

Per beA

Sächsisches Oberverwaltungsgericht
Ortenburg 9
02625 Bautzen

DR. SUSANNE POHLE
RECHTSANWÄLTIN
FACHANWÄLTIN FÜR VERWALTUNGSRECHT

ERIK JOCHEM
RECHTSANWALT
TÄTIGKEITSSCHWERPUNKT
VERWALTUNGSRECHT
DIPLOM-ÜBERSETZER

AKTENZEICHEN	BEARBEITER	SEKRETARIAT	DATUM
0065-21/EJ	Erik Jochem		16.03.2021

Antrag gemäß § 47 Abs. 6 VwGO

in der Sache

der minderjährigen Schülerin Kim H., Naunhof, vertreten durch ihre Eltern, Eheleute H.

- Antragstellerin zu 1) -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Pohle, Hardenbergstraße 22, 04275 Leipzig

gegen

Freistaat Sachsen, vertreten durch das Staatsministerium für Soziales und gesellschaftlichen Zusammenhalt

- Antragsgegner -

wegen: Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO
vorläufiger Streitwert: 10.000,00 EUR

Namens und kraft Vollmacht der Antragstellerin **b e a n t r a g e n** wir,

die Regelung in § 5a Absatz 3 der Sächsischen Corona-Schutz-Verordnung vom 05. März 2021 (sowie inhaltsgleiche Nachfolgeregelungen) vorläufig außer Vollzug zu setzen, soweit sie für nicht unter § 5a Absatz 1 und 2 fallende Schulen und Klassen (Nichtabschlussklassen der weiterführenden Schulen, hilfsweise: 5. Klasse der Oberschulen) eine generelle sachsenweite Betriebseinschränkung auf Präsenzunterricht im Wechselmodell (halbzeitiger Präsenzunterricht) vorsieht.

Begründung:

Vorbemerkung: Zur besseren Nachverfolgbarkeit der mitgeteilten Internetlinks übermitteln wir den Schriftsatz zusätzlich (unsigned) als Worddokument. Vollmacht anbei.

I. Sachverhalt

1.

Die Antragstellerin besucht die X. Klasse der öffentlichen Oberschule in Naunhof.

In Zeiten ohne Präsenzunterricht (in diesem Schuljahr seit Dezember 2020) findet die euphemistisch sogenannte „häusliche Lernzeit“ so statt, dass Anweisungen, was selbstständig zu lernen ist und darauf basierende Aufgaben von der Schule schriftlich übermittelt werden. Es finden einmal wöchentlich 45-minütige Englisch- bzw. Mathematikvideokonferenzen statt, die Deutsch- und Klassenlehrerin hat seit Dezember zweimal eine Videokonferenz veranstaltet. Die effektive Fernunterrichtszeit pro Woche beträgt damit 90 Min. Die Antragstellerin leidet unter einer Lese-Rechtschreibschwäche, die mangels ausreichenden Präsenzunterrichts im laufenden Schuljahr zwar ärztlich diagnostiziert ist, aber von der Schule bislang nicht förmlich anerkannt wurde. Es fällt ihr daher besonders schwer, sich ihr lediglich in Schriftform übermittelte Lerninhalte selbstständig anzueignen, von der Einsamkeit der Lernsituation und Motivati-

onsproblemen infolge fehlender unmittelbarer persönlicher Ansprache und fehlender Klassengemeinschaft ganz abgesehen.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass diese Form der Stoff- und Wissensvermittlung nicht nur im Fall der Antragstellerin zu 1) weit hinter dem zurückbleibt, was Schule im Rahmen des sogenannten Rechts auf Bildung in Form der Teilnahme an regulärem Schulunterricht normalerweise leisten kann und daher leisten muss. Nach dem Eindruck vieler betroffener Eltern ist die Zeit ohne Präsenzunterricht verlorene Schulzeit und kann Stoff und Wissen auf diese Art und Weise weder zuverlässig erworben werden, noch lässt sich nach Wiederöffnung der Schulen zuverlässig auf das in der Zwischenzeit nur äußerst unvollständig Erworbene aufbauen.

Nicht nur gehen – wie wir aus Lehrerkreisen in Leipzig wissen - während der häuslichen „Lernzeit“ nicht wenige Schüler gerade an Oberschulen regelrecht „verloren“, weil der persönliche Kontakt in der Schule und der elterliche Rückhalt (unverschuldet) fehlt, auch der Krankenstand in der Lehrerschaft ist an einigen Schulen während der häuslichen Lernzeit dem hiesigen Vernehmen nach erheblich.

Unter anderem auf Grund unterschiedlicher Bildungs- und materieller Voraussetzungen in den Elternhäusern zerfällt die soziale Einheit Schule und die notwendige Lernstruktur.

Die ausgefallene Schulzeit ist nicht nachholbar und voraussichtlich nur durch Stoffstreichungen im Lehrplan und kulante Notengebung (die den stattgefundenen Unterrichtsausfall aber nur kaschiert) kompensierbar.

Es herrscht, geht man nicht lebensfremd von repräsentativen Verhältnissen in Naunhof und in der Person der Klägerin aus – ein erheblicher Bildungsrückstand und teilweise auch Notstand infolge der nun schon erheblich langen Phase der Unterbrechung der Präsenzbeschulung.

Der Ordnungsgeber verfügt soweit ersichtlich über keine wissenschaftliche Evaluation der schulischen und sozialen Folgen der von ihm mehrmals verhängten Schulschließungen. Er agiert hier wie auch im Bereich der eigentlichen Pandemiedaten (es fehlt bis heute an reprä-

sentativen Erhebungen über die Verbreitung des Virus in der Bevölkerung - Dunkelziffer - und damit auch an Aussagen über den Stand der in der Bevölkerung durch Infektionen erreichten Immunität) nach dem Motto: Was ich nicht weiß, macht mich nicht heiß - will sagen, wo valide Daten fehlen, herrscht Unsicherheit und solange diese herrscht ist vermeintlich jeder Grundrechtseingriff zur Vermeidung „schädlicher Kontakte“ erlaubt und verbleibt jede Diskussion konturlos.

2.

Mit der Verordnung vom 05. März 2021 hält der Ordnungsgeber weiterhin an der Privilegierung der Abschlussklassen der jeweiligen Schularten (hier: Oberschule) gegenüber Klassenstufen, die nicht unmittelbar zum Erwerb eines Schulabschlusses führen, fest.

Letztere sollen bis auf weiteres nicht durchgehend im Präsenzunterricht wie die Abschlussklassen, sondern im sog. Wechselmodell, also im zeitlich halbierten Präsenzunterricht unterrichtet werden (§ 5a Absatz 3 der Verordnung).

Volle Teilhabe an den vorhandenen Bildungseinrichtungen (Art 29 Abs. 2 der sächsischen Verfassung) sollen danach auch weiterhin nur Schüler haben, die dieses Jahr einen Schulabschluss erwerben.

Dies obwohl der Ordnungsgeber in seiner Begründung zu § 5a der Verordnung selbst ausdrücklich feststellt, dass Schulen bislang nicht als Treiber der Pandemie „aufgefallen“ seien und in § 5a Abs. 5 der Verordnung (erstmalig) eine verbindliche Testung als Voraussetzung für das Betreten des Schulgeländes vorgesehen wird.

Die beabsichtigte Kontaktvermeidung unter den Schülern der Nichtabschlussklassen wird damit endgültig (im wahrsten Sinne des Wortes) zum metaphysischen Prinzip. Ist an sich schon ein ausreichender Abstand ausreichend, anderenfalls eine Mund-Nasen-Bedeckung (seit Jahreswechsel: medizinische) erforderlich ist, soll zwischenzeitlich (wo möglich) beides gelten und kumuliert mit den nunmehr erforderlichen Testung der Schüler immer noch nur einge-

schränkter Kontakt auf Kosten der Vorenthaltung des vollständigen Präsenzunterrichtsangebots erforderlich sein.

3.

„Wir brauchen sicherlich den Monat März, um eine umfassende Teststrategie aufzubauen.“

- Bundeskanzlerin Dr. Merkel

„Nicht im März 2020, sondern im März 2021 eine »umfassende Teststrategie aufzubauen« – das ist in meinen Augen nicht weniger als ein Ausweis von Staatsversagen.“

- Sascha Lobo, Kolumnist

Gegen die Verbreitung von Ansteckungskrankheiten gibt es nur ein endgültiges Mittel, nämlich die absolute Kontaktvermeidung aller möglicherweise Betroffenen über einen gewissen Zeitraum - wenn man den Kreis der Betroffenen nicht bestimmen kann, eben der gesamten Bevölkerung. Selbst bei dieser Methode werden – je nachdem, in welchem Zeitpunkt der Verbreitung die Isolierung stattfindet – Erkrankte und Todesopfer zu beklagen sein.

Die entgegengesetzte Methode besteht darin, gar nichts zu tun und dem Virus seinen Lauf zu lassen. Damit sind dann – ohne besondere Schutzmaßnahmen – viele Todesopfer möglich. Wer sich ansteckt und überlebt, bildet umgekehrt Antikörper und Immunität und wird Teil der Barriere gegen die Weiterverbreitung des Virus, das sich somit irgendwann totläuft.

Deutschland hat bekanntlich den ersten Weg nicht gewählt, sondern Kontakte in der Arbeitswelt und auf dem Weg dorthin in überragend großem Maße zugelassen. Es gibt in Deutschland in Wahrheit keinen Lockdown, sondern nur intensive Grundrechtseingriffe in das private und gesellschaftliche Leben in der Form eines Sonderopfers für die Offenhaltung der Gesellschaft im Übrigen (des „notwendigen“ Arbeitslebens und „der Wirtschaft“). Schulbildung gehört nach Auffassung des Ordnungsgebers in den Bestand des Suspendierbaren.

Mit der eingeschlagenen Strategie war klar, dass es ohne spezielle Schutzmaßnahmen in erheblicher Zahl zu Todesopfern unter der am stärksten gefährdeten Risikogruppe (das RKI spricht von der Hochrisikogruppe des älteren Teils der Bevölkerung) und anderen Risikogruppen kommen musste.

Bei diesem Schutz kommt einer intensiven Teststrategie eine besondere Bedeutung zu, wie sich schon bei eigener Überlegung ergibt.

Dies gilt zum einen für den Kontakt mit den Bewohnern von Alten- und Pflegeheimen oder älteren Personen generell. Werden alle infrage kommenden Kontaktpersonen – und insbesondere Personen mit multiplen Kontakten - getestet, werden Infiziertenkontakte minimiert.

Dies gilt zum anderen für die aktive Suche nach „Störern“ im Sinne des Infektionsschutzgesetzes zu denen maximal Ansteckungsverdächtige, im eigentlichen Sinne aber infektiös Erkrankte gehören.

In Deutschland – und das ist angesichts des gerichtsbekanntes ostasiatischen Vorbilds tatsächlich eine Form von Staatsversagen – wird nicht systematisch oder repräsentativ getestet, sondern es beruhen die sog. Inzidenzen auf zufällig gefundenen und gemeldeten Fällen, die ins Verhältnis zur 100.000 Personen der Bevölkerung gesetzt werden.

Schließlich ist die Möglichkeit der (Schnell-)Testung – wie z.B. im Fall der Verdachtsquarantäne – ein probates Mittel, durch die Unterscheidung von Störern und Nichtstörern Freiheitsrechte nicht pauschal, sondern zielgenau zu beschränken.

Mit OVG Thüringen, Beschlüsse vom 8. April 2020 – 3 EN 245/20, vom 9. April 2020 3 EN 238 und vom 10. April 2020 – 3 EN 248/20 alle in juris) und OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 6. April 2020 – 13 B 398/20.NE – juris, trifft den Ordnungsgeber angesichts der Dynamik des Geschehens eine fortwährende Beobachtungs- und Überprüfungspflicht, ob und inwieweit er an Einschränkungen festhält.

VG Hamburg, Beschluss vom 30.11.2020 7 E 4633/20 – juris, Rn 29 ff., macht die Verhältnismäßigkeit freiheitseinschränkender Maßnahmen präziser von ausreichender Gefahrenerforschung und dem ausreichenden Ergreifen möglicher organisatorischer und technischer Maßnahmen zur Gefahrenreduktion abhängig und diskutiert bereits Testungen als milderes Mittel.

Generell stehen die Bekämpfung der Pandemie und die Wahrung der Grundrechte von Nichtstörern nicht in einem hierarchischen, sondern in einem Wechselverhältnis, vgl. BVerfG, Ur. vom 26.02.2020, 2 BvR 2347/15 – juris Rn. 265. Die Interessen des Gemeinwohls müssen umso gewichtiger sein, je empfindlicher der einzelne in seiner Freiheit beeinträchtigt wird. Zugleich wird der Gemeinschaftsschutz umso dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus unbeeinträchtigter Freiheitsausübung erwachsen können.

Von besonderer Bedeutung in diesem Zusammenhang ist die mit der Reform des Infektionsschutzgesetzes neueingeführte Definition einer bedrohlichen Krankheit, deren Ausbreitung die Grundlage der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite gemäß § 5 Infektionsschutzgesetz bildet, die im Falle von Covid-19 wiederum Voraussetzung für Maßnahmen nach § 28a Abs. 1 Infektionsschutzgesetz ist. Um eine bedrohliche Krankheit handelt es sich, wenn sie auf Grund schwerer klinischer Verläufe oder der Art ihrer Ausbreitung eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellen kann.

Abgedeckt wird damit in erster Linie die Situation, in der durch eine neue ansteckende Krankheit eine nach Intensität und Ausmaß noch unbekannte Gefahr droht.

In dieser Phase reicht auf Grund der bestehenden fundamentalen Unsicherheit die bloße Möglichkeit einer erheblichen Gefährdung der Allgemeinheit als Rechtfertigung für allgemeine und undifferenzierte Grundrechtseingriffe.

Umgekehrt steigt mit zunehmender Konkretisierung der Gefahr und der Möglichkeit konkreter Gefahrbekämpfung die Schwelle für allgemeine Grundrechtseingriffe.

Insbesondere stellt sich die Frage, ob Covid-19 angesichts eines Medians der Sterbefälle im Zusammenhang mit Covid-19 von 84 Jahren (50 % der Betroffenen sind 84 Jahre oder älter – für eine tatsächliche Erkrankung ist im Allgemeinen eine bestehende Schwächung des Immunsystems auf Grund bestimmter Risikofaktoren erforderlich) überhaupt eine Gefahr für die Allgemeinheit besteht, die es rechtfertigt, die Grundrechte von Nichtstörern einzuschränken.

Diese Frage ist wohlgerne zu unterscheiden von der moralischen Verpflichtung, alles praktisch Mögliche zur Verhinderung von Erkrankung und Todesfällen infolge Covid-19 zu unternehmen.

Es ehrt daher den Ordnungsgeber, dass er sich dieser Aufgabe verschrieben hat, rechtfertigt aber nicht, dass er sich bei der Erfüllung dieser Aufgabe bislang im Wesentlichen auf Eingriffe in Grundrechte von Nichtstörern beschränkt.

Wer sehen, hören und lesen konnte, wusste tatsächlich schon im März 2020, dass Alten- und Pflegeheime einen besonderen Brennpunkt bilden würden und dass hier insbesondere Teststrategien erforderlich waren.

Wo entsprechende Vorschläge etwa des in Halle/Saale lehrenden Virologen Kekulé umgesetzt wurden, namentlich in der Universitätsstadt Tübingen, sank auf Grund der intensiven Schnelltestung von Personal und Besuchern die Rate der Covid-19 Infizierten in Alten- und Pflegeheimen seit Mai 2020 bis zum Jahresende auf „0“. Deutschlandweit sind demgegenüber schätzungsweise 30 bis 50% der Todesopfer im Zusammenhang mit Covid-19 in Alten- und Pflegeheimen gestorben.

Ein ebenfalls bekanntes Beispiel für eine erfolgreiche Teststrategie bildet die Hansestadt Rostock, wo frühzeitig – gegen die Empfehlung des RKI und des dortigen Ordnungsgebers - ein Testzentrum mit einer Tageskapazität von 5.000 Personen errichtet wurde und wo stadtweit nur 16 Todesfälle im Zusammenhang mit Covid-19 zu beklagen sind.

Die zitierte Rechtsprechung ist in diesem Zusammenhang dahingehend zu präzisieren, dass der Verordnungsgeber gehalten ist, bestehende Bekämpfungsstrategien mindestens deutschland- (wenn nicht weltweit) zu beobachten und soweit erfolgreich landes- oder deutschlandweit auszurollen (Benchmarksystem).

Die Parallele zum Werkvertragsrecht und dem dort jederzeit geschuldeten Stand der Technik mit entsprechender Marktbeobachtung und Fort- und Weiterbildungsverpflichtung drängt sich auf.

Ebenso zum haftungsrechtlichen Grundsatz des Organisationsverschuldens. Wer systematisch notwendige Daten nicht erhebt (Dunkelziffer der Infektionen, Stand der natürlich erworbenen Immunität) oder mögliche Maßnahmen (systematische Störersuche) unterlässt, kann sich auf dadurch entstandene Unsicherheiten für Grundrechtseingriffe gegenüber Nichtstörern nicht berufen.

Die von der Bundeskanzlerin für März 2021 angekündigte „umfassende Teststrategie“ müsste auf Grund des ostasiatischen Vorbilds und der deutschen positiven Erfahrungen in Tübingen und Rostock längst auf dem Tisch liegen. Sich mit dem diesbezüglichen Entwurf bis nach der „2. Welle“ Zeit gelassen zu haben, stellt einen Fall vorsätzlicher Arbeitsverweigerung und eine Verletzung des Amtseides dar.

Die sächsische Sozialministerin wäre daher schon 2020 in Erwartung der 2. Welle (es handelte sich um die jahreszeitlich erwartbare Intensivierung des Infektionsgeschehens) verpflichtet gewesen, die in Tübingen und Rostock angewandten Teststrategien landesweit zu übernehmen, wozu sie im Übrigen den ganzen Sommer über, als zwar über die 2. Welle schwadroniert wurde, praktische Maßnahmen zum Schutz der älteren Bevölkerung auf politischer Ebene aber ausblieben, Zeit gehabt hätte.

Es bleibt ihr Geheimnis, warum sie für ihr nunmehr Anfang März geführtes Telefonat mit dem Tübinger Oberbürgermeister erst den Winter vorübergehen ließ.

Wenn der Bundesgesundheitsminister davon spricht, der Pandemie mit vorrangigen Impfungen in Alten- und Pflegeheimen „die Spitze“ zu brechen, so hätte man dies durch ein adäquates Wissens- und Erfahrungsmanagement – makabrer Weise - schon viele Todesopfer früher haben können. Notorisch bekannt in diesem Zusammenhang ist, dass zur Bund-Länder-Runde nur Experten, die den Kurs zu schärferen Maßnahmen stützten, zugelassen wurden, nicht aber Experten, die zu einem praktischen Management der Epidemie aufforderten.

Nicht vergessen werden soll, dass Tübingen mit diversen sozialen Maßnahmen – u.a. kostenlose Taxen für ältere Menschen und frühzeitigem Versand von FFP2-Masken – auch für ältere Menschen außerhalb der Heime Vorsorge getroffen hat.

4.

Im Zuge der notwendigen Gewichtung des Gemeinwohlinteresses im Verhältnis zu den Grundrechten ist das Kriterium der Inzidenzentwicklung nicht als Maßstab geeignet.

Solange nämlich auch nicht annähernd feststeht, ob und welche Gefahr sich aus einem Anstieg der Inzidenzen tatsächlich ergibt, können Grundrechtseinschränkungen damit nicht gerechtfertigt werden. Abermals gilt, dass die Bekämpfung einer Krankheit an sich nicht identisch mit dem Gemeinwohl als Grundlage möglicher Grundrechtseinschränkungen Unbeteiligter ist. Die Bekämpfung der Krankheit (ebenso wie aller anderen) ist wünschenswert, rechtfertigt aber nicht von vorneherein jeden Grundrechtseingriff bei Nichtstörern.

In Gesundheitsfragen ist der Staat auch bei Ansteckungskrankheiten in erster Linie aufgerufen, ausreichende Infrastruktur vorzuhalten und passive Schutzmaßnahmen gegebenenfalls massiv zu unterstützen sowie Störer aufzuspüren. Erst wenn dies nicht reicht, kann – bis auf Perioden fundamentaler Unsicherheit, s.o. – in Grundrechte von Nichtstörern eingegriffen werden. Fundamentale Unsicherheit besteht längst nicht mehr, zumutbare Maßnahmen zur Aufklärung der tatsächlichen Sachlage wie repräsentative Erhebungen über den tatsächlichen Status der Epidemie wurden nicht ergriffen. Das Thema Testungen wurde nicht „verschlafen“,

sondern in vollkommen verantwortungsloser und inkompetenter Art und Weise systematisch vernachlässigt.

Anknüpfungspunkt für die in § 28 Abs. 3 Infektionsschutzgesetz genannten Schwellenwerte soll die Gewährleistung der Nachverfolgbarkeit des Infektionsgeschehens durch die Gesundheitsämter sein, die über 7 Tage nur 35 Fälle bearbeiten können sollen, eine Zahl, die sodann auf den Schwellenwert 50 aufgerundet wurde.

Abgesehen davon, dass nicht alle mit PCR-Test ermittelten Infektionen tatsächliche Erkrankungen darstellen und PCR-ermittelte Infektionen ab CT 30 (die Anzahl der notwendigen Verdopplungen des vorhandenen Genmaterials) in Kliniken nicht als infektiös gelten und nicht isoliert werden und auch die WHO PCR-Test ohne klinische Überprüfung nicht ausreichen lässt, ist nicht ersichtlich, in welchem tatsächlichen Verhältnis ernsthafte Erkrankungen einerseits und immunisierende Infektionen auf Grund einer Zunahme des Infektionsgeschehens zueinander stehen.

Der Verordnungsgeber legt hierzu auch über ein Jahr nach Ankunft des Virus in Deutschland keine repräsentative Erhebung vor, die eine seriöse Einschätzung zuließe.

Die Inzidenz erweist sich als reines Metakriterium, der konkrete Zusammenhang zwischen der Nachverfolgbarkeit durch die Gesundheitsämter und der tatsächlichen Entwicklung der Erkrankung ist nicht feststellbar.

Es ist medizingeschichtlich offenbar einmalig, dass eine Epidemie nicht über die Zahl der Fälle von Erkrankungen, sondern über Infektionen, die nicht gleichbedeutend mit Infektiosität sind und nicht per se eine Gefahr darstellen, sondern im Gegenteil – genau wie Impfungen - auch Immunität vermitteln, gesteuert wird.

“Die Inzidenzzahl ist so nichts wert, sie ist politisch entstanden [...]. Diese Zahlen basieren nur auf den positiven Fallmeldungen, wir wissen also über diese Inzidenzgrenze nicht, wieviele Menschen krank sind und wie sehr sie unser Gesundheitssystem belasten. [...] Es ist relativ

*simpel, Inzidenz bedeutet eigentlich die Anzahl der neu Erkrankten innerhalb einer gewissen Zeit, innerhalb einer gewissen Bevölkerungsgruppe, und **die Menschen, die eine positive Meldung bekommen, die sind nicht alle krank.***”

“Es gibt die typischen Asymptomatischen und [...] in der Medizin ist so gut wie nichts 100%ig, es gibt immer Ausnahmen. Wir bewegen uns im Mittel in der Gaußschen Verteilungskurve. Das bedeutet, wenn jemand keine Symptome hat, sich pudelwohl fühlt und gesund ist, dann ist die Wahrscheinlichkeit, dass er in dem Moment von der Krankheit befallen und infektiös ist, äußerst gering. Denn ein Symptom ist nichts anderes, das Ihnen zeigt, dass der Körper gerade einen Abwehrkampf hinlegt. Und den legt er nur dann hin, wenn er sich mit einem Erreger auseinandersetzt. Also sind für mich Asymptomatische vollkommen unspektakulär, und das haben wir auch bei keiner anderen Erkrankung. Ich kann mich nicht daran erinnern, dass wir jemals bei der Influenza oder bei anderen Erkrankungen wirklich Asymptomatische einfach getestet hätten, dass wir die rausziehen und sagen: Ihr müßt euch alle testen lassen und die dann auch wegsperren, also in Quarantäne nehmen und deren Kontaktpersonen dazu auch noch.”

Frage: “Also danach ist diese ganze Testerei Unsinn bei Symptomlosen oder Asymptomatischen, sondern man sollte einfach Menschen, die diese Symptome haben testen?”

***Pürner:** “Richtig. Wir haben die Medizin seit Corona total auf den Kopf gestellt. Also, dass wir gesunde Menschen – es gibt ja eine Definition von der WHO – einfach testen und dann noch in Quarantäne stecken, an das kann ich mich nicht erinnern, und ich kann mir nicht vorstellen, dass wenn wir damals im Staatsexamen Medizin so eine Frage gestellt bekommen hätten, und wir hätten alle geantwortet: ja, man muss auch die symptomlosen kräftig testen und nachgucken... dann wäre was los gewesen. Das ist nur ein Laborbefund, den wir bekommen, und wir Mediziner haben alle gelernt, dass wir niemals nur Laborbefunde behandeln oder auf Laborbefunde gucken, sondern uns immer den Menschen anschauen. Das wird gerade vollkommen über den Haufen geworfen.”*

Dr. Friedrich Pürner, ehemaliger Leiter des Gesundheitsamts Aichach-Friedberg

https://cdn.lbryplayer.xyz/api/v4/streams/free/210223_Puerna_Ausspielung/5dee0a60659551153ab015bbfd2f848c7e8df291/468b37

“Die Länder mit den längsten Shutdown- und Lockdown-Maßnahmen, wie Italien oder Spanien haben (in Summe; Anm. CG) die höchste Todesrate d.h. die Effektivität dieser Shutdown- und Lockdown-Maßnahmen ist ziemlich gering und die Nebenwirkungen sind ziemlich groß. [...] Man muss sich überlegen, was sind die für uns wichtigen Kriterien oder Werte, an denen wir uns orientieren. Die Inzidenz ist ein Indikator für die Dynamik des Infektionsgeschehen, deswegen ist das eine interessante Größe, allerdings extrem unzuverlässig. [...] Wenn Sie die Inzidenzen vergleichen zwischen Deutschland, USA und Frankreich, dann ist es so – das sind Werte von der letzten Woche – Deutschland 61, USA 164, also zweieinhalb Mal soviel, Frankreich 192, mehr als dreimal so hohe Inzidenz. Okay, sagt man, aha, die Inzidenz ist ein Merkmal, da sieht man, wie schlimm die Infektion wütet, also müsste sie in Frankreich drei mal so schlimm wüteten wie in Deutschland. Dann schauen wir mal nach den neuen Todesfällen pro eine Million Einwohner: Deutschland 5,3, USA 6,2, Frankreich 5,7, also ungefähr dieselbe Zahl zusätzlicher Todesfälle pro eine Million Einwohner pro Tag, während die Inzidenzen bis um den Faktor drei variieren. Wer aus solchen Zahlen nicht die Schlussfolgerung zieht, dass Inzidenz nur ein Indikator ist, aber auf keinen Fall der wirklich wichtige, dem ist ja nicht zu helfen, der versteht von Statistik nichts. Deswegen muss ich nochmal ganz deutlich wiederholen: Wir müssen uns dringend von der Inzidenzideologie, die in diesem Land mehr um sich gegriffen hat, als in jedem anderen europäischen Land dringend lösen! Es sind nicht Inzidenzen, die relevant sind für das Infektionsgeschehen, sondern: Wie viele Menschen sterben? Wie viele Menschen müssen in die Kliniken? Wie viele Menschen müssen auf die Intensivbetten? Wie viele Kapazitäten haben wir? Und was sind die ökonomischen, sozialen und Bildungs- und Kultur-Nebenfolgen der Maßnahmen, die wir ergreifen? Das sind die relevanten Größen, nicht die Inzidenz! [...] Italien hat gegenwärtig 21 Kriterien, nach denen das Risiko jeweils lokal bestimmt wird. Inzidenz ist eines von 21 Kriterien! Italien hat, wie wir gerade gesehen haben, höhere Inzidenzen, aber ungefähr die gleiche Todesrate wie Deutschland, das heißt, das Infektionsgeschehen ist ungefähr vergleichbar. [...] Wir haben keinen Grund mehr, herablassend auf diesen südlichen Nachbarstaat zu schauen.

<https://youtu.be/aNMDxhUMUxg>

- Julian Nieder-Rümeling, Philosoph

Würde so die nicht fundamental weniger gefährliche Grippe gesteuert, befände sich die Gesellschaft in permanentem Ausnahmezustand und das Grundgesetz wäre Makulatur.

I. Rechtslage

1.

Die streitige Maßnahme stützt sich auf § 28a Abs. 1 Infektionsschutzgesetz.

Schulschließungen werden im dortigen – allerdings nicht abschließenden - Katalog nicht erwähnt. Dies zu Recht.

Denn als Rechtsgrundlage für Schulschließungen in den Bundesländern ist das Infektionsschutzgesetz generell nicht geeignet, da das Schulrecht in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder fällt und es sich bei dem Infektionsschutzgesetz um ein Bundesgesetz handelt. Für Schulschließungen infolge Covid-19 ist daher ein Landesgesetz erforderlich.

Genauer besteht für den Infektionsschutz eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG.

Damit kann argumentiert werden, dass solange der Bund die Schließung von Schulen nicht ausdrücklich regelt, die Länderparlamente zuständig bleiben.

Darüber hinaus ist bei so weitreichenden Maßnahmen wie Schulschließungen für 100.000de von Schülern ohnehin ein Parlamentsgesetz und nicht nur eine Verordnung erforderlich.

Auch hier gilt der Rechtsgedanke, dass nur im Fall fundamentaler Unsicherheit eine Delegation von Maßnahmebefugnissen mit erheblicher Grundrechtsbedeutung statthaft ist.

Eine darüberhinausgehende Nichtbeteiligung des Parlaments (entweder des Bundes oder der Länder) kann angesichts der routinemäßigen Fortschreibungen der Verordnungen nicht mehr mit Eilbedürftigkeit der Entscheidungen begründet werden.

Insgesamt fehlt es daher für die Verordnung soweit sie Betriebseinschränkungen für Schulen beinhaltet an der erforderlichen Rechtsgrundlage.

2.

Ziel der Regelung in § 5a Abs. 3 der Verordnung ist offenbar die Verringerung von Schülerkontakten zur Stabilisierung oder Absenkung der Inzidenzwerte für Covid-19 Infektionen im Hinblick auf den Schutz von Leben und Gesundheit und der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems.

a)

Dass die Vorenthaltung vollen Präsenzunterrichts für Schüler der Nichtabschlussklassen per se für die Steuerung der Inzidenzwerte erforderlich ist, wird vom Ordnungsgeber zwar offenbar vorausgesetzt, aber nicht begründet.

Ganz im Gegenteil räumt er ausdrücklich ein, dass die Schulen bislang nicht als „Pandemietreiber aufgefallen sind“. Es ist daher nicht ersichtlich, welchen praktischen Effekt die Kontaktvermeidung in Schulen auf die Entwicklung der Inzidenzen haben soll. Einen negativen Effekt für vollen Präsenzunterricht unter Aufrechterhaltung der üblichen Hygienekonzepte beschreibt der Ordnungsgeber selbst nicht.

Damit ist freilich nicht gesagt, dass es nicht trotz Hygienekonzepten zu Ansteckungen kommen könnte.

Darauf aber kommt es nicht an. Denn es geht epidemiologisch nicht darum, jede einzelne Infektion, sondern nur für die Allgemeinheit und statistisch relevantes Infektionsgeschehen zu verhindern.

Covid-19 stellt keine singular tödliche oder gefährliche Krankheit dar und es ist nicht Aufgabe des Verordnungsgebers bevölkerungsweit jede Ansteckung zu verhindern – was er für weite Teile der Gesellschaft, in denen Kontakte regelmäßig stattfinden, ohnehin nicht tut und tun kann.

Der Schutz der Schüler vor Infektionen soll daher zwar möglichst gewährleistet sein – Selbstzweck, der die Erfüllung des staatlichen Bildungsauftrags hindern könnte - ist er nicht.

Insbesondere kann Eltern und Kindern nicht unter Hinweis auf eine ohne Tests nie vollständig auszuschließende Ansteckungsgefahr der volle Präsenzunterricht verweigert werden. Vielmehr ist anders herum den Betroffenen, die diese Möglichkeit fürchten, Dispens vom Präsenzunterricht zu erteilen (wie dies in § 5a Abs. 6 für die Präsenzbeschulung in Grundschulen gemäß Absatz 1 bereits der Fall ist). Es ist nämlich davon auszugehen, dass die Betroffenen in großer Mehrheit für den vollen Präsenzunterricht votieren würden. Damit wäre im konkreten Fall den Grundsätzen der praktischen Konkordanz (größtmögliche Grundrechtsgewährleistung) Genüge getan.

b)

Nicht geeignet ist die Vorenthaltung des vollen Präsenzunterrichts, wenn entweder die Entstehung von Infektionen mit einem milderen Mittel verhindert werden kann oder die eventuellen Folgen von Infektionen für Dritte mit anderen Mitteln entscheidend vermindert werden können.

Die Antragsteller sind bereit, die Antragstellerin zu 1) den in § 5a Abs. 5 vorgesehenen Covid-19 Tests als Preis für vollen Präsenzunterricht zu unterziehen.

Da auch alle anderen Schüler hierzu im Hinblick auf die Teilnahme am Präsenzunterricht verpflichtet sind, liegt bereits ein anderes Mittel zur Verhinderung von Infektionen vor.

Die Frage, ob es milder ist, stellt sich in Bezug auf die Antragsteller nicht.

Generell ist davon auszugehen, dass der überwiegende Teil der Betroffenen selbst ohne Zwang zur Testung bereit wäre – womit ein vernünftiger Kompromiss erreicht wäre.

Denn es handelte sich bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Hygienekonzepte auch in diesem Fall jedenfalls um eine erhebliche Verbesserung des Risikoprofils der ohnehin nicht als Pandemietreiber bekannten Schulen.

Nochmals: Es ist nicht Aufgabe des Ordnungsgebers, an den öffentlichen Schulen 100%ige Covid-19-Freiheit herzustellen, sondern vollwertigen Unterricht zu ermöglichen und im Mittel pandemie-relevante Ausbrüche (also insgesamt erheblichen Ausmaßes) zu verhindern. Es gilt ein für das Leben brauchbarer praktischer Maßstab, nicht Zero-Covid.

Es geht immer nur um angemessene Dämpfung, alles andere ist im Verhältnis zum Eingriff in das Recht auf Bildung schon an dieser Stelle unverhältnismäßig.

Zum Verhältnis Ausbruchrisiko an Schulen und Teststrategie verweisen wir auf

<https://www.heise.de/tp/features/Warum-massenhafte-Corona-Tests-von-Kindern-zweifelhaft-sind-5987880.html?seite=6>

und zitieren die dort in Bezug genommene Studie des RKI:

Zusammenfassend legen die vorgestellten Daten und die genannten obigen Studien nahe, dass Schülerinnen und Schüler eher nicht als "Motor" eine größere Rolle spielen (...). Auftretende Ausbrüche sind im Regelfall im beobachteten Zeitraum klein (...). Hilfreich ist die Er-

kenntnis, dass Lehrerinnen und Lehrer eine vielleicht wichtigere Rolle zu spielen scheinen als die Schülerinnen und Schüler.

Was die Folgen möglicher Schulinfektionen durch die Weitergabe an Risikogruppen angeht, muss der Verordnungsgeber schnellstens durch bessere Teststrategien und bessere Verfügbarkeit von Tests nachlegen, soweit ihm nicht ohnehin die laufende Impfkampagne entgegenkommt, die der Pandemie laut Bundesgesundheitsminister ohnehin „den Stachel nimmt“.

Wären an Weihnachten bereits Schnelltests verfügbar gewesen, hätte es dumpfer Drohungen über das letzte Treffen unter Lebenden nicht bedurft.

Die Todeszahlen in Deutschland gehen in wesentlichem Maße auf das praktische Versagen der Bundesregierung und der verschiedenen Verordnungsgeber bei Etablierung einer Teststrategie – Identifizierung von Störern statt Inanspruchnahme von Nichtstörern – insbesondere zum Schutz von Alten- und Pflegeheimbewohnern, zurück.

Angesichts der extrem unterschiedlichen Risiken, mit denen Covid-Erkrankungen einhergehen, je nachdem ob junge oder alte Menschen betroffen sind, drängt sich die Frage auf, ob bei der Bekämpfung des Infektionsgeschehens die Schwerpunkte richtig gesetzt worden sind. Warum ist nicht mehr Mühe darauf verwandt worden, die alten Menschen zu schützen? Statt eine einseitig an Lockdown-Maßnahmen orientierte Krisenpolitik zu favorisieren, die das Leben aller Menschen gleichermaßen massiv einschränkt, wäre es vermutlich sinnvoller und zielführender gewesen, wenn die Bundesregierung durchdachte und differenzierte Konzepte zum Schutz alter Menschen (insbesondere der über 80-Jährigen) erarbeitet hätte. Diese stehen bis heute aus. Nicht einmal für Altersheime hat man bundesweit verbindliche Vorgaben umgesetzt, die die Bewohner und Mitarbeiter wirksam schützen. Dabei weisen die Daten des Robert Koch-Instituts seit langem auf den hier bestehenden Handlungsbedarf hin.

Günter Eder, Mathematiker

<https://www.nachdenkseiten.de/?p=69639>

Mit entsprechenden Testmöglichkeiten hätten alle Schulschließungen in Sachsen von vorneherein vermieden werden und generell die Fallzahlen verringert werden können. In Frankreich waren die Schulen trotz hoher allgemeiner Fallzahlen insgesamt nie geschlossen.

c)

Die Vorenthaltung des vollen Präsenzunterrichts ist auch im engeren Sinn nicht verhältnismäßig.

Soweit bislang zwischen Abschluss- und Nichtabschlussklassen unterschieden wurde, basiert dies nicht auf einer Differenzierung zwischen unterschiedlich wertvollen Arten von Bildung, sondern darauf, dass eine Einbeziehung der Abschlussklassen den Schutzbereich von Art 12 GG berührt, da die Abschlüsse relevant für den Berufseinstieg sind.

Die Abschlussklassen wären daher durch die Schulschließung ungleich härter betroffen gewesen.

Zu berücksichtigen ist aber, dass auch die Schüler der Nichtabschlussklassen keine Störer sind und ihr Recht auf Bildung bereits in erheblichem Maße beeinträchtigt wurde.

Der Ihnen erteilte „Fernunterricht“ erfolgt ohne gesetzliche Grundlage und durch Lehrer, die diesbezüglich weder ausgebildet noch praktisch erprobt sind – man wurschtelt sich durch. Die Schule als sozialer Raum und die Motivation des In-der-Gruppe-Lernens fehlen völlig. Und dies bereits ab Klasse 5.

Die eingetretene Belastung und der Lernrückstand sind daher mittlerweile so groß, dass die einseitige Privilegierung der Abschlussklassen in Bezug auf vollständigen Präsenzunterricht unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung nicht länger zu rechtfertigen ist.

Die Wiederherstellung ordnungsgemäßer Bildungsverhältnisse für alle Nichtabschlussklassen in Sachsen ist daher mindestens ebenso ein Belang von Gemeinwohlinteresse wie die Steuerung der Pandemie.

Um weiterhin in die Substanz des Bildungsanspruchs von wohl über 100.000 betroffenen Schülern in Sachsen (eigene Schätzung) einzugreifen, bedürfte es daher des Nachweises der Unabweisbarkeit, von der selbst der Verordnungsgeber nicht ausgeht.

Insbesondere ist mit der Aussage, dass Schulen bislang keine Pandemietreiber waren nicht dargetan, dass mit (gegebenenfalls regional gestaffelter s.u.) Wiedereinführung des vollständigen Präsenzunterrichts das epidemiologische Chaos ausbräche.

Bei annähernd 150.000 Grundschulern findet Regelunterricht statt – ohne epidemiologische Probleme, wie der Verordnungsgeber zu § 5a Abs. 1 mitteilt. Worin besteht der Unterschied zu den Nichtabschlussklassen der weiterführenden Schulen?

Insbesondere richtet der Verordnungsgeber die Maßnahme nicht nach den jeweiligen lokalen Gegebenheiten (Inzidenzwerte im Einzugsbereich der Schulen) aus, wie die § 28a Abs. 3 S. 2 Infektionsschutzgesetz ausdrücklich vorsieht, was ebenfalls unverhältnismäßig ist.

Der Verordnungsgeber sieht in §§ 8 bis 8c lokale Lockerungsmaßnahmen und Rückfallregelungen für bestimmte Inzidenzschwellen vor. In § 5a Abs. 8 untersagt er den hälftigen Präsenzunterricht dem § 3a Abs. 3 bei Erreichen eines Inzidenzwertes von 100.

Warum bei entsprechenden Inzidenzen alle möglichen Lockerungen im Freizeitbereich erfolgen sollen, der vollständige Präsenzunterricht aber inzidenzunabhängig dauerhaft eingeschränkt wird, ist nicht ersichtlich.

Ist nicht im Zweifel die Gewährleistung des vollständigen Bildungsangebots vorrangig vor Freisitzregelungen etc.?

Wenn der Verordnungsgeber nunmehr Testung für alle Schüler und das Personal verbindlich vorschreibt, wo besteht dann die Gefahr näheren Kontakts in der Schule unter Fortgeltung der Hygienekonzepte?

Dem Verordnungsgeber genügt die Behauptung, dass die Entwicklung der Inzidenzwerte im Rahmen des „Rechts auf Bildung“ wieder hälftigen Präsenzunterricht zulasse und damit offenbar vollen Präsenzunterricht noch nicht.

Eine plausible Begründung bleibt der Verordnungsgeber angesichts der überragenden Bedeutung des Grundrechts auf vollständige Bildungsteilhabe schuldig.

Der Verordnungsgeber hat durch die sträfliche Vernachlässigung aktiver Störersuche das Ausmaß der gegenwärtigen Pandemiesituation wesentlich mitverursacht.

Wie selbstverständlich hat er sich aufs Abwarten der Entwicklung verlegt und ruht sich dabei auf erheblichen Eingriffen in die Grundrechte Unbeteiligter aus.

Dieser Zustand kann so rechtstaatlich nicht fort dauern.

Erik Jochem
Rechtsanwalt



