

ESA-Anwaltszoom vom 08.09.2021

RAe Templin, Fischer, Hoffmann

0. **Einzel-Urteil** vom Hanseatischen OLG gegen erstinstanzliche PKH-Ablehnung wegen „fehlender Erfolgsaussichten“ im Sorgerechtsstreit; sinngemäß „Wunsch, Homeschooling so lange wie möglich aufrechtzuerhalten, da Nachteil im Fall des positiven Testergebnisses in der Schule entstehen, ist zu verstehen“. Kann man daraus nutzen ziehen?

Antwort:

Familiengericht hat „nur“ Prozesskosten-Entscheidung getroffen, die einen Hoffnungsschimmer bietet, aber das Gericht hatte hierbei nur eine überschlägige Erfolgsaussicht des eigentlichen Verfahrens einzuschätzen

1. In der **Verordnung von Schleswig-Holstein** steht: "Für Schülerinnen und Schüler ohne negatives Testergebnis ist ein Lernen in Distanz vorzusehen; ein Anspruch auf ein Lernen in Distanz, welches in Gestalt und Umfang bei einem vollständigen Entfallen von Präsenzunterricht vorzusehen wäre, besteht nicht. Schülerinnen und Schüler, die auf Veranlassung der Eltern oder aus eigener Veranlassung ein mögliches Testergebnis gemäß Absatz 2 nicht erbringen, fehlen unentschuldigt vom Schulbesuch; eine schulische Betreuung in Distanz soll den Kontakt der Schule zu der Schülerin oder dem Schüler erhalten, ersetzt jedoch nicht den möglichen Schulbesuch."

Ist diese Aussage bereits geeignet um ein Normenkontrollverfahren anzustreben?

Antwort:

Ja, Normenkontrollverfahren kann gemacht werden.

- Eine Beschwer liegt bereits vor, wenn die Schule den Distanzunterricht schlechter gestaltet als den Präsenzunterricht.
- Wertung als unentschuldigtes Fehlen „zwingt“ quasi zur Präsenz; Ordnungsmaßnahmen und/oder Bußgeld könnten die Testeinwilligung auch nicht erreichen

2. **Konsequenzen fürs unentschuldigtes Fehlen:** Überall werden jetzt mehr oder weniger massive Konsequenzen für die Verletzung der Schulpflicht im Zusammenhang mit der Testpflicht angekündigt.

Welche Folgen können auf dem Zeugnis vermerkte unentschuldigte Fehltage haben?

Antwort:

- bei dauerhaftem unentschuldigtem Fehlen und der Wertung als „klassisches Schulschwänzen“ (was es ja eigentlich nicht ist!) wäre mit den Folgen: Einschaltung Schulamt und/oder Jugendamt, polizeil. Begleitung zur Schule und ggf. Bußgeld **auch letztlich auch eine Nichtversetzung in die nächste Klassenstufe** zu rechnen
- evtl. könnten auch schulische Ordnungsmaßnahmen (wie Schulversetzung) ergriffen werden, aber, da dies auch zu keiner anderen Situation führen (weil die Beschulung auch dort nur mit Testen erfolgt) ist es unwahrscheinlich, dass eine solche Ordnungsmaßnahme verhängt wird. **(kann alles auch mit Widerspruch angefochten werden)**

3. Die **Verordnung Sachsen-Anhalts** erlaubt ausdrücklich die plausible mündliche Erklärung zur Geltendmachung wichtiger Gründe für die Befreiung von der **Maskenpflicht**. Der Rahmenhygieneplan für Schulen fordert jedoch ein ärztliches Attest. **Können Eltern darauf bestehen, dass plausible Erklärung ausreicht, da die Verordnung höherwertiges Recht ist?**

Antwort:

Ja, die Verordnung steht höher. Der einzelne Schulleiter kann nicht einfach von der Verordnung abweichen, weil er begründen müsste, warum er anders handelt (=> zu dokumentierende Ermessenentscheidung des Schulleiters).

(offene Frage: „Hat Rahmenhygieneplan (Verwaltungsvorgabe) überhaupt Außenwirkung?“ wäre rechtlich noch zu klären)



4. Wie erfüllt der Staat seine **Bildungspflicht**, wenn er Kinder ausschließt, welche sich dem rechtswidrigen Testzwang nicht beugen, ihnen und den Eltern droht, jedoch selbst Herausgabe von Aufgaben verweigert? **Gibt es außer dem Normenkontrollverfahren andere Möglichkeiten für Eltern hier zu ihrem Recht zu kommen?**

Antwort:

siehe MaskForce-Video; einfachste Lösung = Gespräche/Schriftverkehr mit der Schule, Schulamt usw.

5. **Sachsen, Sachsen-Anhalt: „Ruhe der Schulpflicht“**

Könnte über den § 29 Sächsisches Schulgesetz in Kombination mit der Beweislastumkehr erfolgreich eine Freistellung von der Schulpflicht errungen werden? (Ähnlich §40 Punkt (7a) SchulG Sachsen-Anhalt)

§ 29 Abs. 1 SächsSchulG: „Über das Ruhen der Schulpflicht aus gesundheitlichen Gründen im Einzelfall entscheiden die Landkreise und Kreisfreien Städte für ihre schulpflichtigen Einwohner auf der Grundlage medizinischer und psychologischer Gutachten.“

Idee: Wenn von den Eltern ein Antrag auf Ruhen mit Verweis auf

A) die gesundheitlichen Einschränkungen durch Maske und Test im Allgemeinen – also z.B. die Gutachten aus dem Weimarer Urteil – und/oder

B) die gesundheitlichen Einschränkungen durch Maske / Test des konkreten Kindes (ggf. siehe Attest) gestellt wird, müsste nicht dann der Landkreis ein (Gegen-)Gutachten in Auftrag geben, um die Ungefährlichkeit der Masken/Tests für das konkrete Kind zu prüfen (ähnlich wie Gefährdungsbeurteilung), damit es die Entscheidung zum Ruhen oder Nichtruhen der Schulpflicht überhaupt treffen kann?

Wenn es dieses Gutachten nicht einholt und den Antrag nur so abweist, vor welchem Gericht kann man dann Klagen gehen?

Antwort:

- Die Beweislastumkehr wird schwierig. So einfach dürfte das Ruhen wahrscheinlich nicht zu erreichen sein, in jedem Fall müsste dann das konkrete Kind zum Amtsarzt wegen des Gutachtens und sich dort diversen Tests aussetzen.

(Wir sind hier dabei, diese Frage und die Idee weiter zu prüfen.)

6. **Sachsen: Vertragsrecht / Schulpflicht**

Die Schulpflicht wird grundsätzlich durch den Besuch einer Schule in öffentlicher Trägerschaft oder einer genehmigten Ersatzschule erfüllt.“ (§ 26 Abs. 3 S. 1 SächsSchulG)

Kann das Zustandekommen der Schulteilnahme an staatlichen Schulen ähnlich wie an freien Schulen gesehen werden (Schulanmeldung = Willenserklärung der Eltern; Teilnahme am Unterricht = Zustandekommen des Beschulungsvertrags durch konkludentes Handeln)?

Wenn ja, hätte nicht bei Änderung der Rahmenbedingungen rund um die staatliche Schule (Testen, Maske,...) eine Änderungskündigung erfolgen müssen, die den Eltern eine Abkehr von der staatlichen Schule problemlos ermöglicht?

Antwort:

Nein, kann nicht so gesehen werden. Einen Vertrag selbst gibt es ja nicht; der Rahmen ist durch Schulordnung mit der darin enthaltenen Schulpflicht gesteckt. Nur Hort wird vertraglich besiegelt. Grundsatz: Man darf nicht frei von einer Schule sein (=> Auffangtatbestand der staatlichen Schulen auch ohne „Vertrag“). Die Regeln der Schulpflicht stehen somit nicht für vertragliche Verhandlungen zur Diskussion.

7. **Thüringen: Zettel „Zustimmung zum Testregime“:** die Kinder dürfen auch ungetestet (dafür mit Maskenpflicht) in die Schule; Ein „Einwilligungszettel“ an die Eltern wurde ausgegeben. Darin wird mit **Bußgeld** droht, wobei unklar ist, wofür das Bußgeld verhängen wird. Womit muss man ggf. rechnen?



Antwort:

Wenn in die Verordnungen das Bußgeld tatsächlich aufgenommen wird, erfolgt dies nur aufgrund des politischen Willens. – Rekonstruktion der anzunehmenden Überlegung der Politik: Testung bringt als Infektionsschutzmaßnahme (vermeintliche) Sicherheit; wer sich nicht testen möchte, muss sich für andere Sicherheitsmaßnahme entscheiden (hier Maske und ggf. Plexiglas-Käfig).

- Ein Bußgeld macht hier keinen Sinn, weil eine andere Infektionsschutzmaßnahme ergriffen wurde. Bußgeld daher nur im Ansatz denkbar, wenn weder Test noch Maske getragen werden würde.
- Bußgeld für Ungetestete geht eigentlich nicht, weil Freiwilligkeit der Tests vorliegt (Eingriff in Körper)

Empfohlene Strategie:

- Zettel muss grundsätzlich nicht unterzeichnet werden;
- wegen Ermessen des Schulleiters ins Gespräch gehen: dabei die Beschulungswilligkeit des Kindes in den Mittelpunkt stellen und die Gegenfrage stellen, was passiert, wenn die Schule den Zettel nicht zurückerhält? (Testeinwilligung liegt ja nicht vor, somit wäre Schulteilnahme mit Maske als Option automatisch gegeben, oder?),
- bei der Schule erfragen: a) Rechtsgrundlage für den Zettel generell und b) für das Bußgeld
- Situation aussitzen: nicht jeder Verstoß wird mit Bußgeld enden (Drohung könnte auch nur staatliche Taktik zur Panikmache und Impf-Bereitschaftserhöhung sein); notfalls Widerspruchsrecht wahrnehmen (Grundtenor: Tests sind freiwillig, „vorwerfbarer Verstoß“ fehlt)

[evtl. Normenkontrollklage gegen die angepasste Verordnung denkbar, müsste aber in Ruhe geprüft werden; Strafanzeigen machen wahrscheinlich wenig Sinn, weil Staatsanwaltschaften solche Strafanzeigen wahrscheinlich nicht weiterverfolgen]

8. **Bayern: Landratsamt hat (wahrscheinlich mittels Allgemeinverfügung?) für Kita eigenmächtig 2G-Regel eingeführt (sinngemäß „alle externen Personen dürfen die Kita nur betreten, wenn sie geimpft oder genesen sind“)** Die gilt auch schon für die Eingewöhnungszeit. **Ist das rechtens?**

Antwort:

- Abgleich mit Landesverordnung (höherrangiges Recht) und deren Option zu verschärfenden Maßnahmen der Landkreise, wenn nächste Warnsystemstufe erreicht ist;
- gesetzlicher Anspruch auf Kita-Platz ist höherrangiges Recht
- 2G-Regel entspricht 'indirekter Impfpflicht', die gegen höherrangiges Recht verstößt (und verfassungswidrig ist): es fehlt an einer gesetzlichen Grundlage für den Eingriff in das Elternrecht nach Art 6 GG;
- Empfehlung:
 - Gespräch mit Kita-Leitung suchen (ggf. kleines Aufklärungsschreiben mitnehmen)
 - Kita-Leitung soll (im Gespräch) begründen, wie sich zum Wohle des Kindes dieser Ausschluss in der Eingewöhnungszeit herleiten lässt, denn gerade in Eingewöhnung ist Präsenz des Elternteils letztlich auch pädagogisch sinnvoll
 - wenn man von Kita abgewiesen wird, mit dem evtl. für die Kita drohenden Schadensersatz wegen verwehrtem Anspruch auf Betreuungsplatz „pokern“ und damit argumentieren, dass nur um das natürliche Elternrecht jetzt wahrnehmen zu können, eine dauerhaft wirkende Impfung nicht rechtens sein kann
 - flankierende Suche nach alternativem Kita-Platz

9. **„Auskunftsgesetz“ vom 07.09.2021; Kann die Kenntnis des negativen Impfstatus zur Kündigung des Arbeitsplatzes führen?**

Antwort:

- Beschäftigungspflicht besteht für den Arbeitgeber noch, kein Automatismus zu einer Kündigung



- Vorgesetzter kann bestimmten Arbeitnehmergruppen in sensiblen Bereichen bei Kenntnis des Impfstatus jedoch anderweitigen Arbeitsplatz zuweisen

10. Wenn einer positiv getestet ist, müssen dann alle in **Quarantäne** oder nur die Ungeimpften?

Antwort:

im Einzelfall können Geimpfte eine Quarantänezeit verkürzten oder umgehen; mit einer zeitnahen Änderung der Rechtslage ist zu rechnen, da die Deltavariante vorgeschoben wird und Erkenntnis reift, dass dort die Impfung nicht gut wirkt

11. IHK Südthüringen hat entsprechenden Post auf der Internetseite veröffentlicht, dass keine Entschädigung bei Quarantäne für Ungeimpfte nach § 56 IfSG erfolgen sollte. Ähnliche Überlegungen werden auch in BaWü angestellt. Was ist dran?

Antwort:

IHK hat keine fachliche Kompetenz für die Aussage (grundsätzlich wäre dieser Ausschluss nur denkbar, wenn es eine Impfpflicht für die eigene Berufsgruppe gibt, also eine Pflichtverletzung bei Impfverweigerung gäbe)

12. Zu erwartende Wirkung von derzeit kursierenden **Strafanzeigen** (schweizer. Strafanzeige auf Basis Heilmittelwerbeengesetz oder einer internationalen Strafanzeige)?

Antwort:

Bereits seit langem laufende (auch gut geschriebene) Strafanzeigen gegen Merkel, Spahn, Wieler usw. Diese haben bisher nicht dazu geführt, dass sich etwas ändert. Es ist den Hafenanwälten keine Strafanzeige bekannt, die nicht eingestellt wurde.

Energie kann genauso gut in einen (offenen) Brief an die lokale Zeitung gesteckt werden und hat vielleicht einen größeren Effekt