren 2,3 Millionen **Solo-Selbstständige**, dh Selbstständige, die keine Mitarbeiter beschäftigen.⁴³ Auch die Bundesministerien arbeiten in nennenswerter Größenordnung mit **externen Dienstleistern** auf Gebieten zusammen, die ursprünglich durch eigenes Personal geleistet wurden; etwa waren 2016 beim Bundesministerium der Finanzen 2327 „selbstständige Dienstleister“ eingesetzt, darunter Fahrer, Kinderbetreuer, Übersetzer und Datenerfasser.⁴⁴ Beim Bundesministerium für Gesundheit waren 2016 ua in den Bereichen Pforte, Wäscherei, Sicherheitsdienst, Technik und Gebäudemanagement, Botendienste, Personaldienstleistung und Registratur Fremddienstleister eingesetzt; das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit bediente sich vor allem in den Bereichen IT, Post, Reinigung und Hausmeister externer Kräfte, liegt jedoch 2017 mit insgesamt 17 solcher Fälle eher im unteren Bereich. Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur hingegen beauftragte 2016 600 Mal Fremdfirmen, davon mehr als ein Drittel im Reinigungsbereich. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat immerhin 2016 in 111 Fällen Dienstleistungen, die früher mit eigenem Personal erbracht wurden, ausgelagert; darunter Reinigung, Catering, Sicherheitsdienstleistungen, Dokumentvernichtung, Technik, IT, Beschaffungen, Druck, Vertrieb, Versand und Lagerung von Publikationen, Gestaltung Printmedien sowie Möbeltransporte und Bring-/Abholservice für Postsendungen.⁴⁵

Nicht angegeben sind in diesen Statistiken jeweils solche externen Dienstleistungen, die schon immer bei Fremddienstleistern beauftragt wurden, wie externe Berater, sowie solche Leistungen, die nach Umorganisation von verwaltungsinternen Dienstleistungsorganisationen erbracht werden.⁴⁶ Nicht aufgeschlüsselt wird in den Tabellen, ob sich die Fallzahlen auf Solo-Selbstständige beziehen.

Die Tendenz, Tätigkeiten auszulagern, zeigt sich sogar bei den Stellen, die besonders engagiert Scheinselbstständigkeit kritisieren. So hat etwa der Deutsche Bundestag mehrmals Scheinselbstständige beschäftigt, die dann von Deutscher Rentenversicherung und Sozialgerichten als abhängig beschäftigt beurteilt wurden; dies betraf **freie Mitarbeiter** in der Betreuung eines Info-Mobils im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit sowie die **Besucherbetreuer des Bundestags**.⁴⁷

Ein wegen Hinterziehung von Steuern und Sozialabgaben iHv 2,6 Mio. EUR zu einer Haftstrafe verurteilter Bauunternehmer hatte zuvor ua am Bau des Ministeriums für Forschung und Bildung und eines Gebäudes für die Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung mitgewirkt.⁴⁸ Auf der Großbaustelle der Flughafengesellschaft Berlin Brandenburg (FBB) – Eigentümer sind die beiden Länder und der Bund – zur Errichtung des BER wurde und wird allein gegen 55 Firmen aus der Region, die als Auftragnehmer oder Subunternehmer mitbauen, wegen illegaler Praktiken ermittelt.⁴⁹

Nicht einmal die **Deutsche Rentenversicherung Bund** selbst ist gefeit vor fragwürdigem Einsatz von **Sub-Subunternehmern**. So wurden Vorwürfe laut, ein Subunternehmer habe für die Sanierungsarbeiten am Hochhaus der Deutschen Rentenversicherung am Hohenzollerndamm in Berlin 25 Rumänen beschäftigt, aber nicht entlohnt. Mit der Baustelle am Hohenzollerndamm waren diverse Subunternehmer beauftragt.⁵⁰

42 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Corinna Rüffer, Brigitte Pothmer, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drs. 18/9559 – Reform der Leiharbeit BT-Drs. 18/9723; Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN zur Verhinderung des Missbrauchs von Werkverträgen (BT-Drs. 18/9772), BT-Drs. 18/9944, 2.

43 BT-Drs. 19/1034, 1, Antrag der Fraktion DIE LINKE, soziale Lage und Absicherung von Solo-Selbstständigen, unter Bezugnahme auf Auskunft des Statistischen Bundesamts auf Anfrage der Abgeordneten Sabine Zimmermann von Oktober 2017. *Manske/Scheffelmeier* (2015), Werkverträge, Leiharbeit, Solo-Selbstständigkeit – Eine Bestandsaufnahme, WSI-Diskussionspapier 195, 51 ff.

44 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 18/11062) Leiharbeit und Werkverträge in Bundesministerien, nachgelagerten Ämtern und Behörden, BT-Drs. 18/11247, 18 ff. Anlage 8 zu Frage 12.

45 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 18/11062) Leiharbeit und Werkverträge in Bundesministerien, nachgelagerten Ämtern und Behörden, BT-Drs. 18/11247, 18 ff. Anlage 8.

46 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 18/11062) Leiharbeit und Werkverträge in Bundesministerien, nachgelagerten Ämtern und Behörden, BT-Drs. 18/11247, 8 Antwort zu Frage 12.

47 *Leopold* rv 2014, 219 f.; LSG Bln-Bbg 7.7.2017 – L 1 KR 41/14 – Betreuer eines Info-Mobils; SG Berlin 26.10.2012 – S 81 KR 2081/10, Besucherbetreuerin des Bundestags mAnmv *Voigt* in *ArbuR* 2013, 92 ff.; aber: Der Bundesrat kann seinen Besucherdienst durch Honorarkräfte auf selbstständiger Basis durchführen lassen, LSG Bln-Bbg 15.7.2011 – L 1 KR 206/09.

48 *Stuttgarter Nachrichten* v. 9.8.2014, Bauunternehmer muss ins Gefängnis – ein hoher Preis für jahrelange Schwarzarbeit, abrufbar unter <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.bauunternehmer-muss-ins-gefaengnis-ein-hoher-preis-fuer-jahrelange-schwarzarbeit.e-dac13e2-989f-4b5d-8a7b-0ab23714a711.html> (zuletzt abgerufen am 18.3.2018).

49 Abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/berlin/keine-einzelfaelle-mehr-schwarzarbeit-als-bekannt-auf-ber-baustelle/6819630.html> (zuletzt abgerufen am 18.3.2018).

50 Rbb Exklusiv: Bauarbeiter auf Großbaustelle seit Wochen nicht bezahlt, Bericht v. 16.12.2013, abrufbar unter <https://www.presseportal.de/pm/51580/2622760> (zuletzt abgerufen am 16.3.2018).

§ 70 StGB

Bedingter Vorsatz ist für die Beihilfe genügend.⁴² Eine strafbare Beihilfe ist daher auch möglich, wenn der Gehilfe den Erfolg der Haupttat nicht wünscht oder ihn sogar ggü. dem Täter ausdrücklich missbilligt, er dennoch, die Vollendung der Haupttat für möglich haltend, handelt.⁴³

Hinweis: Ist schon objektiv zu fragen, welchen straffreien Sinngehalt die Handlung des mutmaßlichen Beihilfer haben kann,⁴⁴ so stellt sich diese Frage subjektiv verschärft. Sofern sich aus den Angaben des Beschuldigten hierzu Rückschlüsse ziehen lassen, sind diese auszuwerten. Sind solche Angaben nicht verfügbar, ist wiederum wie beim objektiven Tatbestand zu prüfen, welche naheliegenden, nicht widerlegten straffreien Alternativen der Sachverhalt hinsichtlich der Sinnrichtung des Handelns bietet.

III. Versuchte Beihilfe

- 18 Der Versuch der Beihilfe ist nicht mit Strafe bedroht.⁴⁵ Eine Beihilfe zur versuchten Tat ist indes ohne Weiteres möglich.⁴⁶

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

- 19 Die Beihilfe ist nicht rechtswidrig, wenn der Gehilfe selbst gerechtfertigt ist. Ist der Haupttäter gerechtfertigt, fehlt es schon am Tatbestandsmerkmal der vorsätzlich-rechtswidrigen Haupttat. Die Schuld richtet sich ebenso nach den üblichen Kriterien. Wegen § 29 und der insoweit limitierten Akzesorietät ist eine Entschuldigung des Haupttäters ohne Bedeutung.⁴⁷

V. Strafe, Konkurrenzen und Prozessuales

- 20 **1. Tatort und -Zeit der Beihilfe. Ort der Begehung** der Beihilfe ist nach § 9 Abs. 2 sowohl der Ort, an dem der Teilnehmer gehandelt hat, wie auch jeder Ort, an dem einer der Erfolge der Teilnehmerhandlung, also einem Erfolgsort der vorsätzlich-rechtswidrigen Haupttat, eingetreten ist. **Zeit der Tat** ist nach § 8 die Zeit, zu der der Täter gehandelt hat oder im Fall des Unterlassens hätte handeln müssen. Der Erfolgseintritt ist irrelevant. Die **Verjährung** der Beihilfe beginnt mit der Vollendung bzw. Beendigung der Haupttat oder mit deren strafbaren (fehlgeschlagenen) Versuch.⁴⁸
- 21 **2. Strafmilderung.** Abs. 2 S 2 enthält einen **obligatorischen Milderungsgrund** iSd § 49 Abs. 1 StGB. Bei einer Beihilfe zum Versuch kommt eine doppelte Milderung in Frage.⁴⁹ Eine solche ist auch aus § 27 Abs. 2 und § 28 Abs. 1 möglich.⁵⁰

§ 70 StGB Anordnung des Berufsverbots

(1) ¹Wird jemand wegen einer rechtswidrigen Tat, die er unter Mißbrauch seines Berufs oder Gewerbes oder unter grober Verletzung der mit ihnen verbundenen Pflichten begangen hat, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt, weil seine Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist, so kann ihm das Gericht die Ausübung des Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebetriebes für die Dauer von einem Jahr bis zu fünf Jahren verbieten, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und der Tat die Gefahr erkennen läßt, daß er bei weiterer Ausübung des Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebetriebes erhebliche rechtswidrige Taten der bezeichneten Art begehen wird. ²Das Berufsverbot kann für immer angeordnet werden, wenn zu erwarten ist, daß die gesetzliche Höchstfrist zur Abwehr der von dem Täter drohenden Gefahr nicht ausreicht.

(2) ¹War dem Täter die Ausübung des Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebetriebes vorläufig verboten (§ 132 a der Strafprozeßordnung), so verkürzt sich das Mindestmaß der Verbotsfrist um die Zeit, in der das vorläufige Berufsverbot wirksam war. ²Es darf jedoch drei Monate nicht unterschreiten.

42 BGHSt 2, 279.

43 Lackner/Kühl/Kühl StGB § 27 Rn. 7.

44 → Rn. 5ff.

45 Arg. 23 Abs. 1 StGB; BGH NStZ 1983, 462.

46 BeckOK StGB/Kudlich § 27 Rn. 20.

47 MüKoStGB/Joelck § 27 Rn. 106.

48 Zu Sonderfällen, insbes. multiplen Beihilfehandlungen oder Haupttaten vgl. MüKoStGB/Joelck § 27 Rn. 113 ff.

49 Lackner/Kühl/Kühl StGB § 27 Rn. 10.

50 BeckOK StGB/Kudlich StGB § 27 Rn. 21.

(3) Solange das Verbot wirksam ist, darf der Täter den Beruf, den Berufszweig, das Gewerbe oder den Gewerbebezug auch nicht für einen anderen ausüben oder durch eine von seinen Weisungen abhängige Person für sich ausüben lassen.

(4) ¹Das Berufsverbot wird mit der Rechtskraft des Urteils wirksam. ²In die Verbotsfrist wird die Zeit eines wegen der Tat angeordneten vorläufigen Berufsverbots eingerechnet, soweit sie nach Verkündung des Urteils verstrichen ist, in dem die der Maßregel zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen letztmals geprüft werden konnten. ³Die Zeit, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist, wird nicht eingerechnet.

Literaturauswahl: *Kangarani/Hampe*, Das Berufsverbot des § 70 StGB in einem Vergleich zu dem Entzug der Approbation nach § 5 BÄO, MedR 2014, 797; Meier, Der rechtliche Schutz patientenbezogener Gesundheitsdaten, 2003; *Parigger*, Urteilsfolgen neben der Strafe, StraFo 2011, 447; *Sander*, Überblick zum Berufsverbot nach § 70 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH, Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag, 2002, S. 57; *Schäfer/Sander/ü. Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl. 2012; *Sigloch*, Zur Bedeutung des Artikels 18 GG für das einfache Recht, MDR 1964, 881; *Wilke*, Die Verwirkung der Pressefreiheit und das strafrechtliche Berufsverbot, 1964.

A. Allgemeines	1	IV. Grobe Pflichtverletzung	12
I. Entstehungsgeschichte	1	V. Gefahrprognose	18
II. Systematik	2	1. Gefahr	19
III. Schutzzweck	5	2. Erhebliche rechtswidrige Taten der	
IV. Verfassungsrechtliche Erwägungen	6	bezeichneten Art	20
B. Voraussetzungen des Berufsverbots	8	3. Gesamtwürdigung des Täters und der Tat	21
I. Rechtswidrige Tat	8	C. Ermessensentscheidung	23
II. Verurteilung oder Nichtverurteilung wegen		D. Verbotsdauer	24
Schuldunfähigkeit	9	E. Folge des Berufsverbots	26
III. Missbrauch von Beruf oder Gewerbe	10	F. Verfahrensfragen	27

A. Allgemeines

I. Entstehungsgeschichte

Das Berufsverbot als Maßregel ist (als § 42 StGB) durch das Gewohnheitsverbrechergesetz (GewVebrG) v. 1 24.11.1933 (RGBl. I 995, 997) in das StGB aufgenommen worden. Die heutige Fassung der §§ 70 ff. geht zurück auf das 2. StrRG v. 4.7.1969 (BGBl. I 717) und hat seit ihrem Inkrafttreten 1975 bis auf wenige redaktionelle Änderungen ihren Platz im Allgemeinen Teil behauptet.¹

II. Systematik

§ 70 beschreibt die formellen und materiellen Voraussetzungen der Anordnung eines Berufsverbots durch 2 das Gericht, während § 70 a die Aussetzung und § 70 b den Widerruf der Aussetzung und die Erledigung des Berufsverbots regeln. **Prozessrechtlich** findet die Vorschrift eine wichtige Ergänzung mit § 132 a StPO, der die Möglichkeit der Anordnung eines vorläufigen Berufsverbots eröffnet, soweit dringende Gründe für die Annahme sprechen, dass gegen den Beschuldigten ein Berufsverbot verhängt werden wird. Flankiert wird die strafrechtliche Regelung durch daneben mögliche **verwaltungsbehördliche** Maßnahmen, insbes. die Gewerbeuntersagung (§§ 35, 51, 59 GewO) oder den Widerruf der Gaststättenerlaubnis (§ 15 GastG) sowie solche der Ehren-, Standes- und Berufsgerichte.

Die Anordnung des Berufsverbots gem. § 70 ist für alle Berufe und jedes Gewerbe möglich, unabhängig davon, ob sie selbst darüber hinaus noch einer Ehren-, Standes- oder Berufsgerichtsbarkeit unterliegen.² Die Anordnung kann mithin auch gegen Rechtsanwälte, Steuerberater und Ärzte ergehen; dies selbst dann, wenn der Täter bereits ehren-, standes- oder verwaltungsrechtlich aus seinem Berufsstand ausgeschlossen wurde.³ Umgekehrt besteht idR allerdings eine **limitierte Bindung** der Behörden und Berufsgerichte an die strafgerichtliche Entscheidung (zB § 35 Abs. 3 GewO): Maßgeblich ist dann der „berufsrechtliche Überhang“⁴ des Fehlverhaltens des Täters. **Rechtsanwälte** müssen sich deshalb auch bei strafgerichtlichem Freispruch einem anwaltsgerichtlichen Verfahren stellen, soweit ihr vermeintliches Fehlverhalten zwar keinen Straf- oder Ordnungswidrigkeitentatbestand erfüllt, es aber dennoch eine eigenständige berufliche Pflichtverletzung bedeutet (§ 118 Abs. 2, 3 BRAO). Für die Entscheidung des Anwaltsgerichts sind die tatsächli-

1 Ausf. zum historischen Verlauf MüKoStGB/Bockemühl Rn. 1.

2 SSW StGB/Harrendorf Rn. 4.

3 BGH 5.8.1975 – 1 StR 356/75, NJW 1975, 2249; OLG Frankfurt aM 7.12.1999 – 2 Ss 259/99, NStZ-RR 2001, 16; SSW StGB/Harrendorf Rn. 4; NK-StGB/Pollähne Rn. 6; MAH Strafverteidigung/Müller/Leitner 39/207 f.

4 SSW StGB/Harrendorf Rn. 4.

chen Feststellungen des Urteils im Strafverfahren oder Bußgeldverfahren bindend. Entsprechendes gilt nach der Rspr. für **Ärzte** hinsichtlich eines möglichen Approbationsentzugs (§ 5 Abs. 2 BÄO).⁵

- 4 Ob gegen **Beamte** und **Notare** ein Berufsverbot ausgesprochen werden kann, wird von der ganz hM wegen des Vorrangs von § 45 StGB verneint.⁶ Die Beamteneigenschaft des Täters allein reicht zum Ausschluss des § 70 freilich nicht aus: Nutzt ein Beamter zur Ausführung der rechtswidrigen Tat die Möglichkeiten seiner besonderen fachlichen Qualifikation, von der er auch in nicht-amtlicher Eigenschaft Gebrauch machen könnte, ist ein darauf gerichtetes Berufsverbot zulässig.⁷

III. Schutzzweck

- 5 Die Vorschrift beschreibt eine Sicherungsmaßregel, die dem **Schutz der Allgemeinheit** dienen soll.⁸ § 70 stellt dem Gericht dafür ein Instrument bereit, mit dem es auf mit der Berufs- bzw. Gewerbeausübung verbundene Gefahren reagieren kann. Als Maßregel allgemeinschützenden Charakters ist ihre Festsetzung ausschließlich auf **spezialpräventive** Erwägungen zu stützen.⁹ Da die Maßregel **schuldunabhängig** ist, kann sie auch bei fehlender Schuldfähigkeit des Täters verhängt werden.¹⁰

IV. Verfassungsrechtliche Erwägungen

- 6 Das Berufsverbot bedeutet idR einen tiefen Einschnitt in den Lebensplan des Täters, der mit dem Resozialisierungsgedanken nur schwer in Einklang zu bringen ist.¹¹ Die Betroffenheit von **Art. 12 GG** ist offenkundig, doch will das BVerfG in der Vorschrift keinen entsprechenden Grundrechtsverstoß erkennen, da sie ein überragendes Gemeinschaftsgut schütze, dem sich die Freiheit des Einzelnen unterzuordnen habe.¹² Die Anordnung des Berufsverbots, die als Sicherungsmaßregel fakultative **Ermessenscheidung** des Gerichts ist, erfordert daher unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten eine umfassende **Gesamtwürdigung** von Täter und Tat, für die Charaktermängel (zB Unredlichkeit, Gewissenlosigkeit, Leichtsinne) ebenso eine Rolle spielen wie Untüchtigkeit im Hinblick auf das konkrete Gewerbe oder den Beruf.¹³ Das verfassungsrechtliche Abwägungsgebot erfordert neben der Gefährlichkeitsprognose, die zum Tatbestand des § 70 Abs. 1 gehört, die Prüfung, ob überwiegende Interessen die Maßnahme zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter erforderlich machen.¹⁴
- 7 Besondere verfassungsrechtliche Brisanz ergibt sich für die Frage des Berufsverbots für **Presseangehörige**, da hier nicht nur die Berufs-, sondern auch Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 2 GG) direkt eingeschränkt wird. § 70 tritt hier in Konkurrenz zu **Art. 18 GG**, der die Möglichkeit der Verwirkung des Grundrechts regelt, deren Feststellung dem BVerfG vorbehalten ist. Nach der Rspr. des BGH¹⁵ steht Art. 18 GG der Anordnung eines Berufsverbots jedenfalls dann nicht entgegen, wenn es aus anderen Gründen als dem Missbrauch des Grundrechts gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung verhängt wird; § 70 knüpft insoweit an die Grundrechtsschranke des Art. 5 Abs. 2 GG an.¹⁶ In der Lit. wird mittlerweile ebenfalls mehrheitlich ein solches Nebeneinander von § 70 und Art. 18 GG befürwortet.¹⁷

5 Vgl. BVerwG 14.2.1963 – I C 98.62, BVerwGE 15, 282 = NJW 1963, 875; OVG Lüneburg 23.4.2012 – 8 LA 45/11, BeckRS 2012, 49890; 28.7.2014 – 8 LA 145/13, BeckRS 2014, 54669; s. ferner *Kangarani/Hampe* MedR 2014, 797.

6 BGH 16.9.1986 – 4 StR 447/86, wistra 1987, 60; SSW StGB/Harrendorf Rn. 5; Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 5; NK-StGB/Pollähne Rn. 7; BeckOK StGB/Stoll Rn. 2; LK-StGB/Valerius Rn. 18; aA *Jescheck/Weigend* AT S. 831; zu den disziplinarrechtlichen Folgen einer strafrechtlichen Verurteilung s. nur *Parigger* StraFo 2011, 447 (453 ff.).

7 BGH 4.12.2001 – 1 StR 428/01, NStZ 2002, 198; zust. LK-StGB/Valerius Rn. 19.

8 MüKoStGB/Bockemühl Rn. 2.

9 OLG Karlsruhe 22.9.1992 – 3 Ss 31/92, StV 1993, 403 (404); MüKoStGB/Bockemühl Rn. 2.; Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 1; LK-StGB/Hanack Rn. 1 mwN; *Parigger* StraFo 2011, 447 (451); s.a. Lackner/Kühl/Heger Rn. 1.

10 Ausdr. Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 1; NK-StGB/Pollähne Rn. 1.

11 *Parigger* StraFo 2011, 447 (451); ähnl. MüKoStGB/Bockemühl Rn. 3; s.a. krit. LK-StGB/Hanack Rn. 3.

12 BVerfG 15.1.1969 – 1 BvR 438/65, BVerfGE 25, 88 (101).

13 S. *Parigger* StraFo 2011, 447 (451).

14 BVerfG 2.3.1977 – 1 BvR 124/76, NJW 1977, 892.

15 Das BVerfG hat die Frage bisher nicht ausdrücklich entschieden, s. aber BVerfG 15.1.1969 – 1 BvR 438/65, BVerfGE 25, 88.

16 BGH 25.5.1965 – 3 StR 11/65, BGHSt 17, 38; mAnm *Wilke* NJW 1965, 2211.

17 MüKoStGB/Bockemühl Rn. 5, LK-StGB/Hanack Rn. 73; Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 6; NK-StGB/Pollähne Rn. 8; SK-StGB/Simm Rn. 8; ausf. LK-StGB/Valerius Rn. 10 ff.; vgl. enger *Jescheck/Weigend* AT S. 831; *Sigloch* MDR 64, 883, *Wilke* S. 119 f., *ders.* NJW 65, 2212, *Willms* NJW 1964, 227 f.; umf. zum Problem mwN Maunz/Dürig/Klein GG Art. 18 Rn. 134 f.

B. Voraussetzungen des Berufsverbots

I. Rechtswidrige Tat

Die relevante Anlasstat muss eine rechtswidrige Tat iSv § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB sein, die (s. § 78 Abs. 1 StGB) noch nicht verjährt ist, unabhängig von ihrer Begehungsform.¹⁸ Bei Ordnungswidrigkeiten greift die Vorschrift als Maßregel naturgemäß nicht.¹⁹

II. Verurteilung oder Nichtverurteilung wegen Schuldunfähigkeit

Weiter ist Voraussetzung, dass der Täter entweder wegen dieser Tat verurteilt wurde oder eine Verurteilung nur aufgrund von Schuldverwägungen unterbleiben musste. „Verurteilung“ ist im formellen Sinne zu verstehen: Damit sind nicht nur Verurteilungen zu einer Strafe relevant, sondern auch Urteile, in denen gem. § 60 StGB von einer Bestrafung abgesehen wird.²⁰

III. Missbrauch von Beruf oder Gewerbe

Die Anlasstat muss eine solche sein, die der Täter unter Missbrauch seines Berufes oder Gewerbes begangen hat. Die Tat muss einen berufstypischen Zusammenhang mit der Berufs- oder Gewerbetätigkeit erkennen lassen²¹ und symptomatisch für die Unzuverlässigkeit des Täters sein.²² Bedeutsam ist hier sowohl eine objektive als auch eine subjektive Komponente der Anlasstat. Ein „Missbrauch“ iSd Vorschrift liegt erst vor, wenn der Täter unter **bewusster Missachtung** der ihm gestellten Aufgaben Beruf oder Gewerbe dazu ausnutzt, einen diesen Aufgaben zuwiderlaufenden Zweck zu verfolgen.²³ An der notwendigen Ausnutzungs-komponente fehlt es, wenn die Tat lediglich anlässlich der Berufsausübung aufgrund der sich mit ihr ergebenden faktischen Möglichkeiten begangen wird.²⁴ Auch muss der Täter den Beruf tatsächlich ausüben bzw. das in Rede stehende Gewerbe tatsächlich betreiben. Nicht ausreichend ist es daher, wenn der Täter sich eine bestimmte berufliche Stellung lediglich anmaßt oder sie vortäuscht, oder die Tat dazu dient, sich überhaupt erst die Möglichkeit der Berufsausübung zu verschaffen.²⁵

Kasuistik.²⁶ Sachwidrige Verschreibung v. BtM durch den Arzt;²⁷ Entwenden von Opiaten durch Krankenschwester²⁸ oder Anästhesisten;²⁹ betrügerische Vermittlung von Leasinggeschäften;³⁰ sexueller Missbrauch von Schülern oder Auszubildenden;³¹ fortlaufendes Bestellen von Waren unter Vorspiegelung der Zahlungsfähigkeit des Kaufmanns;³² Veruntreuen von Mandantengeldern durch einen Rechtsanwalt;³³ Übermittlung von Waffen durch einen Rechtsanwalt an seinen inhaftierten Mandanten;³⁴ Auskehrung von auf einem Notaranderkonto befindlichen Geldern an den Mandanten durch den Notar in Kenntnis der rechtswidrigen Herkunft;³⁵ Anstiftung zur Steuerhinterziehung durch Rechtsanwalt oder vereidigten Buchprüfer.³⁶

18 S. schon RG NJ 1938, 2005; MüKoStGB/Bockemühl Rn. 6; Fischer Rn. 4; LK-StGB/Hanack Rn. 7; NK-StGB/Pollähne Rn. 10; Sander S. 57 (58).

19 Unstr., s. nur NK-StGB/Pollähne Rn. 10.

20 MüKoStGB/Bockemühl Rn. 5; Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 12; SK-StGB/Sinn Rn. 10.

21 BGH 1.6.2007 – 2 StR 182/07, StV 2008, 80.

22 BGH 23.2.2017 – 1 StR 362/16, StraFo 2017, 247 (250).

23 RG 16.11.1934 – 4 D 1273/34, RGSt 68, 397 (399); BGH 29.8.1989 – 1 StR 203/89, NJW 1989, 3231 (3232); 6.6.2003 – 3 StR 188/03, wistra 2003, 423; OLG Hamburg 17.8.1955 – Ss 85/55, NJW 1955, 1568 (1569); M/R-Eschelbach Rn. 16; Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 10; NK-StGB/Pollähne Rn. 17; Sander S. 58.

24 BGH 20.4.1983 – 2 StR 175/83, NJW 1983, 2099; MüKoStGB/Bockemühl Rn. 9.

25 BGH 17.5.1968 – 2 StR 220/68, BGHSt 22, 144; 2.6.1968 – 1 StR 168/68, NSStZ 1998, 567; 16.3.1999 – 4 StR 26/99, wistra 1999, 222; 22.6.2000 – 5 StR 165/00, wistra 2001, 59; MüKoStGB/Bockemühl Rn. 9; Fischer Rn. 5; NK-StGB/Pollähne Rn. 17; BeckOK StGB/Stoll Rn. 4.

26 Diese und weitere Beispiele aus der Praxis NK-StGB/Pollähne Rn. 18, s. sonst ausf. Schäfer/Sander/v. Gemmeren Rn. 521 ff. mwN.

27 BGH 11.3.2004 – 1 KLS 11, Js 7658/02, NJW 1975, 2249.

28 OLG Hamburg 17.8.1955 – Ss 85/55, NJW 1955, 1568.

29 OLG Nürnberg aM 7.12.1999 – 2 Ss 259/9917, NSStZ-RR 2001, 16.

30 LG Nürnberg-Fürth 7.8.2012 – 3 KLS 501 Js 1671/09, NZWiSt 2015, 144.

31 S. BGH 4.12.2001 – 1 StR 428/01, NSStZ 2002, 198.

32 BGH 29.8.1989 – 1 StR 203/89, JR 1990, 295 mAnm Geerds.

33 BGH 24.3.1999 – 3 StR 556/98, wistra 1999, 297; LG Ellwangen 18.3.14 – 3 Ns 35 Js 16551/11, BeckRS 2014, 16895.

34 BGH 2.8.1978 – 1 BJs 105/77, BGHSt 28, 84 (85).

35 BGH 14.7.2000 – 3 StR 454/99, wistra 2000, 459 (462); BGHR StGB Abs. 1 Pflichtverletzung 7.

36 BGH 20.2.2001 – 5 StR 544/00, BeckRS 2001, 2962.

IV. Grobe Pflichtverletzung

- 12 Häufig mit der Missbrauchsvariante einhergehend,³⁷ kann auch die grobe Verletzung der mit dem Beruf oder dem Gewerbe einhergehenden Pflichten die Anordnung des Berufsverbots legitimieren. Im Vergleich zur Missbrauchsvariante (→ Rn. 10 f.) umfasst der Begriff der Pflichtverletzung nach allgM auch **fahrlässige Verhaltensweisen**.³⁸
- 13 Tatbestandsrelevante Pflichten sind dabei solche, die als Ausfluss der im Einzelfall ausgeübten beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit mit dieser in einem inneren Zusammenhang stehen.³⁹ Ein solcher **innerer berufstypischer Zusammenhang**⁴⁰ besteht nicht nur bei den eigentlichen berufstypischen Pflichten, sondern auch bei allgemeinen Pflichten, soweit sie Ausfluss der Berufs- oder Gewerbetätigkeit sind.⁴¹
- 14 Für die Feststellung, ob es sich um eine **grobe** Pflichtverletzung handelt, ist der Grad der Pflichtwidrigkeit und die Bedeutung der missachteten Pflicht maßgeblich.⁴²
- 15 **Kasuistik**.⁴³ Ärztliche Tätigkeit unter Drogeneinfluss;⁴⁴ ärztlicher Abrechnungsbetrug;⁴⁵ Verordnung verschiedener Arzneimittel zur Substitutionstherapie in deutlich missbrauchsgerechten Mengen und Nötigung der Suchtkranken zu zusätzlichen Zahlungen;⁴⁶ Diebstahl von Opiumtropfen einer Krankenschwester in einem Krankenhaus;⁴⁷ Nutzung von Haftbesuchen des Rechtsanwalts zur Sicherung des Kontakts zwischen inhaftierten und in Freiheit befindlichen Terroristen;⁴⁸ umweltgefährdende Abfallbeseitigung eines Gewerbebetriebes;⁴⁹ Inverkehrbringen genussuntauglichen Fleisches und Schlachtabfällen als Lebensmittel durch Lebensmittelhändler;⁵⁰ systematische Hinterziehung von Lohn- und Umsatzsteuern einhergehend mit Verletzung der Buchführungs- und Aufzeichnungspflichten.⁵¹
- 16 Umstritten ist, ob auch Verletzungen solcher Pflichten tatbestandsrelevant sind, die zwar nicht zwingend notwendig zum allgemeinen Berufsbild des Täters gehören (also etwa Arzt, Rechtsanwalt, Maschinenbauer), jedoch zu seiner konkreten Art und Weise der Berufsausübung unmittelbaren Bezug haben. Diskutiert wird dies insbes. für die **Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen** an die Sozialversicherung. Nach einer Ansicht in Lit. und Rspr. soll in diesen Fällen keine für § 70 zu berücksichtigende Pflichtverletzung vorliegen, da es sich nicht um spezifische Berufspflichten, sondern vielmehr allgemeine Pflichten handle.⁵² Die Gegenansicht⁵³ ist vorzugswürdig: Die Abführung von Sozialbeiträgen ist eine typische Arbeitgeberpflicht. Diese gehört wie andere unternehmerische und sozialrechtliche Pflichten zum Berufsbild des Täters, sobald er seine Tätigkeit so betreibt, dass diese Pflichten für ihn zwangsläufig entstehen. Die Gegenansicht geht von einem zu reduzierenden Rollenverständnis aus: Zum Beruf des Kanzleihinhabers etwa gehört nicht nur die eigentliche Rechtsberatung, denn er ist zugleich auch Unternehmer, Arbeitgeber usw. Auch wenn diese Eigenschaften für sich genommen keine eigenständigen Berufe sind,⁵⁴ prägen sie die konkrete berufliche Tätigkeit doch deutlich. Notwendig ist es dann aber schon aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten, bei der Anordnung des Berufsverbots entsprechend zu differenzieren: Dem sozialversicherungsrechtlich säumigen Kanzleihinhaber kann eine Tätigkeit etwa als angestellter Rechtsanwalt nicht versagt werden, wenn seine Rechtsberatung stets pflichtgemäß erfolgte.
- 17 Entsprechendes gilt entgegen hM⁵⁵ auch für **Steuerhinterziehungen**, jedenfalls soweit die betroffenen Steuerpflichtigen ihren Entstehungsgrund in der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Täters haben (also

37 Vgl. OLG Hamburg 17.8.1955 – Ss 85/55, NJW 1955, 1568 (1569), MüKoStGB/Bockemühl Rn. 10; SK-StGB/Simm Rn. 6; SSW StGB/Harrendorf Rn. 10.

38 SSW StGB/Harrendorf Rn. 11; Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 11; NK-StGB/Pollähne Rn. 18, Schäfer/Sander/v.Gemmeren Rn. 529; offen Lackner/Kühl/Heger Rn. 3 und Fischer StGB Rn. 6.

39 MüKoStGB/Bockemühl Rn. 11.

40 NK-StGB/Pollähne Rn. 19.

41 BGH 29.8.1989 – 1 StR 203/89, NJW 1989, 3231 (3232); Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 11.

42 NK-StGB/Pollähne Rn. 19; s.a. Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 11.

43 Hiesige Aufzählung folgt Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 11; s. sonst Fischer Rn. 4.

44 OLG Frankfurt aM 7.12.1999 – 2 Ss 259/9917, NStZ-RR 01, 16.

45 OLG Koblenz 5.2.1997 – 1 Ws 30/97, wistra 1997, 280.

46 Vgl. BVerwG 9.11.2006 – 3 B 7/06 – Approbationswiderruf.

47 OLG Hamburg 17.8.1955 – Ss 85/55, NJW 1955, 1569.

48 BGH 2.8.1978 – 1 BJs 105/77, BGHSt 28, 84 (85).

49 LG Frankfurt aM 14.4.1982 – 92 Js 3894 – Ns, NStZ 1983, 171.

50 LG Essen 26.3.07 – 56 Kls 7/06.

51 BGH 12.9.1994 – 5 StR 487/94, NStZ 1995, 124.

52 BayObLG 5.4.1957 – RReg. 3 St 261/56, NJW 1957, 958, Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 11; Jescheck/Weigend AT S. 830, NK-StGB/Pollähne Rn. 19, Sander S. 58, Schäfer/Sander/v. Gemmeren Rn. 527.

53 LG München 2.12.1985 – 28 Kls 302 Js 10445/83, wistra 1987, 261; MüKoStGB/Bockemühl Rn. 11, Fischer Rn. 7, LK-StGB/Hanack LK 29 f., SSW StGB/Harrendorf Rn. 11, Lackner/Kühl/Heger Rn. 3, Martens NJW 1959, 1289, Meier S. 311, SK-StGB/Simm Rn. 6; LK-StGB/Valerius Rn. 37.

54 So ausdr. Schäfer/Sander/v. Gemmeren Rn. 527.

55 S. KG 16.77.1979 – (2) Js 202/79, JR 1980, 247; MüKoStGB/Bockemühl Rn. 11, Fischer Rn. 7, LK-StGB/Hanack LK 31, SSW StGB/Harrendorf Rn. 11, Lackner/Kühl/Heger Rn. 3, Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 11; NK-StGB/Pollähne Rn. 19, SK-StGB/Simm Rn. 6.

zB bei Umsatz- und Gewerbesteuer) und die unternehmerische Tätigkeit durch die systematische Steuerverkürzung mitgeprägt wird.⁵⁶

V. Gefahrprognose

Weiter setzt die Anordnung des Berufsverbots voraus, dass im **Zeitpunkt der letzten tatrichterlichen Ver- handlung**⁵⁷ eine negative Prognose dahin gehend besteht, dass der Täter bei fortgeführter Berufs- oder Gewerbeausübung weitere und ähnliche rechtswidrige Taten von einiger Erheblichkeit begehen wird.⁵⁸

1. Gefahr. Dabei muss sich zum Entscheidungszeitpunkt⁵⁹ eine entsprechende Deliktsgeneigntheit ergeben. Einigkeit besteht diesbzgl. darin, dass die bloße Möglichkeit weiterer Deliktsbegehungen zur Legitimation einer Anordnung des Berufsverbots nicht ausreichen kann.⁶⁰ Nicht gänzlich geklärt ist hierzu aber, wie hoch der stattdessen zu fordernde **Wahrscheinlichkeitsgrad** sein muss: In Lit. und Rspr. reichen die Vorschläge von einfacher⁶¹ „begründeter“,⁶² „hoher“⁶³ „nahe liegender“⁶⁴ und einer Wahrscheinlichkeit „höheren Grades“. ⁶⁵ Verhältnismäßig sicher kann aber der äußere Rahmen der Prognose abgesteckt werden: Die erneute Deliktsbegehung muss sich mehr als möglich darstellen, aber nicht eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit iSe „Erwartung“ erreichen.⁶⁶ Im Bereich gerichtlicher Prognoseentscheidungen hinsichtlich künftiger menschlicher Verhaltensweisen ist es ohnehin unangebracht, von Wahrscheinlichkeit in einem stochastischen oder sonst objektivistischen Sinne auszugehen. Vielmehr sollte für solche Prognosen ein subjektivistisches Wahrscheinlichkeitsverständnis zu Grunde gelegt werden, wie es etwa der *Bayessche* Wahrscheinlichkeitsbegriff darstellt. Denn es geht hier um den Grad persönlicher Überzeugung des Gerichts. Für die entsprechende Prognose muss vom Gericht verlangt werden dürfen, dass es genügend Tatsachen heranzieht, um auf eine erkennbare Konstanz im weiteren Täterverhalten nachvollziehbar schließen zu können.⁶⁷

2. Erhebliche rechtswidrige Taten der bezeichneten Art. Eine so festgestellte Gefahr reicht allein für die Anordnung des Berufsverbots nicht aus, vielmehr muss eine Gefahr „erheblicher“ rechtswidriger Taten bestehen. Eine „rechtsmittelfeste“ Anordnung des Berufsverbots wird dadurch zusätzlich erschwert, da mit der „Erheblichkeit“ der drohenden Wiederholungstaten des Beschuldigten ein weiterer unbestimmter Rechtsbegriff die Gruppe der Anordnungsvoraussetzungen prägt.⁶⁸ Im Bereich des Maßregelrechts ist es nach dem Gesetz idR erforderlich, dass weitere erhebliche Taten des Beschuldigten drohen: auch bei §§ 63, 66 StGB gehört die Erheblichkeit zu den Anordnungsvoraussetzungen. Während die §§ 63, 66 StGB dem Rechtsanwender aber genauere Hinweise geben, wann von einer regelungsspezifischen Erheblichkeit ausgegangen werden kann – nämlich Gefahren für die Allgemeinheit durch schwere körperliche oder seelische Schädigungen der Opfer –, hat der Gesetzgeber es für § 70 beim Begriff der Erheblichkeit belassen. Dass die Unterbringungs- bzw. Verwahrungsanordnungen strengere Anforderungen an das Erheblichkeitsurteil stellen, ist ohne Weiteres nachvollziehbar, bedeutet aber nicht, dass für die Anordnung nach § 70 ein ungleich geringerer Maßstab anzusetzen sein muss, denn immerhin handelt es sich beim Berufsverbot um eine schwerwiegendere Einschränkung des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 GG, → Rn. 5).⁶⁹ Zutreffend ist die deshalb Feststellung, dass es nicht ausreicht, wenn lediglich künftige Taten gegen konkrete Einzelpersonen zu befürchten sind, denn deren Gefährdung kann leicht durch sie selbst durch die Aufgabe des beruflichen Kontakts zum Beschuldigten abgewendet werden.⁷⁰ Ausreichend ist aber, wenn die bestimmte Personengruppen (zB Kranke; Schüler) oder auch ein abgrenzbarer Personenkreis betroffen sind.⁷¹

56 S. BGH 27.8.1979 – StbStR 7/79, BGHSt 29, 97 = NJW 1980, 714; in der Tendenz auch BGH 12.9.1994 – 5 StR 487/94, NStZ 1995, 124; LK-StGB/Valerius Rn. 38; Meier S. 311.

57 AllgM. BGH 5.8.1975 – 1 StR 356/75, NJW 1975, 2249; 22.10.1981 – 4 StR 429/81, StV 1982, 72 (73); SSW StGB/Harrendorf Rn. 13; Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 19; SK-StGB/Sinn Rn. 10; Parigger StraFo 2011, 447 (451).

58 BGH 25.4.2013 – 4 StR 296/12, StV 2013, 699; SK-StGB/Sinn Rn. 11.

59 BGH 5.8.1975 – 1 StR 356/75 NJW 1975, 2249; MüKoStGB/Bockemühl Rn. 16.

60 Vgl. nur BGH 23.7.2017 – 1 StR 362/16, StraFo 2017, 247 (250); Fischer Rn. 5.

61 SK-StGB/Sinn Rn. 11.

62 Schäfer/Sander/v. Gemmeren Rn. 532.

63 OLG Frankfurt aM 25.10.2002 – 3 Ws 593/02; SSW StGB/Harrendorf Rn. 14.

64 MüKoStGB/Bockemühl Rn. 14; LK-StGB/Hanack Rn. 35.

65 NK-StGB/Pollähne Rn. 20.

66 Vgl. MüKoStGB/Bockemühl Rn. 14 mwN; zw. LK-StGB/Valerius Rn. 40.

67 Vgl. NK-StGB/Pollähne § 70 Rn. 21; ebenso SSW StGB/Harrendorf Rn. 14; vgl. zu einem entspr. Gefahrverständnis auch schon vgl. BGH 21.4.2015 – 4 StR 92/15, NJW 2015, 2898.

68 Zu den diesbzgl. Unsicherheiten s. nur LK-StGB/Hanack Rn. 38.

69 AllgM, s. nur MüKoStGB/Bockemühl Rn. 18; Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 15; Fischer Rn. 9; Sander S. 59, alle mwN.

70 Spohr GS 105 (1935), 744; MüKoStGB/Bockemühl Rn. 19; s.a. LK-StGB/Hanack Rn. 39.

71 BGH 23.6.1959 – 5 StR 221/59, GA 1960, 183; 22.10.1981 – 4 StR 429/81, StV 1982, 72 (73); MüKoStGB/Bockemühl Rn. 19; Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 14; LK-StGB/Valerius Rn. 41.

- 21 **3. Gesamtwürdigung des Täters und der Tat.** Die Prognoseentscheidung erfordert eine „Gesamtwürdigung des Täters und der Tat“. Ein erstes wichtiges Indiz für die weitere Gefährlichkeit des Beschuldigten ist freilich die **Anlasstat**. Die ganz hM geht deshalb davon aus, dass diese grds. auch bereits „erheblich“ sein muss.⁷² Mit in die Würdigung und Abwägung einbezogen werden können weiterhin frühere Taten⁷³ bzw. das Fehlen von solchen,⁷⁴ strafrechtliche Relevanz des Verhaltens des Beschuldigten in der Zeit zwischen Anlasstat und Urteil,⁷⁵ die spezialpräventive **Wirkung des Strafurteils** zur (erstmaligen) Anlasstat selbst⁷⁶ und Schadenswiedergutmachung⁷⁷ durch den Beschuldigten.
- 22 **Nicht** mit einbezogen werden kann **zulässiges Verteidigungsverhalten**⁷⁸ sowie die fehlende Schuldeinsicht⁷⁹ des Beschuldigten. Das Gleiche gilt für das Nachtatverhalten des Täters, soweit es dem Zweck dient, sich der Bestrafung zu entziehen.⁸⁰

C. Ermessensentscheidung

- 23 Liegen die og Voraussetzungen vor, „kann“ das Gericht ein Berufsverbot anordnen. Diese Ermessensentscheidung, die sich **am Zweck der Vorschrift** zu orientieren hat⁸¹ und freilich verhältnismäßig⁸² sein muss, ist im Urteil zu begründen (§§ 260 Abs. 2, 267 Abs. 6 StPO).

D. Verbotsdauer

- 24 Maßgeblich für die Dauer des Berufsverbots ist die Gefahrenprognose (→ Rn. 18 ff.).⁸³ Das Gesetz sieht – Abs. 1 S. 1 – grds. einen Rahmen **von einem bis zu fünf Jahren** vor. Nur in dem Fall, in dem die Gefahrenprognose ergibt, dass die Höchstfrist zur Abwehr der vom Beschuldigten drohenden Gefahr nicht ausreichend wird, kann ein **lebenslanges** Berufsverbot gem. Abs. 1 S. 2 ausgesprochen werden. Schon aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ergibt sich der Ausnahmecharakter des lebenslänglichen Berufsverbots, der „schwerste oder chronische Berufskriminalität“⁸⁴ voraussetzt.
- 25 Gem. Abs. 2 und 4 ist ein nach § 132 a StPO ausgesprochenes vorläufiges Berufsverbot in die Frist mit einzuberechnen, soweit es die damit verstrichene Zeit bis zum tatrichterlichen Urteil betrifft.⁸⁵ Keine Berücksichtigung finden freiheitsentziehende Maßnahmen (Abs. 4 S. 3). Für die Gefahrenprognose kommt es auf den Zeitpunkt der letzten tatrichterlichen Verhandlung an. Eine Präventivmaßnahme ist im Rahmen des verfassungsrechtlichen Abwägungsgebotes zu berücksichtigen. Das Gericht soll in die Lage versetzt werden, die Tatsache in seine Entscheidung einzubeziehen, dass der Täter schon vor Rechtskraft des Hauptverfahrens durch die vorausgegangene vorläufige Anordnung von der Ausübung seines Berufes ausgeschlossen war. Wegen der Eingriffsintensität und der Eingriffswirkungen eines vorläufigen Berufsverbots muss dieses im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bei der Entscheidung Berücksichtigung finden.

E. Folge des Berufsverbots

- 26 Die Folge des Berufsverbots ist, dass der Täter für die Dauer dessen Anordnung seine Profession weder für sich selbst noch für andere oder für sich selbst durch andere ausüben darf.⁸⁶ Bei Verstößen droht eine Sanktionierung nach § 145 c StGB. Das setzt allerdings voraus, dass das strafgerichtliche Berufsverbot genügend bestimmt ist. Es gilt auch hier der Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB.⁸⁷ Ein Verbot nach § 70 führt für die Dauer seiner Wirksamkeit zur **Inhabilität** (§ 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GmbHG). Der

72 BT-Drs. V/4095, 38; MüKoStGB/Bockemühl Rn. 20; LK-StGB/Hanack Rn. 41; SSW StGB/Harrendorf Rn. 13; NK-StGB/Pollähne Rn. 12; SK-StGB/Simm Rn. 3; aA wohl Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 16.

73 BGH 24.1.2007 – 1 StR 439/06 wistra 2007, 343 (344).

74 BGH 12.9.1994 – 5 StR 487/94, NStZ 1995, 124; MüKoStGB/Bockemühl Rn. 22.

75 Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 16 mwN.

76 BGH 12.9.1994 – 5 StR 487/94, NStZ 1995, 124; 25.4.2013 – 4 StR 296/12, StV 2013, 699; MüKoStGB/Bockemühl Rn. 22; M/R-Eschelbach Rn. 22; Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 16.

77 Vgl. BGH 30.10.2003 – 3 StR 276/03, NStZ-RR 2004, 54 (55); 25.1.2012 – 1 StR 45/11, NJW 2012, 1377 (1386); Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 16.

78 BGH 26.2.2003 – 2 StR 411/02, NStZ 2003, 543 (544); BGHR StGB § 46 Nachtatverhalten 2, § 70 Abs. 1 Dauer 1.

79 BGH 26.2.2003 – 2 StR 411/02, NStZ 2003, 543 (544).

80 BGH 14.5.1987 – 4 StR 213/87.

81 S. BGH 30.6.1981 – 1 StR 266/81, NStZ 1981, 391 (392); Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 17; BeckOK StGB/Stoll Rn. 7.

82 MüKoStGB/Bockemühl Rn. 26; SK-StGB/Simm Rn. 26.

83 MüKoStGB/Bockemühl Rn. 27; Schönke/Schröder/Kinzig Rn. 23; Sander S. 60.

84 Lackner/Kühl/Heger Rn. 11; SK-StGB/Simm Rn. 16.

85 MüKoStGB/Bockemühl Rn. 30.

86 Fischer Rn. 16.

87 OLG Karlsruhe 19.1.1995 – 2 Ss 177/94, NStZ 1995, 446.

Täter kann also nicht zum Geschäftsführer einer GmbH bestellt werden. Der zum Geschäftsführer Bestellte ist schlichtweg „amtsunfähig“. Wird er gleichwohl ins Handelsregister eingetragen, führt dies nicht zu einer Heilung der Nichtigkeitsfolge.⁸⁸

F. Verfahrensfragen

Das im strafgerichtlichen Verfahren verhängte Berufsverbot und Berufsuntersagungen durch die Verwaltungsbehörden nach anderen Vorschriften bestehen nebeneinander. So sind Berufungsgerichte nicht an die Entscheidungen des Strafrichters gem. § 70 gebunden.⁸⁹ Das Berufsverbot kann gesondert **durch Rechtsmittel angefochten** werden.⁹⁰ Gleichermaßen ist es der Staatsanwaltschaft möglich, die Nichtverhängung eines Berufsverbots anzugreifen und die Revision darauf zu beschränken, dass der Tatrichter ein Berufsverbot nicht angeordnet hat.⁹¹ Im Sicherungsverfahren kann das Gericht ein Berufsverbot selbstständig anordnen (§ 71 Abs. 2 StGB).

Im Vorgriff auf ein Strafurteil, in dem ein Berufsverbot angeordnet wird, kann ein solches vorläufig nach § 132 a StPO erlassen werden, wenn dringende Gründe für die Annahme vorhanden sind, dass im Urteil ein Berufsverbot nach § 70 angeordnet wird. Voraussetzung ist ein dringender Tatverdacht für die in § 70 Abs. 1 S. 1 vorausgesetzte rechtswidrige Tat und ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, dass das Gericht die Voraussetzungen des § 70 Abs. 1 S. 1 bejahen und es für erforderlich halten wird, ein Berufsverbot anzuordnen, weil die Gesamtwürdigung des Täters und der Tat die Gefahr der Begehung weiterer Straftaten der in § 70 Abs. 1 S. 1 bezeichneten Art ergibt.⁹²

§ 70 a StGB Aussetzung des Berufsverbots

(1) Ergibt sich nach Anordnung des Berufsverbots Grund zu der Annahme, daß die Gefahr, der Täter werde erhebliche rechtswidrige Taten der in § 70 Abs. 1 bezeichneten Art begehen, nicht mehr besteht, so kann das Gericht das Verbot zur Bewährung aussetzen.

(2) ¹Die Anordnung ist frühestens zulässig, wenn das Verbot ein Jahr gedauert hat. ²In die Frist wird im Rahmen des § 70 Abs. 4 Satz 2 die Zeit eines vorläufigen Berufsverbots eingerechnet. ³Die Zeit, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist, wird nicht eingerechnet.

(3) ¹Wird das Berufsverbot zur Bewährung ausgesetzt, so gelten die §§ 56 a und 56 c bis 56 e entsprechend. ²Die Bewährungszeit verlängert sich jedoch um die Zeit, in der eine Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Maßregel vollzogen wird, die gegen den Verurteilten wegen der Tat verhängt oder angeordnet worden ist.

Literaturauswahl: *Kangarani/Hampe*, Das Berufsverbot des § 70 StGB in einem Vergleich zu dem Entzug der Approbation nach § 5 BÄO, MedR 2014, 797; *Parigger*, Urteilsfolgen neben der Strafe, StraFo 2011, 447; *Sander*, Überblick zum Berufsverbot nach § 70 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH, NJW-Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag, 2002, S. 57; *Schäfer/Sander/v.Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl. 2012; *Sigloch*, Zur Bedeutung des Artikels 18 GG für das einfache Recht, MDR 1964, 881; *Wilke*, Die Verwirkung der Pressefreiheit und das strafrechtliche Berufsverbot, 1964.

A. Allgemeines	1	C. Ermessen	6
B. Voraussetzungen	2	D. Zuständigkeit und Verfahren	7
I. Neue Tatsachen	2	E. Bewährungszeit und Begleitentscheidungen	9
II. Zeitliche Voraussetzungen	4	F. Materiellrechtliche Folgen	12

A. Allgemeines

Das Berufsverbot dient als Sicherungsmaßregel präventiven Zwecken (→ § 70 Rn. 5). § 70 a trägt der Tatsache Rechnung, dass sich die **Gefahrprognose** (→ § 70 Rn. 18 ff.) aufgrund **neuer Sachlage** bzw. neuer Erkenntnisse über die Sachlage zugunsten des Täters ändert, dass also die Gefahr, der Täter werde erneut

88 NK-WirtschaftssteuerStrafR/Parigger GmbHG § 6 Rn. 7, 22.

89 BGH 30.10.1990 – 1 StR 544/90, NJW 1991, 1069.

90 Schönke/Schröder/Kinzig § 70 Rn. 29.

91 BGH 5.8.1975 – 1 StR 356/75, NJW 1975, 2249.

92 Meyer-Goßner/Schmitt StPO § 132 a Rn. 2; OLG Frankfurt aM 25.10.2002 – 3 Ws 593/02, NStZ-RR 2003, 113.