

## Bayern:

# Klage gegen Angabe von Diagnose bei ärztlichem Attest

am 21. Januar 2021 beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof

Stand: 11. September 2022

Redaktion: Hans U. P. Tolzin

### Aktenzeichen:

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (BayVGH): 20 NE 21.247  
AGBUG Rechtsfonds intern 21-009

### Spendenmöglichkeit für die AGBUG-Musterverfahren

Kontoinhaber: AGBUG

IBAN: DE13 6039 1310 0379 6930 03

BIC GENODES1VBH

Stichwort: "Schenkung Gerichtsverfahren Grundrechte"

oder Paypal: [info@agbug.de](mailto:info@agbug.de)

[Aktueller Kontoauszug](#)

### Zusammenfassung

Eine Schulleiterin verlangte von einem Schüler, der keine Maske trug, die Vorlage eines ärztlichen Attestes mit Angabe einer genauen Diagnose. Ansonsten würde er der Schule verwiesen. Dies widerspricht dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und stellt im Grunde Nötigung dar.

Dagegen klagte stellvertretend der Vater stellvertretend für seinen Sohn vor dem BayVGH München.

In diesem Fall kam es sehr schnell zu einer Entscheidung. Die Klage wurde mit wirklich fadenscheinigen Begründungen abgewiesen.

Aus Kostengründen wurde auf eine Anhörungsrüge und eine Verfassungsbeschwerde verzichtet, denn beides wäre mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unzufriedenstellend für den Kläger – und für die Sache der Grundrechtsverteidigung ausgegangen.

### Verlauf des Verfahrens

#### 8. Dezember 2020: Schreiben der Schulleitung an Eltern

*„Sehr geehrte Damen und Herren, Sie haben uns für Ihr Kind im September ein Attest zur Befreiung von der Mund-Nasen-Bedeckung gem. der Bayerischen Infektionsschutzverordnung beinhaltet. Gem. § 2 Satz 2 der Neunten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (9. BayIfSMV) vom 30. November 2020 gilt:*

*2. Personen, die glaubhaft machen können, dass ihnen das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung aufgrund einer Behinderung oder aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich oder*

*unzumutbar ist, sind von der Trageverpflichtung befreit; die Glaubhaftmachung erfolgt bei gesundheitlichen Gründen insbesondere durch eine ärztliche Bescheinigung, die die fachlich-medizinische Beurteilung des Krankheitsbildes (Diagnose), den lateinischen Namen oder die Klassifizierung der Erkrankung nach ICD 10 sowie den Grund, warum sich hieraus eine Befreiung der Tragepflicht ergibt, enthält.*

*Das von Ihnen vorgelegte Attest im September erfüllt diese Bedingungen nicht. Zudem kann - in der Regeln nach drei Monaten - eine erneute ärztliche Bescheinigung verlangt werden. Die Atteste sind zeitnah vorzulegen, bis spätestens 18.12.2020 vorzulegen. Mit freundlichen Grüßen, gez. Dr. H., Schulleiterin“*

## **10. Dezember 2020: Antwort der Eltern**

*„Sehr geehrte Frau Dr. H., Ihr Schreiben vom 08.12.2020 enthält formaljuristische Fehler, da der Brief nicht unterschrieben ist. Bitte unterschreiben Sie das Schreiben mit einer rechtsgültigen Unterschrift. Bis dahin betrachte ich Ihr Schreiben als gegenstandslos. Der erste Satz in Ihrem Schreiben ergibt außerdem keinen Sinn und beinhaltet Rechtschreibfehler (Infektionsschutzmaßnahmenverordnung war wohl gemeint). Ich wünsche Ihnen, trotz der ganzen Unannehmlichkeiten, eine schöne Vorweihnachtszeit. Mit freundlichem Gruß, D.“*

Die Eltern bemühten sich daraufhin - vergeblich - bei der Schulleitung um ein persönliches Gespräch und auch das Schulamt erwies sich nicht als gesprächsbereit.

## **22. Januar 2021: Klage und Eilantrag werden beim BayVGH**

*„Beide Antragsteller sind durch ordnungsgemäße medizinische Untersuchung (...) maskenbefreit. Sie werden durch [die Coronaverordnung] zusätzlich in der Öffentlichkeit stigmatisiert, weil sie hierdurch gezwungen werden, ihre privatesten Gesundheitsdaten gegenüber jedem Supermarkt-Kontrolleur, gegenüber jedem Schaffner im Zug, gegenüber jedem Polizisten und der Antragsgegner Nr. 2 sogar gegenüber seiner Schulleitung etc. preiszugeben. Diese potenziell personenmäßig unbegrenzte Verpflichtung halten die Antragsteller für rechtswidrig, insbesondere für einen unverhältnismäßigen Eingriff in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht in der Form des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung. Sie befürchten, dass ihre privaten Gesundheitsdaten in ihrem kleinen Ort, der dörflichen Charakter hat, aber auch z.B. in der Schule des Antragstellers Nr. 2 und letztlich auch über ihren Wohnort hinaus, sehr schnell die Runde machen werden. Dies lehnen die Antragsteller entschieden ab. (...).*

*Im Rahmen eines künftigen Normenkontrollantrags erscheint es zumindest möglich, dass [die Coronaverordnung] mit den Grundrechten der Antragsteller (...) GG unvereinbar sind. Denn zum einen erscheint zweifelhaft, ob es hierfür überhaupt eine hinreichend präzise, normklare und bereichsspezifische Rechtsgrundlage gibt. (...).*

*Der § 28a BIfSG regelt zwar (...) die Verpflichtung, zum Tragen sog. ‚Mund-Nasen-Bedeckungen‘, aber keine Verpflichtung, dass das ärztliche Attest auch die Diagnose enthalten muss und dass man diese Diagnose einer unbegrenzten Anzahl an Straßenbahnkontrolleuren, Schaffner, Supermarkt-Kontrolleuren, Schulleitungen, Polizisten etc. zeigen muss.*

*Zum anderen haben weder der Gesetzgeber noch der Ordnungsgeber auch nur ansatzweise geregelt, dass die vielfältigen Kontrolleure diese Daten vertraulich behandeln müssen und dass eine unbefugte Weitergabe zumindest bußgeldbewehrt wäre. In der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts ist jedoch geklärt, dass die Erhebung und ggf. auch Weitergabe von Daten zeitlich nicht unbegrenzt erfolgen darf und dass Missbrauch durch das Gesetz selber begrenzt sein muss, d. h. die Grenzen des Eingriffs im Gesetz selber geregelt werden*

müssen. Voraussetzungen und Umfang müssen im Gesetz hinreichend klar geregelt werden. (...).

*Da weder Verordnung noch der § 28a BfSG irgendeinen Datenschutz im Hinblick auf die hochsensiblen medizinischen Daten der Antragsteller vorsehen, ist es im höchsten Maße fraglich, ob der Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung in § 28a BfSG eine hinreichend bereichsspezifische, präzise und normenklare Rechtsgrundlage findet. Dies gilt umso mehr als dass auch ein Rückgriff auf die polizeirechtliche Generalklausel schon lange nicht mehr zulässig ist; für die Generalklausel des § 28 BfSG kann insoweit schwerlich etwas anderes gelten. (...).*“

Wir erhalten noch am gleichen Tag eine Eingangsbestätigung und ein Aktenzeichen.

## **27. Januar 2021: Stellungnahme der Bayerischen Landesrechtsanwaltschaft**

*„Wir beantragen, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO abzulehnen.(...)“*

Die Landesrechtsanwaltschaft bestreitet, dass sich aus dem Text der CVO zwingend die Vorlage eines qualifizierten Attestes incl. Angabe der Diagnose ergibt. Eine Glaubhaftmachung ohne Diagnoseangabe oder auf andere Weise sei ja nicht ausgeschlossen. Dem Antragsteller würde deshalb auch keineswegs, wie behauptet, ein Schulausschluss drohen.

*„Die Bestimmung, aus der sich ergibt, dass in manchen Situationen nur eine qualifizierte ärztliche Bescheinigung zur Glaubhaftmachung der Befreiung von der Maskenpflicht ausreichend sein dürfte, ist geeignet, erforderlich und angemessen (...)“*

Genau diese Behauptung wird allerdings von unserer Klage angegriffen - und von der Landesrechtsanwaltschaft ausschließlich über diesen - unendlich oft gehörten und wiederholten - Glaubenssatz verteidigt. Denn mehr als ein Glaubenssatz ist es nicht, solange keine nachvollziehbaren Beweise vorgelegt werden.

Darüber hinaus wird von der Landesrechtsanwaltschaft unterstellt, dass bei einer Aufweichung der Regelung *„erneut versucht werden würde, mit Gefälligkeitsattesten, selbst hergestellten Attesten oder der schlichten aber vehementen Behauptung eines gesundheitlichen Hindernisses, eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen, die Maskenpflicht zu umgehen.“*

Hier wird erneut eine Geisteshaltung sichtbar, die insbesondere während der Corona-Krise bei Behörden inkl. Schulleitungen zutage tritt: Wer sich nicht an staatliche Vorgaben anpassen will, wird grundsätzlich einem Pauschalverdacht ausgesetzt. Dies widerspricht in krasser und eindeutiger Weise dem Geist des Grundgesetzes in Art. 1 Abs. 1.

## **1. Februar 2021: Antwort auf Stellungnahme der bayerischen Landesrechtsanwaltschaft**

*„(...) Es ist schon erstaunlich, dass ausgerechnet die Landesrechtsanwaltschaft als Vertreterin der Staatsregierung sich redlich bemüht, den klaren Wortlaut der Vorschrift in ihr Gegenteil umzudrehen. Auch wenn die Formulierung der bußgeldbewehrten Vorschrift das Wort ‚namentlich‘ enthält, hilft das den Antragstellern herzlich wenig, eben weil die Norm selber keine einzige konkrete Alternative formuliert, sondern insoweit die Bürger als Grundrechtsträger komplett im Unklaren lässt.“*

*Insoweit dürfte auch das Bestimmtheitsgebot verletzt sein. Eine Regelung – abstrakter – Ausnahmen von der Verpflichtung, ein ärztliches Attest mit genauer medizinischer Diagnose*

*vorzulegen, allein im Rahmenhygieneplan ist erkennbar nicht mit der Wesentlichkeitstheorie vereinbar.*

*Wenn, dann müsste dies der Gesetzgeber, hilfsweise, zumindest der Verordnungsgeber selber regeln und nicht nur in einem Rahmenhygieneplan formulieren. Den Antragstellern ist es jedenfalls unzumutbar, sich auf irgendwelche anderen Beweismittel gegenüber Polizisten, Behördenmitarbeitern u. ä. Personen einzulassen. Sich auf Beweismitteln mit niedrigerem oder gar niedrigem Beweiswert einzulassen, ist unzumutbar. Es ist insbesondere auch lebensfremd anzunehmen, dass der hiesige minderjährige Schüler – anstatt sein Attest mit ärztlicher Diagnose vorzulegen – sich mit der Schulleiterin auf eine lange Diskussion (...) einzulassen müsste (...).*“

#### **4. Februar 2021: Beschluss des Bay. Verwaltungsgerichtshofs**

Der VGH München hat im Ergebnis den Eilantrag abgelehnt. Anders als die Landesanwaltschaft als Vertreterin des Freistaates Bayern bezweifelt der VGH München sogar die Zulässigkeit, ging aber gleichzeitig auch auf die Begründetheit der Sache ein und verneinte diese.

Anders als das OVG Berlin-Brandenburg, das ja eine fast wortwörtlich identische Formulierung in der Brandenburger Verordnung im Eilverfahren aufgehoben hatte, verneinte der VGH München auch das Vorliegen schwerer Nachteile, die für ein Eilverfahren erforderlich seien.

Am merkwürdigsten ist jedoch die Aussage, die Norm habe angeblich „(...) schon keine eigenständige Regelungswirkung, die sich zu Lasten der Antragsteller auswirken könnte (...).“

Das ist die „neue juristische Normalität“ im Quadrat. Die ganze Folgeargumentation des Gerichts geht komplett an der Sache und auch an unserem Vortrag vorbei:

Wir haben nie bestritten, dass der Staat im Grundsatz vom Bürger einen Nachweis für eine medizinisch bedingte Befreiung verlangen kann bzw. dass insoweit die Beweislast beim Bürger liegt. Die Frage, die wir und auch das OVG Berlin-Brandenburg aufgeworfen hatten, war jedoch, wie weit darf der Umfang dieser Nachweispflicht, die dem Bürger auferlegt ist, gehen?

Und ist dieser mit der Nachweispflicht verbundene Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung wirklich verhältnismäßig und wenn er dies grundsätzlich sein sollte, auch wirklich vom § 28a BfSG? Auf all diese Fragen geht der VGH München gar nicht ein.

Die „Selbstzitate“ des VGH München beziehen sich auf Entscheidungen, die vor dem Inkrafttreten des § 28a BfSG ergangen sind, und sind daher für die hier relevante Frage schon deshalb nichtssagend. Auch das ist ein Indiz, dass die Richter hier schlicht und einfach ein ganz bestimmtes Ergebnis haben wollten.

Der einzige Lichtblick ist die Aussage, dass eine Kontrolle des Attestes nur durch die Kreisverwaltungsbehörde zulässig sei. Allerdings ist natürlich fraglich, ob der Schulleiter dies akzeptieren wird und wenn er dies tut, muss man wohl damit rechnen, dass Eltern eine entsprechende Aufforderung durch das Kreisverwaltungsbehörde erhalten werden.

Auch das Argument des VGH München, die Angabe der Diagnose sei ja nicht absolut zwingend, ist einfach nur realitätsfremd. Alles andere potenziellen Beweismittel (Zeugenaussagen, die ominösen Umstände des Einzelfalls) sind völlig unbestimmt, aber auch hierauf meinte der VGH München nicht eingehen zu müssen.

Aus Kostengründen verzichten wir in diesem Verfahren darauf, in die Anhörungsrüge oder in die Verfassungsbeschwerde zu gehen. Die Kosten hat in diesem Verfahren weitgehend die Rechtsschutzversicherung des Klägers getragen.

### **11. September 2022: Anfrage an unseren Anwalt**

Hier haben wir ja im Eilverfahren verloren. Ich bin mir allerdings unsicher, ob das Hauptsacheverfahren noch läuft und habe eine entsprechende Anfrage an meinen Anwalt gerichtet.