

§ 31 GVG; §§ 336, 338 StPO; § 16 MuSchG; § 7 SGB IV; Art. 101 GG

Schöffin in Mutterschutz

BGH, Urt. v. 30.09.2021 – 5 StR 161/21, BeckRS 2021, 40413

Fall

Der Angeklagte wurde vor dem LG angeklagt und zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Hiergegen legte der Angeklagte in ordnungsgemäßer Form und im Rahmen der Frist Revision ein. Mit einer in zulässiger Weise erhobenen Verfahrensrüge beanstandet der Angeklagte, dass die Strafkammer in dem Hauptverhandlungstermin nicht gesetzeskonform besetzt war. In laufender Hauptverhandlung sei für die schwangere Schöffin H. durch den Betriebsarzt ihres Arbeitgebers am 14.08.2020 zunächst ein ärztliches Beschäftigungsverbot nach § 16 MuSchG bezüglich „jede(r) Beschäftigung“ erteilt worden, was sie dem Gericht am 17.08.2020 anzeigt habe. Nach einem weiteren Hauptverhandlungstag am 24.08.2020 unter Mitwirkung der Schöffin habe die Strafkammervorsitzende Kontakt mit dem Arzt aufgenommen, der das Verbot am 27.08.2020 „in Ergänzung zum Attest über das Beschäftigungsverbot“ dahingehend einschränkt habe, dass der Schöffin jeweils eine zeitlich begrenzte Teilnahme gestattet sei. Die vorschriftswidrige Besetzung aufgrund des absoluten Beschäftigungsverbots habe an allen Hauptverhandlungstagen seit dem 14.08.2020 bestanden, weil die Schöffin H. trotz eines umfassenden ärztlichen Beschäftigungsverbots gemäß § 16 Abs. 1 MuSchG mitgewirkt habe. Zudem sei die Schöffin gesundheitlich nicht in der Lage gewesen, den Schöffendienst zu versehen.

Begutachten Sie die Erfolgsaussichten der Verfahrensrüge!

Gutachten

Die Verfahrensrüge hat Erfolg, wenn die Strafkammer in der Person der Schöffin H. nicht vorschriftsmäßig besetzt war, §§ 336, 338 Nr. 1 StPO, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.

„[24] Durch die **Verfahrensgarantie aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG** wird gewährleistet, dass eine Entscheidung durch vorab nach hinreichend genauen abstrakt-generellen Regelungen bestimmbare Richter getroffen wird, die zudem den grundgesetzlichen Anforderungen an die Person eines Richters genügen, namentlich unabhängig und neutral sind. Die Schöffin H. war **gesetzliche Richterin** in diesem Sinne.“

I. Dadurch dass der Schöffin H. ein ärztliches Beschäftigungsverbot erteilt worden ist, könnte sie an der Mitwirkung in der Hauptverhandlung verhindert und damit die Strafkammer fehlerhaft besetzt gewesen sein.

„[26] Ein **ärztliches Beschäftigungsverbot** gemäß **§ 16 Abs. 1 MuSchG** hat dem Arbeitgeber gegenüber **konstitutive Wirkung** und bewirkt – mit Vorlage des Attests – die Suspendierung der Pflicht der schwangeren Frau zur Arbeitsleistung, sodass er die schwangere Arbeitnehmerin sofort freizustellen hat. Umfang und Dauer des Verbots richten sich nach dem ärztlichen Zeugnis.“

1. Fraglich ist, **ob § 16 Abs. 1 MuSchG auch auf ehrenamtliche Richterinnen Anwendung findet**. Das ist der Fall, wenn die als öffentliches Ehrenamt ausgeführte Schöffentätigkeit (**§ 31 S. 1 GVG**) dem **persönlichen Anwendungsbereich des Mutterschutzgesetzes** unterfällt.

Leitsätze

1. Das einer Schöffin ausgesprochene ärztliche Beschäftigungsverbot nach § 16 Abs. 1 MuSchG führt nicht zu einer gesetzeswidrigen Gerichtsbesetzung.
2. Schöffinnen unterfallen nicht den für Berufsrichterinnen geltenden Mutterschutzvorschriften. Für eine entsprechende Anwendung des § 16 Abs. 1 MuSchG besteht ebenfalls kein Raum.

Prüfungsfrage: Ist die ehrenamtliche Schöffentätigkeit eine Beschäftigung?

Maßgeblich ist, ob sich die Frau in einer **Beschäftigung** nach **§ 7 Abs. 1 SGB IV** befindet (**§ 1 Abs. 2 S. 1 MuSchG**).

„[27] ... **Beschäftigung** ist gemäß **§ 7 Abs. 1 SGB IV** die **nichtselbstständige Arbeit**, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (Satz 1). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine **Tätigkeit nach Weisungen** und eine **Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers** (Satz 2). ... Eine Beschäftigung in diesem Sinne setzt nach der st.Rspr. des Bundessozialgerichts eine **persönliche Abhängigkeit** voraus. Dies ist bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb 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. Kennzeichnend für die persönliche Abhängigkeit Beschäftigter ist ebenfalls, dass sie ihre **Arbeitsleistung auf der Grundlage eines gegenseitigen Vertrages oder Rechtsverhältnisses** erbringen, um als Gegenleistung dafür eine **Entlohnung** zu erhalten, sodass die **Arbeitsleistung bei objektiver Betrachtung zu Erwerbszwecken erbracht** wird.

[28] **Das Gericht ist nach diesen Maßstäben nicht Arbeitgeber der Schöffin und damit nicht Adressat des ärztlichen Beschäftigungsverbots**, das auf ihre konkrete Arbeitstätigkeit bezogen ist. Denn es ‚beschäftigt‘ die ehrenamtlich tätige Schöffin nach den vorgenannten Grundsätzen nicht. Schöffen stehen gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn nicht in einem festen Dienst oder Arbeitsverhältnis, erhalten dementsprechend **keine Vergütung** und haben **keine Urlaubs- und Pensionsansprüche**. Anders als eine Schwangere bei einem mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot für die gesamte Dauer des Beschäftigungsverbots gegenüber ihrem Arbeitgeber hat eine Schöffin gegenüber dem Gericht **keinen Anspruch auf Zahlung von Mutterschutzlohn**; eine Entlohnung oder eine vergleichbare Vergütung erhält sie vom Gericht nicht. Das Schöffenamt kann **nicht ordentlich gekündigt**, sondern nur unter besonderen Umständen beendet werden (§§ 51 ff. GVG). Zwar ist die Schöffin an den Hauptverhandlungstagen bezüglich Art, Zeit oder Ort ihrer Tätigkeit gebunden. Sie ist aber **nicht persönlich abhängig** und **unterliegt in ihren Entscheidungen vor allem keinen Weisungen** (vgl. § 45 Abs. 1 S. 1 DRiG, § 1 GVG). Überdies erhält sie – wie bei ehrenamtlichem Engagement üblich – **keine Vergütung**, sondern lediglich eine gesetzlich festgelegte Entschädigung für entstehende Kosten und Verdienstausschlag (vgl. § 55 GVG).“

Auch nach den **Umständen im Einzelfall** ergibt sich keine andere Bewertung.

„[28] ... Das für die Schöffin [H] am 14.08.2020 ausgestellte **Beschäftigungsverbot ist auch konkret ausschließlich ‚zur Vorlage an den Arbeitgeber‘** **ausgestellt und nimmt ausdrücklich nur Bezug auf die ‚Fortdauer der Beschäftigung‘**. Die Tätigkeit als Schöffin findet keine Erwähnung. [29] Hinzu kommt, dass **nicht ein niedergelassener Arzt, sondern gerade der betriebsärztliche Dienst das Verbot ausgesprochen** hat, was die besondere Verbindung zu dem beruflichen Beschäftigungsverhältnis und mithin die Ausrichtung des ärztlichen Befundes auf dieses unterstreicht. Dass der betriebsärztliche Dienst die mit einem Schöffenamt einhergehenden Belastungen bei der Ausstellung der Arbeitsunfähigkeit nicht im Blick hatte, wird belegt durch die spätere Anpassung, wonach die Schöffentätigkeit – jedenfalls zeitlich begrenzt – nicht als gefährdend für die Gesundheit von Mutter und Kind angesehen wird.“

Prüfungsfrage: Finden die für Berufsrichterinnen geltenden Mutterschutzvorschriften Anwendung?

2. Fraglich ist, ob sich etwas anderes aus den **für Berufsrichterinnen geltenden Mutterschutzvorschriften** ergibt und Schöffinnen ebenfalls diesen Vorschriften unterfallen.

„[31] Für Berufsrichterinnen gelten die an den Arbeitgeber gerichteten Regelungen – aufgrund der statusrechtlichen Besonderheiten – nach § 1 Abs. 3 S. 1 MuSchG nicht direkt, sondern über **§ 71 DRiG, § 46 BeamStG in Verbindung mit den**

landesrechtlichen Vorschriften. Der 2. Strafsenat des BGH hat für die **Zeit des nachgeburtlichen Mutterschutzes einer Berufsrichterin ein ‚Dienstleistungsverbot‘, das zu einer gesetzeswidrigen Gerichtsbesetzung führe**, angenommen. Der Senat kann weiter offenlassen, ob er sich dieser Annahme anschließen würde, da **für Schöffinnen die Mutterschutzvorschriften nicht gelten**. Anders als bei den Berufsrichterinnen stellt die **Schöffentätigkeit ein Ehrenamt** dar, das **Laien unabhängig von ihrer sonstigen Betätigung wahrnehmen**. Zwar sind Schöffen den Berufsrichtern im Sinne des Strafrechts gleichgestellt, insbesondere in Bezug auf die Amtsdelikte (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 und 3, §§ 331 ff. StGB). **Für die Rechtsstellung, den Erwerb und Verlust des Amtes, also den rechtlichen Rahmen der Tätigkeit, gelten aber allein die §§ 31 ff. GVG und §§ 44 ff. DRiG**, die weder Verweisungen auf die das Statusrecht der Berufsrichterschaft betreffenden noch die mutterschutzrechtlichen Normen vorsehen (vgl. § 2 DRiG).“

Damit unterfallen Schöffinnen nicht unmittelbar den für Berufsrichterinnen geltenden Mutterschutzvorschriften.

3. Fraglich ist aber, ob nicht **§ 16 Abs. 1 MuSchG entsprechend auf die ehrenamtliche Schöffentätigkeit anzuwenden** ist. Erforderlich hierfür sind eine **planwidrige Regelungslücke** und eine **vergleichbare Interessenlage**.

„[33] Die **historische Auslegung** der Regelung steht einer entsprechenden Anwendung entgegen. Der Senat schließt mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der Norm eine planwidrige Regelungslücke aus.

[34] Die vormalige Regelung des § 3 Abs. 1 MuSchG a.F. ist in § 16 Abs. 1 MuSchG übernommen und lediglich redaktionell angepasst worden. Der Regelungsinhalt des individuellen Beschäftigungsverbots sollte unverändert bleiben ... Die Reform zielte auf die Anpassung an die grundlegend gewandelten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen ... So sollten die Vereinbarkeit von Schwangerschaft oder Mutterschaft und Erwerbstätigkeit gefördert und gewährleistet, die Wahlfreiheit der Schwangeren gestärkt und ihre berufliche Entwicklung unterstützt werden. Überdies wurde der **Anwendungsbereich erheblich erweitert** und umfasst nun den Schutz am Arbeits-, Ausbildungs- und Studienplatz. Damit sollte der Lebenswirklichkeit schwangerer Frauen in der Arbeitswelt entsprochen werden. Ehrenamtlich Tätige wurden indes – weiterhin – nicht in den Anwendungsbereich aufgenommen.

[35] **Die differenzierte Erweiterung des Anwendungsbereichs spricht dagegen, dass der Gesetzgeber die ehrenamtliche Tätigkeit versehentlich nicht erfasst hat.** Es ist vielmehr davon auszugehen, dass er eine **abschließende Regelung** treffen wollte ... Hierfür streitet zudem, dass die ordnungsgemäße Besetzung der Strafkammer nicht davon abhängig sein kann, ob – möglicherweise im selben Verfahren eingesetzte – Schöffinnen abhängig beschäftigt sind und entsprechend ein an den Arbeitgeber gerichtetes ärztliches Beschäftigungsverbot verhängt werden kann oder sie selbstständig als Freiberuflerin tätig oder nicht berufstätig sind und damit vom Geltungsbereich des MuSchG nicht erfasst werden.

[36] Auch die **teleologische Auslegung** spricht gegen eine entsprechende Anwendung des § 16 Abs. 1 MuSchG auf Schöffinnen.

[37] Zweck des ärztlichen Beschäftigungsverbots ist die **Bewahrung der werdenden Mutter und des ungeborenen Kindes vor Gesundheitsrisiken**, die mit einer Fortsetzung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit verbunden sind. Es genügt, dass die Fortsetzung der Arbeit auf diesem Arbeitsplatz die Gesundheit von Mutter oder Kind gefährdet; unerheblich ist, auf welcher genauen Ursache die Gefährdung beruht; ... diese können beispielsweise auf Stress oder Unstimmigkeiten mit Kollegen oder Vorgesetzten am Arbeitsplatz beruhen und andere Tätigkeiten unberührt lassen. Damit wird deutlich, dass das **Beschäftigungsverbot an die indi-**

Vgl. zur Entscheidung des 2. Strafsenats: BGHSt 61, 296 = RÜ 2017, 65. Ob sich der 5. Strafsenat dem anschließt, lässt er weiterhin offen. Es bleibt also spannend!

Prüfungsfrage: Ist § 16 Abs. 1 MuSchG analog anzuwenden?

viduellen Belastungen der Schwangeren durch die konkrete Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses anknüpft.

[38] Die unterschiedlichen Regelungen für ehrenamtliche Richterinnen und Berufsrichterinnen widersprechen auch nicht dem Grundgedanken des Mutterschutzgesetzes. Dessen **Ziel ist nicht die Gewährung eines absoluten Schutzes in allen Lebensbereichen**; vielmehr soll der besonderen Situation der von dem persönlichen Anwendungsbereich des § 1 MuSchG erfassten Frauen Rechnung getragen werden. So sind **Schöffinnen zwar in gleicher Weise schutzwürdig wie Berufsrichterinnen**, indes ergibt sich **nicht dasselbe Schutzbedürfnis**. Denn dem Schutzbedürfnis der ehrenamtlich tätigen Richterinnen kann durch die Vorlage eines auf die Schöffentätigkeit bezogenen ärztlichen Attests, das die Verhandlungsunfähigkeit bestätigt, ausreichend Rechnung getragen werden.“

Einer solchen Auslegung steht auch nicht **§ 229 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 StPO** entgegen, wonach die Fristhemmung eintritt, wenn eine zur Urteilsfindung berufene Person wegen gesetzlichen Mutterschutzes oder der Inanspruchnahme von Elternzeit nicht zur Hauptverhandlung erscheinen kann.

„[39] ... Die Vorschrift **setzt die Geltung des ‚gesetzlichen Mutterschutzes‘ für alle zur Urteilsfindung berufenen Personen und damit auch für Schöffinnen voraus** ... Die Regelung **begründet indes keinen gesetzlichen Mutterschutz**, sondern berücksichtigt – vor dem Hintergrund der Entscheidung des 2. Strafsenats vom 07.11.2016 (2 StR 9/15, BGHSt 61, 296) – lediglich, dass auch den mutterschutzrechtlichen Belangen der Schöffinnen Rechnung zu tragen ist, wenn sie der ehrenamtlichen Tätigkeit nicht weiter nachkommen können.“

II. Schließlich ergibt sich eine fehlerhafte Besetzung auch nicht daraus, dass die Schöffin H. aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage gewesen wäre, an der Hauptverhandlung teilzunehmen.

„[40] ... [Insofern] ist die Rüge bereits nicht in zulässiger Weise erhoben. Sie genügt nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO an einen vollständigen, genauen und aus sich heraus verständlichen Vortrag.“

Ergebnis: Die Verfahrensrüge hat keine Aussicht auf Erfolg.

Der BGH weist abschließend auf die **Unzulässigkeit des Ausforschens etwaiger Befangenheitsgründe** und darauf hin, dass die Strafkammer auch nicht verpflichtet ist, die Schwangerschaft einer Berufsrichterin oder Schöffin offenzulegen oder Fragen der Verfahrensbeteiligten dazu zu beantworten. Das gilt auch bei einer Schöffin im Hinblick auf etwaige ärztliche Beschäftigungsverbote nach § 16 MuSchG. Etwas andere könne allenfalls gelten, wenn ausnahmsweise die **Verhandlungsunfähigkeit** einer zur Entscheidung berufenen Person **wegen einer ernsthaften Erkrankung aufgrund konkreter und tragfähiger Anhaltspunkte** in Rede steht oder es um den **zwingenden nachgeburtlichen Mutterschutz einer Berufsrichterin** geht. Dass eine Schöffin aufgrund einer Schwangerschaft aus gesundheitlichen Gründen nicht geeignet sein solle, das Schöffenamts auszuüben, liege auch in Fällen des § 16 MuSchG regelmäßig fern. Da schließlich die weitere Mitwirkung einer Schöffin, für die ein ärztliches Beschäftigungsverbot nach § 16 MuSchG erteilt sei, keinen Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter darstelle, könne dies auch nicht die Besorgnis der Befangenheit begründen.

Dr. Sascha Holznagel