

Stellungnahme

der GEW Rechtsabteilung zum Rundschreiben des KAV Rheinland-Pfalz RS 44/20 vom 25.05.2020 zum Thema Personaleinsatz „Risikogruppen“

1.

Grundsätzlich hat ein Arbeitnehmer/eine Arbeitnehmerin freie Arztwahl. Arbeitnehmer können daher nicht gezwungen werden, sich vom Betriebsarzt ihres Arbeitgebers untersuchen zu lassen. Sie können die erforderlichen Untersuchungen auch bei einem Arzt ihrer Wahl durchführen lassen. Voraussetzung ist allerdings, dass dieser Arzt über die erforderliche Eignung verfügt. Der Arzt muss berechtigt sein, die Gebietsbezeichnung "Arbeitsmedizin" oder die Zusatzbezeichnung "Betriebsmedizin" zu führen. Grundlage für die arbeitsmedizinische Vorsorge ist die Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge (ArbMedVV).

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 gibt somit aus unserer Sicht keine rechtliche Grundlage dafür, dass ein Betriebsarzt verbindlich darüber entscheiden kann, ob ein Arbeitnehmer trotz Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe dennoch am Arbeitsplatz eingesetzt werden kann.

2.

In den Leitlinien vom 20.05.2020 ist unter Ziff. 5 b) darauf hingewiesen, dass:

„Beschäftigte, die aufgrund einer Gefährdungsanalyse den Nachweis führen, dass sie nach bisherigen Erkenntnissen ein hohes Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf haben oder in häuslicher Gemeinschaft mit einer Person mit einem solchen hohen Risiko leben und entsprechend nicht in den Betreuungssettings vor Ort eingesetzt werden können, sollen insbesondere kreative Formate der Förderung für solche Kinder umsetzen, die aufgrund eines eigenen oder eines in ihrer häuslichen Gemeinschaft bestehenden hohen Risikos für einen schweren Krankheitsverlauf selbst nicht die Kita besuchen können (z.B. durch digitale Formate) sowie den Kontakt zu den Familien halten, die nicht in der Betreuung sind. Außerdem können Sie zur Unterstützung der Einrichtungsleitung und des Teams im „Back-office“ eingesetzt werden und z.B. Rückmeldungen von Eltern und Team zum veränderten Angebot einholen, um eine Bewertungsgrundlage für ggf. erforderliche Anpassungen zu haben, oder auch das Beschwerdemanagement der Kita betreuen.“

Daraus folgt, dass der Arbeitgeber aufgrund der von ihm geschuldeten Fürsorge verpflichtet ist, die Beschäftigte mit anderweitigen Tätigkeiten zu betrauen. Die Arbeitnehmer erbringen in diesen Fällen die geschuldete Arbeitsleistung in einer anderen Form, sodass es kein Fall der persönlichen Unmöglichkeit vorliegt.

3.

Kommt der Betriebsarzt zum Ergebnis, dass ein Einsatz am Arbeitsplatz vor Ort nicht möglich ist, löst dies keinesfalls automatisch die Rechtsfolgen des § 326/275 BGB aus, wonach eine Freistellung ohne Lohnfortzahlung möglich wäre.

Vielmehr kommt ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB i.V.m. § 618 BGB in Betracht, wenn der Arbeitgeber nicht in der Lage ist, eine Ansteckung mit dem Coronavirus bei einer Beschäftigung innerhalb der Kita mit hoher Wahrscheinlichkeit auszuschließen und auch keine Beschäftigung im Homeoffice angeboten wird. Dies führt dazu, dass die Lohnzahlungspflicht nicht suspendiert ist. Ein solches Zurückbehaltungsrecht hat das BAG in einer Entscheidung vom 19.02.1997, 5 AZR 982/94, ausdrücklich in einem Fall bejaht, dass Arbeitsräume über das baurechtlich zulässige Maß mit Gefahrstoffen belastet sind.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass auch nach der aktuellen 8. Corona Verordnung unter § 13 Abs. 2 ausdrücklich neben den Leitlinien vom 20.05.2020 auch auf die gemeinsamen Empfehlungen zu den Hygieneplänen in Kitas vom 29.04.2020 hingewiesen wird. In den Empfehlungen ist unter Ziffer 4 geregelt, dass Risikopatienten nicht in Einrichtungen eingesetzt werden sollen.

Rechtsabteilung GEW Rheinland-Pfalz

03.06.2020