

## ESA-Anwaltszoom vom 16.08.21

RAin Fischer, RA Dr. Hoffmann, RA Templin

1. **Virusnachweis;** *Gab es bereits Anträge hier in Deutschland zum Nachweis von Covid 19 verursachenden Virus und dessen Gefährlichkeit? Wenn ja, mit welchem Ergebnis?*

Antwort: Ja, gab es. Auch Mask-Force-Anwälte haben dies in eR-Verfahren schon vorgetragen, wobei der Richter aber im eR-Verfahren sich nicht darauf einlassen wollte (soll erst im Hauptsachverfahren erfolgen).

Allgemeine Einschätzung: Ergebnis-Erwartung in Deutschland wohl gering; in Canada könnte sich die diffuse Lage vielleicht lüften, weil kanadische Ministerin als Zeugin in Strafverfahren hierzu vorgeladen ist

2. **Schule (Testpflicht vs. Präsenzpflcht);** *Es wird jetzt in allen Ländern an der Schraube Testzwang gekoppelt mit Präsenzpflcht gedreht, mal mehr mal weniger aggressiv. Könnt ihr noch einmal ein klares Procedere vorschlagen für:*

- Vorgehen bei der Befreiung von einer Präsenzpflcht?*
- Meldung der Schule beim Jugendamt?*
- Erhalt eines Bußgeldbescheides bezüglich Verletzung der Schulpflcht?*
- Kann man sich gegen ein Schreiben vom Schulamt, in welchem z.B. die Befreiung von der Präsenzpflcht abgelehnt wird, mit Widerspruch wehren?*

Antwort:

⇒ Zusammenfassung der Rechtslage:

- Die geänderte Verordnungslage bedeutet, dass Kinder grds. in Schule gehen müssen; sie bedeutet jedoch nicht, dass die Schulen nur deswegen sagen könnten: „es gibt die Abmeldung nicht mehr“.
- Die Schule musste + muss immer abwägen (Eingriff ins Persönlichkeitsrecht beim Testen, Kindeswohl usw.). Es gibt kein Anspruch auf Befreiung von der Präsenzpflcht, aber einen Anspruch auf Ermessensausübung, ob nicht trotzdem eine Befreiung im Einzelfall in Frage kommt. Es besteht ein Anspruch auf sogenannte ‘pflichtgemäße Ermessensausübung’ mit entsprechender Begründung. Prüft+entscheidet die Schule nicht jeden Einzelfall individuell, liegt ein Ermessens Fehlgebrauch (in Form von Ermessensnichtiggebrauch durch fehlende Ermittlung der Ermessensgrundlage) vor; die Entscheidung ist rechtswidrig. Ob solche Entscheidungen mit Widerspruch angegriffen werden können => siehe Antwort zu Frage 2d. Der Widerspruch hat idR keine aufschiebende Wirkung => sofortige Aussetzung der Entscheidung bis zur Entscheidung in der Hauptsache (Klage) müsste also vorab mit einstweiligem Rechtschutzverfahren erstritten werden.
- Eine Gefährdungsbeurteilung (zumal Testdurchführung an den Schulen meist verpflichtend sind) wird jetzt umso wichtiger. Nicht verwirren lassen: der Hygieneplan ist keine Gefährdungsbeurteilung! Was, wenn Einlullen durch die Schule am Schultor erfolgt („Komm doch erstmal rein“)? Da Betreten des Schulgeländes nur erfolgen darf, wenn umgehend eine Testung erfolgt, sodass dieses „erstmal Reinkommen“ nicht geht.

Zu a)

⇒ Strategie des „Mitspielens, aber unter dem Fokus ‘Kind will sich nicht testen’“:

- Eltern haben keinen Einfluss (sind in Schule sowieso nicht dabei);
- bei Nichttestung wird Schüler nicht reingelassen; Kind muss also wieder nach Hause gehen;
- wenn wirklich eine Schulversäumnisanzeige erfolgen sollte und die Polizei das Kind zur Schule bringt, wo es sich immer noch nicht testen wird, würde es auch nach Hause geschickt werden;



- eine zwangsweise Testung ist nicht zulässig (eine derartige Zwangstestung müsste in einem Gesetz (und nicht Rechtsverordnung) festgelegt werden); das IfSG bietet keine Rechtsgrundlage für invasive Testungen (Achtung: Spucktest ist kein invasiver Test); sträubendes Kind => hohe Eigengefährdungsgefahr des Kindes;
- ⇒ Strategie des Fragen-Stellens und Nachweise-Anforderns:
  - Allgemeine Frage an Schule stellen: Wie hat das Pandemiegeschehen an der Schule stattgefunden? Wieviele Tests sind durchgeführt worden, Ergebnis, Nachtestung? Wie viele Schulbeschäftigte sind geimpft?
  - da Anspruch auf kindbezogene Dokumentationen besteht: Akteneinsicht bei der Schule fordern, damit die Ermessensgrundlage für die Schulentscheidung offengelegt wird; eine Vorgangsakte müsste beim Testen und auch beim Masketragen eigentlich für jedes einzelne Kind bei der Schule existieren;
  - zu Tests: Befähigungsnachweise der Lehrer, die Test beaufsichtigen, einfordern; die Einhaltung des Umgangs mit Chemikalien nachweisen lassen; Angebot zur persönlichen Inaugenscheinnahme durch die Eltern, wie so ein Test mit anderen durchgeführt wird, einfordern;
  - zu Maske: Dokumentation einfordern, dass der Lehrer für mein Kind die Maskentragzeiten überwacht (ggf.: wie hat er das bisher gemacht?), Welche Untersuchungen macht der Lehrer und wie oft?, Wie lange hat das Kind die Maske getragen?

Zu b) Jugendamt könnte bei Strategie unter a) sogar auf der Seite der Eltern stehen, weil Kind ja in die Schule will, nur Eltern werden es nicht testen und Schüler will sich selbst nicht testen;

Zu c) Einspruch einlegen + Anwalt suchen; Taktik wie unter a) und das Kind kommt morgen ohne Testung und/oder ohne Maske zur Schule

Zu d) Widerspruchsmöglichkeit hängt vom Bundesland ab => hierzu die Landesausführungsgesetze zur Verwaltungsgerichtsordnung (AG VwGO) im eigenen Bundesland nachschlagen (z.B. unter [https://www.saarheim.de/Gesetze\\_Laender/agvwgo\\_laender.htm](https://www.saarheim.de/Gesetze_Laender/agvwgo_laender.htm)); gegen „schulische Ordnungsmaßnahmen“ ist kein Widerspruch möglich, aber das Heimschicken wegen Testverweigerung dürfte wahrscheinlich nicht als solche schulische Ordnungsmaßnahme zählen

3. **Schule (Testpflicht vs. Präsenzpflcht);** Wie ist der Stand des Normenkontrollverfahrens in Baden-Württemberg (laut RA Holger Fischer bereitet sich die Polizei dort auf Einsätze zur Durchsetzung der Schulpflicht vor???)?

Antwort:

- Polizei-Procedere ist seit ca. 2002 unverändert, daher könnte aktueller Hype übertrieben sein;
- ca. 55 Interessenten liegen vor; letzte Einarbeitung in die (eben noch nicht ganz fertige) Musterklage läuft;

4. **Schule (Testpflicht vs. Präsenzpflcht);** Sind in MV, Berlin und Brandenburg auch Normenkontrollverfahren möglich?

Antwort:

- Nur in Berlin und Hessen geht kein Normenkontrollverfahren!
- Normenkontrollverfahren dürften deshalb sinnvoll sein, weil rechtmäßiges Handeln (im Sinne des Unfallschutzes) erzwungen werden kann oder eben eine Notwendigkeit der Anpassung der Corona-Regelungen erkannt wird
- Inhaltlich ist in den Verordnungen meist die 3G-Regelung umschrieben; Unterschiede evtl., ob Tests zuhause gemacht werden dürfen oder nicht;



- Berlin: Mutter wird vor Verwaltungsgericht gehen, weil Testpflicht mit Präsenzplicht kollidiert, weder Testen zuhause und auch nicht Spucktest mitgegeben möglich; das Ergebnis dieses Verwaltungsstreits gilt nur für den Einzelfall, aber die Senatsverwaltung dürfte beim Verlieren dann für alle sicherlich trotzdem die Regelungen ändern
- Wenn Interessenten zu Normenkontrollverfahren in MV vorhanden sind, könnten diese sich über das Anwaltsteam an die MaskForce-Anwälte wenden (siehe Verfahren BaWü).

5. **Schule (Testpflicht vs. Präsenzplicht);** *Wie schätzt ihr die diversen Musterschreiben zur Befreiung von der Präsenzplicht ein? Sind sie ein geeignetes Mittel, um es Eltern an die Hand zu geben?*

Antwort:

Gegenvorschlag: inhaltliche Zusammenführung der einzelnen Ideen zu einem Muster der MaskForce; bitte beachten: Muster sind immer etwas problematisch, weil der Einzelfall des Kindes und der individuelle Kontakt mit der Schule hier nicht abgebildet werden

⇒ RAe kümmern sich kurzfristig um eigene Fassung

6. **Impfpflicht Kinder;** *Wie schätzt ihr das Papier zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Impfpflicht bei Kindern des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages ein?*

Antwort:

Das Ergebnis stand wahrscheinlich vorher schon fest. Nach BVerG-Entscheidung von 2006 dürfte es keine direkte Impfpflicht geben (siehe Protokoll vom 04.08.2021).

7. **Impfpflicht Kinder;** *Berliner Senatorin Dilek Kalayci schrieb Impfeinladung an 180.000 junge Berliner zwischen 12 und 17 Jahren. Sie schreibt unter anderem, dass die Impfung sie selbst und die Menschen aus ihrer Umgebung schützt. Kann man gegen diese Falschbehauptungen und Verharmlosung rechtlich vorgehen?*

Antwort:

- Staat braucht eigentlich Rechtgrundlage für derartiges Handeln; wenn nur Vorteile dargestellt werden ist dies eine unzulässige Beeinflussung
- die Idee mit dem Angreifen wegen Datenschutz ist gut
- die anderen Ideen (Unterlassungsklage, Anzeige wegen Nötigung usw.) dürfte nichts bringen; ein Verstoß gegen das Heilmittelwerbegesetz dürfte nicht vorliegen, weil auf kein spezielles Vakzin, sondern nur allgemein das „Impfen“ beworben wurde

8. **Kreuzimmunitätstests;** *Inwiefern ist nach derzeit geltendem Recht über diese Testverfahren möglich den Immunstatus zu ermitteln und anerkennen zu lassen, wenn dieser bezüglich des aktuellen Coronavirus Kreuzimmunität aufweist? Inwieweit wäre dies gegen Impfung und die Teststrategie zu nutzen?*

Antwort:

- es steht nirgends geschrieben, dass es ein von der EMA zugelassener Impfstoff sein musste
- Ziel: ich möchte „Genesenen-Bescheid“ vom Gesundheitsamt aufgrund der Laborwerte, daher z.B. mit folgenden Argumenten ins Gespräch gehen und in jedem Fall auf einen Bescheid bestehen:
  - 1.) Art 3 GG Gleichbehandlungsgrundsatz wird verletzt, wenn nur nach RKI-Aussage (‘nachgewiesene Laborwerte zählen allein nicht, es muss mind. 1 Impfung noch sein’) gegangen würde; das RKI hat keine medizinische Entscheidungsgrundlage für das konkrete Kind ermittelt; das muss das Gesundheitsamt tun auf der Basis von evidenzbasierter Medizin und rechtstaatliche Abwägung (sonst Ermessens Fehlgebrauch in Form von Ermessensnichtgebrauch durch fehlende Ermittlung der Ermessensgrundlage)





- 2.) Gesundheitsamt soll erklären, warum meine Antikörper schlechter als die Antikörper, die von Impfung herrühren, sein sollen.
  - 3.) Nachfragen zu Medien-Meldungen, z.B. „Was ist aus den Leichenberge in Indien geworden? Jetzt hat die indische CDC ausgerufen: ‚wir haben Herdenimmunität erreicht‘ (rund 10% doppelt geimpft)“; „Warum hört man so schlimme Nachrichten was von Israel oder Island mit den hohen Impfquoten?“
- ⇒ Vorschlag Christiane (mit Rechtsschutzversicherung) als Testballon-Klagefall, nachdem sie nochmal ans Gesundheitsamt herangetreten ist

9. **Diskriminierung Ungeimpfte;** *Dass Lockdownmaßnahmen nur für Ungeimpfte gelten, sei laut Spahn schon jetzt geltendes Recht. Ist das richtig und mit dem Grundgesetz vereinbar?*

Antwort:

Es ist (noch) nicht geltendes Recht. Das Argument fürs Impfen „Schutz der Ungeimpften“ ist verfassungsrechtlich sehr problematisch, weil jedem Impfwilligen ein Impfangebot gemacht wurde. Das bewusste Eingehen des eigenen Risikos zu erkranken kann nicht dazuführen, dass sich andere Impfen müssen.

10. **Bayern: Volksbegehren vs. Testpflicht?** *Ab dem 11.10.21 gibt keine kostenlosen Tests mehr. Den Test würde man aber als Nicht-Geimpfter brauchen, um bei einer Inzidenz größer 35 in "Innenräume" zu kommen. Vom 14.-27.10.21 ist die Eintragungsfrist für das Volksbegehren den bay. Landtag abzuberaufen.*

*Jetzt die spannende Frage: Wird man einen negativen Test brauchen, um ins Rathaus zu gelangen, damit man unterzeichnen kann? Falls ja, kann ich mir nicht vorstellen, dass das Enddatum der kostenlosen Tests ein Zufall ist.*

Antwort:

RAe sind zuversichtlich, dass gerichtlich hier interveniert wird, falls solche Hürden an das Wahlrecht geknüpft werden (Stichwort „freie und geheime Wahlen“) => Eintragungsmöglichkeit müsste dann z.B. im Freien eingeräumt werden

11. *Akt. Meldung in den Kanälen im Sinne Verordnungen sind nur im Bundesanzeiger, nicht Bundesgesetzblatt veröffentlicht (siehe Art 82 GG), somit wären sie alle nichtig. Stimmt das?*

Antwort:

Nein, stimmt nicht. Im Bundesgesetzblatt müssen alle Gesetze und Rechtsverordnungen des Bundes rein. Die Corona-Verordnungen der Länder sind jedoch keine Bundesverordnungen und „nur“ im entsprechenden Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes zu veröffentlichen (Liste der Bundesländer-Blätter siehe unter [https://de.wikipedia.org/wiki/Gesetz- und\\_Verordnungsblatt](https://de.wikipedia.org/wiki/Gesetz- und_Verordnungsblatt))

