

**Kurzgutachten
zum urologischen Arbeiten und Operieren
in der
Schwangerschaft**

Die nachstehende rechtliche Überprüfung (Kurzgutachten) soll zu folgendem Thema gutachterlich Stellung nehmen:

Das ärztliche Arbeiten und Operieren in der Schwangerschaft unter konkreter Bezugnahme auf das Fach Urologie einschließlich etwaiger Haftungsrisiken.

Den Anlass zur anwaltlichen Stellungnahme bildet die Problematik, dass Urologinnen¹ mit Bekanntgabe ihrer Schwangerschaft nach wie vor kaum operieren oder am Patienten tätig sein dürfen. Dieser Umstand resultiert aus der Sorge vor rechtlichen Konsequenzen für den Arbeitgeber. Dadurch wird jedoch nicht nur die Aufrechterhaltung des urologischen Arbeitsalltags in Kliniken gefährdet, sondern vor allem die Weiterbildung und Erlangung der Facharztreihe der schwangeren Frauen erschwert. Das Kurzgutachten orientiert sich dabei in erster Linie am Mutterschutzgesetz, in der Fassung vom 01. Januar 2018, der Gesetzesbegründung sowie am Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz.

¹ Nachfolgende Bezeichnungen werden in der weiblichen Form gleichermaßen für männlich und divers benutzt.

Die Problemstellung ist im Wesentlichen wie folgt zu bewerten:

Die Neuregelung des Mutterschutzgesetzes schließt das Arbeiten und Operieren von schwangeren Urologinnen grundsätzlich nicht aus, sondern hält den Arbeitgeber vielmehr dazu an, die **Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu fördern**. Unter Berücksichtigung der Vorschriften des Mutterschutzgesetzes übersteigt das Haftungsrisiko nicht jenes, welches der Arbeitgeber im Allgemeinen zu tragen hat.

I. Die Novellierung des Mutterschutzgesetzes

Ursprünglich sollte das Mutterschutzgesetz (nachfolgend „**MuSchG**“) Frauen während der Schwangerschaft, der Entbindung und während der Zeit des Stillens des Kindes vor arbeitsbedingten Gefahren schützen. Allerdings führte die strenge Auslegung des Gesetzes gleichzeitig zur Behinderung der beruflichen Entwicklung der werdenden Mutter. Beispielsweise endete mit der Bekanntgabe einer Schwangerschaft oftmals der Einsatz von Ärztinnen im operativen Bereich, sodass ihnen nur noch eine Beschäftigung mit Stations-, Dokumentations- und Schreiarbeiten möglich war. Die berufliche Weiterbildung auf dem operativen Gebiet unterblieb und führte zwangsläufig zu Nachteilen der Frauen. Durch das Mutterschutzgesetz in der alten Version erfolgte eine Diskriminierung derjenigen, die trotz Schwangerschaft weiterhin ihren Beruf ausüben wollten. Folglich wurde in vielen Fällen die eigene Schwangerschaft vor dem Arbeitgeber verheimlicht (beispielsweise durch Abbinden des Bauches, Einnahme von Medikamenten gegen Schwangerschaftsübelkeit), um einem Beschäftigungsverbot auf Grundlage des Mutterschutzgesetzes so lange wie möglich zu entgehen. Diese gelebte Praxis war mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes unvereinbar und verdeutlichte eine nicht mehr zeitgemäße Auslegung. Die gesellschaftliche Ansicht über die Rolle der Frau in der Arbeitswelt, die sich seit Inkrafttreten des Gesetzes im Jahr 1952 entschieden geändert hatte, zwang den Gesetzgeber zur Neuregelung. Der Diskriminierung schwangerer Frauen sollte entschieden entgegengetreten werden, indem ihnen ein umfangreiches Mitsprache- und Gestaltungsrecht über den Umfang ihrer Erwerbstätigkeit eingeräumt wurde, vgl.

Pepping in: Rancke (Hrsg.)

5. Auflage 2018

Vorbemerkungen zu §§ 1 und 2, Rn. 6

Seit Inkrafttreten des neuen Mutterschutzgesetzes im Januar 2018 steht verstärkt der **Arbeitsschutz** im Vordergrund, indem **Arbeitsverbote gegen den Willen der Schwangeren vermieden werden sollen**. Ziel des Gesetzgebers ist es, die weitere Beschäftigung einer schwangeren Frau bis zur Entbindung zu ermöglichen und somit die Vereinbarkeit von Mutterschaft und Beruf zu fördern. Daher wird der Arbeitgeber künftig durch das Mutterschutzgesetz zu einer **verantwortungsvollen Abwägung** verpflichtet, die sich einerseits aus dem Gesundheitsschutz der stillenden/schwangeren Frau und ihrem (ungeborenem) Kind und andererseits aus der selbstbestimmten Entscheidung über ihre Erwerbstätigkeit ergibt, vgl.

*Gesetzesentwurf der Bundesregierung,
Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mutterschutzes vom 28. Juni 2016
BT-Drucks. 18/8963, S. 1*

II. Aktuelle Problemstellung

Im Mittelpunkt des neuen Mutterschutzgesetzes steht vor allem, Benachteiligungen von schwangeren Frauen im Beruf zu verhindern. Diskriminierungen sollen beispielsweise mittels einer generellen Gefährdungsbeurteilung nach § 10 Abs. 1 S. 1 MuSchG entgegengewirkt werden, indem der Arbeitgeber verpflichtet ist, anlasslos – also unabhängig davon, ob eine schwangere oder stillende Frau beschäftigt ist – das Gefährdungspotenzial für Schwangere während einzelner Tätigkeiten präventiv zu beurteilen. Die Festlegung von Schutzmaßnahmen erfolgt nach § 10 Abs. 2 MuSchG in Form einer konkretisierten Gefährdungsbeurteilung mit der Bekanntgabe der Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin gegenüber ihrem Arbeitgeber, vgl.

*Gesetzesentwurf der Bundesregierung,
Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mutterschutzes vom 28. Juni 2016
BT-Drucks. 18/8963, S. 37*

Trotz neuer Zielsetzung des Mutterschutzgesetzes hat sich der Umgang mit operierenden schwangeren Frauen kaum verändert. Die werdenden Mütter sollen beispielsweise nach § 11 MuSchG vor dem Heben und Tragen von Lasten geschützt werden sowie vor Infektionen (Röteln), chemischen Gefahrenstoffen (z.B. Narkosegasen) als auch ionisierender Strahlen (Röntgenstrahlung). Damit sind Tätigkeiten beschrieben, die regelmäßig Teil des Arbeitsalltags einer operierenden Urologin sein können. Die Urologie beschäftigt sich mit den

Harn- (beispielsweise den Nieren, Harnleiter, -blase und -röhre) sowie Geschlechtsorganen (beispielsweise den Hoden, Penis und der Prostata). Dabei kommt es häufig zur Behandlung von Erkrankungen wie Tumoren, Harnsteinen und Infektionen, die auch operativ bekämpft werden müssen. Die Folge ist, dass nach wie vor im operativen Bereich empfohlen wird, schwangere Frauen nicht einzusetzen, da Einzeltätigkeiten eine unverantwortbare Gefährdung darstellen können, vgl.

*Mutterschutz im Krankenhaus,
Ein Leitfaden in Kooperation mit dem
Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg
4. Auflage 2018
S. 35- 36*

Siehe dazu https://rp.baden-wuerttemberg.de/rps/PresseAnhang/190131_Leitfaden_Mutterschutz.pdf

In der Regel folgt oftmals ein vorläufiges Beschäftigungsverbot nach § 10 Abs. 3 MuSchG in Bezug auf den Operationssaal, solange die erforderlichen Schutzmaßnahmen vom Arbeitgeber noch nicht ergriffen wurden oder ein teilweises Beschäftigungsverbot nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG. Ersatzweise werden Aufgaben zugeteilt, die nicht nur zu einem dauerhaft hektischen Krankenhausalltag führen, sondern teilweise sogar körperlich belastender sind als die geregelte Tätigkeit im Operationssaal. Damit die Ärztinnen trotzdem ihre für den Fachartzkatalog erforderlichen Eingriffe tätigen können, kommt es weiterhin zur Verheimlichung der Schwangerschaft vor dem Arbeitgeber. **Dabei stehen dem Arbeitgeber Schutzmaßnahmen, die die Einschränkungen der ärztlichen Tätigkeiten und der Weiterbildung zur Fachärztin für Urologie so gering wie möglich halten, durchaus zur Verfügung. Beispielsweise gilt eine unverantwortbare Gefährdung nach § 11 Abs. 2 MuSchG als ausgeschlossen, wenn die Schwangere über einen ausreichenden Immunschutz verfügt.**²

Den Arbeitgeber trifft nach § 27 Abs. 1 MuSchG die Pflicht, der zuständigen Aufsichtsbehörde – in der Regel dem Gewerbeaufsichtsamt – die Beschäftigung einer schwangeren Frau unverzüglich mitzuteilen. Das zuständige Gewerbeaufsichtsamt kann gemäß § 29 Abs. 3 MuSchG ebenfalls Schutzmaßnahmen anordnen und ein Beschäftigungsverbot aussprechen. Problematisch ist das allerdings dann, wenn die Zeitspanne zwischen Antrag, Bearbeitung und endgültigem Bescheid Wochen oder sogar Monate beträgt (und im worst case eine Entscheidung erst nach Entbindung ergeht). **Die zuständigen Ämter sind durch keine Frist gebunden über die Erlaubnis einer Tätigkeit im Operationssaal zu**

² Siehe *Pepping* in: Rancke (Hrsg.), § 11 Rn. 78.

bescheiden, sodass schwangere Frauen oftmals zu einem Abwarten gezwungen sind.

Die zuständige Behörde kann – gegen den Willen der Frau – bei Unklarheiten hinsichtlich des Bestehens eines Beschäftigungsverbots das Operieren bis zur endgültigen Entscheidung untersagen. In der Praxis zeigt sich in diesem Prozedere – dem Nichterteilen eines Bescheides – das größte Problem für schwangere Ärztinnen: ohne Bescheid ist das Ergreifen von Rechtsmitteln nahezu ausgeschlossen. Den schwangeren Frauen wird ein effektiver Rechtsschutz verwehrt.

Zudem kommt es aufgrund der föderalen Zuständigkeit der Gewerbeaufsichtsämter zu unterschiedlichen Entscheidungen bei nahezu gleichen Sachverhalten. Oftmals mangelt es den meist männlichen Sachbearbeitern an Kenntnissen darüber, welche Gefahren tatsächlich im Operationssaal für schwangere Frauen bestehen. **Die Entscheidungen des Gewerbeaufsichtsamts stehen häufig nicht im Einklang mit dem Sinn und Zweck des neuen Mutterschutzgesetzes.** Nicht selten fehlt die erforderliche Objektivität, sodass Verfügungen häufig auf der Meinung beruhen, ein Operieren während einer Schwangerschaft sei nicht möglich. Außer Acht wird dabei gelassen, dass sich die Bedingungen im Operationssaal in den letzten Jahrzehnten verändert haben und somit viele Gefahrenquellen nicht mehr bestehen oder vermieden werden können. Beispielsweise können nicht nur **verletzungssichere Instrumente und präoperative Patientenscreenings auf Infektionen** genutzt werden, sondern **auch die Schwangerschaft gefährdende Narkosegase durch intravenöse und regionale Anästhesieverfahren ersetzt** werden. Mangels Kenntnis der Sachbearbeiter werden konkrete Schutzmaßnahmen selten in Betracht gezogen. Daher dürfte es unumgänglich sein, Sachbearbeiter, die über die Zulassung von schwangeren Frauen im Operationssaal entscheiden, regelmäßig zu schulen. Die Nachweispflicht von neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen darf nicht auf der schwangeren Arbeitnehmerin lasten, sondern sollte Sache der zuständigen Behörden sein. Nur so kann dem Sinn und Zweck des neuen Mutterschutzgesetzes Rechnung getragen und schnellstmöglich über die weitere Berufsausübung der werdenden Mutter entschieden werden. Des Weiteren ist ein **ämterübergreifender Austausch unerlässlich, damit auf Grundlage des Mutterschutzgesetzes einheitliche Regelungen ergehen und keine zusätzliche Diskriminierung der Schwangeren erfolgt.** Eine Verbesserung der Umsetzung des Mutterschutzes kann nur so gelingen.

Insbesondere im Falle eines behördlichen Beschäftigungsverbotes stellt sich die Frage, ob und inwieweit dieses angegriffen werden kann und welche Mittel einer schwangeren Arbeitnehmerin zur Geltendmachung ihrer Rechte zustehen. Theoretisch besteht für jede Frau die Möglichkeit, sich in einem Eilverfahren gegen behördliches Handeln zu wehren. Allerdings

setzt dies a) einen schriftlichen Bescheid voraus und b) wird zudem der Weg über die Gerichtsbarkeit nicht in allen Fällen zu einem zufriedenstellenden Ergebnis führen. Denn je mehr die Schwangerschaft fortgeschritten ist, desto kürzer ist der zur Verfügung stehende Zeitrahmen. Es zahlt sich daher aus, wenn die Schwangere die Schwangerschaft entgegen der gelebten Praxis *früh* anzeigt, die Behörde unmittelbar auffordert (notfalls unter Zuhilfenahme eines Rechtsanwalts) einen schriftlichen Bescheid zu erlassen und bei negativem Ausgang schnellstens den Einstweiligen Rechtsschutz anstrengt.

Dass der Arbeitgeber verpflichtet werden kann, zum Schutz seiner schwangeren Arbeitnehmerin Rechtsmittel gegen ein behördlich erlassenes Beschäftigungsverbot einzulegen, kann nicht festgestellt werden. Ein Ersatzanspruch gegenüber dem Arbeitgeber ergibt sich auch nicht für den Fall, indem ein behördliches Beschäftigungsverbot als rechtswidrig festgestellt wurde.

III. Wer haftet im Schadensfall?

Grundsätzlich ist der Arbeitgeber verpflichtet, eine generelle sowie konkrete Gefährdungsbeurteilung zu erstellen. Eine fehlende Gefährdungsbeurteilung stellt eine Ordnungswidrigkeit seitens des Arbeitgebers nach § 32 Abs. 1 Nr. 6 und 7 MuSchG dar und wird mit einem Bußgeld geahndet.

Die Sorge vor eventueller Inanspruchnahme von Haftungsansprüchen sowie einer Strafbarkeit lässt den Arbeitgeber das Operieren durch eine werdende Mutter regelmäßig untersagen. Dabei ist die schwangere Arbeitnehmerin persönlich für die Einhaltung der – aufgrund der Gefährdungsbeurteilung – ergangenen Schutzmaßnahmen verantwortlich. Im Falle der Nichteinhaltung haftet die werdende Mutter gegenüber dem Arbeitgeber, sofern er von Dritten aufgrund eines Schadens in Anspruch genommen wird.

Ein Schaden, der bei der Mutter oder dem ungeborenen Kind – trotz Befolgung der Schutzmaßnahmen – entsteht, hat der Arbeitgeber zu verantworten. Darüber hinaus kann der Arbeitgeber gemäß §§ 32, 33 MuSchG für die Fälle in Anspruch genommen werden, in denen er gegen die Vorgaben des Mutterschutzgesetzes verstößt. Eine Verjährung der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach § 32 Abs. 1 Nr. 1-5, 8, 16 und 17 MuSchG tritt nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 OWiG nach zwei Jahren ein und in den Fällen des § 32 Abs. 1 Nr. 6, 7, 9-15 MuSchG nach § 32 Abs. 2 Nr. 4 OWiG nach sechs Monaten. Hingegen die Verfolgung einer Straftat im

Sinne des § 33 MuSchG als Vergehen gemäß § 12 Abs. 2 StGB nach § 78 Abs. 3 StGB nach drei Jahren verjährt.

In den gängigen Rechtsdatenbanken lässt sich keine aktuelle Rechtsprechung für den Fall finden, dass ein Arbeitgeber bei fortgeführter operativer Beschäftigung einer schwangeren Ärztin für einen Schaden haften musste.

IV. Exkurs: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Weitere haftungsrechtliche Bedenken für den Arbeitgeber ergeben sich auch nicht aus den Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Zwar ist im Sinne des § 7 Abs. 1 AGG von einer Benachteiligung einer Frau auszugehen, der das Operieren aufgrund ihrer Schwangerschaft und damit wegen ihres Geschlechts nach § 3 Abs. 1 S. 2 AGG i.V.m. § 1 AGG untersagt wurde. Allerdings dürften regelmäßig keine Schadensersatzansprüche gegen den Arbeitgeber entstehen.

Ein Anspruch nach § 15 Abs. 1 S. 1 AGG wird grundsätzlich daran scheitern, dass der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, indem die Anordnung des Beschäftigungsverbot auf der Grundlage der Vorschriften des Mutterschutzgesetzes beruht und den Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht rechtfertigt. Ein entgangener Gewinn – beispielsweise für den Fall, dass die werdende Mutter bereits eine feste Berufszusage im Anschluss ihrer Facharztausbildung hat, die sich durch das Beschäftigungsverbot verzögert – kann im Wege des AGG ebenfalls nicht geltend gemacht werden. Insoweit werden keine Vermögensschäden ersetzt. Etwaige vertragliche Ansprüche wegen der Nebenpflichtverletzung der geschlechtlichen Benachteiligung werden ebenfalls kaum durchsetzbar sein, da sich der Arbeitgeber grundsätzlich aufgrund des Mutterschutzgesetzes exkulpieren kann und Pflichtverletzungen kaum zu vertreten haben wird.

Nach § 12 AGG trifft den Arbeitgeber die Pflicht, Maßnahmen vorzunehmen, die schwangere Frauen vor Benachteiligungen durch Arbeitskollegen oder Dritte schützen. Eine Geltendmachung eines Verstoßes gegen das AGG hätte nach § 61b Abs. 1 ArbGG innerhalb von drei Monaten, nachdem der Anspruch schriftlich bekannt gemacht wurde, zu erfolgen.

Es lässt sich keine aktuelle Rechtsprechung in den gängigen Rechtsdatenbanken für den Fall finden, dass ein Arbeitgeber wegen Benachteiligung einer schwangeren Frau aufgrund eines Beschäftigungsverbots haften musste.

V. Fazit für die Praxis

Nach wie vor wird das Arbeiten und Operieren durch eine schwangere Ärztin vom Mutterschutzgesetz grundsätzlich nicht konterkariert – allerdings hat sich die Realität für Urologinnen durch die Novellierung des Mutterschutzgesetzes auch nicht grundlegend verändert. Die individuelle Gefährdungsbeurteilung gibt immerhin Gelegenheit, konkrete Schutzmaßnahmen – auch für den Operationssaal – mit dem Arbeitgeber zu entwickeln.

Die Einräumung eines Mitspracherechts über den Umfang ihrer Erwerbstätigkeit während einer Schwangerschaft durch die neue Auslegung des Mutterschutzgesetzes ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings muss es Ziel sein, schwangere Frauen künftig bei der Geltendmachung ihrer Rechte stärker zu unterstützen und ihnen die Möglichkeit zu eröffnen, sich gegen ein Beschäftigungsverbot zeitnah wehren zu können. Dies ist nur mit einer bundesweiten gesetzlichen Verpflichtung der jeweiligen zuständigen Stelle zum zeitnahen Erlass einer schriftlichen Entscheidung zu erreichen. Nur dann wäre die Novellierung des Mutterschutzgesetzes ein wirklicher Erfolg.

gez.
Rebecca Mohr
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Medizinrecht
Master in Health and Medical Management, MHMM

Die Finanzierung des Gutachtens erfolgte durch die freundlicher Unterstützung von 69 privaten Spenderinnen und Spendern und der GeSRU