

Prof. Dr. Andreas Spickhoff

Am Bach 28
93053 Regensburg, 29.05.06
Telefon 0941/708 1931

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Forschungsstelle für Medizinrecht
Universität Regensburg
Universitätsstr. 31
93053 Regensburg
Telefon 0941/943 2635
Telefax 0941/943 1740
andreas.spickhoff@jura.uni-regensburg.de

Rechtsgutachten

erstattet der

Deutschen Vereinigung zur Bekämpfung der Viruskrankheiten e.V.

**„Rechtliche Rahmenbedingungen für den Schutz
von Schwangeren und von Nasciturus vor Infektionsgefahren
im Arbeitsleben**

– dargestellt anhand des Parvovirus B 19 (Ringelröteln) –“

Gliederung

A. Sachverhalt und Fragestellung

- I. Sachverhalt**
- II. Fragestellung**

B. Rechtliche Stellungnahme

- I. Rechtliche Grundlagen im Überblick**
- II. Mutterschutzgesetz**

1. Zweck
2. Gesundheitsökonomische Aspekte und ökonomische Analyse des Rechts
3. § 4 Abs. 2 Nr. 6 Mutterschutzgesetz
 - a) Konkretisierung in der forensischen Praxis
 - b) Konkretisierung im Schrifttum
 - c) Tatbestand und Wortlaut
 - d) Das „besondere“ Risiko einer Berufskrankheit
 - e) Beweislast: Privater Mutterschutz und öffentliches Eingriffsrecht
 - f) Grundrechte und grundrechtliche Schutzpflichten
 - g) Haftungsrechtliche Freiräume der Schwangeren
 - h) Der Aspekt der Impfpräventabilität
4. Zur Parvovirus B 19-Infektion als Teil der Gesamtproblematik berufsbedingter Infektionsgefahren
5. Zusammenfassung
6. Rechtspolitik

- III. Zur sog. Biostoffverordnung**

1. Bedeutung
2. Inhalt
3. Einstellungspraxis und Vorsorgeuntersuchung
4. Zusammenfassung

- IV. Mutterschutzrichtlinienverordnung**

V. Zusammenfassung

A. Sachverhalt und Fragestellung

I. Sachverhalt

In den letzten Jahren sind verschiedentlich behördliche Beschäftigungsverbote gegenüber Arbeitgebern in Bezug auf Schwangere ausgesprochen worden, die im medizinischen Bereich oder als Kindergärtnerinnen tätig waren. Hintergrund dafür ist die Gefahr von Infektionen durch Kinderkrankheiten, etwa durch Kontakt mit Blut, Speichel o. ä.. Dabei wurde das auf die einschlägigen Bestimmungen des Mutterschutzrechts gestützte Beschäftigungsverbot teilweise vom Beginn der Schwangerschaft bis zu deren Ende (an das sich der Mutterschaftsurlaub anschließt) erstreckt, soweit die drohende Infektionsgefahr entsprechende Verbote nach der Einschätzung der Behörden getragen hat.

Diese Praxis wird teilweise auch beim Parvovirus B 19, das die sog. Ringelröteln (nicht zu verwechseln mit „klassischen“ Röteln) auslöst, angewandt. Namentlich Betreiber von Kindergärten sollen dem Vernehmen nach deshalb im Vorfeld der Einstellung von Kindergärtnerinnen die entsprechenden Frauen u. a. darauf hin mit deren Einverständnis getestet haben, ob sich in ihrem Blut Antikörper finden lassen oder nicht; eine Impfung gegen Ringelröteln ist derzeit nicht möglich. Ohne daß dies offen ausgesprochen wird, hat es den Anschein, daß nach Möglichkeit Frauen ohne entsprechende Antikörper vielfach nicht eingestellt bzw. daß Frauen mit entsprechenden Antikörpern bevorzugt eingestellt werden.

Dabei ist die Praxis in Bezug auf die Dauer des verhängten Beschäftigungsverbotes in den verschiedenen Bundesländern durchaus uneinheitlich. Unstreitig ist, daß eine Infektion mit dem Parvovirus B 19 hauptsächlich als Tröpfcheninfektion über Nasen-Rachen-Sekret erfolgt. Auch Schmierinfektionen durch Speichel und Blut sind möglich.

In Deutschland weist durchschnittlich die Hälfte der Frauen im gebärfähigen Alter keinen Immunschutz gegen die Parvovirus B 19-Infektion auf. Insgesamt stellt die Ringelröteln-Infektion heute eine der häufigsten viruskorrelierten Komplikationen während der Schwangerschaft dar. Wenn nicht immune schwangere Frauen mit Ringelröteln infiziert werden, kann dies – wobei die Häufigkeit bislang nicht geklärt ist – zum spontanen Abort führen. Sodann können insbesondere im 2. und 3. Trimenom der Schwangerschaft die Viren transplazentar auf den Fötus übertragen werden. Dies kann zur Anämie mit der Folge einer Herzinsuffizienz des Fötus und zum sog. Hydrops fetalis führen. Hinweise auf Mißbildungen des Fötus als Folge einer Parvovirus B 19-Infektion gibt es nicht.

Liegt ein Hydrops fetalis vor, ist eine möglichst umgehende Behandlung mit Bluttransfusionen erforderlich. Ungeachtet dessen muß der Fötus in engmaschigen Ultraschallkontrollen auf die Ausbildung (hydrophischer) Ödeme untersucht werden, wenn bei einer schwangeren Frau eine akute Parvovirus B 19-Infektion nachgewiesen wird; ggf. sind also intrauterine Bluttransfusionen erforderlich. Bei sonographisch festgestelltem Hydrops fetalis und nachgewiesener Infektion kann durch regelmäßige intrauterine Transfusionen in über 80 % der Fälle ein Überleben erreicht werden¹. Durch entsprechende Vorgehensweisen können die Kinder ohne Ausbildung von Folgeerscheinungen gerettet werden².

Die Reaktion auf die entsprechenden Risiken einer Parvovirus B 19-Infektion während der Schwangerschaft ist in den einzelnen Bundesländern uneinheitlich. Manche Bundesländer (Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen) halten für die nicht immune Schwangere in Bezug auf die Gefahr einer Parvovirus B 19-Infektion ein generelles Beschäftigungsverbot während der gesamten Schwangerschaft für erforderlich, sofern eine nicht immune Schwangere beruflichen Umgang mit Kindern bis

¹ *Lehmann/Modrow*, Monatsschrift Kinderheilkunde 2/2004, 203, 210f m. w. N.

² *Modrow*, DÄBI 2001 C-1293, 1297.

zum vollendeten 10 Lebensjahr hat.³ Der Grund dafür liegt darin, daß während der gesamten Schwangerschaft eine entsprechende Gefahr für die Mutter oder für die Leibesfrucht angesichts der in Kindergärten und Schulen immer wieder vorkommenden Kleinraumepidemien gesehen wird, und die Infektionsgefahr aufgetreten sein kann, bevor das Auftreten von Ringelröteln diagnostiziert worden ist. Denn 30 % der Infektionen bei Kindern verlaufen ohne Symptome, so daß das Infektionsrisiko nicht oder nicht rechtzeitig erkannt wird. Auch beginnt in allen Fällen die Virusausscheidung vor Auftreten der Symptome. Maßgebend für die Annahme einer besonderen Gefährdung im Sinne des Mutterschutzrechts sei ein Vergleich der Gefährdung der Kindergärtnerinnen mit der Gefährdung der arbeitenden Allgemeinbevölkerung.

In anderen Bundesländern (Bayern, Rheinland-Pfalz) wird demgegenüber nur ein Beschäftigungsverbot ausgesprochen, wenn ein in einer Kinderbetreuungseinrichtung aufgetretener Fall einer Parvovirus B 19-Infektion festgestellt worden ist. Nach Abklingen der Infektionswelle, also dann, wenn 4 Wochen keine Erkrankungen mehr aufgetreten sind, kann die Arbeit wieder aufgenommen werden, wenn dies der betreuende Gynäkologe befürwortet. Hintergrund dafür ist, daß in den entsprechenden Bundesländern das Risiko der Parvovirus B 19-Infektion in Kindergärten und Grundschulen insoweit als nicht signifikant höher angesehen wird als außerhalb der Einrichtung. Das gilt auch in Bezug auf das Risiko eines Hydrops fetalis oder eines Spontanaborts. Auch diese Risiken seien bei der Berufsgruppe der Kindergärtnerinnen und Grundschullehrerinnen nicht erhöht. Bislang hat sich die Realisierung entsprechender Risiken weder in der gynäkologischen Praxis noch im Bereich der Statistiken betreffend der als Berufserkrankungen gemeldeten Infektionen der Berufsgenossenschaften (wo kein Fall einer Parvovirus B 19-Infektionen bei Kindererzieherinnen in den letzten Jahrzehnten gemeldet wurde) feststellen lassen. Die gemeldeten Fälle betreffen vielmehr etwa Infektionen mit Hepatitisviren.

³

Handreichung „Mutterschutz bei beruflichem Umgang mit Kindern“ der Landesanstalt für Arbeitsschutz NRW, Redaktion: Arbeitskreis Mutterschutz der Arbeitsschutzverwaltung NRW, Arbeitsmedizinischer Dienst der Stadt Köln, RWTÜV Akademie; Privatdozent Dr. Kohlen, vom 01.09.2004 S. 17f.

Die Risiken einer Parvovirus B 19-Infektion während der Schwangerschaft sind im neueren Fachschrifttum verschiedentlich untersucht worden⁴. Zum Teil wird in Endemiezeiten ein erhöhtes Risiko für eine Parvovirus B 19-Infektion bei Betreuerinnen von Kleinkindern unter 18 Monaten gesehen, jedoch soll das Risiko generell mit der Berufserfahrung abnehmen. Zum Teil wird auch bei Betreuerinnen von Kindern unter sieben Jahren ein erhöhtes Risiko der Infektion erblickt, nicht jedoch bei Lehrerinnen. In allen Publikationen ist von einem signifikant erhöhten Risiko der Infektion einzelner Berufsgruppen sogar während epidemischer Ausbrüche der Krankheit keine Rede⁵. Demgegenüber findet sich das höchste (relative) Infektionsrisiko übereinstimmend dann, wenn die Schwangere bereits ein oder zwei eigene kleine Kinder hat, oder wenn privater Kontakt zu Kindern im gleichen Haushalt besteht. Auch nimmt das Risiko der Ausbildung eines Hydrops fetalis deutlich ab, wenn die Infektion nach der 20. Schwangerschaftswoche oder später erfolgt. Zudem ist zu unterscheiden zwischen dem Infektionsrisiko von Kindererzieherinnen oder Lehrerinnen und dem Risiko des Abortes oder des Hydrops fetalis. Die beiden letztgenannten Risiken lassen sich nach allen einschlägigen Veröffentlichungen auch in Bezug auf Kindergärtnerinnen nicht als erhöht bezeichnen. Im Übrigen hat eine Parvovirus B 19-Infektion für die Schwangere selbst keinen anderen oder gar schwereren Verlauf als für nichtschwangere Personen gleich welchen Geschlechts.

II. Fragestellung

Angesichts dieses Diskussionsstandes hat die deutsche Vereinigung zur Bekämpfung der Viruskrankheiten e. V. einen zeitweiligen Fachausschuss zu Parvovirus B

⁴ *Valeur-Jensen; Pedersen; Westergaard; Jensen; Lebech; Andersen; Aaby; Pedersen; Melbye*, Journal of American Medical Association 1999 [Vol. 281 No.12], 1099ff; *Alanen; Kahala; Vahlberg; Koskela; Vainionpää*, BJOG: International Journal of Obstetrics & Gynaecology 2005 [112], 50ff; *Harger; Adler; Koch; Harger*, Obstetrics & Gynecology 1998 [91], 413ff; *Enders, Weidner, Zoellner, Searle, Enders*, Prenatal Diagnosis 2004 [24], 513ff; *Modrow*, DÄBl 2001, C-1293ff; *Lehmann/Modrow*, Monatsschrift Kinderheilkunde 2/2004 203ff; *Modrow/Gärtner*, Die Parvovirus B19-Infektion – ein vielschichtiges Problem in der Schwangerschaft, demnächst in DÄBl.

⁵ *Modrow/Gärtner*, Die Parvovirus B19-Infektion – ein vielschichtiges Problem in der Schwangerschaft, demnächst in DÄBl. (Manuskript S. 16 sub. Epidemiologie und Schlußfolgerung).

19-Infektionen unter dem Vorsitz von Prof. Dr. Susanne Modrow eingesetzt. In diesem Fachausschuss geht es u. a. um die Prüfung der Frage, ob eine Novellierung des Mutterschutzgesetzes notwendig ist. Sodann soll die Infektionsgefahr für Schwangere, die in Kindergemeinschaftseinrichtungen beschäftigt sind, durch Parvovirus B 19-Infektionen fachlich eingeschätzt werden.

Die deutsche Vereinigung zur Bekämpfung der Viruskrankheiten e. V. und ihr Fachausschuss zu Parvovirus B 19-Infektionen bitten nun um die Erstellung eines Rechtsgutachtens zu der Frage der rechtlichen Rahmenbedingungen für den Schutz von Schwangerer und Nasciturus vor Infektionsgefahren im Arbeitsleben, dargestellt anhand der Parvovirus B 19-Infektion (Ringelröteln). Dabei geht es zunächst um die Analyse des geltenden Rechts und seiner Anforderungen, namentlich im Mutterschutzgesetz, aber auch in anderen einschlägigen Regelungsmaterien. Sollte die entsprechende Analyse ergeben, daß Reformbedarf in Bezug auf die entsprechenden Regelungen besteht, soll auch dazu Stellung genommen werden. Es geht also um die Analyse der *lex lata* und ggf. einen Ausblick auf die *lex ferenda*.

B. Rechtliche Stellungnahme

I. Rechtliche Grundlagen im Überblick

1. Rechtliche Regelungen, die schwangere Beschäftigte von bestimmten beruflichen Tätigkeiten ausnehmen bzw. mögliche Grundlagen für entsprechende Verbote statuieren, finden sich in der Verordnung über Sicherheits- und Gesundheitsschutz bei Tätigkeiten mit biologischen Arbeitsstoffen (sog. BiostoffVO) vom 27. Januar 1999⁶. Nach § 10 der BiostoffVO hat der Arbeitgeber insbesondere die erforderlichen Schutzmaßnahmen zur Sicherheit und zum Gesundheitsschutz der Beschäftigten zu treffen. Die Verordnung gilt nach § 1 für Tätigkeiten mit biologischen Arbeitsstoffen einschließlich Tätigkeiten in deren Gefahrenbereich. Dabei sind sog. biologische

⁶ BGBl. I 1999, S. 50.

Arbeitsstoffe im Sinne der Verordnung namentlich Mikroorganismen, womit alle zellulären oder nicht-zellulären mikrobiologischen Einheiten gemeint sind, die zur Vermehrung oder zur Weitergabe von genetischem Material fähig sind und beim Menschen Infektionen hervorrufen können. Zu den geschützten Tätigkeiten zählt insbesondere der berufliche Umgang mit Menschen, wenn dabei biologische Arbeitsstoffe freigesetzt werden können und dabei Beschäftigte mit den biologischen Arbeitsstoffen direkt in Kontakt kommen können (§ 2 BiostoffVO). § 15a BiostoffVO regelt die Veranlassung sowie das Angebot arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen.

2. Sodann ist der Arbeitgeber nach der Verordnung zum Schutze der Mütter am Arbeitsplatz (sog. Mutterschutzrichtlinienverordnung) vom 15. April 1997⁷ verpflichtet, rechtzeitig für jede Tätigkeit, bei der werdende oder stillende Mütter gefährdet werden können, Art, Ausmaß und Dauer der Gefährdung zu beurteilen und ggf. die erforderlichen Schutzmaßnahmen bis hin zur Freistellung der Schwangeren zu treffen.

3. In der forensischen Praxis die größte und ganz dominierende Bedeutung im hier interessierenden Text hat jedoch das Mutterschutzgesetz erlangt. Es gilt für alle Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen (§ 1 Nr. 1 MuSchG). Nach § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG dürfen werdende Mütter insbesondere nicht beschäftigt werden mit Arbeiten, bei denen sie infolge ihrer Schwangerschaft in besonderem Maße der Gefahr, an einer Berufskrankheit zu erkranken, ausgesetzt sind oder bei denen durch das Risiko der Entstehung einer Berufskrankheit eine erhöhte Gefährdung für die werdende Mutter oder eine Gefahr für die Leibesfrucht besteht. Zur Konkretisierung des Begriffs der Berufskrankheit wird dabei nach allgemeiner Ansicht⁸ auf die Legaldefinition in § 9 Abs. 1 S. 1 SGB VII abgestellt. Danach sind Berufskrankheiten diejenigen Krankheiten, die die Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates als Berufskrankheiten bezeichnet. Die aufgrund dieser Grundlage erlassene Berufskrankheitenverordnung liegt hierzu in § 1 fest, daß Berufskrankheiten die in der Anlage bezeichneten Krankheiten sind. In der Anlage wird

⁷ BGBl. I S. 782.

⁸ Statt aller: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (im folgenden: ErfK) /Schlachter, 5. Aufl. 2005, § 4 MuSchG Rdnr. 14.

in Ziffer 3101 als Berufskrankheit eine Infektionskrankheit angesehen, wenn der Betroffene im Gesundheitsdienst, in der Wohlfahrtspflege oder in einem Laboratorium tätig oder durch eine andere Tätigkeit der Infektionsgefahr im ähnlichen Maße besonders ausgesetzt war.

Die bisher bekannt gewordenen Gerichtsentscheidungen handeln allesamt um die Auslegung der betreffenden Normen des Mutterschutzgesetzes bzw. des SGB VII bzw. der darauf beruhenden Verordnung. Es ist hervorzuheben, daß es sich zumeist nicht um einen Rechtsstreit zwischen Schwangerer und Arbeitgeber gehandelt hat, sondern um Rechtsstreitigkeiten zwischen der jeweiligen Behörde und dem Arbeitgeber. Demgemäß waren jeweils feststellende Verwaltungsakte Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung. Das beruht darauf, daß die genannten Beschäftigungsverbote des Mutterschutzgesetzes unmittelbar kraft Gesetzes eintreten. Sie bedürfen daher an sich keiner Umsetzung durch eine aufsichtsbehördliche Verbotsverfügung im Einzelfall. Weil indes im Einzelfall Unklarheit bestehen kann, ob eine Arbeit unter ein Beschäftigungsverbot des § 4 MuSchG bzw. die BerufskrankheitenVO im Sinne des § 9 SGB VII fällt, ermächtigt § 4 Abs. 5 S. 1 MuSchG die Aufsichtsbehörde, dies durch feststellenden Verwaltungsakt im Einzelfall zu klären⁹. Es geht also im Allgemeinen um durch Verwaltungsakt getroffene Feststellungen, daß die betreffende Schwangere einem mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot unterfällt. Schon aufgrund der praktischen Relevanz wird daher im Folgenden zunächst das Beschäftigungsverbot in § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG analysiert.

Ungeachtet dessen kann ein Beschäftigungsverbot freilich theoretisch auch im Hinblick auf eine drohende Infektionsgefahr aus § 4 Abs. 1 MuSchG hergeleitet werden, wonach werdende Mütter u. a. nicht mit Arbeiten beschäftigt werden dürfen, bei denen sie schädlichen Einwirkungen von gesundheitsgefährdenden Stoffen ausgesetzt sind. Darunter lässt sich auch das Hervorrufen durch biologische Stoffe (Bakterien und Viren) und demgemäß das Hervorrufen von Infektionen subsumie-

⁹

BVerwG, Urt. v. 27.05.1993, (Az 5 C 42.89), S. 8; bestätigt in BVerwG, Urt. v. 26.04.2005 (Az 5 C 11.04), S. 5f; VG Berlin, Urt. vom 19.06.1990 Az 8 A 127.90.

ren¹⁰, wobei dem zweiten Absatz von § 4 MuSchG konkretisierende Wirkung in Bezug auf den ersten Absatz der Norm zukommt.

II. Mutterschutzgesetz

1. Zweck: Individualinteressen und Allgemeininteressen

Bekanntlich gründet sich die Methode der juristischen Auslegung auf vier traditionelle Kriterien: den Wortlaut, die systematische Stellung, die Entstehungsgeschichte und den Zweck der Norm¹¹. Ob es innerhalb dieser vier Kriterien ein hierarchisches System gibt und in welchem Verhältnis die vier Kriterien ggf. zueinander stehen, ist in der Methodenlehre nach wie vor umstritten und auch in der Judikatur nicht abschließend geklärt. Ungeachtet dessen ist jedenfalls unstrittig, daß der Zweck der Norm ein wesentliches Kriterium für die Gesetzesauslegung dann darstellt, wenn Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte zu keinem eindeutigen Ergebnis der Auslegung führen. In solchen Fällen prägt der Zweck der Norm die Auslegung. Überdies kann er theologische Extensionen oder Reduktionen legitimieren.

Der Zweck des Mutterschutzgesetzes und insbesondere seiner Beschäftigungsverbote der §§ 3 ff MuSchG besteht darin, der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit, die Arbeitsverhältnisse prägt, entgegenzuwirken. Der Gesetzgeber hat es für erforderlich gehalten, Arbeitnehmerinnen im Fall der Schwangerschaft mit Beschäftigungsverboten, die dem Arbeitgeber auferlegt werden, in Schutz zu nehmen. Dadurch soll der Widerstreit zwischen den Aufgaben der Frau als (werdender) Mutter und ihrer Stellung im Berufsleben als Arbeitnehmerin im Interesse der Gesunder-

¹⁰ Zmarzlik/Zipperer/Viethen, Mutterschutzgesetz, Mutterschaftsleistungen, Bundeserziehungsgeldgesetz, 8. Auflage 1999, § 4 Rdnr. 21.

¹¹ Statt aller: Wank, Die Auslegung von Gesetzes, 1997, S. 47 ff; Pawlowski, Einführung in die Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2000, Rdnr.102 (auch zur Entwicklung).

haltung von Mutter und Kind bzw. Nasciturus ausgeglichen werden¹². Zugleich realisiert der Gesetzgeber – freilich infolge der weithin fehlenden Disponibilität der gesamten Regelung in durchaus paternalistischer Haltung – seine Schutzpflicht aus Art. 6 Abs. 4 GG gegenüber der (werdenden) Mutter.

Auch wenn damit zuvörderst der Widerstreit zweier – vom Gesetzgeber freilich als ungleichgewichtig angesehener – Privatinteressen (von Arbeitnehmerin und Arbeitgeber) geregelt wird, werden durch das Mutterschutzgesetz nicht nur Privatinteressen berührt. Vielmehr steigert der Gesetzgeber namentlich über § 4 Abs. 5 MuSchG die betreffenden Zwecksetzungen und Interessen in den Charakter öffentlicher Interessen. Die Beschäftigungsverbote des Mutterschutzgesetzes sind damit auch Instrumente der Gefahrenabwehr¹³. Das beruht darauf, daß der Gesetzgeber der einzelnen Arbeitnehmerin trotz der verschiedenen zur Verfügung stehenden Instrumentarien des Arbeitsrechts nicht zutraut, ihre eigenen Interessen durchzusetzen. Selbst wenn sie dies kann, aber ihre Arbeit nicht (auch nicht vorübergehend) aufgeben will, führt dies durchaus zu einer Art paternalistischer Bevormundung. Diese findet ihre Rechtfertigung abgesehen von der Hochrangigkeit der betroffenen Schutzgüter Leben und Gesundheit der Mutter und des Nasciturus (über welche die Mutter außerhalb des Anwendungsbereichs des Mutterschutzgesetzes freilich durchaus in gewissen Grenzen selbstbestimmt disponieren kann¹⁴) vielleicht auch, wenngleich kaum offen ausgesprochen, in der Vermeidung gesundheitlicher Folgekosten.

Auch in der Ungleichbehandlung von nicht als Arbeitnehmerinnen tätigen Frauen (die demgemäß den Beschäftigungsverboten des Mutterschutzgesetzes nicht unterliegen) und Arbeitnehmerinnen, die dem MuSchG unterliegen, ist kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 GG) erblickt worden. Die besondere Schutzbedürf-

¹² BVerwG, Urt. v. 27. Mai 1993, Urt. v. 27. Mai 1993 (Az. 5 C 42.89); BVerfGE 37, 121, 125.

¹³ BVerwG, vorige Fußnote, S. 8f.

¹⁴ Dazu unten 3 g.

tigkeit von in persönlicher Abhängigkeit vom Arbeitgeber erwerbstätigen Müttern soll ein sachlich einleuchtender und daher legitimer Differenzierungsgrund sein¹⁵.

2. Gesundheitsökonomische Aspekte und ökonomische Analyse des Rechts

In einer neueren Veröffentlichung sind in Bezug auf die Parvovirus B 19-Infektion die Kosten eines strikt durchgeführten Beschäftigungsverbotes dem Ausmaß, in dem mit der Infektion verbundene Erkrankungen beim werdenden Kind vermieden werden, in Relation gesetzt worden. Das Ergebnis ist, daß ein finanzieller Aufwand in Höhe von 27.500.000 € zur Realisierung eines umfassenden Beschäftigungsverbotes für seronegative schwangere Kindergärtnerinnen erforderlich wäre. Ohne ein solches Beschäftigungsverbot entstünden demgegenüber zusätzlich erforderliche Behandlungskosten selbst in Höhe von insgesamt etwa 22.500 €. Der Differenz an finanziellem Aufwand stünden statistisch 1,4 verhinderte Fehl- oder Totgeburten (einschließlich tödlich verlaufender Hydrops Fälle) und 1,0 Fall von nicht tödlich verlaufenden Konstellationen eines Hydrops fetalis gegenüber¹⁶.

In der neueren juristischen Diskussion der Methodenlehre wird zunehmend – auch im Bereich des Gesundheits- und Medizinrechts – die Legitimität von (gesundheits-) ökonomischen Aspekten unter dem Stichwort „ökonomische Analyse des Rechts“¹⁷ anerkannt. Freilich können solche Wertungselemente bei der Auslegung wertungs-offener Tatbestände bzw. Tatbestandsmerkmale nur dort als methodisch legitim angesehen werden, wo Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte bzw. ein ge-

¹⁵ BVerwG, vorige Fußn. unter Hinweis auf BSG, Urt. v. 24. November 1983 (Az. 3 RK 35/82).

¹⁶ *Gärtner/Modrow*, Die Parvovirus B 19-Infektion – Auswirkungen eines Beschäftigungsverbotes für Schwangere in der Kinderbetreuung, erscheint demnächst in DÄBl (Manuskript S. 11, sub Kosten).

¹⁷ So der Titel des gleichnamigen Standardlehrbuchs von *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl. 2000. Bereits früh auf den Zusammenhang zwischen ökonomischen Erkenntnissen über ineffiziente Rechtsbildung hat *Mataja*, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, 1888, hingewiesen. S. auch § 106 SGB V.

ändertes Normenumfeld rechtssichere Antworten ohnehin nicht ermöglichen und abweichende Zielvorgaben und Richtungsentscheidungen des Gesetzgebers dem Wirtschaftlichkeitsgebot nicht vorgehen¹⁸. Deshalb darf die medizinische Indikation nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden. Die gesundheitliche Integrität und erst recht das Leben selbst ist dem Kosten-Nutzen-Vergleich auch vor dem Hintergrund des Verfassungsrechts (Art. 1, 2 GG) nur begrenzt zugänglich¹⁹. Ungeachtet dessen kann und sollte über das Effizienzprinzip indes Exzessen der Gesetzesauslegung im Hinblick auf die Anlegung überzogener Maßstäbe der Sorgfalt bzw. der Vorsicht begegnet werden²⁰.

Im Ergebnis sind Bedenken aus gesundheitsökonomischer Sicht gegenüber einer extensiven Handhabung der Verhängung von mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverboten zwar nicht allein ausschlaggebend; sie können aber durchaus als einer von mehreren relevanten Wertungsfaktoren im Rahmen der hier zu beantwortenden Frage berücksichtigt werden.

3. § 4 Abs. 2 Nr. 6 Mutterschutzgesetz

Nach § 4 Abs. 1 MuSchG dürfen werdende Mütter nicht mit schweren körperlichen Arbeiten und nicht mit Arbeiten beschäftigt werden, bei denen sie schädlichen Einwirkungen von gesundheitsgefährdenden Stoffen oder Strahlen von Staub, Gasen oder Dämpfen, von Hitze, Kälte oder Wasser, von Erschütterungen oder Lärm ausgesetzt sind. Diese Generalklausel wird im zweiten Absatz konkretisiert. Danach dürfen werdende Mütter insbesondere nicht beschäftigt werden mit Arbeiten, bei denen sie infolge ihrer Schwangerschaft in besonderem Maße der Gefahr, an einer Berufskrankheit zu erkranken, ausgesetzt sind oder bei denen durch das Risiko der

¹⁸ *Spickhoff*, Gesetzesverstoß und Haftung, 1998, S. 268, 270; *Kübler*, Effizienz als Rechtsprinzip, Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, S. 687, 698 ff; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 487.

¹⁹ Ebenso – aus haftungsrechtlicher Perspektive – *Steffen*, MedR 1993, 338; *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 294; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 166.

²⁰ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁵, Rdnr. 166.

Entstehung einer Berufskrankheit eine erhöhte Gefährdung für die werdende Mutter oder eine Gefahr für die Leibesfrucht besteht (§ 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG).

a) Konkretisierung in der forensischen Praxis

§ 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG ist in der Rechtsprechung soweit ersichtlich namentlich in folgenden Fällen angewendet worden:

(1.) Das Verwaltungsgericht Berlin hatte im Jahre 1990²¹ den Fall einer schwangeren Arzthelferin zu entscheiden. Zu den Aufgaben der Arzthelferin gehörte es insbesondere, in der Arztpraxis intramuskuläre Injektionen sowie Blutentnahmen durchzuführen. Die Arbeitnehmerin hatte sich geweigert, die genannten Tätigkeiten zu verrichten; es handelte sich also um den – eher untypischen – Fall eines direkten Konfliktes zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Der Betreiber der Arztpraxis wollte der Arzthelferin wegen der Weigerung, diese Tätigkeiten durchzuführen, sogar fristlos kündigen. Im Hinblick auf die Gefahr einer Virus-Hepatitis wurde es als feststehend angesehen, daß bei den entsprechenden Arbeiten infolge der Schwangerschaft die Arzthelferin im besonderen Maße der Gefahr einer Berufserkrankung ausgesetzt sei (Nr. 3101 der Berufskrankheitenverordnung). Das Gericht hob hervor, daß sich das Beschäftigungsverbot nicht gegen die Tätigkeit als Arzthelferin generell, sondern allein gegen die Gabe von intramuskulären Injektionen und die Durchführung von Blutentnahmen richtete. Eine werdende Mutter sei aufgrund von durch die Schwangerschaft herabgesetzten Abwehrkräften im besonderen Maße der Gefahr einer Virus-Hepatitis ausgesetzt. Es sei ausreichend, wenn die Art der Tätigkeit unter Berücksichtigung aller Vorsichtsmaßnahmen einen ausreichenden Schutz nicht zulasse, d. h. wenn die Tätigkeit mit einem Risiko behaftet ist, dem die Schwangere ohne sie nicht ausgesetzt wäre. Im Hinblick auf mögliche Stichverletzungen gewährleiste auch das Tragen von Handschuhen keinen ausreichenden Schutz. Damit konnte ohne weiteres festgestellt werden, daß die entsprechende Tä-

²¹ Ur. v. 19. Juni 1990 (Az. 8 A 127.90).

tigkeit zu einer signifikanten und berufsbedingten Erhöhung des Risikos entsprechender Infektionen führt. Das Interesse an einem effektiven Praxisbetrieb habe hinter dem überragend wichtigen Schutzgut der Gesundheit der werdenden Mutter und des Kindes zurückzustehen. Zudem wies das Gericht auf die Möglichkeit der ausnahmsweisen Zulässigkeit einer Kündigung im Falle unzumutbarer wirtschaftlicher Beeinträchtigungen nach § 9 Abs. 3 MuSchG hin, wofür aber nichts vorgetragen war.

(2.) In einem weiteren Fall entschied das Bundesverwaltungsgericht im Jahre 1993²² den Fall einer Assistenzzahnärztin. Der betreffende Arbeitgeber, ein Zahnarzt, war mit dem behördlichen Verbot belegt worden, die Assistenzzahnärztin nicht mehr mit Arbeiten zu beschäftigen, bei denen die Gefahr besteht, daß die Schutzfunktion der verwendeten persönlichen Schutzausrüstung (wie Mundschutz, Schutzhandschuhe) z. B. durch den Umgang mit möglicherweise infizierten spitzen, schneidenden, stechenden oder scharfen Gegenständen aufgehoben wird. Insbesondere sollte die Assistenzzahnärztin keine invasiv-operativen Tätigkeiten wie dentalchirurgische Eingriffe, Zahnextraktionen, Injektionen o. ä. ausführen. Auch alle übrigen Behandlungen wie konservierende Arbeiten sollte sie nur dann ausführen, wenn eine damit verbundene Verletzungs- und damit Infektionsgefahr ausgeschlossen werde. In den beiden ersten Instanzen (VG Mainz²³ und OVG Koblenz²⁴) erhielt der Zahnarzt als Arbeitgeber recht. Das Bundesverwaltungsgericht entschied entgegengesetzt. Zwar seien Restrisiken nicht mehr vom Mutterschutzgesetz erfasst. Von einem Restrisiko spreche man dann, wenn es nach den Maßstäben praktischer Vernunft ausgeschlossen ist, daß Schadensereignisse an den von der jeweiligen Rechtsnorm geschützten Rechtsgütern eintreten werden. Die nur geringe Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts bzw. der Gesundheitsgefährdung gehöre nicht in den Bereich des zu vernachlässigenden Restrisikos. Eine generell-abstrakte Betrachtung im Hinblick auf die mit der Arbeitssituation verbundenen Gesundheitsgefahren für Mutter und Kind müsse, um das Beschäftigungsverbot auszulösen, zu

²² Urt. v. 27. Mai 1993 (Az. 5 C 42.89).

²³ VG Mainz, Urt. v. 10. März 1988 (Az. 1 K 128/87).

²⁴ OVG Koblenz, Urt. v. 12. Oktober 1989 (Az. 12 A 72/88).

dem Ergebnis führen, daß mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall einzutreten pflege. Die Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts müsste umso größer sein, je geringer der möglicherweise eintretende Schaden sei, und sie dürfe umso kleiner sein, je schwerer der etwaige Schaden wiege. Das bedeute, daß bei der Gefahr besonders großer Schäden für besonders gewichtige Schutzgüter für die Bejahung einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit bereits die entfernte Möglichkeit eines Schadenseintritts ausreiche. Eine solche Rechtslage sei bei mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverboten, mit denen Infektionsgefahren vorgebeugt werden solle, gegeben. – In Wirklichkeit spricht das Bundesverwaltungsgericht zwar von einem hinreichend wahrscheinlichen Schadenseintritt, meint aber im Falle eines Risikos für besonders hochrangige Schutzgüter, daß die bloße Möglichkeit ausreichend sei. Hintergrund war die Sorge vor einer HIV-Infektion oder einer Infektion mit Hepatitisviren; die Chance der Realisierung eines entsprechenden Risikos wird in der Tat namentlich durch Stichverletzungen auch im Falle von zahnärztlich Tätigen berufsbedingt offensichtlich signifikant erhöht. Am Ende der Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich hervorgehoben, daß die Anordnung des Gewerbeaufsichtsamtes dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügt habe, weil das Beschäftigungsverbot auf solche Tätigkeiten beschränkt worden sei, bei denen durch die Benutzung bestimmter Gegenstände die Gefahr bestehe, daß die Schutzfunktion der verwendeten Schutzausrüstung aufgehoben und die schwangere Zahnärztin Infektionsgefahren ausgesetzt sei. Damit sei auf die betrieblichen Belange im möglichen Maße Rücksicht genommen worden.

(3.) In der neuesten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom April 2005²⁵, durch die vorinstanzliche Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Koblenz²⁶ und des OVG Rheinland-Pfalz²⁷ bestätigt worden sind, ging es um eine drohende Mumps-Infektionsgefahr einer Erzieherin in einem Kindergarten. Dem Arbeitgeber gegenüber war für die gesamte Dauer der Schwangerschaft ein mutterschutz-

²⁵ BVerwG, Urt. v. 26. April 2005 (Az. 5 C 11.04).

²⁶ VG Koblenz, Urt. v. 9. April 2003 (Az. K 1811/02.KO).

²⁷ OVG Rheinland-Pfalz (Koblenz), Urt. v. 11. September 2003 (Az. 12 A 10856/03), NZA-RR 2004, 93.

rechtliches Beschäftigungsverbot ausgesprochen worden, weil die Kindergärtnerin nicht über Mumps-Antikörper verfüge. Die Voraussetzung einer drohenden Berufskrankheit mit dem weiteren Erfordernis, daß die Betroffene durch eine Tätigkeit der Infektionsgefahr im ähnlichen Maße „besonders“ ausgesetzt gewesen sei, liege vor. Die allgemeine Gefährdung, die bei Infektionskrankheiten im Alltag bei einem Zusammentreffen mehrerer Personen bestehe, reiche allerdings nicht aus. Vielmehr müsse eine ähnliche Gefährdungslage vorliegen wie im Falle der Tätigkeit im Gesundheitsdienst, in der Wohlfahrtspflege oder im Falle der Tätigkeit in einem Laboratorium. Für den Risikovergleich sei darauf abzustellen, ob eine im Vergleich zu den anderen Tätigkeitsbereichen vergleichbare und eine im Vergleich zur übrigen Bevölkerung besondere Infektionsgefahr bestehe. Im Bereich des Kindergartens sei die Gefahr der Übertragung von Mumps deshalb besonders groß, weil in einer beachtlichen Zahl von Fällen Mumps-Infektionen ohne äußere klinische Erscheinungen verlaufen und die Infektiösität zudem bereits eine Woche vor dem Auftreten der Krankheitssymptome beginne. Eine besondere, erhöhte Gefährdung auch der Leibesfrucht sei nach dem Tatbestand von § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG nicht erforderlich. Der Senat meinte sodann, eine Erzieherin in einem Kindergarten ohne entsprechenden Impfschutz bzw. ohne Antikörper sei der Gefahr einer Mumpserkrankung mit besonderer, im Verhältnis zur Allgemeinbevölkerung berufsspezifisch deutlich erhöhter, überdurchschnittlicher Wahrscheinlichkeit ausgesetzt. Dies sei (im Ergebnis nicht anders als in den Fällen der stichbedingten Erhöhung eines Infektionsrisikos in den beiden vorgenannten Fällen) nicht eines weiteren statistischen Beweises bedürftig. „Angesichts der qualitativen Zusammenhänge“ bedürfe es zu dieser Feststellung einer genauen Quantifizierung einer Risikoerhöhung durch entsprechende epidemiologische Untersuchungen nicht. Auch der Hinweis auf ebenfalls vorhandene Ansteckungsgefahren in der Privatsphäre oder in der Öffentlichkeit stünden der Einordnung von Mumps als Berufskrankheit nicht entgegen, weil gerade die berufliche Tätigkeit besondere Nähe und Kontakte zu möglicherweise unerkannt infektiösen Kindern mit sich bringe und der Begriff der Berufskrankheit nicht auf solche Krankheiten beschränkt sei, die nur und ausschließlich mit einer bestimmten beruflichen Tätigkeit zusammenhängen, aber nicht in der allgemeinen Öffentlichkeit auftreten. Ausdrücklich offen gelassen hat das Bundesverwaltungsgericht, ab welchem

Grad des Impfschutzes der einen Kindergarten besuchenden Kinder das Infektionsrisiko auch für eine Erzieherin ohne entsprechende Antikörper in einem Kindergarten auf ein Maß reduziert wird, das keine besondere Infektionsgefahr mehr darstellt. Nicht erörtert wurde der Aspekt, daß die Mumpserkrankung auch seitens der Arbeitnehmerinnen impfpräventabel ist.

(4) Zusammenfassend lässt sich feststellen, daß in der bisherigen Entscheidungspraxis nur im neuesten Fall des Bundesverwaltungsgerichts²⁸ ein totales Beschäftigungsverbot für den gesamten Zeitraum der Schwangerschaft ausgesprochen worden ist. Im Übrigen ist die Tätigkeit der jeweiligen schwangeren Arbeitnehmerinnen nur beschränkt worden. Dies gebietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, auf denen auch das Bundesverwaltungsgericht in seiner neuesten Entscheidung hingewiesen hat. Die Frage, wo die - offenbar auch vom Bundesverwaltungsgericht prinzipiell anerkannte - Grenze liegt, ab wann ein Infektionsrisiko auf ein Maß reduziert sein kann, das keine besondere Infektionsgefahr mehr darstellt, ist bislang durch die Gerichte noch nicht beantwortet worden. (Auch) Im Falle der Mumpserkrankung hat das Bundesverwaltungsgericht mit dem Topos der Gerichts- bzw. Allgemeinkundigkeit argumentiert und daher eine genauere Quantifizierung der Risikoerhöhung durch entsprechende epidemiologische Untersuchungen für nicht erforderlich gehalten.

b) Konkretisierung im Schrifttum

Im juristischen Schrifttum ist die Konstellation der Infektionsgefahr bislang nicht eingehend erörtert worden.

Anerkannt ist, daß es nicht etwa verboten ist, schwangere Frauen mit Tätigkeiten zu beschäftigen, die allgemein zu einer Berufskrankheit führen können, sofern sich daraus keine erhöhten Gefahren für die Schwangere ergeben²⁹. Indes wird darauf hin-

²⁸ BVerwG, Urt. v. 26. April 2005 (Az. 5 C 11.04).

²⁹ Meisel/Sowka, Mutterschutz und Erziehungsurlaub, 5. Auflage, 1999 § 4 Rdnr. 19a.

gewiesen, daß das Erfordernis der Gefahrerhöhung nicht in Bezug auf den Nasciturus gilt³⁰. Anerkannt ist überhaupt seit jeher, daß Berufskrankheiten erfasst werden, deren Auswirkungen das werdende oder kleine Kind betreffen bzw. Früh- oder Fehlgeburten auslösen. Dabei soll ein Missgeburtsrisiko von 1:300.000 ausreichen³¹.

Anerkannt ist sodann, daß im Falle von Konkurrenzen mit anderen Beschäftigungsverboten des § 4 MuSchG dasjenige geltend gemacht werden kann, das die Schwangere bzw. die Behörde gewissermaßen am leichtesten ausreichend darlegen und beweisen kann. Es gilt also gewissermaßen ein Günstigkeitsprinzip zugunsten eines Beschäftigungsverbotes. Das gilt gerade auch in Bezug auf Infektionen (wie mit Röteln im Gesundheitsdienst³² oder die Gefahr einer Infektion durch Hepatitisviren³³).

Vereinzelt wird vertreten, dass die gesetzliche Vermutung des § 9 Abs. 3 SGB VII im Verhältnis zum Arbeitgeber gelten soll. Danach ist die Berufskrankheit kraft einer Vermutung infolge der Tätigkeit/Arbeit durch den Arbeitgeber verursacht worden³⁴. Auf dieser Linie läge es ferner, auch die Vermutung des § 12 SGB VII (analog) greifen zu lassen, wenn es um den Gesundheitsschaden einer Leibesfrucht geht; danach genügt es zur Annahme einer Berufskrankheit als Versicherungsfall, daß der Gesundheitsschaden der Leibesfrucht durch besondere Einwirkungen verursacht worden ist, die „generell“ (also nicht: „konkret“) geeignet sind, eine Berufskrankheit der Mutter zu verursachen.

Eine erhöhte Gefährdung im Sinne von § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG soll eine über die allgemeine Gesundheitsgefährdung hinausgehende gesteigerte Gefährdung wer-

³⁰ Meisel/Sowka, Mutterschutz und Erziehungsurlaub, § 4 Rdnr. 20.

³¹ Heilmann, Mutterschutzgesetz 2. Auflage 1991, § 4 Rdnr. 32 unter Hinweis auf VG Frankfurt a. M. (loc. cit. Rdnr. 33, von 8/83, Az I/5-K 774/82, nicht veröffentlicht).

³² Zmarzlik/Zipperer/Viethen, § 4 MuSchG Rdnr. 46e.

³³ Zmarzlik/Zipperer/Viethen, § 4 MuSchG Rdnr. 47 m. w. N.

³⁴ Zmarzlik/Zipperer/Viethen, § 4 MuSchG Rdnr. 47b unter Hinweis darauf, daß all dies auch für werdende Mütter gilt (Rdnr. 48b).

dender Mütter bedeuten. Verboten sind damit Tätigkeiten, die für die Schwangere ein über das „normale“ Maß hinausgehendes Risiko einer Berufskrankheit schaffen³⁵. Bei der Leibesfrucht genügt indes – wie bereits erwähnt – die bloße Tatsache der Gesundheitsgefahr, was jeweils im Einzelfall konkret festgestellt werden muß³⁶. Erforderlich soll jedenfalls sein, daß werdende Mütter gerade wegen ihrer Schwangerschaft im besonderen Maße der Gefahr einer Berufskrankheit ausgesetzt sind³⁷. Ausreichend ist, daß eine Berufskrankheit sich besonders schädlich auf die werdende Mutter oder auf das Kind auswirken kann, auch wenn die Schwangerschaft an sich keine irgendwie erhöhte Gefahr der Erkrankung mit sich bringt. Die generell gesteigerte Anfälligkeit labiler Schwangerer soll hingegen nicht genügen, um ein Beschäftigungsverbot auszulösen³⁸.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, daß auch im Schrifttum das allgemeine Lebensrisiko außerhalb berufsspezifischer Gefahren kein Beschäftigungsverbot auslösen lassen soll. Zutreffend wird in Anlehnung an den Wortlaut von § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG aber darauf hingewiesen, daß eine „erhöhte“ Gefährdung für die Leibesfrucht gerade nicht verlangt wird. Erforderlich ist aber der Eintritt einer Berufskrankheit. Dabei setzt der sozialrechtlich geprägte Begriff der Berufskrankheit doch wieder voraus, daß die Arbeitnehmerin der Infektionsgefahr in ähnlichem Maße „besonders ausgesetzt“ gewesen sein muß wie im Falle einer Tätigkeit im Gesundheitsdienst, in der Wohlfahrtspflege oder in einem Laboratorium. Nur unter dieser Voraussetzung ist vertreten worden, daß dann eine entsprechende Infektionskrankheit im Wege der Vermutung auch als Berufskrankheit angesehen werden kann, so

³⁵ ErfK/*Schlachter*⁵, § 4 MuSchG Rdnr. 14.

³⁶ *Zmarzik/Zipperer/Viethen*, § 4 MuSchG Rdnr. 49e.

³⁷ *Buchner/Becker*, Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeldgesetz, 7. Auflage 2003, § 4 Mutterschutzgesetz Rdnr. 52 unter Hinweis auf BT-Drucks. zu IV/3652 S. 3f.

³⁸ *Buchner/Becker*, § 4 Mutterschutzgesetz Rdnr. 53, 55; siehe auch *Gröninger/Thomas*, Mutterschutzgesetz, 33. Lieferung 10/2002 (Loseblatt), § 4 Mutterschutzgesetz Rdnr. 16: die für Arbeitnehmer allgemein gegebene Gefahr reicht nicht aus.

dass die Schwangere nicht den (kaum möglichen) Beweis führen muß, sich die Infektion außerhalb der Arbeit zugezogen zu haben.

c) Tatbestand und Wortlaut

Damit sind bereits wesentliche Aspekte, die aus Wortlaut und System des § 4 MuSchG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 SGB VII in Verbindung mit der betreffenden Rechtsverordnung folgen, vorgezeichnet. § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG stellt eine besondere Konkretisierung dar, die einen Rückgriff auf den ersten Absatz (oder auch andere Nummern des zweiten Absatzes der Norm) zwar nicht ausschließt, aber gleichwohl in der bisherigen Diskussion zu Recht dominiert.

Erforderlich ist in Bezug auf die Schwangere selbst in der ersten Variante, daß diese „im besonderen Maße“ der Gefahr, an einer Berufskrankheit zu erkranken, „ausgesetzt“ ist. Die zweite Alternative von § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG besteht darin, daß ein Risiko für die Entstehung einer Berufskrankheit festgestellt werden muß, die ggf. ihrerseits eine „erhöhte“ Gefährdung für die werdende Mutter auslöst. Die dritte Variante schließlich, die hier ganz im Vordergrund steht, besteht darin, daß die Schwangere ein Risiko der Entstehung einer Berufskrankheit trägt, die ihrerseits eine bloße (nicht: „erhöhte“) Gefahr für die Leibesfrucht auslöst.

In jedem Falle muß die Schwangere indes das Risiko laufen, eine Berufskrankheit zu erleiden. In Betracht kommt hier nach Nr. 3101 der Anlage zu § 1 Berufskrankheitenverordnung als Berufskrankheit eine „Infektionskrankheit, wenn der Versicherte im Gesundheitsdienst, in der Wohlfahrtspflege oder in einem Laboratorium tätig oder durch eine andere Tätigkeit der Infektionsgefahr im ähnlichen Maße besonders ausgesetzt war.“ Zu Recht sieht die Rechtsprechung keine durchgreifenden Bedenken, die Betreuungstätigkeit in Kindergärten, Kinderkrippen oder aber auch Grundschulen dem Begriff der „Wohlfahrtspflege“ zuzuordnen³⁹. Jedenfalls lässt sich nicht

³⁹

BVerwG, Urt. v. 26. April 2005 (Az. 5 C 11.04), S. 6 f. Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Positionen bzw. das Bestimmtheitsgebot sind m. E. gegenüber der Berufskrankheitenverordnung nebst Anlage auch in Bezug

bestreiten, daß die Tätigkeit in Kindergärten generell in ähnlichem Maße Infektionsgefahren auslöst (wobei es sich durchaus nicht um die gleichen Infektionsgefahren handeln muß), wie etwa eine Tätigkeit in einem Altenheim o. ä.. Nicht entscheidend kann sein, ob typischerweise oder überwiegend erkrankte Menschen zusammenkommen; davon kann jedenfalls bei einem Altenheim nicht ohne weiteres die Rede sein. Vielmehr kommt es auf eine besondere, überdurchschnittliche Gefahr in Bezug auf die jeweils in Rede stehende Infektion an, während die allgemeine Gefährdung, die bei Infektionskrankheiten im Alltag bei einem Zusammentreffen mehrerer Personen besteht, nicht genügt, um ein Beschäftigungsverbot auszulösen⁴⁰.

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang freilich, daß die unreflektierte Übernahme der Konkretisierung des Begriffs der Berufskrankheit nach sozialrechtlichen Kriterien im Mutterschutzrecht nicht a priori – zumindest de lege ferenda – zweifelsfrei ist. Denn im Falle der Konkretisierung des sozialrechtlichen Begriffs der Berufskrankheit geht es darum, diesen nutzbar zu machen, um eine Versorgung der Arbeitnehmerin im eingetretenen Krankheitsfalle sicherstellen zu können. Es geht um die finanzielle Versorgung von Kranken. Im Bereich des Mutterschutzgesetzes geht es zwar vielleicht auch um die präventive Vermeidung des Eintritts entsprechender Erkrankungen zum Zweck der Entlastung der Sozial(versicherungs)kassen, zuvörderst aber um den Ausgleich der Interessen von schwangeren Arbeitnehmerinnen und Arbeitgebern. Übermäßige, zu strikte und pauschale Eingriffe in die Berufsfreiheit vertragen sich nicht ohne weiteres mit den Interessen der Arbeitnehmerinnen, und erscheinen daher auch im Hinblick auf die Berücksichtigung der Arbeitgeberinteressen als nicht angemessen.

auf Nr. 3101 (dazu *Schimmelpfeng-Schütte*, Vortrag bei der DVV am 1.10.2005 in Hannover, erscheint demnächst) kaum erkennbar. Zum einen subsumiert das BVerwG Kinderbetreuungseinrichtungen unter den von vornherein zureichend bestimmten Begriff der „Wohlfahrtspflege“. Aber selbst wenn man auf die Variante der „anderen Tätigkeit“ abstellt, ist dazu eine Parallelität der Gefährdungslage der „ähnlichen“ Einrichtungen festgestellt werden. Das dürfte dem Gebot hinreichender Bestimmtheit ebenso genügen wie die Regelbeispielmethode des Strafrechts (z. B. § 243 Abs. 1 S. 2 StGB) oder dem Generaltatbestand des § 4 Abs. 1 MuSchG; auch gegenüber diesen Normen bzw. dieser Regelungsweise sind m. W. bislang noch keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken geltend gemacht worden.

40

Ebenso BVerwG, Urt. v. 26. April 2005 (Az. 5 C 11.04), S. 7 m. w. N. aus der sozialgerichtlichen Rechtsprechung.

d) Das „besondere“ Risiko einer Berufskrankheit

Damit ist das zentrale Tatbestandmerkmal herausgearbeitet, um dessen Konkretisierung es im Falle der Infektionsgefahren Schwangerer, auch zum Schutz des Nasciturus, geht.

Als Gefahr⁴¹ wird im der juristischen Sprachgebrauch eine mögliche Veränderung zum Schlechten bezeichnet⁴². Das Polizei- und Ordnungsrecht definiert die Gefahr als konkrete Gefahr, womit eine Sachlage gemeint ist, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, daß in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird⁴³; an dieser Begriffsausfüllung schließt auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts an.

Von vornherein ausscheiden kann man dabei die Variante des sog. Restrisikos im Sinne des Bundesverwaltungsgerichts, wonach nach den Maßstäben praktischer Vernunft eine Infektion vollständig ausgeschlossen ist. Es liegt auf der Hand, daß eine Infektion mit Ringelröteln schwangere und nicht-schwangere Beschäftigte ohne entsprechende Antikörper befallen kann, auch wenn sich eine solche Infektion mehrheitlich wohl unbemerkt vollzieht, weil die Auswirkungen keine gravierenden sind⁴⁴.

⁴¹ Zu den Begriffen der Gefahr, der Gefahrerhöhung und des Risikos näher *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rdnrn 194 ff.; *ders.*, Gefahr, Gefährdung, Gefahrerhöhung, Festschrift für Larenz, 1973, S. 885 ff.

⁴² *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht² Rdnr. 194 m.w.N.

⁴³ So z. B. § 2 Nr. 1 a) Nds. Sicherheits- und Ordnungsgesetz. Zur hier weniger weiterführenden soziologischen Trennung von Risiko (Zurechnung zu Entscheidungen) und Gefahr (externe Zurechnung) *Luhmann*, Soziologie des Risikos, 1991, S. 117.

⁴⁴ Zur Problematik des Restrisikos BVerwG, Urt. v. 27. Mai 1993 (Az. 5 C 42.89), S. 9f.

Bei der Konkretisierung des besonderen Ausgesetztseins der Gefahr im Sinne der Ziff. 3101 der Anlage zu § 1 der Berufskrankheitenverordnung⁴⁵ ist ein Vergleich erforderlich. Die Besonderheit muß sich im Unterschied zu einer Vergleichsgruppe ergeben. Diese Vergleichsgruppe ist, wie das Bundesverwaltungsgericht mit Grund hervorgehoben hat, nicht in der arbeitenden Allgemeinbevölkerung zu sehen, sondern es ist ganz allgemein auf das durchschnittliche Infektionsrisiko innerhalb der Bevölkerung abzustellen. Zu Recht hat das Bundesverwaltungsgericht daher ausgeführt, daß für den Risikovergleich Maß gibt, ob eine im Vergleich zur übrigen Bevölkerung besondere Infektionsgefahr besteht. Nur dann lässt davon sprechen, daß Arbeitnehmerinnen nach den zur Zeit des Beschäftigungsverbotes bestehenden tatsächlichen Verhältnissen und Begleitumständen der Gefahr einer Erkrankung in besonderem Maße ausgesetzt sind⁴⁶.

Bezogen auf die Gefahr einer Parvovirus B 19-Infektion bedeutet dies, daß das statistische Risiko einer entsprechenden Infektion im Falle von Kindergärtnerinnen (oder auch anderen Berufsgruppen, etwa angestellten Ärztinnen, Arzthelferinnen, Pflegepersonal u. ä.) signifikant höher sein müsste als im Bereich der „übrigen Bevölkerung“. Daß in diesem Zusammenhang die Infektionsgefahr von Schwangeren, die bereits ein Kind oder zwei Kinder haben, größer ist als von Erzieherinnen in Kindergärten, lässt es zumindest als zweifelhaft erscheinen, insoweit von einem gesteigerten Risiko auszugehen. Jedenfalls lässt sich dann nicht mehr von einer allgemeinkundigen bzw. gerichtsbekanntem Erhöhung eines entsprechenden Risikos sprechen. Vielmehr wäre erforderlich, daß entsprechende Studien die signifikante Erhöhung des Risikos darlegen können. Nur dann kann davon gesprochen werden, daß die betreffende Arbeitnehmerin bzw. der Nasciturus der Gefahr einer Erkrankung mit besonderer, im Verhältnis zur allgemeinen Bevölkerung berufsspezifisch deutlich erhöhter, überdurchschnittlicher Wahrscheinlichkeit ausgesetzt ist, wie das Bundesverwaltungsgericht⁴⁷ diese Voraussetzung formuliert hat. Nun darf der Begriff der Wahrscheinlichkeit jedenfalls nach der Entscheidung des Bundesverwal-

⁴⁵ Vom 31. Oktober 1997, BGBl. I S. 2632.

⁴⁶ BVerwG, Urt. v. 26. April 2005 (Az. 5 C 11.04), S. 8.

⁴⁷ A. a. O., S. 9.

tungsgerichts aus dem Jahre 1993 nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gleichgesetzt werden⁴⁸, sondern es kann – wie bereits dargelegt – schon die Möglichkeit der Erkrankung ausreichend sein. Ungeachtet dessen wird im Haftungsrecht zur Annahme einer Gefahr als Urteil angesichts der vielfachen Schadensmöglichkeiten in der modernen industriellen Gesellschaft entsprechend der Umgangssprache jedenfalls mehr als die bloße Möglichkeit verlangt⁴⁹. Insgesamt sollte daher besser vom Erfordernis einer berufsbedingten Risikoerhöhung gesprochen werden, die von der (unbeachtlichen) Realisierung des allgemeinen Lebensrisikos ebenso abzugrenzen ist⁵⁰ wie von sozialadäquaten geringsten Gefahren⁵¹.

e) Beweislast: Privater Mutterschutz und öffentliches Eingriffsrecht

Im Hinblick auf die Verteilung der Beweislast im Mutter – Arbeitgeber – Verhältnis ist allgemein anerkannt, daß die Schwangere grundsätzlich die Gefahr bzw. die sonstigen Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG im Einzelnen substantiiert darlegen und ggf. beweisen muß⁵². Im Prinzip muß dies auch im Verhältnis von einer Behörde zum Arbeitgeber gelten. Hier trifft die Behörde die Beweislast. Das beruht darauf, daß die Behörde gegenüber dem Arbeitgeber einen belastenden (feststellenden) Verwaltungsakt ausspricht, für dessen Voraussetzungen sie im Prinzip beweisbelastet ist.

⁴⁸ Ebenso – jedenfalls nicht durchgängig – das haftungsrechtliche Schrifttum zum Gefahrbegriff, näher u.m.w.N. *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht² Rdnrn. 196, 203.

⁴⁹ *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht² Rdnrn. 196.

⁵⁰ Dazu *Mädlich*, Das allgemeine Lebensrisiko, 1980; *Deutsch*, Das allgemeine Lebensrisiko als negativer Zurechnungsgrund, Festschrift für Günther Jahr, 1993, S. 251 ff; *Spickhoff*, Gesetzesverstoß und Haftung, 1998, S. 279 f.

⁵¹ Dazu *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht² Rdnr. 200.

⁵² Besonders deutlich *Zmarzlik/Zipperer/Viethen*, Mutterschutzgesetz, Mutterschaftsleistungen, Bundeserziehungsgeldgesetz, 8. Auflage 1999, § 4 Rdnr. 46e, 47a und Rdnr. 47b, wo die Meinung vertreten wird, es werde entsprechend § 9 Absatz 3 SGB VII vermutet, daß die Berufskrankheit in Folge der Tätigkeit/Arbeit durch den Arbeitgeber verursacht worden ist.

Freilich hat es das Bundesverwaltungsgericht⁵³ in Bezug auf die Mumps-Infektionsgefahr – außerordentlich weitgehend – als allgemeinkundig oder gerichtskundig⁵⁴ und daher nicht des weiteren statistischen Beweises bedürftig angesehen, daß der enge – auch körperliche – Kontakt zu Kindern, der weitaus intensiver sei als in einer Schule, eine Erzieherin in einem Kindergarten in Bezug auf diese Krankheit, die vorwiegend im Kinder- und Jugendalter auftritt, im Vergleich zur übrigen Bevölkerung und zu anderen Tätigkeiten einer besonderen, über das normale Maß deutlich hinausgehenden Ansteckungsgefahr aussetzt. Einer genaueren Quantifizierung der Risikoerhöhung durch entsprechende epidemiologische Untersuchungen bedürfe es „angesichts der qualitativen Zusammenhänge“ nicht.

Es ist überdies hervorzuheben, daß nur die *Infektionsgefahr* darzulegen und zu beweisen ist. Daß sich eine entsprechende Gefahr realisiert hat, ist selbstverständlich nicht darzulegen und zu beweisen, da auch die Verhinderung einer ersten Realisierung des Risikos im Schutz- und Aufgabenbereich der Norm liegt.

Das OVG Koblenz⁵⁵, dem das Bundesverwaltungsgericht gefolgt ist, hat sich in Bezug auf die – nicht entscheidungserhebliche – Infektionsgefahr des Nasciturus freilich in einem obiter dictum zu dem Hinweis veranlaßt gefühlt, daß insoweit ggf. zu differenzieren sei. Hier sei die Infektionsgefahr im Hinblick auf die von Sachverständigen aufgezeigte Möglichkeit eines Aborts in den ersten drei Monaten der Schwangerschaft als erfüllt anzusehen. Im Übrigen, also für die restliche Zeit der Schwangerschaft, bestehe demgegenüber angesichts der diesbezüglich nur „sehr vage vorliegenden Aussagen der Sachverständigen“ noch Aufklärungsbedarf. Daraus folgt, daß auch das OVG Koblenz die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG eindeutig bei der Behörde sieht.

⁵³ Ur. v. 26. April 2005 (Az. 5 C 11.04), S. 9.

⁵⁴ Zu diesen allgemeinen Kategorien des Beweisrechts, die eine Beweiserhebung zu entsprechenden Tatsachen z. B. durch Heranziehung von Sachverständigen erübrigen, und die deshalb nur mit der gebotenen Vorsicht verwendet werden sollten, z. B. (aus zivilprozessualer Sicht) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl. 2004, § 111 Rdnrn. 26 ff.

⁵⁵ Ur. v. 11. September 2003 (Az. 12 A 10856/03).

In Bezug auf die Parvovirus B 19-Infektionsgefahr liegt nach den bisherigen Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft freilich ein besonderes Risiko einer Berufskrankheit bzw. demgemäß eine besondere Gefahr nicht auf der Hand, d. h. sie ist jedenfalls als nicht allgemeinkundig anzusehen, wie das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf Mumps gemeint hat. Indes würde eine zureichende Infektionsgefahr und darauf beruhende Folgerisiken für die Mutter und insbesondere den Nasciturus dann angenommen werden können, wenn sich etwa von einem signifikant höheren Risiko von Müttern, die nicht berufstätig sind, aber ein oder zwei eigene Kinder haben, sprechen ließe, welches demjenigen von Kindergärtnerinnen ohne Kinder entspräche. Daß in einem solchen Fall eine berufsbedingte Risikoerhöhung vorliegen würde, zeigt sich ganz einfach dadurch, daß eine schwangere Kindergärtnerin, die ein eigenes Kind hat, die entsprechenden gesundheitlichen Risiken für sich und den Nasciturus berufsbedingt gewissermaßen verdoppeln würde. Indes würde eine solche Feststellung als Prämisse voraussetzen, daß Kindergärtnerinnen und deren Leibesfrucht ein generell höheres Risiko in Bezug auf die Folgen einer Parvovirus B 19-Infektion laufen als die Allgemeinbevölkerung. Daß dies der Fall ist, wird fachwissenschaftlich bestritten⁵⁶. Die Beweislast für eine entsprechende Feststellung liegt ggf. bei der Behörde.

f) Grundrechte und grundrechtliche Schutzpflichten

Es ist hervorzuheben, daß § 4 MuSchG und insbesondere sein Absatz 2 Nr. 6 der Realisierung von grundrechtlich geschützten Positionen, insbesondere von Leib und Leben der Mutter und des Nasciturus, dienen soll. Darauf hat das Bundesverwaltungsgericht bereits in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1993 hingewiesen und mit Grund hervorgehoben, daß die geschützten Rechtsgüter von sehr hohem, ja höchstem Rang sind⁵⁷. Genau genommen kommt der Staat durch die Statuierung entsprechender mutterschutzrechtlicher Arbeitsverbote und der behördlichen

⁵⁶ Zuletzt *Modrow/Gärtner*, Die Parvovirus B19-Infektion – ein vielschichtiges Problem in der Schwangerschaft, demnächst in DÄBl.

⁵⁷ Ur. v. 27.05.1993 (Az. 5 C 42.89) S. 10f.

Durchsetzung der solcher Arbeitsverbote seinen staatlichen Schutzpflichten in Bezug auf grundrechtlich geschützte Positionen, hier Leib und Leben, nach (Art. 1, 2 GG). Dem Anliegen des Schutzes der körperlichen Integrität von Mutter und eben auch des Nasciturus dient die Qualifizierung der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote als abstrakte Gefahrennormen, und ihm dient ebenso die Anbindung an eine bloße Gefährdung sowie die terminologische Abschleifung des Bundesverwaltungsgerichts von der Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts hin zur sogar bloß „entfernten“ Möglichkeit der Realisierung eines Risikos.

Dabei ist unstrittig, daß auch der Nasciturus unter den Schutz der Rechtsordnung – haftungsrechtlich ebenso wie verfassungsrechtlich – fällt. So steht ein viel diskutiertes Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (*EGMR*)⁵⁸ im Kontext des Schutzes des nasciturus während der Schwangerschaft. Es ging um die Schädigung eines Fötus durch Ärzte mit anschließender Fehlgeburt. Eine Schwangere war mit einer Patientin, der eine Spirale entfernt werden sollte, aufgrund einer Namensgleichheit verwechselt worden. Nachdem die französische *Cour de Cassation* die Ärzte strafrechtlich vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung freigesprochen hatte, entschied der *EGMR*, daß (auch) der nasciturus menschenrechtlich geschützt ist. Doch folgt daraus nicht, dass Verletzungen des nasciturus in jedem Fall strafbewehrt sein müssten. Vielmehr genügt auch die Zuerkennung von Schadensersatz. In Bezug auf die Rechtsfolgen bzw. möglicher Sanktionen sind also in gewissen Grenzen je nach Sach- und Interessenlage Differenzierungen möglich.

Daher sind, wie in den vorliegenden Entscheidungen durchaus verschiedentlich hervorgehoben worden ist, die berechtigten unternehmerischen Interessen des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Auch diese sind grundrechtlich über Art. 12 und 14 GG geschützt, wenngleich in der Wertehierarchie der Schutzgüter naturgemäß Leben und Gesundheit einen höheren Rang einnehmen als Vermögensinteressen.

⁵⁸ EGMR, NJW 2005, 727; dazu *Groh/Lange-Bertalot*, NJW 2005, 713; *dies.*, ZfL 2005, 2; *Spickhoff*, NJW 2005, 1694, 1699 f.

Hinzu kommt freilich noch ein weiteres: Je weiter man die behördlicherseits durchzusetzenden Beschäftigungsverbote fasst, umso eher beschneidet man auch die Freiheit der Schwangeren, trotz eines möglicherweise vorhandenen geringen Risikos ihrem Beruf nachzugehen. Damit wird ggf. in das Grundrecht aus Art. 1, 2 GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit), aber auch in Art. 12 GG (Berufsfreiheit) eingegriffen, vorausgesetzt, die Schwangere wünscht aus eigenem Antrieb die Weiterbeschäftigung während der Schwangerschaft trotz eines gewissen Risikos. Dieser Aspekt ist in der bisherigen vernachlässigt worden, wobei die Sachverhalte freilich entsprechende Abwägungen nicht ohne weiteres nahegelegt haben. Jedenfalls ist nicht zu verkennen, daß eine besonders konsequente Durchsetzung scharf akzentuierter grundrechtlicher Schutzpflichten ohne Dispositionsbefugnis des Rechtsgutträgers im Ergebnis zu Freiheitsbeschränkungen des Geschützten umschlagen kann. Auch wenn der Nasciturus selbst (noch) nicht die entsprechenden Rechtspositionen eigenverantwortlich ausüben kann, bleibt zumindest die Beschränkung der Freiheit der schwangeren Mutter, der die entsprechende Dispositionsmöglichkeit zu arbeiten genommen wird.

g) Haftungsrechtliche Freiräume der Schwangeren

Der letztgenannte Befund steht, auch wenn es im übrigen für die Differenzierung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen sachliche Gründe geben mag⁵⁹, in gewissem Gegensatz zur Haltung des zivilen Haftungsrechts. Dort ist höchst streitig, ob im Falle pflichtwidrigen Verhaltens einer Schwangeren der Nasciturus später gegen seine eigenen Eltern, namentlich gegen seine eigene Mutter, überhaupt Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der Leibesfrucht haben kann⁶⁰. Richtigerweise sollte dies zwar möglich sein, jedoch nur in den auch für lebende Kinder geltenden Grenzen des § 1664 BGB mit seiner Haftungsbeschränkung auf die sog. ei-

⁵⁹ Siehe BVerwG Urt. v. 27.05.1993 (Az. 5 C 42.89), S. 6f unter Hinweis auf BSG, Urt. v. 24. November 1983 (Az. 3 RK 35/82).

⁶⁰ Verneinend *Staudinger/Hager*, Kommentar zum BGB, 13. Bearb. 1999, § 823 Rdnr. B 49; im Kontext der Problematik „Kind als Schaden“ s. ferner *Coester-Waltjen*, Reproduktionsmedizin 2002, 183 188 f; aus österreichischer Sicht *Bernat*, Festschr. f. Krejci, Wien 2001, 1041, 1057: Die Erhebung eines solchen Anspruchs sei ein Fall des venire contra factum proprium.

genübliche Sorgfalt, die erst in der groben Fahrlässigkeit ihre Grenze findet (§ 277 BGB)⁶¹. Unstreitig ist jedenfalls im zivilen Haftungsrecht, daß die Freiräume der Schwangeren keinesfalls durch übertriebene Anforderungen an die Sorgfaltspflichten der werdenden Mutter konterkariert werden dürfen. Auf dieser Linie liegen – wenngleich auf anderer Ebene – auch die Regelungen der §§ 218 ff StGB.

Die Handhabung des Mutterschutzrechts ist demgegenüber in wesentlich stärkerem Maße paternalistisch angelegt. Das mag in der eingangs erwähnten, vom Gesetzgeber (und seither auch von der Rechtsprechung) durchgehend unterstellten persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit von Arbeitnehmerinnen gegenüber Arbeitgebern begründet sein. Doch fragt es sich, ob diese Haltung angesichts geänderter rechtstatsächlicher und soziokultureller Umfelder in der entsprechenden Pauschalität noch angebracht ist; man denke etwa an angestellte Doktorandinnen in medizinischen Kliniken oder Laboratorien, die dem Vernehen nach Schwangerschaften verheimlichen, um Beschäftigungsverboten zu entgehen, und die auf diese Weise wissenschaftliche Arbeiten (z. B. Dissertationen) auch während der Schwangerschaft voranbringen wollen, um Beruf und ggf. werdende Familie bzw. Kinder miteinander zu vereinbaren. Dieses Anliegen, das auch vom Gesetzgeber verfolgt wird, lässt bei der Handhabung und Auslegung der Beschäftigungsverbote des Mutterschutzgesetzes eine gewisse Vorsicht, nicht zuletzt unter dem Aspekt eines geänderten Normenumfeldes, aber auch im Hinblick auf die grundrechtlichen Freiheitsrechte der Schwangeren, angezeigt erscheinen.

h) Der Aspekt der Impfpräventabilität

⁶¹ Ebenso Münchener Kommentar zum BGB/*Wagner*, 4. Auflage 2004, § 823 Rdnr. 88; *Soergel/Spickhoff*, Kommentar zum BGB, 13. Auflage [im Erscheinen], Anhang I zu § 823: Arzthaftungsrecht, Rdnr.199; *Coester-Waltjen*, Festschrift für Gernhuber, 1993, S. 837, 847 f.

In der sog. Mumps-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts⁶² ist der Aspekt, ob eine Infektion (wie Mumps) impfpräventabel ist oder nicht, vernachlässigt worden. Das beruht offensichtlich darauf, daß das Gericht im Wortlaut des § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG keinen Anhaltspunkt dafür gefunden hat, die (vorherige) Möglichkeit der Impfung von Arbeitnehmerinnen in Bezug zu setzen auf die Belastung des Arbeitgebers mit dem entsprechenden Beschäftigungsverbot. Ist eine Schwangere nicht geimpft, und sind auch die zu betreuenden Kinder zumindest nicht notwendig durchgehend geimpft, greift das Beschäftigungsverbot nach seinem Wortlaut – die weiteren Voraussetzungen unterstellt – in der Tat ohne weiteres ein.

Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage der Lohnfortzahlung, die in § 11 MuSchG bejaht wird. Das steht zumindest rechtspolitisch in gewissem Widerspruch zu der weithin anerkannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach im Falle von Körper- und Gesundheitsverletzungen der oder die Geschädigte es sich schadensmindernd (§ 254 BGB) anrechnen lassen muß, wenn eine Operation (z. B. Anfertigung einer Zahnprothese) unterlassen wird, vorausgesetzt, sie ist einfach, gefahrlos und nicht mit besonderen Schmerzen verbunden. So führt, obwohl der so konkretisierten Zumutbarkeit mit Grund enge Grenzen gesetzt worden sind, selbst die Notwendigkeit einer Vollnarkose noch nicht zur Unzumutbarkeit⁶³. Das Zivilrecht geht also von einer Obliegenheit des potentiellen Geschädigten aus, eine drohende bzw. fortwirkende Schädigung durch zumutbare medizinische Behandlungen auszuschließen, zu minimieren oder gering zu halten. Wird diese Obliegenheit verletzt und realisiert sich das Risiko, dessen Realisierung die Statuierung der Obliegenheit hintanhaltend sollte, verliert der Geschädigte ganz oder teilweise seine Ansprüche auf Schadensersatz.

⁶² BVerwG, Urt. v. 26. April 2005 (Az. 5 C 11.04).

⁶³ RGZ 139, 131, 134; anders noch RGZ 83, 15, 18 ff; im Sinne der heute allgemeinen Ansicht *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 349; Münch-KommBGB/Oetker, 4. Aufl. 2003, § 254 Rdnr. 81; *Staudinger/Schiemann*, BGB, Bearbeitung 2005, § 254 Rdnr. 83; *Lange/Schiemann*, Schadensrecht, 3. Aufl. 2003, § 10 X 3 a (S. 578 ff), je m.w.N. aus der Rechtsprechung.

Dieser Gedanke sollte auf die Frage der Lohnfortzahlung nach § 11 MuSchG übertragen werden: Wer eine zumutbare, wirksame und angebotene Impfung in Kenntnis drohender Infektionsgefahren außerhalb oder während der Schwangerschaft unterlassen hat, der hat das entsprechende berufsbedingte Risiko der Infektion in Kauf genommen und zumindest seinen Anspruch auf Arbeitsentgelt wegen Beschäftigungsverbots (§ 11 MuSchG) verwirkt (§ 242 BGB). Auch in anderen Zusammenhängen ist anerkannt, daß die Grundsätze von Treu und Glauben im Bereich des Mutterschutzrechts gelten. So entspricht es allgemeiner Meinung, daß aus der Treupflicht der Arbeitnehmerin (im Einzelfall) eine Pflicht abzuleiten ist, das Angebot einer nicht verbotenen Arbeit anzunehmen⁶⁴. Daher steht dem Ergebnis nichts entgegen, nicht anders als im Rahmen von § 254 BGB (der nach ständiger Rechtsprechung eine Sonderausprägung von § 242 BGB unter dem Aspekt des venire contra factum proprium – Verbot des widersprüchlichen Verhaltens – beinhaltet⁶⁵) nach Ablehnung einer unproblematischen Impfung dem Anspruch auf Mutterschutzlohn § 242 BGB entgegenzuhalten. Der Zweck des Mutterschutzlohnes – es soll der Anreiz genommen werden, während der Schutzfristen untersagte Arbeit auszuführen⁶⁶ – steht dem nicht entgegen, da sich die Schwangere vor der entsprechenden Situation unschwer selbst schützen kann; unterlässt sie dies obliegenheitswidrig, kann dies nicht dem Arbeitgeber zur (finanziellen) Last fallen. Vielmehr ist zu bedenken, daß gerade durch die Versagung von Mutterschutzlohn ein (freilich nicht erzwingbarer) Anreiz zur (gefahrlosen) Impfung zum Schutz von Mutter und Nasciturus gesetzt werden kann. Im Mutterschutzgesetz sollte dies (in § 11) ausdrücklich klargestellt werden.

4. Zur Parvovirus B 19-Infektion als Teil der Gesamtproblematik berufsbedingter Infektionsgefahren

⁶⁴ Siehe *Heenen*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (Hrsg. *Richardi/Wlotzke*), 2. Aufl. 2000, § 226 Rdnr. 54 unter Hinweis auf BAG v. 31.3.1969, AP Nr. 2 zu § 11 MuSchG; siehe ferner *Buchner/Becker*, Vor §§ 3-8 MuSchG Rdnr. 37 m. w. N.

⁶⁵ BGH NJW 2000, 217, 219; BGH NJW 1999, 3627, 3628; BGH NJW 1999, 302, 305; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, 4. Aufl. 2002, Rdnr. 160; zum Diskussionsstand Münchener Kommentar zum BGB/*Oetker*, 4. Aufl. 2003, § 254 BGB Rdnr. 4 m. w. N.

⁶⁶ *Heenen*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 226 Rdnr. 44 m. w. N.

Die bisherigen Ausführungen haben deutlich werden lassen, daß im Falle einer fachwissenschaftlich als unstrittig angenommenen Risikoerhöhung berufsbedingter Art – wie etwa im Falle der Gefahr einer Mumpsinfektion durch schwangere Kindergärtnerinnen⁶⁷ – je nach Gefährdungslage ggf. ein pauschales behördliches Beschäftigungsverbot aus Gründen des Mutterschutzes in Betracht kommt bzw. von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung toleriert wird. Ein zumindest partielles Verbot, gerichtet auf einzelne Beschäftigungsausschnitte und/oder auf bestimmte zeitliche Abschnitte, ist ebenso im Falle einer drohenden Infektion über Blutkontakt (HIV, Hepatitis) angenommen worden. Solche begrenzten Formen des Beschäftigungsverbotes sind von vornherein aus Gründen der Verhältnismäßigkeit unter dem Aspekt der Erforderlichkeit (im Sinne des Prinzips eines Einsatzes des geringstmöglichen unter den geeigneten Mitteln) in Betracht zu ziehen.

Anders als in den genannten Fällen ist im Falle der Parvovirus B 19-Infektionsgefahr das Risiko nicht nur nicht bzw. kaum statistisch erfassbar, sondern es fehlt infolge gegenteiliger fachwissenschaftlicher Erkenntnis an einer offenkundigen, signifikant erhöhten Gefahr für Mutter und Nasciturus. Dem entspricht, daß es – anders als etwa im Falle der Hepatitis-Infektionen oder der HIV-Infektionen – bislang keinen einzigen nachgewiesenen Fall gibt, in dem sich eine entsprechende Gefahr realisiert hätte. Auch wenn das Fehlen der Realisierung einer besonders hohen Gefahr keinesfalls notwendig zur Auslösung eines – eben präventiven – Beschäftigungsverbotes sein kann, zeigt dies doch zumindest, daß eine statistische und signifikante berufsbedingte Erhöhung des Infektionsrisikos im Falle der Parvovirus B 19-Infektion namentlich durch Kindergärtnerinnen jedenfalls nicht als offenkundig bzw. allgemeinkundig unterstellt werden kann.

Hinzu kommt ein Weiteres: In Krankenhäusern, Pflegeheimen, Kindergärten oder -krippen sowie in (zumindest Grund-) Schulen ist die besondere und wohl auch er-

⁶⁷

Wobei an dieser Stelle dahingestellt sei, inwieweit das Ausmaß der vom Bundesverwaltungsgericht als gerichts- bzw. allgemeinkundig unterstellten Infektionsgefahr von Kindergärtnerinnen in Bezug auf Mumps medizinisch-wissenschaftlicher Prüfung standhält; hier liegt es durchaus anders als in den Vorentscheidungen zum Risiko der Infektionen durch Stichverletzungen von Personal in Arztpraxen (oder Krankenhäusern).

höhte Gefahr anderer Infektionen (wie Influenza, grippale Infekte, Magen- und Darminfektionen) etwa über sog. Enteroviren durchaus auf der Hand liegend, ja allgemein bekannt. Auch wenn es in Bezug auf erhöhte Infektionsgefahren in Kindergärten o. ä. hierzu noch keine Studien zu geben scheint⁶⁸, können sich solche Infektionen durchaus gefährdend auf die Schwangere und den Nasciturus auswirken, ja Aborte verursachen, namentlich im Falle von Magen- und Darminfekten. Gleichwohl ist bislang noch nicht vertreten worden, wegen einer entsprechend erhöhten Gefahr in Kinderbetreuungseinrichtungen während der Schwangerschaft oder überhaupt Beschäftigungsverbote unter dem Gesichtspunkt des Mutterschutzes auszusprechen. Konsequenterweise kämen aber auch hier pauschale und die gesamte Schwangerschaft umfassende Beschäftigungsverbote im Hinblick auf solche Infektionsgefahren wegen entsprechender Risiken in Betracht, da entsprechende Erkältungs- bzw. Grippeinfektionen nicht bzw. infolge einer möglichen Mutation der Erreger nur bedingt impfpräventabel sind. Auch werden Beschäftigungsverbote nicht im Hinblick auf denkbare Reinfektionen von an sich immunen Schwangeren in Bezug auf Masern, und Röteln verhängt. All dies müsste an sich zur Folge haben, daß jede Schwangere, die berufsbedingt mit einer größeren Anzahl von Personen in Berührung kommt, insgesamt einem pauschalen Beschäftigungsverbot während der gesamten Schwangerschaft zu unterziehen wäre. Daß eine solche massive Ausdehnung der Beschäftigungsverbote des Mutterschutzrechtes nicht auf der Linie des Gesetzgebers liegt, der dies sonst wesentliche einfacher hätte normieren können, ist offensichtlich. Daraus wird man im Umkehrschluß aber auch folgern können, daß das allgemeine Lebensrisiko am Arbeitsplatz auch vom strengen Mutterschutzrecht weder hintangehalten werden kann, noch daß dies im Aufgabenbereich der entsprechenden Normen liegt.

Wollte man umgekehrt wirklich jede berufsbedingte denkbare Gefahr für die Schwangere oder den Nasciturus mit Beschäftigungsverboten belegen, wäre es dagegen wohl erforderlich, z. B. auch dauerhaft sitzende Tätigkeiten unter die Generalklausel von § 4 Abs. 1 MuSchG zu fassen, weil dadurch die Gefahr der Blutzirku-

⁶⁸

Auskunft von A. Heim auf der Jahrestagung der Deutschen Vereinigung zur Bekämpfung der Viruskrankheiten 2005 anlässlich seines Vortrages zu „Infektionen mit ECHO/Coxsackie-Viren“ (erscheint demnächst).

lation und damit eine Gefahr für den Embryo begründet werden kann. § 4 Abs. 2 Nr. 2 MuSchG begrenzt indes entsprechende Tätigkeitsverbote geradezu nur auf stehende Tätigkeiten. Erstaunlich ist auch, wenn § 4 Abs. 2 Nr. 7 MuSchG ein Beschäftigungsverbot in Bezug auf Beförderungsmittel nach Ablauf des dritten Monats der Schwangerschaft ausspricht, obwohl gerade in den ersten drei Monaten der Schwangerschaft vielfach von gynäkologischer Seite von längeren und unnötigen Transportfahrten abgeraten wird.

Kurzum: All dies zeigt, daß das Mutterschutzgesetz keinen absoluten Schutz von Mutter und Embryo vor berufsbedingten Gefahren ausspricht, aussprechen kann und will. Anderenfalls bestünde die Gefahr, kraft Hoheitsaktes werdenden Müttern während der Schwangerschaft ganz weitgehend fast jede berufliche Tätigkeit zu untersagen, es sei denn, die betreffenden Frauen sind selbständig tätig, was freilich gerade in dem betreffenden Altersspektrum eher die Ausnahme bilden dürfte. Hingewiesen sei erneut darauf, daß Schwangere – vor die Alternative zwischen totalem Mutterschutz oder totaler Schutzlosigkeit gestellt – vielfach (gerade im wissenschaftlich-klinischen Bereich) Schwangerschaften gegenüber dem Arbeitgeber verheimlichen, um auf diese Weise einem absoluten Beschäftigungsverbot entgehen zu können. Denn disponibel ist die Rechtsfolge des Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz in der geltenden Fassung nicht.

Insgesamt sollte eine drohende Infektionsgefahr daher auch unter der Berücksichtigung der Verkehrserwartung bzw. der Sozialadäquanz bewertet werden, wenn es darum geht, ein „besonderes“ Ausmaß der Gefahr, an einer Berufskrankheit zu erkranken, festzustellen (wie in § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG), bzw. wenn es um die Erhöhung einer Gefährdung oder um das besondere Ausgesetztsein einer Infektionsgefahr nach der Definition der Berufskrankheit geht (wie in Nr. 3101 der BerufskrankheitenVO). Die Verkehrserwartung fließt in die Beurteilung einer Gefährdung als sozialadäquat ein. Nach der aus dem Straf- und Haftungsrecht bekannten Definition der Sozialadäquanz, die heute mehrheitlich zwar nicht als Rechtfertigungsgrund, wohl aber als teleologisch zu begründende einschränkende Auslegung oder Reduk-

tion einschlägiger Straftatbestände⁶⁹ und Haftungsnormen⁷⁰ verstanden wird, werden als sozialadäquat und daher zulässig (rechtmäßig) insbesondere unvermeidliche und nur geringfügig erhöhte Gefährdungen der Schutzgüter durch zugelassene Lebensführung, etwa durch Teilnahme am Beruf, angesehen. Gefordert wird nur, die Gefahr auf dasjenige Minimum einzuschränken, das sich nicht oder nur mit unverhältnismäßigem, unzumutbarem Aufwand ausschließen läßt, wenn man die Tätigkeit überhaupt gestatten will⁷¹. Es erscheint angebracht, die insoweit anerkannte und tradierte Kategorie der Sozialadäquanz auch für die Auslegung (zumindest) von § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG fruchtbar zu machen. Da Schwangeren die Berufsausübung grundsätzlich gestattet ist (Art. 12 GG), führt dies zu dem Ergebnis, daß geringfügige, an der Grenze zur naturwissenschaftlichen Signifikanz stehende Risikoerhöhungen in Bezug auf die Schwangerschaft (werdende Mutter und Nasciturus) dann kein Beschäftigungsverbot auslösen sollten, wenn die Alternative des Beschäftigungsverbots als unverhältnismäßig erscheint. So steht es – nicht nur nach den Ausführungen aus gesundheitsökonomischer Sicht⁷² – im Falle der nur marginal erhöhten Gefahr der Parvovirus B 19-Infektion durch eine Beschäftigung in Kinderbetreuungseinrichtungen. Auch wenn naturgemäß zum Schutze von Schwangerer und Kind Vorsicht angebracht ist und die Aufstellung laxer Maßstäbe bei der Konkretisierung des § 4 MuSchG vermieden werden muß, wird man von einer signifikanten Erhöhung der Gefahr bzw. des Risikos in Bezug auf Kindergärtnerinnen, Lehrerinnen in Grundschulen, Ärzten, Pflegepersonal in Krankenhäusern u. ä. kaum sprechen können, zumal das Infektionsrisiko der betreffenden Berufsangehörigen – berufstypisch – nicht größer ist als dasjenige einer schwangeren Mutter mit einem

⁶⁹ *Lackner/Kühl*, Kommentar zu Strafgesetzbuch, 25. Aufl. 2004, Vor § 12 StGB Rdnr. 29; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2004, Rdnrn. 30-32; *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 51. Aufl. 2003, Vor § 32 StGB Rdnr. 12; *Schönke/Schröder/Lenckner*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2001, Vorbem §§ 13 ff StGB Rdnr. 70, je m.w.N., auch aus der Rechtsprechung.

⁷⁰ Näher und m. w. N., auch aus der Judikatur, *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht² Rdnrn. 291 ff; *Soergel/Fahse*, Kommentar zum BGB, Band 2 (§§ 104-240), 12. Aufl. 1999, Rdnr. 16; kritisch wegen der mit dem Begriff verbundenen Offenheit des Bewertungsmaßstabs, nicht aber in der Sache, *Reichsgerichterätekommentar/Steffen*, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1989, § 823 Rdnr. 122.

⁷¹ Besonders deutlich z. B. *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht – Allgemeiner Teil⁵, Rdnr. 32.

⁷² Dazu oben sub. B II 2.

eigenen Kind.

5. Zusammenfassung

Das geltende Mutterschutzgesetz sieht in § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG einen in der bisherigen Praxis recht strikt gehandhabten Tatbestand eines Beschäftigungsverbotes vor. Erforderlich, um dieses Beschäftigungsverbot auszulösen, ist eine berufsbedingte Erhöhung des Risikos bzw. der Gefahr, an einer Berufskrankheit zu erkranken. Sodann ist eine entsprechende erhöhte Gefährdung für die werdende Mutter und eine einfache Gefahr für die Leibesfrucht erforderlich, aber auch ausreichend, wobei die jeweiligen Tatbestände im Verhältnis der Alternativität stehen. Zur Annahme einer entsprechenden berufsbedingten Risikoerhöhung für Schwangere und Nasciturus sollte auch der Aspekt der Verkehrserwartung, vor allem aber die Kategorie der Sozialadäquanz, herangezogen werden. Risiken, denen Kindergärtnerinnen, Lehrerinnen, Ärztinnen und Pflegepersonal in Bezug auf Infektionen ausgesetzt sind und die statistisch nicht höher einzuschätzen sind als diejenigen, welcher eine schwangere Mutter mit einem bereits geborenen Kind ausgesetzt ist, sollten daher nicht als ausreichend angesehen werden, um ein pauschales Beschäftigungsverbot auszulösen. Anders würde es liegen, wenn sich durch die Tätigkeit in einer entsprechenden Einrichtung ein ohnehin beträchtliches Risiko gewissermaßen z. B. verdoppeln würde. Die Beweislast dafür liegt bei der Behörde. Sie ist insbesondere in Bezug auf die Gefahr einer Parvovirus B 19-Infektion und damit zusammenhängenden Folgen nicht im Hinblick auf eine etwaige Allgemeinkundigkeit in dem Sinne zu konkretisieren, daß die entsprechende berufsbedingte Risikoerhöhung ohne weiteres festgestellt bzw. unterstellt werden könnte. Das gilt auch in Bezug auf das jeweilige Ausmaß des Verbots in zeitlicher und modaler Hinsicht.

6. Rechtspolitik

Insgesamt hat sich gezeigt, daß der geltende Normbestand – mit der notwendigen Vorsicht angewendet – zunächst einmal zu brauchbaren und akzeptablen Ergebnissen führen kann. Sollte sich herausstellen, daß die Rechtsprechung in beweisrecht-

licher Hinsicht freilich eine berufsbedingte Risikoerhöhung in Bezug auf die Gefahr einer Berufserkrankung der Schwangeren bzw. in Bezug auf daraus folgende negative Auswirkungen auf den Nasciturus über die Kategorie der Allgemeinkundigkeit unterstellt, bedarf dies des korrigierenden Eingriffs des Gesetzgebers. Denn es geht nicht an, daß sich die Rechtsprechung besserer fachwissenschaftlich-sachverständiger, d. h. hier medizinisch-wissenschaftlicher Einsicht verschließt. Denkbar wäre zur Aufrechterhaltung der gebotenen Flexibilität der Rechtsanwendung im Hinblick auf die Vielgestaltigkeit der Einzelfälle allein schon im Bereich möglicher Infektionsgefahren die im Vorstehenden aufgenommene Kategorie der Sozialadäquanz mit dem dann angezeigten Ergebnis, daß die nur marginal erhöhte Gefahr einer Parvovirus B 19 Infektion für Schwangere kein (zumal pauschales) Beschäftigungsverbot auslöst. § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG sollte demgemäß die Ergänzung angefügt werden: „..., es sei denn, die Gefahr oder Gefahrerhöhung ist nur unwesentlich (sozialadäquat)“.

Zusätzlich vorzuschlagen ist folgende Ergänzung im Hinblick auf die Disponibilität der Beschäftigungsverbote des Mutterschutzgesetzes: Bislang kann zwar eine werdende Mutter die Sechswochen-Frist umgehen, wenn sie sich zur Arbeitsleistung ausdrücklich bereiterklärt; die Erklärung kann jederzeit widerrufen werden (§ 3 Abs. 2 MuSchG). Auch kann nach § 4 Abs. 3 S. 2 MuSchG von den im 3. Absatz aufgeführten Beschäftigungsarten (Akkordarbeit, Fließarbeit) eine behördliche Ausnahme bewilligt werden, wenn die Art der Arbeit und das Arbeitstempo eine Beeinträchtigung der Gesundheit von Mutter oder Kind nicht befürchten lassen; disponibel wird die Norm für die werdende Mutter dadurch aber nicht. Denkbar wäre – insbesondere im Hinblick auf den erwähnten Fall der Wissenschaftlerinnen im Bereich der Universitätseinrichtungen – folgende Regelung, etwa als § 4 Abs. 1 S. 2 MuSchG:

„Die Aufsichtsbehörde kann Ausnahmen von Absatz 1 und Absatz 2 bewilligen, wenn sich die werdende Mutter zur Arbeitsleistung nach amtsärztlicher Aufklärung und/oder in Kenntnis des erhöhten Risikos für sich und die Leibesfrucht ganz oder teilweise ausdrücklich bereiterklärt; die Schwangere kann ihre Zustimmung zur Arbeitsleistung jederzeit ganz oder teilweise widerrufen.“

Der Ermessensspielraum der Behörde („kann“) soll namentlich die Möglichkeit der Prüfung im Falle entsprechender Anhaltspunkte eröffnen, daß die Entscheidung der werdenden Mutter für die Fortsetzung ihrer beruflichen Tätigkeit nicht aufgrund von persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit vom Arbeitgeber, m. a. W. infolge einer (z. B. arbeitsmarktbedingten) Drucksituation, getroffen worden ist.

III. Zur sog. Biostoffverordnung

1. Bedeutung

Die Bedeutung⁷³ der Verordnung über Sicherheits- und Gesundheitsschutz der Tätigkeiten mit biologischen Arbeitsstoffen, der sog. Biostoffverordnung vom 27. Januar 1999⁷⁴ ist vom Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 26. April 2005⁷⁵ im hier interessierenden Zusammenhang kurz hervorgehoben worden. Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse gegenüber dem nach dem Mutterschutzgesetz ergangenen feststellenden Verwaltungsakt sei durch die Regelungen der Biostoffverordnungen, insbesondere auch § 15a der BiostoffVO (Veranlassung und Angebot arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen), nicht (nachträglich) entfallen. Es kommt also nach wie vor maßgeblich auf das MuSchG an. Bezeichnend ist, daß demgemäß die Behörden auch nach Inkrafttreten der Biostoffverordnung auf der Grundlage des Mutterschutzgesetzes ggf. Beschäftigungsverbote aussprechen.

Immerhin ist es denkbar, daß überdies behördlicherseits belastende Verwaltungsakte bis hin zu Untersagungsverfügungen gegen Arbeitsgeber bzw. Unternehmer er-

⁷³ Siehe zur BiostoffVO auch den Überblick bei *Pieper*, Die Biostoffverordnung, Arbeitsrecht im Betrieb (AiB) 2001, 435 ff.

⁷⁴ BGBl I 1999, S. 50.

⁷⁵ Az. 5 C 11.04, S. 5 (sub II.).

gehen, welche den in der BiostoffVO statuierten Pflichten nicht oder nicht zureichend nachkommen.

2. Inhalt

Infektionen wie die Parvovirus B 19-Infektion bzw. entsprechende Gefährdungen fallen unter die BiostoffVO. Nach deren § 2 sind biologische Arbeitsstoffe u. a. Mikroorganismen, die bei Menschen Infektionen hervorrufen können (Absatz 1). Als Mikroorganismen werden dabei nach § 2 Abs. 2 BiostoffVO alle zellulären oder nichtzellulären mikrobiologischen Einheiten definiert, die zur Vermehrung oder zur Weitergabe von genetischem Material fähig sind. Zu den Tätigkeiten im Sinne dieser Verordnung zählt nach § 2 Abs. 4 S. 2 BiostoffVO der berufliche Umgang mit Menschen, wenn dabei biologische Arbeitsstoffe freigesetzt werden können und dabei Beschäftigte mit den biologischen Arbeitsstoffen direkt in Kontakt kommen können. Im Übrigen unterscheidet § 2 Abs. 5 BiostoffVO zwischen gezielten Tätigkeiten und nicht gezielten Tätigkeiten. Keine gezielte Tätigkeit liegt vor, wenn die Tätigkeit nicht auf einen oder mehrere biologische Arbeitsstoffe unmittelbar ausgerichtet ist. Im Falle der gelegentlichen Infektion von Kindergärtnerinnen (oder auch Lehrerinnen) während ihrer Tätigkeit in Kindergarten oder Schule wird man in diesem Sinne nicht von einer gezielten Tätigkeit sprechen können.

Sodann statuiert § 3 BiostoffVO die Einteilung für biologische Arbeitsstoffe in bestimmte Risikogruppen (im Ganzen vier), woraus sich jeweils unterschiedliche Sicherheitsanforderungen und Schutzmaßnahmen und weitere Pflichten ergeben (s. insbesondere § 10 BiostoffVO). Dazu gehört auch die Einteilung in die jeweiligen Gefährdungsgruppen.

Wesentlich ist weiter nach § 15a BiostoffVO die Veranlassung und das Angebot arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen. Im Falle nicht gezielter Tätigkeiten nach Anhang IV Abs. 2 Spalte 2 in Verbindung mit den in Spalte 3 genannten Bedingungen, bei denen die in Spalte 1 genannten impfpräventablen oder chronisch schädigenden biologischen Arbeitsstoffe tätigkeitsspezifisch auftreten oder fortwäh-

rend mit der Möglichkeit des Auftretens gerechnet werden muss und die Gefahr einer Infektion durch diese biologischen Arbeitsstoffe bei den Beschäftigten deutlich höher ist als bei der Allgemeinbevölkerung, sind arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen regelmäßig zu veranlassen (§ 15a Abs. 1 Nr. 2b BiostoffVO). Auch hier kommt es – wie nach der Rechtsprechung zum Mutterschutzgesetz – auf den Vergleich des Infektionsrisikos zwischen Arbeitnehmern einerseits und der Allgemeinbevölkerung andererseits (nicht: der „arbeitenden“ Bevölkerung) an. Nach § 15 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1 und 2 BiostoffVO sind zu veranlassen oder anzubieten Erstuntersuchungen vor Aufnahme einer gefährdenden Tätigkeit, weiter Nachuntersuchungen in regelmäßigen Abständen während dieser Tätigkeit. In Anhang IV wird festgelegt, daß arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen bei nicht gezielten Tätigkeiten mit den in Abs. 2 Spalte 1 genannten biologischen Arbeitsstoffen in den in Spalte 2 genannten Bereichen unter den Expositionsbedingungen der Spalte 3 zu veranlassen sind. Dazu gehört unter anderem das Masernvirus und das Mumpsvirus, wenn es um Einrichtungen zur medizinischen Untersuchung, Behandlung und Pflege von Kindern sowie zur vorschulischen Kinderbetreuung geht, aber auch im Falle von Forschungseinrichtungen und Laboratorien. Es muss ein regelmäßiger, direkter Kontakt zu Kindern bestehen bzw. es muss sich um regelmäßige Tätigkeiten mit Kontaktmöglichkeit zu infizierten Proben oder Verdachtsproben bzw. zu erregerehaltigen oder kontaminierten Gegenständen oder Materialien handeln (bezogen auf Forschungseinrichtungen und Laboratorien). Ringelröteln sind in diesem Anhang nicht aufgeführt. Im Übrigen hat nach § 15a Abs. 1 Nr. 2a BiostoffVO im Falle nicht gezielter Tätigkeiten nur dann eine arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchung regelmäßig veranlasst zu werden, wenn es sich um die Schutzstufe 4 handelt. Erforderlich wäre nach § 6 Abs. 2 Nr. 3 BiostoffVO dann, daß die Risikogruppe 4 einschlägig wäre. Das würde nach § 3 Nr. 4 BiostoffVO bedeuten, daß es sich um biologische Arbeitsstoffe handelt, die eine schwere Krankheit bei Menschen hervorrufen oder eine ernste Gefahr für Beschäftigte darstellen. Ferner muss die Gefahr einer Verbreitung in der Bevölkerung unter Umständen groß sein, und normalerweise darf eine wirksame Vorbeugung oder Behandlung nicht möglich sein. Es handelt sich dabei um die höchste Risikostufe.

Davon wird man beim Parvovirus B 19 nicht ausgehen können. Die von der Landesanstalt für Arbeitsschutz NRW herausgegebene Handreichung⁷⁶ geht beim Parvovirus B 19 von der Risikogruppe 2 aus; es handelt sich demnach um einen sog. biologischen Arbeitsstoff, der eine Krankheit beim Menschen hervorrufen kann und eine Gefahr für Beschäftigte darstellen kann, wobei eine Verbreitung des Stoffes in der Bevölkerung unwahrscheinlich ist. Auch ist eine wirksame Vorbeugung oder Behandlung normalerweise möglich. Zudem ist nach § 15a Abs. 5 Nr. 2 BiostoffVO auch dann, wenn der Arbeitgeber keine Untersuchung nach Absatz 1 zu veranlassen hat, eine solche Untersuchung anzubieten bei nicht gezielten Tätigkeiten, die der Schutzstufe 2 zuzuordnen sind, es sei denn, nach Gefährdungsbeurteilung und aufgrund der getroffenen Schutzmaßnahmen ist nicht von einer Infektionsgefährdung auszugehen (siehe auch § 6 Abs. 2 Nr. 1 BiostoffVO). Insgesamt ist damit auch in Bezug auf Parvovirus B 19-Infektionen eine arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchung vor Aufnahme einer gefährdenden Tätigkeit anzubieten (§ 15 Abs. 2 Nr. 1 BiostoffVO).

3. Einstellungspraxis und Vorsorgeuntersuchung

In Übereinstimmung mit der Stellungnahme des Sozialministeriums Baden-Württemberg vom 27.04.2005⁷⁷ ist der Arbeitgeber durch die Biostoffverordnung nur verpflichtet, nach Abschluss eines Ausbildungs- oder Arbeitsvertrages die Beschäftigten vor der Aufnahme von Tätigkeiten mit biologischen Arbeitsstoffen arbeitsmedizinisch untersuchen und beraten zu lassen. Das folgt aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen schon daraus, daß der „Arbeitgeber“ für angemessene arbeitsmedizinische Vorsorge zu sorgen hat. Arbeitgeber ist die betreffende (juristische oder natürliche) Person aber erst nach Abschluss eines entsprechenden Vertrages gegenüber der betroffenen Arbeitnehmerin. Im Ergebnis verlangt die Biostoffverordnung daher keinesfalls eine arbeitsmedizinische Untersuchung auf Antikörper vor Abschluss des betreffenden Vertrages.

⁷⁶ Mutterschutz bei beruflichem Umgang mit Kindern S. 12.

⁷⁷ Az. 23-6930, S. 4.

Wenn ein Arbeitgeber eine Immunitätsbescheinigung vor Abschluss des Arbeitsvertrages als Voraussetzung für die Einstellung als Erzieherin verlangt, um daraus ggf. Konsequenzen für seine Auswahl zu ziehen, so handelt es sich dabei, wie in dem bereits genannten Schreiben des Baden-Württembergischen Sozialministeriums zu Recht ausgeführt wird, um eine nach der Rechtsprechung des EuGH und nach der (noch der Umsetzung harrenden) Diskriminierungsrichtlinie um eine rechtswidrige Diskriminierung. Nach den Vorgaben des EuGH darf an die Schwangerschaft (und deren Möglichkeit) keinerlei nachteilig wirkende Maßnahme oder Entscheidung geknüpft werden, weil die Schwangerschaft zwar nicht alle, aber eben nur Frauen nachteilig treffen kann⁷⁸. Ungeachtet dessen ist es nicht per se rechtswidrig, wenn der potentielle Arbeitgeber auf freiwilliger Basis eine entsprechende Untersuchung schon vor Abschluss des Arbeitsvertrages anbietet.

Ohnedies handelt es sich bei der Untersuchung nach § 15a Abs. 5 BiostoffVO nur um eine sog. Angebotsuntersuchung, die der/die Beschäftigte nicht durchführen lassen muss. Wenn der/die Beschäftigte einwilligt, kann der Arbeitgeber Kenntnis vom Untersuchungsergebnis erlangen. Die ärztliche Schweigepflicht nach § 203 StGB kann aufgrund eines entsprechenden Einverständnisses bzw. einer entsprechenden Einwilligung befugter Weise gegenüber einem vorhandenen oder potentiellen Arbeitgeber gebrochen werden⁷⁹.

Keine Voraussetzung für die Anwendung der Biostoffverordnung ist, daß der Arbeitnehmer beruflich Infektionserregern in einer besonderen Weise „ausgesetzt“ sein soll⁸⁰. Vielmehr spricht § 1 BiostoffVO in Bezug auf deren Anwendungsbereich – an-

⁷⁸ Siehe z. B. EuGH v. 14.7.1994 AP MuSchG 1968 § 9 Nr. 21; v. 4.10.2001, NZA 2001, 1241, 1243; ErfK/Schlachter⁵ § 611 a BGB Rdnr. 12.

⁷⁹ Dazu Spickhoff, NJW 2005, 1982, 1983 f; für eine bereits tatbestandsausschließende Wirkung der Einwilligung bzw. des Einverständnisses) Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Band. 1, 9. Aufl. 2003, § 29 Rdnrn. 13, 18 und 45; Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch/Cierniak, 2000, § 203 Rdnrn. 53 ff m. w. N.; anders (Rechtfertigungsgrund) etwa OLG Schleswig, NJW 1985, 1092. Die Frage kann wie zumeist – auch an dieser Stelle mangels praktischer Relevanz dahinstehen.

⁸⁰ So aber ein Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 1. Juni 2005 (Dr. Helmut A. Klein), S. 2.

ders als Nr. 3101 Anlage BerufskrankheitenVO – davon, daß diese Verordnung „für Tätigkeiten mit biologischen Arbeitsstoffen einschließlich Tätigkeiten in deren Gefahrenbereich“ gilt. Der Anwendungsbereich der Biostoffverordnung ist demgemäß denkbar weit. Ausgenommen wird nach § 1 S. 3 BiostoffVO nur die besondere Situation des Gentechnikrechts. Auch der Zweck der Verordnung greift weit, liegt er doch im Schutz der Beschäftigten vor der Gefährdung ihrer Sicherheit und Gesundheit bei Tätigkeiten mit biologischen Arbeitsstoffen. Inwiefern die Tätigkeit eines Lehrers im Bereich von Vorschulen oder Grundschulen, ja überhaupt im schulischen Bereich nicht darunter fallen soll, ist nicht nachvollziehbar.

4. Zusammenfassung

Insgesamt eröffnet die sog. Biostoffverordnung nicht vorrangig die Möglichkeit der Verhängung eigenständiger Beschäftigungsverbote im Kontext mit einer drohenden Infektionsgefahr, auch wenn die Nichtbefolgung der in der Biostoffverordnung niedergelegten Pflichten des Arbeitgebers theoretisch behördliche Verbots- oder Unterslassungsverfügungen des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts auslösen kann. In Bezug auf die Parvovirus B 19-Infektion zwingt die Biostoffverordnung den Arbeitgeber zum Angebot entsprechender Untersuchungen durch Arbeitsmediziner, dies freilich erst nach Abschluss des Arbeitsvertrages, aber vor Aufnahme der Tätigkeit. Das entsprechende Angebot anzunehmen (oder auch nicht) steht der Arbeitnehmerin frei. Nicht untersagt ist es jedoch, wenn der potentielle Arbeitgeber die potentielle Arbeitnehmerin vor Abschluss des Arbeitsvertrages eine entsprechende Untersuchung durchführen lässt, und wenn die potentielle Arbeitnehmerin hierin sowie in die Weitergabe der Ergebnisse an den potentiellen Arbeitgeber einwilligt. Die Weitergabe von Informationen, die der ärztlichen Schweigepflicht unterliegen, wird durch das Einverständnis bzw. die Einwilligung zur befugten Weitergabe, so daß der betreffende Arbeitsmediziner nicht gegen die ärztliche Schweigepflicht (§ 203 StGB) verstößt. Im Falle mehrerer geeigneter Bewerberinnen ist es bei entsprechend geschickter Argumentation dann durchaus vorstellbar, daß Bewerberinnen ohne entsprechende Antikörper gegen z. B. Parvovirus B 19-Erreger in einer gerichtlich nicht oder nur schwer angreifbaren, weil nicht offen gelegten bzw. durch andere Gründe

überdeckten Weise diskriminiert werden. Dieses Risiko wird bei entsprechend geschickter juristischer Beratung potentieller Arbeitgeber kaum auszuschalten sein, es sei denn, die Rechtsprechung greift im Falle der veranlassten Untersuchung vor Abschluß des Arbeitsvertrages zur Figur der vermuteten Diskriminierung.

IV. Mutterschutzrichtlinienverordnung

Die Verordnung zum Schutze der Mütter am Arbeitsplatz (sog. MutterschutzrichtlinienVO) vom 15. April 1997⁸¹ dient der Umsetzung der Art. 4 bis 6 der Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz⁸².

Nach § 1 der MutterschutzrichtlinienVO hat der Arbeitgeber rechtzeitig für jede Tätigkeit, bei der werdende oder stillende Mütter durch biologische Arbeitsstoffe gefährdet werden können, Art, Ausmaß und Dauer der Gefährdung zu beurteilen. Der Begriff des biologischen Arbeitsstoffes entspricht demjenigen der BiostoffVO. Das ergibt sich aus der Verweisung auf Anlage 1 dieser Verordnung in § 1 Abs. 1 S. 1 MutterschutzrichtlinienVO. In dieser Anlage wird unter A.2. auf die BiostoffVO bzw. die dieser zugrunde liegenden Richtlinie 90/679/EWG⁸³ verwiesen. Aus der Beurteilung ist nach § 3 der MutterschutzrichtlinienVO in letzter Konsequenz dann, wenn ein Arbeitsplatzwechsel nicht möglich oder nicht zumutbar ist, ein Beschäftigungsverbot von werdenden oder stillenden Müttern zu folgern, solange und soweit dies

⁸¹ BGBl. I S. 782, zuletzt geändert am 23. Dezember 2004, BGBl. I S. 3807.

⁸² EG-Mutterschutz-Richtlinie, 10. Einzelrichtlinie der Richtlinie (89/391/EWG, ABl. EG Nr. L348 S. 1; zum Inhalt der Mutterschutzrichtlinienverordnung Sowka, NZA 1997, 927 ff.

⁸³ ABl. EG Nr. L374 S. 1.

zum Schutze ihrer Sicherheit und Gesundheit erforderlich ist (§ 3 Abs. 3 MutterschutzrichtlinienVO).

Insbesondere dürfen nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 MutterschutzrichtlinienVO nicht werdende oder stillende Mütter mit Stoffen, Zubereitungen oder Erzeugnissen, die ihrer Art nach erfahrungsgemäß Krankheitserreger übertragen können, beschäftigt werden, wenn sie den Krankheitserregern ausgesetzt sind. Nach § 5 Abs. 1 S. 2 MutterschutzrichtlinienVO bleibt insoweit aber § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG unberührt. Dieses geht soweit über die Anforderungen von § 5 MutterschutzrichtlinienVO hinaus, als dort in der zweiten und dritten Variante der Norm die Voraussetzung des besonderen Ausgesetztseins nicht erhoben wird. Ungeachtet des Umstandes, daß nach der MutterschutzrichtlinienVO ggf. also auch ein behördliches Eingreifen möglich ist, zeigt sich, daß der Mutterschutz nach dem Mutterschutzgesetz über die besonderen Beschäftigungsbeschränkungen des § 5 MutterschutzrichtlinienVO hinausgeht. Zudem hat der Arbeitgeber nach §§ 1, 3 MutterschutzrichtlinienVO wohl einen gewissen Beurteilungsspielraum, der ihm nach dem Mutterschutzgesetz gleichfalls nicht zukommt.

Hinzuweisen ist im Kontext der Mutterschutzrichtlinienverordnung schließlich darauf, daß nach § 4 Abs. 1 in Verbindung mit Anlage 2 MutterschutzrichtlinienVO die Parvovirus B 19- Infektion, also Erkrankung an Ringelröteln, nicht aufgeführt ist. Allerdings handelt es sich bei der Liste in Anlage 2 zu § 4 Abs. 1 MutterschutzrichtlinienVO ausdrücklich um eine „nicht erschöpfende Liste“. Auch § 4 MutterschutzrichtlinienVO kann also zu einem Verbot der Beschäftigung führen, wobei wieder ein gewisser Beurteilungsspielraum zu bestehen scheint. Auch hier verweist § 4 Abs. 1 S. 2 MutterschutzrichtlinienVO darauf, daß andere, insbesondere weitergehende Beschäftigungsverbote aus Gründen des Mutterschutzes unberührt bleiben.

Im Ergebnis wird man nicht fehlgehen in der Annahme, daß auch weiterhin die Behörden und Gerichte vorrangig auf § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG und weniger auf die BiostoffVO oder die Verordnung zum Schutze der Mütter am Arbeitsplatz abstellen

werden, wenn Beschäftigungsverbote zum Schutze werdender Mütter bzw. zum Schutze des Naciturus verhängt werden.

V. Zusammenfassung

1. Im Ergebnis wird man nicht fehlgehen in der Annahme, daß im Verhältnis zur sog. Mutterschutzrichtlinienverordnung und zur sog. Biostoffverordnung die Behörden und Gerichte auch in Zukunft vorrangig auf den konkreter gefaßten § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG als Eingriffsgrundlage abstellen werden, wenn Beschäftigungsverbote zum Schutze werdender Mütter bzw. zum Schutze des Naciturus im Hinblick auf Infektionsgefahren verhängt werden.

2. Denn § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG enthält einen – vielleicht auch aus politischer Sorge bzw. aus Sorge vor Amtshaftungsverfahren – in der bisherigen Praxis strikt gehandhabten Tatbestand eines Beschäftigungsverbotes. Erforderlich, um dieses Beschäftigungsverbot auszulösen, ist eine berufsbedingte Erhöhung des Risikos bzw. der Gefahr, an einer Berufskrankheit zu erkranken. Sodann ist eine entsprechende erhöhte Gefährdung für die werdende Mutter und eine einfache Gefahr für die Leibesfrucht, vermittelt durch die Berufskrankheit, erforderlich, aber auch ausreichend, wobei die jeweiligen Tatbestände im Verhältnis der Alternativität stehen.

3. Bei der Auslegung dieser Norm wie überhaupt der Konkretisierung von mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverboten ist aus verfassungsrechtlicher Hinsicht zu bedenken: Je weiter man – durchaus paternalistisch – die behördlicherseits durchzusetzenden Beschäftigungsverbote als Ausprägung der aus Art. 6 Abs. 4 GG folgenden staatlichen Schutzpflichten fasst, umso eher beschneidet man auch die Freiheit der Schwangeren, trotz eines möglicherweise vorhandenen geringen Risikos ihrem Beruf nachzugehen. Damit wird ggf. in das Grundrecht aus Art. 1, 2 GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit), aber auch in Art. 12 GG (Berufsfreiheit) eingegriffen, vorausgesetzt, die Schwangere wünscht aus eigenem Antrieb die Weiterbildung während der Schwangerschaft trotz eines gewissen Risikos.

4. Zu berücksichtigen sind freilich auch die schutzwürdigen Interessen des Nasciturus. Insoweit ergibt indes ein Blick auf das Normenumfeld, daß im zivilen Haftungsrecht der Mutter gegenüber ihren Kindern durchaus haftungsrechtliche Freiräume eingeräumt werden: Auch für lebende Kinder haftet sie nur in den Grenzen des § 1664 BGB mit seiner Haftungsbeschränkung auf die sog. eigenübliche Sorgfalt, die erst in der groben Fahrlässigkeit ihre Grenze findet (§ 277 BGB). Unbestritten ist im zivilen Haftungsrecht, daß Freiräume der Schwangeren keinesfalls durch übertriebene haftungsrechtliche Sorgfaltsanforderungen konterkariert werden dürfen. Auf dieser Linie liegen – wenngleich auf anderer Ebene – auch die Regelungen der §§ 218 ff StGB.

5. Bei der Konkretisierung des besonderen Ausgesetztseins der Gefahr im Sinne der Ziff. 3101 der Anlage zu § 1 der Berufskrankheitenverordnung ist ein Vergleich erforderlich. Die Besonderheit muß sich im Unterschied zu einer Vergleichsgruppe ergeben. Diese Vergleichsgruppe ist in Übereinstimmung mit dem Bundesverwaltungsgericht nicht in der arbeitenden Allgemeinbevölkerung zu sehen, sondern es ist ganz allgemein auf das durchschnittliche Infektionsrisiko innerhalb der Bevölkerung abzustellen.

6. Um eine berufsbedingte Risikoerhöhung für Schwangere und Nasciturus annehmen zu können, sollte auch auf den Aspekt der Sozialadäquanz im Lichte der Verkehrserwartung zurückgegriffen werden. Risiken, denen Kindergärtnerinnen, Lehrerinnen, Ärztinnen und Pflegepersonal in Bezug auf Infektionen ausgesetzt sind und die statistisch typischerweise nicht höher einzuschätzen sind als diejenigen, welcher eine schwangere Mutter mit einem bereits geborenen Kind ausgesetzt ist, sollten daher nicht als ausreichend angesehen werden, um ein pauschales Beschäftigungsverbot auszulösen. Anders würde es liegen, wenn sich durch die Tätigkeit in einer entsprechenden Einrichtung ein besonders schwerwiegendes Risiko gewissermaßen z. B. verdoppeln würde. Dafür spricht ferner folgende Erwägung: Auch Infektionen, die zu Erkältungen, grippalen Infekten oder Magen- und Darminfektionen führen, können sich gefährdend auf die Schwangere und den Nasciturus auswirken. Gleichwohl ist bislang noch nicht vertreten worden, unter diesem Aspekt während der Schwangerschaft oder überhaupt Beschäftigungsverbote unter dem Gesichtspunkt des Mutterschutzes auszusprechen, auch nicht im Bereich von dafür beson-

ders „anfälligen“ Bereichen wie Kindergärten oder Schulen. Auch die Gefahr derartige Infektionen wird eben seit jeher als sozialadäquat toleriert.

7. Die Beweislast für die entsprechenden Voraussetzungen liegt bei der Behörde. Der Beweis kann insbesondere in Bezug auf die Gefahr einer Parvovirus B 19-Infektion und damit zusammenhängenden Folgen nicht in dem Sinne als geführt angesehen werden, daß die entsprechende berufsbedingte Risikoerhöhung ohne weiteres als allgemeinkundig festgestellt bzw. unterstellt werden könnte. Der medizinisch-naturwissenschaftliche Diskussionsstand läßt jedenfalls bei der Parvovirus B 19-Infektion den schlichten Rückgriff auf die Kategorie der Allgemeinkundigkeit prozessual nicht zu. Hier liegt der Diskussionsstand jedenfalls deutlich anders als im Falle der Erhöhung des Risikos von Infektionen wegen Stichgefahren im Bereich der entsprechenden Behandlung von Patienten.

8. Die Frage des Arbeitsentgelts wegen Mutterschutzes ist im Falle der (impräventablen) Mumpserkrankung – schon aus Gründen der Zuständigkeit – vom Bundesverwaltungsgericht nicht angesprochen worden. Insoweit ist zu bedenken, daß nach der ständigen Rechtsprechung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof im Falle von Körper- und Gesundheitsverletzungen der oder die Geschädigte es sich schadensmindernd anrechnen lassen muß, wenn eine Operation unterlassen wird, vorausgesetzt, sie ist einfach, gefahrlos und nicht mit besonderen Schmerzen verbunden. Daher gilt schon nach geltendem Zivilrecht: Wer eine zumutbare (weil risikolose oder –arme), wirksame und angebotene Impfung in Kenntnis drohender Infektionsgefahren außerhalb oder während der Schwangerschaft unterlassen hat, der hat das entsprechende berufsbedingte Risiko der Infektion zumindest insoweit in Kauf genommen, als er dadurch seinen Anspruch auf Arbeitsentgelt wegen Beschäftigungsverbots verwirkt hat (§ 242 BGB). Das sollte (in § 11 MuSchG) klargestellt werden.

9. Insgesamt hat sich gezeigt, daß der geltende Normbestand – mit der notwendigen Vorsicht angewendet – zunächst einmal zu brauchbaren und akzeptablen Ergebnissen führen kann. Sollte sich herausstellen, daß die Rechtsprechung eine berufsbedingte Risikoerhöhung in Bezug auf die Gefahr einer Berufserkrankung der Schwangeren bzw. in Bezug auf daraus folgende negative Auswirkungen auf den Nasciturus über die Kategorie der Allgemeinkundigkeit generell unterstellt und die

entsprechenden Anforderungen auch materiellrechtlich überzeichnet, bedarf dies des korrigierenden Eingriffs des Gesetzgebers. § 4 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG sollte demgemäß angefügt werden „..., es sei denn, die Gefahr oder Gefahrerhöhung ist nur unwesentlich (sozialadäquat)“.

10. Ungeachtet dessen erscheint es angezeigt, die bislang vorhandenen engen Möglichkeiten der Disponibilität der Beschäftigungsverbote des Mutterschutzgesetzes in folgendem Sinne (etwa als § 4 Abs. 1 S. 2 MuSchG) vorsichtig zu erweitern:

„Die Aufsichtsbehörde kann Ausnahmen von Absatz 1 und Absatz 2 bewilligen, wenn sich die werdende Mutter zur Arbeitsleistung nach amtsärztlicher Aufklärung [und/oder] in Kenntnis des erhöhten Risikos für sich und die Leibesfrucht ganz oder teilweise ausdrücklich bereiterklärt; die Schwangere kann ihre Zustimmung zur Arbeitsleistung jederzeit ganz oder teilweise widerrufen.“

(Prof. Dr. Andreas Spickhoff)