

// GUTACHTEN //



Besonders dringliche Maßnahmen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes im Prozess der Öffnung der Kindertagesstätten und an Einrichtungen der Jugendhilfe

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

Vorwort

Kleine Kinder und ihre Familien haben in der Zeit des weitgehenden Shutdowns besondere Lasten getragen. Die Kinder brauchen ihre Freundinnen und Freunde, sie kompensieren nicht wie ältere Kinder vieles über soziale Medien. Die Eltern jüngerer Kinder haben es besonders schwer, bei geschlossenen Kitas ihren Beruf auszuüben. Schwierige Familienverhältnisse zeigen sich wie unter dem Brennglas, wenn man gemeinsam „eingesperrt“ ist. Von daher verwundert es nicht, dass der gesellschaftliche Druck, die Kitas zu öffnen, von Woche zu Woche zunimmt.

Umso wichtiger ist es für die GEW, daran zu erinnern, dass bei diesen berechtigten Sorgen die Interessen der Beschäftigten nicht unter die Räder kommen dürfen. Kitas sind in vielerlei Hinsicht anders als Schulen. Die kleinen Menschen suchen gerade in dieser Zeit die Nähe zu ihren Erzieherinnen und Erziehern. Mit Abstandsgeboten allein kommt man da nicht weit. Deshalb freue ich mich, dass wir den renommierten Juristen und Arbeitsschutzexperten Prof. Dr. Wolfhard Kohte gewinnen konnten, in einem Gutachten „Sehr dringliche Maßnahmen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes im Prozess der Öffnung von Kindertagesstätten und an Einrichtungen der Jugendhilfe“ zusammenzustellen.

Diese Botschaften gibt uns Prof. 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 Interessen- und Beschäftigtenvertretungen!

Bei der Bestimmung von Risikogruppen und bei der Festlegung eines innerbetrieblichen Verfahrens zum Schutz der Kolleginnen und Kollegen sind die unterschiedlichen Interessen- und Beschäftigtenvertretungen mindestens 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.

Die Trägerlandschaft der Kindertagesstätten ist sehr breit gefächert: Von kommunalen Trägern über freie Wohlfahrtsverbände und private Träger bis hin zu kirchlichen Trägern. Dieser bunte Strauß hat zu Folge, dass es im Bereich der Kindertagesstätten vielfältige Mitbestimmungsstrukturen gibt. Die unterschiedlichen Interessenvertretungen wiederum sind mit unterschiedlichen Kompetenzen ausgestattet. Das vorliegende Gutachten trägt diesen Spezifika Rechnung.

Ich danke Prof. Dr. Wolfhard Kohte für seine schnelle Unterstützung – und ich danke allen Erzieherinnen und Erziehern, den Kitaleitungen, den zuständigen Verwaltungen und auch den Kolleginnen und Kollegen, die sich für die Interessen der Beschäftigten einsetzen, für das Engagement in dem Kraftakt, den wir alle gemeinsam bewältigen!



Marlis Tepe
Vorsitzende der GEW

Inhaltsverzeichnis

SEHR DRINGLICHE MAßNAHMEN DES ARBEITS- UND GESUNDHEITSSCHUTZES IM PROZESS DER ÖFFNUNG VON KINDERTAGESSTÄTTEN UND AN EINRICHTUNGEN DER JUGENDHILFE.....	4
I. SCHUTZ VON RISIKOGRUPPEN ALS ELEMENTARE ARBEITGEBERPFLICHT.....	4
1. Grundlagen.....	4
2. Wer gehört zur Risikogruppe?.....	5
a) Die RKI-Liste.....	5
b) Die Bedeutung von Altersgrenzen.....	6
c) Der Status der Schwerbehinderung.....	7
II. INNERBETRIEBLICHE VERFAHREN ZUM SCHUTZ VON RISIKOGRUPPEN.....	7
1. Die Bedeutung der Arbeitssicherheitsorganisation.....	7
2. Die Rolle der Interessenvertretungen und Schwerbehindertenvertretungen.....	9
a) BetrVG.....	9
b) Mitarbeitervertretungsrecht im evangelischen Rechtskreis – MVG EKD.....	10
c) Mitarbeitervertretungsrecht im katholischen Rechtskreis - MAVO.....	11
d) Personalvertretungsrecht.....	12
e) Die Rolle der Schwerbehindertenvertretungen.....	13
f) Gleichstellungsbeauftragte und Frauenvertreterinnen.....	14
III. DIE BEDEUTUNG VON ERKRANKTEN KONTAKTPERSONEN IM HAUSHALT DER BESCHÄFTIGTEN.....	14
IV. SCHWANGERSCHAFT UND STILLZEIT.....	16
V. DIE SITUATION BEHINDERTER KINDER.....	17
VI. WEITERE EINRICHTUNGEN DER JUGENDHILFE.....	18
VII. ZUSAMMENFASSUNG.....	18

Sehr dringliche Maßnahmen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes im Prozess der Öffnung von Kindertagesstätten und an Einrichtungen der Jugendhilfe

Die GEW hat mich mit einem ergänzenden Gutachten zu den Voraussetzungen, die der Arbeits- und Gesundheitsschutz sowohl zur erstmaligen als auch zu jeder weitergehenden Öffnung der Kindertagesstätten stellt, beauftragt. Angesichts der knappen Fristen und kurzen Entscheidungsspielräume wird das Gutachten an die drei Gutachten zur Öffnung der Schulen anknüpfen, die auf der Homepage der GEW einfach zugänglich sind. Ergänzend werden im Anschluss auch weitere Einrichtungen der Jugendhilfe in den Blick genommen. Das neue Gutachten wird konzentriert den sehr dringlich zu realisierenden Schutz der Risikogruppen und die Rolle der Interessenvertretungen behandeln. Diese Schwerpunktsetzung ergibt sich aus den Besonderheiten der Kitas. Die Notwendigkeit einer hinreichenden Distanz kann zwar gegenüber Eltern und im Kreis der Kolleginnen und Kollegen gewahrt werden, nicht jedoch gegenüber jungen Kindern oder Kindern mit erhöhtem Förderbedarf. Auch wenn derzeit unklar ist, inwieweit solche Kinder Viren übertragen, ist eine Gefährdung für vulnerable Beschäftigte gegeben.

Im Unterschied zu den Schulen spielt das Beamtenrecht keine Rolle in den Kindertagesstätten; die Träger sind sehr unterschiedlich organisiert. Kommunale Träger, freie Wohlfahrtsverbände, Selbsthilfeorganisationen, Elterninitiativen und kirchliche Träger führen auch rechtlich zu einer großen Vielfalt, so dass Einheitslösungen vor allem im Mitbestimmungsrecht nicht zur Verfügung stehen. Einheitlich ist allerdings der arbeitsschutzrechtliche Ausgangspunkt, denn für alle Betriebe und Dienststellen gilt das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG); alle Beschäftigten sind Beschäftigte nach § 2 ArbSchG. Alle Träger haben die in diesem Gesetz normierten Arbeitgeberpflichten zu realisieren.

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“ gilt¹. 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 weniger deutlich als vom Unionsrecht vorgegeben, gilt aber als

¹ Wlotzke RdA 1992, 85, 91; Bucker/Feldhoff/Kohte, Vom Arbeitsschutz zur Arbeitsumwelt, 1994 Rn. 245.

Pflicht für jeden Arbeitgeber; vor allem 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 ist². Diese Schutzpflicht ist bereits bei der Gefährdungsbeurteilung nach [§ 5 Arbeitsschutzgesetz](#) zu beachten, wie sich aus Art. 9 der [Rahmenrichtlinie](#) ergibt³, ist aber dann auch innerbetrieblich zu gestalten. Die gesetzliche Formulierung ermöglicht die Nutzung neuer Erkenntnisse und verpflichtet damit auch zur jeweiligen Aktualisierung⁴.

In vergleichbarer Weise hat die Jugend- und Familienministerkonferenz (JFMK) in ihrem Beschluss vom 28.04.2020 zum gemeinsamen Rahmen für einen stufenweisen Prozess zur Öffnung der Kindertagesbetreuung als einen zentralen Eckpunkt formuliert: „Dem Schutz aller vulnerablen Personen ist besonderes Gewicht beizumessen; dies gilt sowohl für das Kita-Personal als auch für die betreuten Kinder als auch ihre Familienangehörigen“.

Im SARS-CoV-2 – Schutzstandard Kindertagesbetreuung (www.dguv.de/corona-bildung/kitas/index.jsp) der DGUV vom 22.05.2020 wird dazu eine ausführliche Empfehlung gegeben⁵:

„Die Träger von Kindertageseinrichtungen und Arbeitgebenden von Kindertagespflegepersonen haben sicherzustellen, dass ausreichend Personal zur Betreuung anwesend ist. Hierbei ist insbesondere abzuwägen, ob und in welchem Umfang Beschäftigte in der Betreuung der Kinder eingesetzt werden, bei denen ein höheres Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf besteht. Eine generelle Einstufung in einer Risikogruppe ist nach RKI nicht möglich. Vielmehr erfordert dies eine individuelle Risikofaktoren-Bewertung im Sinne einer (arbeits-) medizinischen Begutachtung. Weiterhin sollten Personen, die pflegebedürftige Angehörige mit Grunderkrankungen im häuslichen Umfeld betreuen, berücksichtigt werden. Hierbei können sich die Träger der Kindertageseinrichtungen oder Arbeitgebenden durch ihre Betriebsärztin / ihren Betriebsarzt beraten lassen.“

2. Wer gehört zur Risikogruppe?

Menschen sind nicht ein Risiko, sondern sie sind verletzlich durch externe Risiken; maßgeblich ist daher das jeweilige Risiko. Hier geht es um die Infektion mit dem Corona-Virus, so dass sich daraus eine spezifische Bestimmung der durch das Virus besonders gefährdeten Personengruppen ergibt.

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).

² BT-Drs 13/3540, S. 16; vgl. Kohte in Kollmer/Klindt/Schucht, ArbSchG 3. Aufl. 2016 § 4 Rn. 36.

³ Pieper ArbSchG, 6. Aufl. 2017 § 4 Rn. 19.

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

⁵ Eine ähnliche Empfehlung dürfte in der für Juni 2020 erwarteten Corona-Arbeitsschutz-Regel enthalten sein.

„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).“
- Adipositas

In der Mehrzahl der Bundesländer ist diese Liste des RKI von den Schulverwaltungen in ihren Rahmenhygieneplänen für die Bestimmung der Risikogruppen übernommen worden. Die Kindertagesstätten, weitere Einrichtungen wie z.B. die stationäre Jugendhilfe und ihre Träger unterliegen in der Regel nicht den Anordnungen der Schulverwaltungen, so dass sie durch diese Pläne nicht direkt verpflichtet werden können. Weiter 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. Zusätzlich 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. Diese Gruppe muss – bereits zur Wahrung des Datenschutzes – in abstrakten Kategorien für jede Einrichtung unter Beteiligung der jeweiligen Interessenvertretungen definiert werden.

b) Die Bedeutung von Altersgrenzen

Als erste Frage stellt sich in der Praxis regelmäßig die Bedeutung einer Altersgrenze. Im Unterschied zu den RKI-Hinweisen, die relativ offen einen Korridor zwischen 50 und 60 Jahren nennen, greifen die Bundesländer in ihren Dokumenten jeweils auf die Altersgrenze von 60 zurück. Dies entspricht der bisherigen Gerichtspraxis zum Antidiskriminierungsrecht. Hier war die wertungsmäÙe wichtige Frage zu entscheiden, ob feste Altersgrenzen als Beschäftigungsverbot auch gegen den Willen der Beschäftigten eingesetzt werden können. 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 im Gegensatz zum

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](#)).

VG Berlin bei Altersgrenzen – vor allem ab dem 60. Lebensjahr – eine solche Regelung nur zur Erweiterung der Wahlmöglichkeiten der Beschäftigten anerkannt⁸. **Feste Ausschlüsse** von der Beschäftigung, die **nur auf das Alter von 60 Jahren bezogen** sind und die auch gegen den Willen der Beschäftigten gelten, sind daher **nicht akzeptabel**. Für die anderen Fälle bewegen sich die bisherigen Hygienepläne der Schulverwaltungen 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](#) ein Anspruch auf **behinderungsgerechte Arbeit**. Dies ist ein wichtiger Anspruch, der durch das Unionsrecht gestützt wird. 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 Audioprogrammen⁹, der von einem Wirbelsäulenleiden betroffene Beschäftigte hat Anspruch auf Hebehilfen¹⁰ und entsprechende Unterstützung bzw. auf einen Tätigkeitswechsel ohne stehende Arbeit¹¹. Die Zugehörigkeit zur Risikogruppe ergibt sich daher in Übereinstimmung mit dem DGUV-Schutzstandard nicht aus dem Grad der Behinderung, sondern aus der **konkreten Art der Behinderung**.

Wenn die Zugehörigkeit zur 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 § 152 SGB IX bei der Versorgungsverwaltung auf Anerkennung eines Grads der Behinderung beziehungsweise nach § 151 Abs. 2 SGB IX bei der Bundesagentur für Arbeit auf Gleichstellung sein.

II. Innerbetriebliche Verfahren zum Schutz von Risikogruppen

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

1. 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

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

⁹ LAG Berlin-Brandenburg 18.01.2017 – 20 Sa 956/16, br 2017, 181.

¹⁰ vgl. die Konstellation in BAG 14.3.2006 – 9 AZR 411/05, NZA 2006, 1214.

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

Spiel gebracht. Dies entspricht der Bedeutung der Arbeitssicherheitsorganisation¹² und ist auch in den Betriebsvereinbarungen bekannter Industriebetriebe wie zum Beispiel VW oder Evonik vergleichbar geregelt worden, deren Struktur wird aber genauso vom Mitbestimmungsrecht im Öffentlichen Dienst erfasst¹³. 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 hinzuweisen.

In vergleichbarer Weise hat jetzt auch die DGUV in der Konkretisierung ihres SARS-CoV-2 – Schutzstandards unter dem Abschnitt Arbeitsmedizinische Vorsorge und Schutz besonders gefährdeter Personen folgende Empfehlung gegeben:

„Allen Beschäftigten ist Arbeitsmedizinische Vorsorge zu ermöglichen, beziehungsweise anzubieten. Beschäftigte können sich individuell von der Betriebsärztin / dem Betriebsarzt beraten lassen, auch zu besonderen Gefährdungen aufgrund einer Vorerkrankung oder einer individuellen Disposition. Der Betriebsarzt / die Betriebsärztin kennt den Arbeitsplatz und schlägt dem Träger bzw. den Arbeitgebenden geeignete Schutzmaßnahmen vor, wenn die normalen Arbeitsschutzmaßnahmen nicht ausreichen. Gegebenenfalls kann der Betriebsarzt / die Betriebsärztin der betroffenen Person auch einen Tätigkeitswechsel empfehlen. Der Arbeitgebende erfährt davon nur, wenn der / die Beschäftigte ausdrücklich einwilligt. Ängste und psychische Belastungen der Beschäftigten sollen ebenfalls thematisiert werden können. Die Beratung im Rahmen der arbeitsmedizinischen Vorsorge kann auch telefonisch erfolgen; einige Betriebsärzte / Betriebsärztinnen bieten eine Hotline für Beschäftigte an.“

Es ist daher sachgerecht, wenn **im Betrieb bekannt gemacht** wird, wie die Risikogruppe definiert ist, so dass 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, so dass auch der Datenschutz gewahrt wird. Auf diese Weise kann sachgerecht die Mitteilung weitergeleitet werden, dass Beschäftigte zu der oben genannten Risikogruppe gehören und bei betriebsärztlichen Bescheinigungen, welche

¹² Dazu bereits Kohte/Faber, Arbeits- und Gesundheitsschutz in der Schule, 2015, S. 48 ff.

¹³ Jenter/Faber PersR 2012, 432, 435; Kiesche PersR 2010, 328.

Anforderungen an einen anderen Arbeitsplatz bzw. an spezifische Schutzvorrichtungen zu stellen sind. Eine Befragung durch den Arbeitgeber, ob Beschäftigte zu einer bestimmten Risikogruppe gehören, ist dagegen unzulässig.

In den üblichen **Rahmenhygieneplänen** der Schulverwaltungen der Bundesländer fehlt das Stichwort betriebsärztlicher Dienst. Dies ist kein Zufall, denn die Zahlen der bestellten Ärztinnen und Ärzte sind so gering, dass sie in der jetzigen Situation die vom Gesetz vorgesehene und in anderen Betrieben praktizierte Aufgabe nicht wahrnehmen könnten. Das ist ein deutliches Beispiel für die **bisherigen Defizite**.¹⁴ Solche Defizite dürften auch in einem nicht geringen Teil der Kindertagesstätten bestehen. Wenn ein Betriebsärztlicher Dienst nicht verfügbar ist, ist in der konkreten Situation auf ein hausärztliches Attest zurückzugreifen. Mit dieser Lösung wird immerhin die ärztliche Schweigepflicht gesichert. In der konkreten Situation ist dies ein vertretbares Verfahren, doch zeigt sich hier, dass nach der Corona-Krise an einer effektiven Umsetzung der DGUV Vorschrift 2 „Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit“ zu arbeiten ist.

2. Die Rolle der Interessenvertretungen und Schwerbehindertenvertretungen

Eine so wichtige Frage wie die **Bestimmung der Risikogruppen** sowie die praktische Umsetzung bedarf der Beteiligung der Interessenvertretungen. Die Vielfalt der Träger führt zu unterschiedlichen Rechtsgrundlagen.

a) BetrVG

An erster Stelle steht das Betriebsverfassungsgesetz, das vor allem für die Wohlfahrtsverbände, aber auch für Selbsthilfeorganisationen und andere private Träger von Kindertagesstätten anwendbar ist. Nach [§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG](#) hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei allen Regelungen zum Gesundheitsschutz, mit denen die gesetzlichen Vorgaben betrieblich konkretisiert werden. Verlangt wird daher ein ausfüllungsfähiger und ausfüllungsbedürftiger Rahmen, der den Betriebsparteien einen Handlungsspielraum lässt¹⁵. Dadurch soll die Effektivität des Arbeitsschutzes gesichert werden. Da der Schutz der Risikogruppen nach § 4 Nr. 6 ArbSchG zu den gesetzlichen Arbeitsschutzpflichten jedes Arbeitgebers gehört, besteht ein Mitbestimmungsrecht für Regelungen, mit denen diese Pflicht betrieblich konkretisiert wird. Die erste Regelung besteht darin, dass für den jeweiligen Betrieb eine allgemeine Richtschnur verfasst wird, wie die Risikogruppe für den Betrieb definiert werden soll. Weiter ist zu regeln, wie das Verfahren aussieht. Im BMAS Standard wird vorgeschlagen, dass eine Beratung durch den betriebsärztlichen Dienst erfolgt und dass dieser eine entsprechende Bescheinigung ohne Diagnose erstellt, die dem Arbeitgeber vorgelegt wird. Betriebsärztinnen und –ärzte, die den Betrieb kennen, können dies mit einem konkreten Beschäftigungsvorschlag für einen anderen Arbeitsplatz bzw. für die Arbeit im Homeoffice verbinden. In nicht wenigen Kindertagesstätten wird das Arbeitssicherheitsgesetz in einer weniger effizienten Weise umgesetzt

¹⁴ Kohte/Faber, Arbeits- und Gesundheitsschutz in der Schule, 2015 S. 33 ff.

¹⁵ BAG 11.02.2014 – 1 ABR 72/12, NZA 2014, 989; dazu Schaub/Ahrendt, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019 § 237 Rn. 76; HaKo-BetrVG/Kohte 5. Aufl. 2018 § 87 Rn. 78.

sein, so dass in der konkreten Situation auf ein hausärztliches Attest zurückzugreifen ist. Dazu ist es wichtig, dass den Beschäftigten und den Hausärzten eine entsprechende Liste für die Bestimmung der Risikogruppe vorliegt. Diese betriebliche Einigung kann sich an der RKI-Liste und den Empfehlungen der DGUV orientieren.

Die von Wohlfahrtsverbänden getragenen Kitaeinrichtungen werden von der Rechtsprechung zu den Tendenzbetrieben nach [§ 118 Abs. 1 BetrVG](#) gerechnet¹⁶; dies ist für das Mitbestimmungsrecht zum Gesundheitsschutz jedoch ohne wesentliche Bedeutung, denn nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gilt auch im Tendenzbetrieb in aller Regel das Mitbestimmungsrecht nach [§ 87 BetrVG](#) in vollem Umfang¹⁷. Ausnahmefälle sind selten¹⁸ und im Gesundheitsschutz nicht bekannt¹⁹, denn auch im Tendenzbetrieb ist das Arbeitsschutzgesetz in vollem Umfang anzuwenden. Wird das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht beachtet, steht diesem ein Unterlassungsanspruch zu, mit dem die Arbeitsaufnahme blockiert werden kann²⁰.

b) Mitarbeitervertretungsrecht im evangelischen Rechtskreis – MVG EKD

In einem beachtlichen Umfang sind Kindertagesstätten in kirchlicher Trägerschaft organisiert, so dass das kirchliche Mitarbeitervertretungsrecht zu beachten ist. Zunächst soll hier das Mitarbeitervertretungsgesetz der EKD (MVG-EKD) dargestellt werden, das nach § 1 Abs. 1 MVG EKD zunächst für die jeweiligen Körperschaften öffentlichen Rechts anwendbar ist, also zumindest für Kirchengemeinden bzw. Kirchenkreise als Träger einer Kita. Auch für rechtlich selbständige Einrichtungen der Diakonie gilt nach § 1 Abs. 1 MVG EKD das Mitarbeitervertretungsrecht. Andere Einrichtungen können sich nach § 1 Abs. 3 MVG EKD dem Mitarbeitervertretungsrecht zuordnen. Wenn dies satzungsgemäß erfolgt ist, ist ebenfalls das Mitarbeitervertretungsrecht der jeweiligen Landeskirche anwendbar²¹. In diesen Fällen gilt nach § 118 Abs. 2 BetrVG auch für private Träger das Betriebsverfassungsrecht nicht. Dagegen gilt für religiöse, aber kirchenunabhängige Vereine das Betriebsverfassungsrecht nach § 118 Abs. 1 BetrVG.

Auch das kirchliche Mitarbeitervertretungsrecht kennt Mitbestimmungsrechte im Gesundheitsschutz. Nach § 40b MVG EKD besteht ein Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung für Maßnahmen zur Verhütung von Unfällen und gesundheitlichen Gefahren. Diese Norm wird vom Kirchengenrichtshof inzwischen in Anlehnung an das geltende Arbeitsschutzrecht so ausgelegt, dass damit auch der Schutz vor Gefährdungen, so wie er vom Arbeitsschutzgesetz verlangt wird, erfasst ist. In diesem Beschluss heißt es:

„Der aus § 40 Buchst. b MVG.EKD zu schließende Sinn und Zweck steht für ein Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung bei der Erstellung der Gefährdungs-

¹⁶ so zB LAG Sachsen 13.07.2007 - 3 TaBV 35/06, LAGE § 118 BetrVG 2001 Nr. 1; LAG Rostock 12.02.2020 – 3 TaBV 7/19 (DRK-Kita).

¹⁷ so zB BAG 13.06.1989 – 1 ABR 15/88, NZA 1990, 235; Fitting BetrVG 30. Aufl. 2020 § 118 Rn. 32.

¹⁸ BAG 28.05.2002, - 1 ABR 32/01, NZA 2003, 166.

¹⁹ so MüArb/Matthes 3. Aufl. § 273 Rn. 23.

²⁰ aktuell: ArbG Wesel 24.04.2020 – 2 BVGa 4/20.

²¹ MHdB ArbR/Reichold, 4. Aufl. 2018 § 366 Rn. 16.

beurteilung. Der Mitarbeitervertretung soll durch das Mitbestimmungsrecht die Möglichkeit eingeräumt werden, Einfluss auf die von der Dienststellenleitung zu treffenden "Maßnahmen zur Verhütung von Unfällen und gesundheitlichen Gefahren" zu nehmen. Das folgt ersichtlich zu dem Zweck, die Forderungen der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen in diese "Maßnahmen" angemessen einfließen zu lassen. Damit soll gewährleistet werden, dass die schützenswerten Interessen der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen in dem erforderlichen Maße berücksichtigt werden“²².

Für dieses Mitbestimmungsrecht verlangt § 38 Abs. 1 MVG-EKD, dass eine Maßnahme, die der Mitbestimmung der Mitarbeitervertretung unterliegt, erst vollzogen werden darf, wenn die Zustimmung der Mitarbeitervertretung vorliegt oder kirchengerichtlich ersetzt worden ist oder durch die Einigungsstelle entschieden worden ist. Seit dem 01.01.2020 ist wieder im § 38 geregelt, dass eine der Mitbestimmung unterliegende Maßnahme unwirksam ist, wenn die Mitarbeitervertretung nicht vorher beteiligt worden ist. Die MAV kann nach § 47 MVG EKD von ihrem Initiativrecht Gebrauch machen, um eine solche Regelung durchzusetzen.

Damit ist die Regelung, wie die Risikogruppe zu bestimmen, wie sie nachzuweisen und wie sie am Ende umzusetzen ist, eine Frage der Mitbestimmung. Möglicherweise ist die Corona-Krise ein Anlass, die Regelung zur Einigungsstelle nach § 36a MVG EKD erstmals in der jeweiligen Einrichtung zur Geltung zu bringen. In der kirchengerichtlichen Praxis ist bereits anerkannt worden, dass der MAV auch ein Unterlassungsanspruch zusteht, wenn eine Maßnahme ohne ihre rechtzeitige Beteiligung umgesetzt werden soll²³.

Im föderalen System der EKD haben nicht alle Mitgliedskirchen der EKD identische Bestimmungen im Mitarbeitervertretungsrecht erlassen. Die Mehrzahl der Landeskirchen orientiert sich weitgehend am MVG EKD, so dass die hier erläuterten Normen direkt anwendbar sind²⁴. In den anderen Landeskirchen sind zumindest vergleichbare Mitbestimmungsrechte normiert, so dass regelmäßig die Mitarbeitervertretungen zur Konkretisierung der Regelungen zur Risikogruppe zu beteiligen sind.

c) Mitarbeitervertretungsrecht im katholischen Rechtskreis - MAVO

In der katholischen Kirche besteht eine stärkere Einheitlichkeit. In allen Bistümern wird die Mitarbeitervertretungsordnung (MAVO), die zuletzt 2017 aktualisiert worden ist, angewandt. Zu ihrem Geltungsbereich gehören nicht nur die Kirchengemeinden und deren Kindertagesstätten²⁵, sondern auch die Einrichtungen der Caritas. Ähnlich wie im protestantischen Bereich wird hier differenziert. § 1 Abs. 1 MAVO umfasst auch die Diözesan-caritas-Verbände, soweit sie juristische Personen des kanonischen Rechts sind. Für die anderen Einrichtungen der Caritas, die in der Regel als privatrechtliche Personen, z.B. als eingetragene Vereine, organisiert sind, gilt die MAVO nach § 1 Abs. 2, wenn diese Einrichtungen sich satzungsgemäß der MAVO unterstellt haben und ein maßgeblicher

²² KGH EKD 9.7.2007 - II-0124/N24-07, ZMV 2008, 26.

²³ HK-ArbSchR/Georgi, 2. Aufl. 2018 § 40 MVG EKD Rn. 8.

²⁴ MHdB-ArbR/Reichold 4. Aufl. 2018 § 366 Rn. 17.

²⁵ Als Beispiel BAG 25.4.1978 – 1 AZR 70/76, AP Nr. 2 zu Art. 140 GG; Thiel/Fuhrmann/Jüngst MAVO 8. Aufl. 2019 § 1 Rn. 21.

Einfluss der Amtskirche gesichert ist²⁶. Dies dürfte in der Mehrzahl der Einrichtungen der Fall sein.

Auch in der Systematik der MAVO ist ein Mitbestimmungsrecht in sozialen Angelegenheiten normiert. Nach § 36 Abs. 1 Nr. 10 MAVO hat die Mitarbeitervertretung ein uneingeschränktes Mitbestimmungsrecht bei Maßnahmen zur Verhütung von Gesundheitsschädigungen. Damit werden – ebenso wie bei § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG – alle Regelungen erfasst, mit denen das staatliche Arbeitsschutzrecht konkretisiert wird und bei denen ein betrieblicher Handlungsspielraum besteht²⁷. Diese Regelung erfasst damit alle Maßnahmen, die der Erhaltung der physischen und psychischen Integrität der Beschäftigten gegenüber arbeitsbedingten Beeinträchtigungen dienen.²⁸ Damit ist die Konkretisierung der Pflichten aus § 4 Nr. 6 ArbSchG auch von diesem Mitbestimmungsrecht erfasst.

Da dieses Mitbestimmungsrecht auch die Bestellung und Aufgaben von Betriebsärztinnen und –ärzten erfasst²⁹, kann damit die auch im kirchlichen Bereich geltende Norm des § 5a ArbMedVV genutzt werden, um entsprechende Beratungspflichten zu sichern, mit denen für Beschäftigte aus den vulnerablen Gruppen einen passenden Arbeitsplatz erhalten können und von spezifischen Infektionsgefährdungen freigestellt werden. Bereits im Vorfeld können sich die Mitarbeitervertretungen auf ihre in § 26 Abs. 3 Nr. 3 MAVO normierte Pflicht, die Eingliederung schutzbedürftiger Beschäftigter zu fördern, berufen.

Bei Konflikten um die Realisierung des Mitbestimmungsrechts kann nach § 45 Abs. 1 Nr. 10 MAVO die Einigungsstelle eingeschaltet werden. Dagegen darf der Arbeitgeber bei Konflikten um das Mitbestimmungsrecht die MAV nicht übergehen. Nach § 33 MAVO darf er – mit Ausnahme dringender vorläufiger Regelungen – im Anwendungsbereich des Mitbestimmungsrechts Maßnahmen erst ergreifen, wenn er sich mit der MAV geeinigt hat. Verstößt er gegen diese Vorschrift, dann steht der MAV ein Unterlassungsanspruch zu³⁰. Dies hat inzwischen auch der Kirchliche Arbeitsgerichtshof entschieden³¹.

d) Personalvertretungsrecht

Im Personalvertretungsrecht finden wir ebenfalls ein vergleichbares Mitbestimmungsrecht. Das Personalvertretungsrecht ist nach [§ 130 BetrVG](#) anwendbar bei juristischen Personen des öffentlichen Dienstes. Dies sind vor allem Gemeinden, soweit sie (noch) eigene Kindertagesstätten betreiben. Für diese Gemeinden gilt das Personalvertretungsrecht des jeweiligen Bundeslandes. Zur Vereinfachung gehe ich hier auf das Bundespersonalvertretungsrecht ein, denn zur Mitbestimmung bei Maßnahmen des Gesundheitsschutzes findet sich in § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG ein uneingeschränktes Mitbestimmungsrecht, das in

²⁶ Thiel/Fuhrmann/Jüngst MAVO 8. Aufl. 2019 § 1 Rn. 42; Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche 8. Aufl. 2019 § 18 Rn. 12; MHdB ArbR/Reichold § 367 Rn. 18.

²⁷ Thiel/Fuhrmann/Jüngst MAVO 8. Aufl. 2019 § 36 Rn. 135 f.

²⁸ Georgi, Die Beteiligungsrechte der Mitarbeitervertretungen im Arbeitsschutz, 2008 S. 268 f.

²⁹ HaKo-ArbSchR/Georgi, 2. Aufl. 2018 Rahmen-MAVO Rn. 10; vgl. Thiel/Fuhrmann/Jüngst MAVO 8. Aufl. 2019 § 36 Rn. 135.

³⁰ HaKo-ArbSchR/Georgi, 2. Aufl. 2018 Rahmen-MAVO Rn. 13; Kohte, FS Richardi, 2007 S. 601, 607 ff; Thiel/Fuhrmann/Jüngst MAVO 8. Aufl. 2019 § 36 Rn. 12.

³¹ KAGH 31.08.2012 – M 15/11, KuR 2012, 270.

allen Bundesländern in den jeweiligen Landesgesetzen übernommen worden ist. Einige Länder haben das Recht der Mitarbeitervertretung erweitert und akzeptieren auch ein Mitbestimmungsrecht bei der Gefährdungsbeurteilung. Hier ist das Bundesrecht zusammen mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zurückgeblieben. Notwendig ist hier direkt die Nutzung des Initiativrechts für einzelne Maßnahmen. Dies ist hinsichtlich der Risikogruppen eindeutig, denn hier geht es um die Konkretisierung einer beschäftigten-schützenden Norm des Arbeitsschutzgesetzes (§ 4 Nr. 6 ArbSchG), für die auf jeden Fall dieses Mitbestimmungsrecht Anwendung findet.

Bereits die Rahmenhygienepläne der Schulverwaltungen zeigen in ihren unterschiedlichen Fassungen, dass hier eine 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](#)³². Es ist daher mit den jeweiligen Personalvertretungen gemeinsam zu regeln. Die sich aus § 4 ArbSchG ergebende Schutzpflicht kollidiert nicht mit den Interessen der Allgemeinheit, so dass die in den Fällen der Asbestsanierung von Schulen und Hochschulen diskutierte Einschränkung der Rechte der Einigungsstelle – nicht des Mitbestimmungsrechts³³ – für die Bestimmung der Risikogruppen nicht passt. Die einmal gefundene Regelung 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. Unverzichtbar ist hier die Beratung und Begleitung der betroffenen Beschäftigten.

e) Die Rolle der Schwerbehindertenvertretungen

Ein beachtlicher Teil der vulnerablen Beschäftigten gehört zum Kreis der Menschen mit Schwerbehinderungen, so dass auch die **Schwerbehindertenvertretungen** (SBV) zu beteiligen sind. Sie sind zum einen beteiligt am Willensbildungsprozess der Betriebs- und Personalräte, da sie nach §§ [178 Abs. 4 SGB IX](#), [32 BetrVG](#), [40 BPersVG](#) zu jeder Sitzung eines Betriebs- oder Personalrates einzuladen sind und daran teilnehmen können. Insoweit sind sie bei funktionierender Kooperation mit der Betriebs- oder Personalvertretung bereits in einem frühen Stadium informiert und können auf die Diskussion im Betriebs- oder 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 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

³² Ein vergleichbares Mitbestimmungsrecht findet sich in allen Landespersonalvertretungsgesetzen: HaKo-ArbSchR/Nitsche, 2. Aufl. 2018 BPersVR, Tabelle nach Rn. 82.

³³ dazu Büge PersR 2003, 171.

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 über ihre Rechte als mögliche Mitglieder der Risikogruppen und deren Durchsetzung informiert werden.

Die sich aus [§ 178 SGB IX](#) ergebenden Rechte gelten auch für die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen nach [§ 52 MAVO](#), denn die Rechte im SGB IX werden durch die MAVO nicht verdrängt³⁴. In der evangelischen Kirche sind diese Rechte in Anlehnung an [§ 178 SGB IX](#) jetzt in [§ 51 Abs. 1 MVG EKD](#) normiert und zusätzlich in [§ 51 Abs. 3 MVG EKD](#) klargestellt worden, so dass auch die Vertrauenspersonen im kirchlichen Bereich die in diesem Abschnitt beschriebenen Rechte ebenfalls wahrnehmen können.

f) Gleichstellungsbeauftragte und Frauenvertreterinnen

In den Gleichstellungsgesetzen der Bundesländer sind für den öffentlichen Dienst mit gewissen Modifikationen, die hier nicht nachgezeichnet werden können, Gleichstellungsbeauftragte bzw. Frauenvertreterinnen gesetzlich installiert und von den Frauen gewählt worden. Die Gleichstellungsbeauftragten / Frauenvertreterinnen sind bei allen personellen, organisatorischen und sozialen Maßnahmen frühzeitig zu beteiligen, die die Gleichstellung von Frauen und Männern betreffen³⁵. In der Mehrzahl der Bundesländer handelt es sich hierbei um Informations- und Beratungsrechte, nicht jedoch um Mitbestimmungsrechte. In der Regel stehen ihnen auch Initiativrechte zu, so dass sie sich in vielen Einrichtungen als eine wichtige Kraft herausgebildet haben. Die Bestimmung von Risikogruppen gehört zu den relevanten Aufgaben. Besonders deutlich ist dies bei der Frage der Schwangerschaft (dazu Kap. IV), beschränkt sich aber natürlich nicht auf diese Frage.

Die verschiedenen Interessen- und Beschäftigtenvertretungen können besonders wirksam werden, wenn sie vor Ort, auf regionaler und Landesebene in einem fruchtbaren Dialog im Sinn der Beschäftigteninteressen handeln und sich gegenseitig in den Arbeitsstäben und Gremien, die die schrittweise Öffnung von Bildungseinrichtungen gestalten, unterstützen.

III. 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 Schulverwaltungen der Bundesländer, wie z.B. Rheinland-Pfalz, erkennen auch bei der Gefährdung

³⁴ Thiel/Fuhrmann/Jüngst MAVO 8. Aufl. 2019 § 52 Rn. 24.

³⁵ so zB § 17 LGG NRW.

von Kontaktpersonen die Möglichkeit der alternativen Beschäftigung beziehungsweise Freistellung an.

In dem SARS-CoV-2 – Schutzstandart Kindertagesbetreuung der DGUV wird in vergleichbarer Weise auch auf die Kontaktpersonen eingegangen:

„Bei der Kindertagespflege im Haushalt einer Kindertagespflegeperson sollte im Einzelfall die Gefährdung einer in dieser häuslichen Gemeinschaft lebenden Person mit einem erhöhten Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf Beachtung finden.“

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 Immunerkrankungen. 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 dieser Kollision zwischen Arbeitspflicht und Elternpflicht können Eltern ihre Rolle als Beschäftigte nach [§ 275](#) Abs. 3 [BGB](#) die Leistung verweigern³⁶. Ihnen kann für eine begrenzte Zeit bei Angestellten ein Entgelt nach [§ 29](#) Abs. 3 [TVÖD/TVL](#) zustehen. In jedem Fall können sie eine Entschädigung nach [§ 56 IfSG](#) erhalten. Diese war bisher auf 6 Wochen befristet; diese Frist wird in Kürze auf 10 Wochen für jedes Elternteil und auf 20 Wochen bei Alleinerziehenden verlängert. Das Gesetzgebungsverfahren ist eingeleitet. Eine Kollision nach [§ 275](#) Abs. 3 [BGB](#) kann bei schwer erkrankten Familienangehörigen ebenfalls eintreten, so dass auch insoweit ein Leistungsverweigerungsrecht möglich ist, doch greift hier allenfalls eine befristete Entgeltzahlung nach [§ 616](#) [BGB](#) ein.

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 der Schulverwaltung 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. Anders ist dies, wenn die Person im Haushalt in schwerwiegender Weise erkrankt ist, zB. an Störungen des Immunsystems, so dass bereits ein geringes Infektionsrisiko vermieden werden muss. Dies bedarf einer speziellen medizinischen Untersuchung, Beratung und Bescheinigung.

³⁶ Zu diesem Recht LAG Rheinland-Pfalz 31.07.2019 - 2 Sa 299/18, dazu Kohte JurisPR-ArbR 11/2020 Anm. 2.

In diesen Fällen kann zunächst als naheliegende und verfahrensrechtlich einfachere Maßnahme der **Anspruch auf Pflegezeit** beziehungsweise auf Pflgeteilzeit in Betracht kommen. Nach [§ 2 PflegezeitG](#) ist eine kurzfristige Freistellung in einer akut aufgetretenen Pflegesituation bis zu zwanzig³⁷ Tagen möglich. 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, das in diesem Jahr für zwanzig Tage gezahlt wird³⁸. Dies kann in der Praxis hilfreich sein, um dann innerhalb der zwanzig 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.

IV. 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 hingewiesen³⁹. 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

³⁷ so jetzt BGBl. 2020 I S. 1018, 1032.

³⁸ so jetzt BGBl. 2010 I S. 1018, 1029.

³⁹ vgl. Kiesche/Kohte, Arbeits- und Gesundheitsschutz in den Zeiten von Corona, 2020 S. 17.

- 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,

- ob ein Mindestabstand von 1,5 m 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 Betriebs- oder Personalräten und den Gleichstellungsbeauftragten zu klären.

V. Die Situation behinderter Kinder

Einige Hygienepläne der Schulverwaltungen 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.

Im bereits oben zitierten DGUV-Schutzstandard Kindertagesbetreuung wird zur Situation behinderter Kinder eine knappe Empfehlung gegeben:

„Eltern von Kindern, die das Risiko eines schweren Krankheitsverlaufs haben, also insbesondere Kinder mit chronischen Vorerkrankungen oder Behinderungen, wird empfohlen, Kontakt zum ständigen Kinderarzt aufzunehmen um sich im Hinblick auf die Kindertagesbetreuung beraten zu lassen.“

Hier wird es in der Regel darauf ankommen, dass die sozialrechtlichen Möglichkeiten der Teilhabe ausgelotet und realisiert werden⁴⁰.

⁴⁰ dazu aktuell Conrad-Giese, Persönliche Assistenz für Kinder mit Behinderungen, 2020.

VI. Weitere Einrichtungen der Jugendhilfe

Zu den Einrichtungen der Jugendhilfe, die im SGB VIII normiert sind, gehören nicht nur die Kindertageseinrichtungen nach § 22 SGB VII, sondern auch ambulante Dienste und stationäre Einrichtungen. Das gemeinsame „Dach“ des SGB VIII ist für die Konkretisierung der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten wenig aussagefähig. Inzwischen gibt es ein erfreulich differenziertes Gefüge zwischen sozialpädagogisch begleiteten Wohnformen (§ 13 Abs. 3 SGB VIII), Horteinrichtungen (§ 24 Abs. 4 SGB VIII), die eng mit der jeweiligen Schule verbunden sind, stationären Heimen (§ 34 SGB VIII) und dem breiten Spektrum sonstiger betreuter Wohnformen (§ 48 a SGB VIII). Zum Teil sind auch diese Einrichtungen, vor allem die ambulanten Angebote, deutlich heruntergefahren oder in alternative Angebote umgestaltet worden. Es ist im Interesse einer solidarischen Jugendpolitik jedoch wichtig, dass diese Möglichkeiten wieder umfassend angeboten und genutzt werden können.

In allen diesen Einrichtungen werden Personen beschäftigt, deren Gesundheit in der Situation der Pandemie einen besonderen Schutz benötigt. Generell gelten auch hier die allgemeinen Regeln des Abstandsgebots und des Hygieneschutzes. Je älter die Jugendlichen sind, desto weniger passen die Aussagen zu Kindertageseinrichtungen und desto eher sind die arbeitsschutzrechtlichen Aussagen aus den Gutachten zur Öffnung der Schulen heranzuziehen.

Auch in diesen Einrichtungen sind die Arbeitgeber nach § 4 Nr. 6 des Arbeitsschutzgesetzes zum Schutz von Risikogruppen besonders verpflichtet, so dass sich auch hier dieselben Aufgaben ergeben. Die Risikogruppen müssen abstrakt definiert werden. Es muss akzeptable Verfahren geben, wie eine Einzelfallbestimmung möglich ist und wie alternative Beschäftigungsformen gesucht und realisiert werden.

Auch die Einrichtungen der Jugendhilfe werden von sehr unterschiedlichen Trägern betrieben. Daher gelten auch hier wieder die im Kapitel II. vorgestellten unterschiedlichen Mitbestimmungsrechte, die jedoch alle einen vergleichbaren Kern haben, der auch hier zur Geltung zu bringen ist.

VII. 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 dient der Geltendmachung der Rechte. Wenn der betriebsärztliche Dienst

nicht verfügbar ist, kann auf ein hausärztliches Attest zurückgegriffen werden. Eine betriebsärztliche Bescheinigung bzw. ein hausärztliches Attest reicht dann zur Geltendmachung der Rechte aus. Die betroffenen Beschäftigten sind dann mit Arbeiten mit verringertem Infektionsrisiko zu beschäftigen oder unter Entgeltfortzahlung freizustellen.

4. Die Bestimmung der Kategorien der Risikogruppe und das innerbetriebliche Verfahren sind im Wege der Mitbestimmung festzulegen. Trotz der unterschiedlichen Normen (BetrVG, BPersVG, MVG EKD, MAVO) besteht ein gemeinsamer Kern, dass die Konkretisierung der Pflichten aus dem Arbeitsschutzgesetz dem jeweiligen Mitbestimmungsrecht unterfällt. Wenn ein Arbeitsschutzausschuss besteht, ist dieser ein geeigneter Ort für gemeinsame Absprachen. Die Schwerbehindertenvertretung und die Gleichstellungsbeauftragten sind daran zu beteiligen und 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 differenzierende Hinweise veröffentlicht, die eine gute Grundlage auch für die Kindertagesstätten und die Einrichtungen der Jugendhilfe sind.

7. Es ist erforderlich, dass für behinderte Kinder gesonderte Informationen erfolgen und spezifische Schutzmaßnahmen geklärt und realisiert werden.