

// GUTACHTEN //



Besonders dringliche Maßnahmen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes im Prozess der Öffnung der Schulen II: Umgang mit Risikogruppen

Prof. Dr. Wolfhard Kohte, Halle/Saale
4. Mai 2020

Vorwort

Die Corona-Pandemie stellt für das System Schule eine riesige Herausforderung dar. Neben den allgemeinen rechtlichen Grundlagen, die Prof. Dr. Wolfhard Kohte in einem ersten von insgesamt drei Gutachten zusammengefasst hat¹, stellen sich viele individuelle Fragen. Besondere Probleme verursacht der Themenkomplex der sog. Risikogruppen. Muss ich, darf ich, soll ich? Das sind die Fragen, die die GEW besonders häufig erreichen.

Das nun vorliegende zweite Gutachten behandelt grundlegende rechtliche Aspekte im Zusammenhang mit den sogenannten Risikogruppen und deren Einsatz bei der Öffnung von Schulen. Auch hier zeigt sich, dass die rechtlichen Grundlagen zum Schutz der Kolleginnen und Kollegen vorhanden sind. Ich freue mich sehr, dass Prof. Dr. Wolfhard Kohte diese übersichtlich zusammengefasst hat und hoffe, dass das Gutachten den Handelnden vor Ort in Personalräten, Schwerbehindertenvertretungen und Gleichstellungsstellen aber auch in Schulleitungen und Schulverwaltung mehr Rechtssicherheit bietet. Diese Botschaften gibt uns Professor Kohte mit auf den Weg:

Arbeitgeber haben eine Fürsorgepflicht!

Jeder Arbeitgeber ist dazu verpflichtet, Risikogruppen zu schützen und sie über ihre Rechte zu informieren. Dazu gehört auch, Risikogruppen gemeinsam mit den Interessenvertretungen zu definieren.

Nicht ohne die Interessenvertretungen!

Bei der Bestimmung von Risikogruppen und bei der Festlegung eines innerbetrieblichen Verfahrens zum Schutz der Kolleginnen und Kollegen ist der Personalrat in der vollen Mitbestimmung. Auch die Schwerbehindertenvertretung ist zu beteiligen.

Risikogruppe schließt auch Kontaktpersonen mit ein!

Wer mit einer Person zusammenlebt, die einer Risikogruppe zugehörig ist, hat unter Umständen Anspruch auf eine Freistellung oder Umsetzung. Dies ist von der Intensität der Gefährdung abhängig und deshalb als Einzelfall zu untersuchen.

Ich danke Prof. Dr. Wolfhard Kohte für seine schnelle Unterstützung – und ich danke allen Lehrern und Lehrerinnen, Schulleitungen, dem gesamten schulischen Personal, Schulamtsmitarbeiterinnen und -mitarbeitern und Ministerien für das Engagement in dem Kraftakt, den wir alle gemeinsam bewältigen!



Marlis Tepe
GEW-Vorsitzende

¹ www.gew.de/aktuelles/detailseite/neuigkeiten/gew-gutachten-zum-arbeits-und-gesundheitsschutz

Inhaltsverzeichnis

BESONDERS DRINGLICHE MAßNAHMEN DES ARBEITS- UND GESUNDHEITSSCHUTZES IM PROZESS DER ÖFFNUNG DER SCHULEN II: UMGANG MIT RISIKOGRUPPEN	4
I. SCHUTZ VON RISIKOGRUPPEN ALS ELEMENTARE ARBEITGEBERPFLICHT.....	4
1. Grundlagen	4
2. Wer gehört zur Risikogruppe?	4
a) Die RKI-Liste.....	5
b) Die Bedeutung von Altersgrenzen.....	5
c) Der Status der Schwerbehinderung.....	6
3. Innerbetriebliche Verfahren zum Schutz von Risikogruppen	6
a) Die Bedeutung der Arbeitssicherheitsorganisation	6
b) Die Rolle der Interessenvertretungen und Schwerbehindertenvertretungen	7
II. DIE BEDEUTUNG VON ERKRANKTEN KONTAKTPERSONEN IM HAUSHALT DER BESCHÄFTIGTEN	8
III. SCHWANGERSCHAFT UND STILLZEIT	10
IV. DIE SITUATION BEHINDERTER SCHÜLERINNEN UND SCHÜLER.....	11
V. ZUSAMMENFASSUNG	11

Besonders dringliche Maßnahmen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes im Prozess der Öffnung der Schulen: Umgang mit Risikogruppen

Die GEW hat mich mit einem Gutachten zu den Voraussetzungen, die der Arbeits- und Gesundheitsschutz sowohl zur erstmaligen als auch zu jeder weitergehenden Öffnung der Schulen stellt, beauftragt. Angesichts der knappen Fristen und kurzen Entscheidungsspielräume wird das Gutachten in drei Abschnitte aufgeteilt. Im ersten Kapitel, das bereits am 29.04.2020 veröffentlicht worden ist, wurden die besonders dringlichen Fragen der Aufgaben des Hygieneschutzes dargestellt. Hier folgt als zweites Kapitel der sehr dringlich zu realisierende Schutz der Risikogruppen; im dritten Kapitel geht es in Kürze um die dringliche Organisation der sozialen und physischen Distanz.

I. Schutz von Risikogruppen als elementare Arbeitgeberpflicht

1. Grundlagen

„Besonders gefährdete Risikogruppen müssen gegen die speziell sie bedrohenden Gefahren geschützt werden“ – so eindeutig ist die unionsrechtliche Vorgabe in Artikel 15 der [RL 89/391/EWG](#), der Rahmenrichtlinie für den Arbeitsschutz, die bis heute als „Grundgesetz des betrieblichen Arbeitsschutzes“ gilt². In der [Kurzfassung](#) der [BMAS-Standards](#) heißt es dazu:

„Wird dem Arbeitgeber bekannt, dass eine Person einer Risikogruppe angehört, ergreift er die erforderlichen individuellen Schutzmaßnahmen“.

Diese grundlegende Arbeitsschutzpflicht ist in [§ 4](#) Nr. 6 [Arbeitsschutzgesetz](#) so formuliert, dass **spezielle Gefahren für besonders schutzbedürftige Beschäftigungsgruppen** „zu berücksichtigen“ sind. Das ist schwächer als vom Unionsrecht vorgegeben, gilt aber als Pflicht für jeden Arbeitgeber; zumindest im Öffentlichen Dienst muss die strengere Formulierung des Unionsrechts zugrunde gelegt werden, zumal in der Gesetzesbegründung ausdrücklich auf Art. 15 der [Rahmenrichtlinie](#) Bezug genommen worden ist³. Diese Schutzpflicht ist bereits bei der Gefährdungsbeurteilung nach [§ 5 Arbeitsschutzgesetz](#) zu beachten, wie sich aus Art. 9 der [Rahmenrichtlinie](#) ergibt⁴, ist aber dann auch innerbetrieblich zu gestalten. Die gesetzliche Formulierung ermöglicht die Nutzung neuer Erkenntnisse und verpflichtet damit auch zur jeweiligen Aktualisierung⁵.

2. Wer gehört zur Risikogruppe?

Zunächst ist zu bestimmen, welche Personengruppen als Risikogruppen zu qualifizieren sind; maßgeblich ist das jeweilige Risiko. Hier geht es um die Infektion mit dem Corona-Virus, so dass sich daraus eine spezifische Bestimmung der Risikogruppe ergibt.

² Wlotzke RdA 1992, 85, 91; Bucker/Feldhoff/Kohte, Vom Arbeitsschutz zur Arbeitsumwelt, 1994 Rn. 245.

³ BT-Drs 13/3540, S. 16; vgl. Kohte in Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG 3. Aufl. 2016 § 4 Rn. 36.

⁴ Pieper ArbSchG, 6. Aufl. 2017 § 4 Rn. 19.

⁵ HaKo-ArbSchR/Blume/Faber, 2. Aufl. 2018 § 4 ArbSchG Rn. 97.

a) Die RKI-Liste

Bei bestimmten Personengruppen ist das **Risiko für einen schweren COVID-19-a) Krankheitsverlauf** höher (siehe Hinweise des Robert Koch-Instituts – https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikogruppen.html).

„Dazu zählen insbesondere Menschen mit vorbestehenden Grunderkrankungen wie

- Erkrankungen des Herz-Kreislauf-Systems (z.B. koronare Herzerkrankung und Bluthochdruck)
- chronische Erkrankungen der Lunge (z.B. COPD)
- chronischen Lebererkrankungen
- Diabetes mellitus (Zuckerkrankheit)
- Krebserkrankungen
- ein geschwächtes Immunsystem (z.B. aufgrund einer Erkrankung, die mit einer Immunschwäche einhergeht oder durch die regelmäßige Einnahme von Medikamenten, die die Immunabwehr beeinflussen und herabsetzen können, wie z.B. Cortison).“

In der Mehrzahl der Bundesländer ist diese Liste des RKI für die Bestimmung der Risikogruppen übernommen worden. Das ist im Grundsatz sachgerecht. Allerdings ist zu beachten, dass diese **Liste nicht abschließend** ist, wie der Begriff „insbesondere“ zeigt. Einige Berichte zeigen, dass gerade bei psychischen Beeinträchtigungen eine Pandemiesituation besondere Probleme schaffen kann, so dass sich daraus zusätzliche Risiken ergeben können⁶. Weiter ist klarzustellen, dass bei einer Arbeitsunfähigkeit generell keine Arbeitspflicht besteht. Zutreffend wird in der Kurzfassung des BMAS-Standards Covid 19 unter Nr. 5 ausdrücklich formuliert „Niemals krank zur Arbeit“. Bei ersten Symptomen ist – gegebenenfalls mit der aktuellen Möglichkeit telefonischer ärztlicher Beratung – vorrangig zu klären, ob Arbeitsunfähigkeit vorliegt. Die Kategorie der Risikogruppe meint Beschäftigte, die nicht arbeitsunfähig sind, aber bei denen eine höhere Risikolage besteht.

b) Die Bedeutung von Altersgrenzen

Als erste Frage stellt sich die Bedeutung einer Altersgrenze. Im Unterschied zu den RKI-Hinweisen, die relativ offen einen Korridor zwischen 50 und 60 Jahren nennen, greifen die Bundesländer jeweils auf die Altersgrenze von 60 zurück. Dies entspricht der bisherigen Gerichtspraxis zum Antidiskriminierungsrecht. Hier war die wertungsmäße gegenteilige Frage zu entscheiden, ob feste Altersgrenzen auch gegen den Willen der Beschäftigten möglich sind. Dies hat das VG Berlin für eine Anordnung an eine 60-jährige Beamtin zur Arbeit im Home-Office bejaht⁷; in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zum AGG wird bei Altersgrenzen – vor allem ab dem 60. Lebensjahr – eine solche Regelung nur zur Erweiterung

⁶ Unabhängig von psychischen Risikogruppen sind bei Pandemien generell auch die psychischen Belastungen aller Beschäftigten in der Gefährdungsbeurteilung zu beachten.

⁷ VerwG Berlin 14.4.2020 – VG 28 L 119/20 ([Pressemitteilung](#)).

der Wahlmöglichkeiten der Beschäftigten anerkannt⁸. **Feste Ausschlüsse** von der Beschäftigung, die **nur auf das Alter von 60 Jahren bezogen** sind, sind daher **nicht akzeptabel**. Für die anderen Fälle bewegen sich die bisherigen Hygienepläne der Länder im Rahmen der bisherigen Gerichtspraxis zum AGG.

c) Der Status der Schwerbehinderung

Mehrere Bundesländer haben ausdrücklich darauf verwiesen, dass der Status der Schwerbehinderung **allein noch kein Grund der Freistellung** ist. Auch dies entspricht der bisherigen Gerichtspraxis. Für Menschen mit Schwerbehinderungen und gleichgestellte Personen besteht nach [§ 164](#) Abs. 4 [SGB IX](#), der auch im Beamtenverhältnis gilt⁹, ein Anspruch auf **behinderungsgerechte Arbeit**. Dies ist ein wichtiger Anspruch, der sich auch aus dem Unionsrecht ergibt. Die bisherige Gerichtspraxis zeigt aber zugleich, dass es jeweils auf die konkreten Arbeitsbedingungen und auf die konkrete Behinderung ankommt. Insoweit geht es nicht um Behinderung an sich als Status, sondern um das Zusammenwirken von konkreter Behinderung und konkreter Arbeitsplatzgestaltung. Der hörbehinderte Beschäftigte hat danach einen Anspruch auf Verschriftlichung von Audioprogrammen¹⁰, der von einem Wirbelsäulenleiden betroffene Beschäftigte hat Anspruch auf Hebehilfen¹¹ und entsprechende Unterstützung bzw. auf einen Tätigkeitswechsel ohne stehende Arbeit¹². Die Zugehörigkeit zur Risikogruppe ergibt sich daher aus der **konkreten Art der Behinderung**.

Für diese Risikogruppen ist der Grad der Behinderung nicht von zentraler Bedeutung; wenn eine solche Risikogruppe nachgewiesen ist, dann kann den Betroffenen nicht entgegengehalten werden, dass ihnen bisher kein Grad der Behinderung anerkannt worden ist. In einem solchen Fall ergibt sich der Anspruch auf die behinderungsgerechte Beschäftigung aus [§ 241](#) Abs. 2 [BGB](#). Gleichwohl kann die jetzige Situation ein Anlass für die Beschäftigten sein, einen Antrag nach § 151 Abs. 2 SGB IX bei der Bundesagentur für Arbeit auf Anerkennung eines Grads der Behinderung beziehungsweise auf Gleichstellung sein.

3. Innerbetriebliche Verfahren zum Schutz von Risikogruppen

Die innerbetrieblichen Verfahren zum Schutz von Risikogruppen betreffen sowohl die Arbeitssicherheitsorganisation als auch die Beteiligung der Interessenvertretungen.

a) Die Bedeutung der Arbeitssicherheitsorganisation

In dem [BMAS-Arbeitsschutzstandard Covid 19](#) wird der Schutz der Risikogruppen eng mit der Arbeit der **betriebsärztlichen Dienste** verknüpft und die arbeitsmedizinische Vorsorge ins Spiel gebracht. Dies entspricht der Bedeutung der Arbeitssicherheitsorganisation¹³ ist auch in den Betriebsvereinbarungen bekannter Industriebetriebe wie zum Beispiel VW oder Evonik vergleichbar geregelt worden, wird aber genauso vom Mitbestimmungsrecht im

⁸ BAG NZA 2010, 1248; BAG 22.10.2015 – 8 AZR 168/14, Rz 26.

⁹ Neumann/Pahlen/Greiner/Jabben/Winkler SGB IX 14. Aufl. 2020 § 164 Rn. 45.

¹⁰ LAG Berlin-Brandenburg 18.01.2017 – 20 Sa 956/16, br 2017, 181.

¹¹ vgl. die Konstellation in BAG 14.3.2006 – 9 AZR 411/05, NZA 2006, 1214.

¹² LAG Frankfurt 02.11.2015 – 16 Sa 473/15, dazu Kohte/Liebsch JurisPR-ArbR 11/2016 Anm. 1.

¹³ Dazu bereits Kohte/Faber, Arbeits- und Gesundheitsschutz in der Schule, 2015, S. 48 ff.

Öffentlichen Dienst erfasst¹⁴. Sachlich ist dies zutreffend, denn die Konkretisierung, wer im Einzelfall zur Risikogruppe gehört, bedarf einer medizinischen Untersuchung und Bescheinigung. In der **Bescheinigung** geht es nicht nur um ein einfaches „Ja oder Nein“, denn auch für Beschäftigte in Risikogruppen sind mögliche Arbeitsplätze im Betrieb und in der Dienststelle denkbar, bei denen sie nur in geringem Umfang der Infektionsgefährdung ausgesetzt sein können. Diese Kenntnis der Arbeitsplätze haben gut eingerichtete betriebsärztliche Dienste, so dass auch generell in § 12 [BioStoffV](#) allen Beschäftigten ein Recht auf arbeitsmedizinische Beratung zuerkannt worden ist. Für so offene Situationen, wie sie jetzt durch die Corona-Pandemie aufgetreten sind, ist das am besten geeignete Institut die arbeitsmedizinische Wunschvorsorge nach [§ 5a ArbMedVV](#). Danach steht den Beschäftigten das Recht zu, eine arbeitsmedizinische Vorsorge aus Anlass der Corona-Pandemie in Anspruch zu nehmen, bei der auch festgestellt werden kann, ob sie zu einer Risikogruppe gehören. Sie sind auf dieses Recht vom Arbeitgeber hinzuweisen.

Es ist daher sachgerecht, wenn **in der Schule direkt und sichtbar bekannt gemacht** wird, wie die Risikogruppe definiert ist, sodass Beschäftigte dieses Angebot in Anspruch nehmen können. Im Ergebnis wird bei dem Weg über den Betriebsärztlichen Dienst von diesem eine arbeitsmedizinische Bescheinigung ausgestellt, die die Beschäftigten der personalleitenden Stelle übermitteln können. Diese Bescheinigung enthält selbstverständlich keine Diagnose; diese unterliegt der arbeitsmedizinischen Schweigepflicht. Auf diese Weise kann sachgerecht die Mitteilung weitergeleitet werden, dass Beschäftigte zu der oben genannten Risikogruppe gehören und bei betriebsärztlichen Bescheinigungen, welche Anforderungen an einen anderen Arbeitsplatz bzw. an spezifische Schutzvorrichtungen zu stellen sind.

In den üblichen **Rahmenhygieneplänen** der Bundesländer fehlt das Stichwort betriebsärztlicher Dienst. Dies ist kein Zufall, denn die betriebsärztlichen Dienste sind „weit oben“ angesiedelt. Die Zahlen der bestellten Ärztinnen und Ärzte sind so gering, dass sie in der jetzigen Situation die vom Gesetz vorgesehene und von anderen Betrieben praktizierte Aufgabe nicht wahrnehmen könnten. Das ist ein deutliches Beispiel für die **bisherigen Defizite**.¹⁵ In der Mehrzahl der Pläne wird folgerichtig auf ein hausärztliches Attest verwiesen. Das ist angesichts des bekannten ASiG-Dilemmas der Arbeitssicherheitsorganisation eine mögliche Lösung, mit der immerhin die ärztliche Schweigepflicht gesichert wird. In der konkreten Situation ist dies ein vertretbares Verfahren, doch zeigt sich hier, wie nach der Corona-Krise an einer effektiven Umsetzung der DGUV Vorschrift 2 „Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit“ im Schulbereich zu arbeiten ist.

b) Die Rolle der Personalräte und Schwerbehindertenvertretungen

Eine so wichtige Frage wie die **Bestimmung der Risikogruppen** sowie die praktische Umsetzung bedarf der Beteiligung der Interessenvertretungen. Bereits die Rahmenhygienepläne zeigen in ihren unterschiedlichen Fassungen, dass hier eine

¹⁴ Jenter/Faber PersR 2012, 432, 435; Kiesche PersR 2010, 328.

¹⁵ Kohte/Faber, Arbeits- und Gesundheitsschutz in der Schule, 2015 S. 33 ff.

Gestaltungsaufgabe vorliegt, mit der die Anforderungen von [§ 4 Nr. 6 Arbeitsschutzgesetz](#) konkretisiert werden. Dies ist ein typischer Fall für das **Mitbestimmungsrecht** im Gesundheitsschutz nach [§ 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG](#)¹⁶. Es ist daher mit den jeweiligen Personalvertretungen gemeinsam zu regeln. Die einmal gefundene Regel bedarf natürlich der Überwachung nach [§ 68 BPersVG](#), so dass die Personalräte auch zu unterrichten sind, wie viele Personen und welche Personen den Risikogruppen zugeordnet worden sind.

Ein beachtlicher Teil der Risikogruppen gehört zum Kreis der Menschen mit Schwerbehinderungen, so dass auch die **Schwerbehindertenvertretungen** (SBV) zu beteiligen sind. Sie sind zum einen beteiligt am Willensbildungsprozess der Personalräte, da sie nach [§§ 178 Abs. 4 SGB IX, 40 BPersVG](#) zu jeder Sitzung eines Personalrates einzuladen sind und daran teilnehmen können. Insoweit sind sie bei funktionierender Beteiligung an der Personalvertretung bereits in einem frühen Stadium informiert und können auf die Diskussion im Personalrat Einfluss nehmen. Zum anderen steht den Schwerbehindertenvertretungen ein eigenständiges Beteiligungsrecht zu. Nach [§ 178 Abs. 2 S. 1 SGB IX](#) handelt es sich bei der Bestimmung und Definition der Risikogruppe um eine Angelegenheit, die die schwerbehinderten Menschen als Gruppe betreffen, so dass die Vertretung noch vor Entscheidung über die jeweilige Regelung anzuhören ist. Bei den Rahmenhygieneplänen hätte also rechtzeitig vorher die Gesamtschwerbehindertenvertretung angehört werden müssen.

Bei der konkreten Umsetzung kann es zu Divergenzen führen, die auch die Einschaltung der SBV im Einzelfall erforderlich machen, denn bei Angelegenheiten, die einzelne Schwerbehinderte bzw. gleichgestellte Beschäftigte betreffen können, ist die Schwerbehindertenvertretung nach [§ 178 Abs. 2 S. 1 SGB IX](#) zu beteiligen. Beschäftigte, denen bisher noch kein Grad der Behinderung zuerkannt ist, können diese Situation zum Anlass nehmen, sich nach [§ 178 Abs. 1 S. 3 SGB IX](#) von der Schwerbehindertenvertretung **beraten** zu lassen, ob und wie ein Antrag auf Feststellung eines Grads der Behinderung hier möglich ist. Insoweit sind die Schwerbehindertenvertretungen auch für Personen zuständig, denen bisher noch kein Grad der Behinderung zuerkannt ist. In einem solchen Beratungsgespräch können die jeweiligen Beschäftigten auch informiert werden über ihre Rechte als mögliche Mitglieder der Risikogruppen und deren Durchsetzung.

II. Die Bedeutung von erkrankten Kontaktpersonen im Haushalt der Beschäftigten

Kontrovers diskutiert wird die Frage, ob Beschäftigte auch dann zur Risikogruppe gehören, wenn sie in einem Haushalt mit Personen zusammenleben, die den oben genannten Risikogruppen zuzurechnen sind (Kontaktpersonen). In diesem Fall ergäbe sich die Freistellung von der Arbeit aus der Gefährdung, die eine im Betrieb erlangte und zunächst nicht erkannte Infektion für die entsprechenden Haushaltsangehörigen hat. Einzelne

¹⁶ Ein vergleichbares Mitbestimmungsrecht findet sich in allen Landespersonalvertretungsgesetzen: HaKo-ArbSchR/Nitsche BPersVR, Tabelle nach Rn. 82.

Bundesländer, wie z.B. Rheinland-Pfalz, erkennen auch für Kontaktpersonen die Möglichkeit der alternativen Beschäftigung beziehungsweise Freistellung an.

Da die Kontaktpersonen selbst keine Beschäftigten sind, kann hier diese Freistellung nicht auf [§ 4](#) Nr. 6 [Arbeitsschutzgesetz](#) gestützt werden. Daher ist eine differenzierte Klärung erforderlich. An erster Stelle soll die Situation **behinderter Kinder im Haushalt von Beschäftigten** benannt werden. Es ist möglich, dass solche Kinder in besonderer Weise durch Infektionen gefährdet werden können, so zum Beispiel bei vorhandenen Immun-erkrankungen. In einer solchen Situation kann es für Beschäftigte unzumutbar sein, eine Arbeit durchzuführen, bei der sie sich infizieren und ihre besonders schutzbedürftigen Kinder einer deutlichen gesundheitlichen Gefahr aussetzen können. In einer solchen Kollision zwischen Arbeitspflicht und Elternpflicht können Eltern ihre Rolle als Beschäftigte nach [§ 275](#) Abs. 3 [BGB](#) die Leistung verweigern¹⁷. Ihnen kann für eine begrenzte Zeit bei Angestellten ein Entgelt nach [§ 29](#) Abs. 3 [TVöD/TVL](#) zustehen. In jedem Fall können sie für mindestens 6 Wochen eine Entschädigung nach [§ 56 IfSG](#) erhalten. Eine vergleichbare Situation kann bei schwer erkrankten Familienangehörigen ebenfalls eintreten, sodass auch insoweit ein Leistungsverweigerungsrecht möglich ist. Im Beamtenrecht ist ein vergleichbares Leistungsverweigerungsrecht nicht normiert, doch kann hier ein Sonderurlaub aus dringenden persönlichen Gründen in Betracht kommen¹⁸.

In den **anderen Fällen** verlangt das **Rücksichtsgebot** nach [§ 241](#) Abs. 2 [BGB](#), dass auf das Spannungsfeld zwischen möglicher Infektionsgefährdung von Familienangehörigen, die gesundheitlich schwere Probleme dadurch erleiden können, eine einzelfallbezogene Lösung. Wenn es nicht eine so klare Lösung wie im Hygieneplan in Rheinland-Pfalz gibt, dann ist es zumindest geboten, dass durch eine ärztliche Bescheinigung dieses Problem an die Dienststelle herangetragen wird und eine entsprechende Versetzung/Arbeit im Homeoffice für solche Beschäftigte ermöglicht wird. Im Einzelfall ist eine solche Freistellung durchaus mit [§ 241](#) Abs. 2 [BGB](#) begründbar, jedoch bedarf es hier einer einzelfallbezogenen Begründung. Allein die Tatsache, dass ein Haushaltsangehöriger z.B. an einfachem Diabetes mellitus erkrankt ist, dürfte wohl kaum ausreichen. Insoweit ist die effektive innerbetriebliche Hygieneorganisation vorrangig und ausreichend. Anders ist dies, wenn die Person im Haushalt in schwerwiegender Weise erkrankt ist, z.B. an Störungen des Immunsystems, so dass bereits ein geringes Infektionsrisiko vermieden werden muss. Dies bedarf einer speziellen medizinischen Untersuchung und Bescheinigung.

In diesen Fällen kann zunächst als naheliegende und verfahrensrechtlich einfachere Maßnahme der **Anspruch auf Pflegezeit** beziehungsweise auf Pfl egeteilzeit in Betracht kommen. Nach [§ 2 PflegezeitG](#) ist eine kurzfristige Freistellung in einer akut aufgetretenen Pflegesituation bis zu zehn Tagen möglich. Dieses Recht wird in einigen Bundesländern auch für Beamtinnen und Beamte anerkannt¹⁹, insgesamt ist aber die Lage im Beamtenrecht der

¹⁷ Zu diesem Recht LAG Rheinland-Pfalz 31.07.2019 - 2 Sa 299/18, dazu Kohte *JurisPR-ArbR* 11/2020 Anm. 2.

¹⁸ dazu z.B. [§ 33](#) Abs. 1 S. 2 Nr. 8 Freistellungs- und Urlaubsverordnung NRW.

¹⁹ z.B. [§ 16](#) Freistellungs- und Urlaubsverordnung NRW.

Bundesländer uneinheitlich und unübersichtlich²⁰. Es bedarf insoweit auch keiner Bescheinigung durch die Pflegekasse; eine einfache ärztliche Bescheinigung reicht für diese kurzfristige Maßnahme aus, die durch ein Pflegeunterstützungsgeld nach [§ 44 a](#) Abs. 3 [SGB XI](#) flankiert wird. Dies kann in der Praxis hilfreich sein, um dann innerhalb der zehn Tage nach einer passenden Lösung zu suchen. Eine weitergehende Freistellung bis zu sechs Monaten wird nach [§ 3 PflegezeitG](#) ermöglicht; diese setzt allerdings voraus, dass der entsprechende Grad der Pflegebedürftigkeit bereits anerkannt ist.

III. Schwangerschaft und Stillzeit

Die Mehrzahl der Bundesländer treffen auch Freistellungsregelungen für schwangere und stillende Frauen. Im früheren deutschen Mutterschutzrecht wurde bereits bei relativ geringen Problemen ein Beschäftigungsverbot statuiert. Dies entspricht nicht mehr der heutigen Rechtslage. Im Vordergrund stehen die Beteiligung schwangerer und stillender Frauen an der Beschäftigung und die **Anpassung der Arbeitsbedingungen** an diese Situation. Diese Änderungen sind 2018 im Mutterschutzgesetz ([§ 9](#), insbes. Abs. 2) vorgenommen worden, weil die frühere Praxis eines sehr schnell und schematisch einsetzenden Beschäftigungsverbots mittelfristig Nachteile bei der Beteiligung am Arbeitsleben und am beruflichen Aufstieg mit sich brachte.

Die Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (www.dggg.de) hat am 12.3.2020 festgestellt, dass sich sowohl aus Schwangerschaft als auch aus dem Stillen nach der Entbindung im Grundsatz keine spezifischen Risiken ergeben, die Schutzmaßnahmen erforderlich machen, die über den allgemeinen Beschäftigtenschutz hinausgehen, hat jedoch auf einzelne Ausnahmen hingewiesen²¹. Eine vergleichbare Empfehlung hat am 11.3.2020 auch die zentrale Stillkommission ausgesprochen (<https://www.mri.bund.de/de/themen/nationale-stillkommission/stellungnahmen/stillen-covid-19>).

Inzwischen hat eine ad-hoc-Arbeitsgruppe des Ausschusses für Mutterschutz (www.bafza.de) eine konkretere Bestimmung der Gefährdungen vorgenommen:

„Die Tätigkeit kann in der momentanen Situation im Einzelfall daher zu einer unverantwortbaren Gefährdung für schwangere Frauen führen, wenn:

- Kontakt zu ständig wechselnden Personen bzw. einer wechselnden Kundschaft besteht (z.B. im Gesundheitswesen, im Verkauf) oder
- regelmäßig Kontakt zu einer größeren Zahl an Ansprechpersonen, auch betriebsintern, (z.B. in der Kindernotbetreuung, in einem Großraumbüro) besteht.

Bei der Auswahl geeigneter Schutzmaßnahmen sollte geprüft werden,

²⁰ Koppenfels-Spies, Angehörigenpflege und Beschäftigung, 2016 Rn. 605.

²¹ vgl. Kiesche/Kohte, Arbeits- und Gesundheitsschutz in den Zeiten von Corona, 2020 S. 17.

- ob ein Mindestabstand von 1,5m im Kontakt zu anderen Personen sichergestellt werden kann,
- ob andere notwendige Schutzvorkehrungen getroffen werden können,
- ob die Schwangere an einem Einzelarbeitsplatz ohne Infektionsgefährdung beschäftigt werden kann oder ob sie von zu Hause arbeiten kann“.

Damit ist eine plausible Orientierung für die Praxis formuliert worden. Konkrete Einzelheiten sind mit den Personalräten und den Gleichstellungsbeauftragten zu klären.

IV. Die Situation behinderter Schülerinnen und Schüler

Einige Hygienepläne in einzelnen Bundesländern nehmen auch Rücksicht auf die Situation behinderter Schülerinnen und Schüler. Im Berliner Hygieneplan heißt es z. B.:

„Schülerinnen und Schüler, die aufgrund spezifischer Vorerkrankungen besonders stark durch eine Covid-19-Infektion gefährdet werden (z.B. bei Vorerkrankungen der Lunge, Mukoviszidose, immundepressive Therapien, Krebs, Organspenden etc.), können zu Hause lernen. Gleiches gilt, wenn im Haushalt Personen (Eltern, Geschwisterkinder) mit einem höheren Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf leben. Notwendig ist die Glaubhaftmachung gegenüber der Schule, soweit die Erkrankung der Schule nicht ohnehin hinreichend bekannt ist“.

Eine solche **Rücksichtnahme** ist generell in allen Ländern zu fordern.

V. Zusammenfassung

1. Jeder Arbeitgeber ist nach § 4 Nr. 6 ArbSchG zum Schutz besonderer Risikogruppen verpflichtet. Diese Pflicht ist in konkreten Situationen durch eine Ergänzung der Gefährdungsbeurteilung zu aktualisieren.
2. Zu den betrieblichen Regelungsaufgaben gehört zunächst die Bestimmung der Risikogruppe; die Hinweise des Robert-Koch-Instituts sind dafür geeignete, allerdings nicht abschließende Anhaltspunkte.
3. Die Beschäftigten sind über die Rechte der Risikogruppe zu informieren; ihnen ist eine freiwillige Wunschvorsorge nach § 5a ArbMedVV anzubieten. Eine betriebsärztliche Bescheinigung bzw. ein hausärztliches Attest reicht zur Geltendmachung der Rechte aus. Die betroffenen Beschäftigten sind dann mit Arbeiten mit verringertem Infektionsrisiko, z.B. im Home-Office, zu beschäftigen oder unter Entgeltfortzahlung freizustellen.
4. Die Bestimmung der Kategorien der Risikogruppe und das innerbetriebliche Verfahren sind im Wege der Mitbestimmung nach § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG mit dem jeweils zuständigen Personalrat festzulegen; die Schwerbehindertenvertretung ist daran zu

beteiligen und ist nach § 178 Abs. 2 SGB IX auch bei der Umsetzung im Einzelfall zu unterrichten und anzuhören.

5. Wenn Beschäftigte im Haushalt mit Kontaktpersonen zusammenleben, die durch eine Infektion besonders gefährdet sind, kann sich je nach Intensität der Gefährdung ebenfalls ein Freistellungs- oder Umsetzungsanspruch ergeben. In Einzelfällen kann auch eine Leistungsverweigerung nach § 275 Abs. 3 BGB oder eine Arbeitsbefreiung nach dem Pflegezeitgesetz in Betracht kommen.

6. Schwangere und stillende Mütter sind nicht per se eine Risikogruppe und daher nicht automatisch freizustellen. Der Ausschuss für Mutterschutz hat dazu differenzierende Hinweise veröffentlicht, die eine gute Grundlage auch für die Schulverwaltungen sind.

7. Schwerbehinderte und gleichgestellte Menschen haben nach § 164 Abs. 4 SGB IX einen Anspruch auf behinderungsgerechte Arbeit, der in der Situation der Pandemie besonders wichtig ist und mit Hilfe der Personalräte und Schwerbehindertenvertretungen konkret durchzusetzen ist.

8. Es ist erforderlich, dass in dem Rahmenhygieneplan auch Bestimmungen für behinderte Schülerinnen und Schüler getroffen werden, die in der einzelnen Schule zu konkretisieren sind.

Impressum

Herausgeber: Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft
Verantwortlich: Marlis Tepe
Reifenberger Str. 21, 60489 Frankfurt am Main
Tel.: 069-78973-0, info@gew.de, www.gew.de

Foto Titel: Pixabay



Mai 2020