VG Augsburg, Beschluss v. 13.04.2021 – Au 9 E 21.911

Titel:

Unzulässigkeit eines Antrags auf vorläufige Teilnahme am Präsenzunterricht ohne Testung

Normenketten:

VwGO § 42 Abs. 2, § 47 Abs. 6, § 123
IfSG § 28
12. BayIfSMV § 18 Abs. 1, Abs. 4

Leitsätze:

1. Findet zum Zeitpunkt eines Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz aufgrund der Höhe der 7-Tage-Inzidenz weder Präsenz- noch Wechselunterrichtet statt, ist ein Antrag auf Teilnahme daran ohne Vorlage einer negativen Testung unzulässig. (Rn. 26) (redaktioneller Leitsatz)
2. Ein für den Fall eines künftigen Sinkens der Inzidenzzahlen gestellter Antrag auf Teilnahme am Präsenzunterricht ohne negative Testung ist unzulässig. (Rn. 27) (redaktioneller Leitsatz)
3. Nur wenn eine untergesetzliche Norm keiner Umsetzung durch einen Vollzugsakt bedarf und landesrechtlich nicht die Möglichkeit einer Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO eröffnet ist, ist ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung statthaft. (Rn. 29) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

vorläufiger Rechtschutz, unzulässiger Antrag, Corona-Pandemie, vorbeugender Rechtschutz, wöchentliche Testungen in Schulen, Präsenz- und Wechselunterricht nur bei negativer Testung, einstweilige Anordnung, vorbeugender Rechtsschutz, Normenkontrolle, Infektionsschutz, Corona, Antigentest, Testpflicht, Schule, Präsenzunterricht, Wechselunterricht, Anordnungsanspruch, Betroffenheit, Schulklasse

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

III. Der Streitwert wird auf 2.500,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1
Die Antragstellerin wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtschutzes gegen die in der 12. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (12. BayIfSMV) geregelte zweimalige wöchentliche Testpflicht für Schülerinnen und Schüler als Voraussetzung für die Teilnahme am Präsenz- bzw. Wechselunterricht.

2
Die Antragstellerin besucht derzeit die fünfte Klasse eines Gymnasiums in * (Landkreis *).

3
§ 18 Abs. 1 und 4 der 12. BayIfSMV vom 5. März 2021 (BayMBl. Nr. 171, BayRS 2126-1-16-G) in der Fassung der Änderungsverordnung vom 9. April 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 261), die mit Ablauf des 26. April 2021 außer Kraft tritt (§ 30 der 12. BayIfSMV), haben betreffend den Betrieb von Schulen folgenden Wortlaut:

4
(1) [1] Unterricht und sonstige Schulveranstaltungen im Sinne des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) sowie die Mittagsbetreuung an Schulen sind nach Maßgabe der folgenden Sätze zulässig, wenn durch geeignete Maßnahmen sichergestellt ist, dass dem Infektionsschutz Rechnung getragen wird. [2] Die Schulen und die Träger der Mittagsbetreuung haben für alle Tätigkeiten auf dem Schulgelände und in der Notbetreuung ein Schutz- und Hygienekonzept auf der Grundlage eines ihnen von den Staatsministerien für Unterricht und Kultus und für Gesundheit und Pflege

zur Verfügung gestellten Hygieneplans (Rahmenhygieneplan) auszuarbeiten und auf Verlangen der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde vorzulegen. [3]Unter den Voraussetzungen des Abs. 4 gilt:

5
1. in Landkreisen und kreisfreien Städten, in denen eine 7-Tage-Inzidenz von 100 überschritten wird, findet

6
a) in der Jahrgangsstufe 4 der Grundschulstufe, der Jahrgangsstufe 11 der Gymnasien und der Fachoberschulen sowie in Abschlussklassen Präsenzunterricht, soweit dabei der Mindestabstand von 1,5 m durchgehend und zuverlässig eingehalten werden kann, oder Wechselunterricht und

7
b) an allen übrigen Schularten und Jahrgangsstufen Distanzunterricht statt;

8
2. in Landkreisen und kreisfreien Städten, in denen die 7-Tage-Inzidenz zwischen 50 und 100 liegt, findet Präsenzunterricht, soweit dabei der Mindestabstand von 1,5 m durchgehend und zuverlässig eingehalten werden kann, oder Wechselunterricht statt;

9
3. in Landkreisen und kreisfreien Städten, in denen eine 7-Tage-Inzidenz von 50 nicht überschritten wird, findet

10
a) in den Klassen der Grundschulstufe Präsenzunterricht und

11
b) an allen übrigen Schularten und Jahrgangsstufen Präsenzunterricht, soweit dabei der Mindestabstand von 1,5 m durchgehend und zuverlässig eingehalten werden kann, oder Wechselunterricht statt.

12
[4]Abweichend von § 3 bestimmt die zuständige Kreisverwaltungsbehörde durch amtliche Bekanntmachung jeweils am Freitag jeder Woche die für den betreffenden Landkreis oder die kreisfreie Stadt maßgebliche Inzidenzeinstufung nach dem jeweils aktuellen Stand der Veröffentlichung des Robert Koch-Instituts. [5]Die für den Inzidenzbereich maßgebliche Regelung gilt dann für den betreffenden Landkreis oder die kreisfreie Stadt jeweils für die Dauer der darauffolgenden Kalenderwoche von Montag bis zum Ablauf des folgenden Sonntags. [6]Regelungen zur Notbetreuung werden vom zuständigen Staatsministerium erlassen.

(…)

13
(4) [1]Die Teilnahme am Präsenzunterricht und an Präsenzphasen des Wechselunterrichts sowie an der Notbetreuung und Mittagsbetreuung ist Schülerinnen und Schülern nur erlaubt, wenn sie sich zwei Mal wöchentlich, im Fall des Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 mindestens zwei Mal wöchentlich, nach Maßgabe der Sätze 2 bis 5 einem Test in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 unterziehen. [2]Hierfür haben die Schülerinnen und Schüler zu Beginn des Schultages über ein schriftliches oder elektronisches negatives Ergebnis eines PCR- oder POC-Antigentests zu verfügen und dieses auf Anforderung vorzuweisen oder müssen in der Schule unter Aufsicht einen Selbsttest mit negativem Ergebnis vorgenommen haben. [3]Die dem Testergebnis zu Grunde liegende Testung oder der in der Schule vorgenommene Selbsttest dürfen höchstens 48 Stunden, im Fall des Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 höchstens 24 Stunden vor dem Beginn des jeweiligen Schultags vorgenommen worden sein. [4]Soweit Tests in der Schule vorgenommen werden, verarbeitet die Schule das Testergebnis ausschließlich für den schulischen Zweck der Aufrechterhaltung des Präsenzunterrichts; eine Übermittlung an Dritte findet vorbehaltlich von Meldepflichten nach dem Infektionsschutzgesetz nicht statt. [5]Das Testergebnis wird höchstens 14 Tage aufbewahrt. [6]Für Schülerinnen und Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf kann das Staatsministerium für Unterricht und Kultus Ausnahmen bekanntmachen. [7]Für die Lehrkräfte und das Schulverwaltungspersonal gelten hinsichtlich ihrer Tätigkeit in den Schulräumen die Sätze 1 bis 5 mit der Maßgabe entsprechend, dass ein Selbsttest auch außerhalb der Schule und ohne Aufsicht vorgenommen werden kann, wenn die Person versichert, dass das Testergebnis negativ ausgefallen ist.

14

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 12. April 2021 Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht Augsburg erhoben (Az.: Au 9 K 21.910). Über die Klage ist noch nicht entschieden worden.

15
Ebenfalls mit Schriftsatz vom 12. April 2021 hat die Antragstellerin im Wege vorläufigen Rechtschutzes sinngemäß beantragt,

16
den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, der Antragstellerin den Zutritt zu ihrer Schule und die Teilnahme am Präsenzunterricht auch ohne Teilnahme an den seit 9. April 2021 verpflichteten, zweimal wöchentlichen Massentests von Schülern in Bezug auf eine Infektion mit dem Corona-Virus SARS-CoV-2 zu gewähren.

17
Zur Begründung wurde auf die Klage der Antragstellerin vom 12. April 2021 verwiesen. Gemäß Schreiben vom 9. April 2021 habe die Schule die Schüler und Eltern darüber informiert, dass Schülern, die an den zweimal wöchentlich an der Schule durchgeführten, verpflichtenden Schnelltests nicht teilnehmen und keinen aktuellen, negativen Covid-19-Test vorlegten, der nicht älter als 48 Stunden sei, ab 12. April 2021 die Teilnahme am Unterricht untersagt werde und kein Anspruch auf Distanzunterricht bestehe. Die Antragstellerin leide seit frühester Kindheit an regelmäßig auftretenden, starken Blutungen der Nase, die schon bei leichten, mechanischen Einwirkungen auf die Nase ausgelöst werden könnten und dann meist 15 bis 20 Minuten andauerten. Mit dem Antrag sollten kurzfristig und unmittelbar elementare Grundrechte der Antragstellerin gemäß Art. 2 Abs. 2 Grundgesetz (GG) und Art. 14 der Grundrechte-Charta (GRCh) sichergestellt werden. Es sei bisher nie zu einer infektionsbedingten vollständigen Schließung der Schule gekommen. Die aktuelle 7-Tage-Inzidenz im Bereich von 100 begründe auch keine Notsituation, die eine so gravierende Einschränkung von Grundrechten rechtfertigen könnte. Bei einer grundsätzlichen Zuverlässigkeit der Schnelltests von 60% resultiere aus der regelmäßigen Teilnahme der Antragstellerin am Präsenzunterricht ohne anlasslose Schnelltests auch kein signifikant erhöhtes Infektionsrisiko oder gar eine Beeinträchtigung der Grundrechte anderer Schüler oder Lehrer an der betroffenen Schule.

18
Auf den weiteren Vortrag im Klage- bzw. Antragsschriftsatz vom 12. April 2021 wird ergänzend verwiesen.

19
Das Bayerische Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege ist dem Antrag mit Schriftsatz vom 12. April 2021 entgegengetreten und beantragt sinngemäß,

20
den Antrag abzulehnen.

21
Zur Begründung wird ausgeführt, dass der Antrag derzeit unzulässig sei. Es fehle bereits an einer Antragsbefugnis der Antragstellerin. Die Antragstellerin habe nicht dargelegt, inwieweit sie durch die Vorlage eines negativen Testergebnisses zur Teilnahme am Präsenzunterricht gemäß § 18 Abs. 4 der 12. BayIfSMV überhaupt betroffen und in ihren Rechten verletzt sein könnte. Betroffen könnten allenfalls Schülerinnen und Schüler sein, für die unter den Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 der 12. BayIfSMV Präsenz- oder Wechselunterricht pandemiebedingt überhaupt stattfinden könne. Die Antragstellerin habe bereits nicht dargelegt, dass sie von § 18 Abs. 1 der 12. BayIfSMV erfasst und Präsenz- oder Wechselunterricht für sie angeboten werde. Finde für die Antragstellerin jedoch bereits kein Präsenz- oder Wechselunterricht statt, so sei sie von der Vorlagepflicht nach § 18 Abs. 4 der 12. BayIfSMV bereits gar nicht erfasst. Im Übrigen lege der Antragsgegner den Antrag dahingehend aus, dass die Antragstellerin sich direkt gegen die in § 18 Abs. 4 der 12. BayIfSMV getroffene Regelung wende. Für gegen Rechtsverordnungen gerichtete Rechtsbehelfe sei das Verwaltungsgericht jedoch sachlich bereits nicht zuständig. Für die Feststellung der Gültigkeit von im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften sei gemäß § 47 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) ausschließlich der Bayerische Verwaltungsgerichtshof zuständig.

22
Auf den weiteren Vortrag im Antragserwiderungsschriftsatz vom 12. April 2021 wird ergänzend verwiesen.

23
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und wechselseitigen Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

II.

24
Der Antrag, der sachgerecht gegen den Freistaat Bayern als Normgeber der in § 18 Abs. 4 der 12. BayIfSMV geregelten Testpflicht in Schulen als Voraussetzung für die Teilnahme an Präsenz- bzw. Wechselunterricht zu richten ist, hat keinen Erfolg. Er ist bereits unzulässig.

25
1. Für die Antragstellerin besteht im maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung bereits keine Antragbefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO (analog). Es ist nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin, die derzeit die 5. Klasse eines Gymnasiums im Landkreis * besucht, überhaupt von der beanstandeten Regelung in § 18 Abs. 4 der 12. BayIfSMV betroffen ist. Unter Zugrundelegung der maßgeblichen 7-Tage-Inzidenz (§ 28a Abs. 3 Satz 13 Infektionsschutzgesetz - IfSG) von 100,5 für den Landkreis * am maßgeblichen Stichtag des 9. April 2021 findet gemäß § 18 Abs. 1 Satz 4 der 12. BayIfSMV Präsenz- oder Wechselunterricht aufgrund der die Zahl 100 übersteigenden 7-Tage-Inzidenz derzeit nur in den Fällen § 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a) der 12. BayIfSMV statt. Diese Regelung bestimmt, dass bei Überschreiten einer 7-Tage-Inzidenz von 100 Präsenz- oder Wechselunterricht ausschließlich in der Jahrgangsstufe 4 der Grundschulstufe, der Jahrgangsstufe 11 der Gymnasien und der Fachoberschulen sowie der Abschlussklassen Präsenzunterricht stattfindet, soweit dabei der Mindestabstand von 1,5 m durchgehend und zuverlässig eingehalten wird oder, falls dies nicht der Fall ist, Wechselunterricht stattfindet. Gemäß § 18 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 Buchst. b) der 12. BayIfSMV findet hingegen an allen übrigen Schularten und Jahrgangsstufen Distanzunterricht statt.

26
Unter Berücksichtigung der aktuellen Inzidenzzahl im Landkreis * ist die Antragstellerin nicht von der in § 18 Abs. 4 der 12. BayIfSMV geregelten wöchentlichen Testpflicht betroffen, da diese Testung eine Teilnahme am Präsenzunterricht bzw. an Präsenzphasen des Wechselunterrichts gemäß § 18 Abs. 1 der 12. BayIfSMV voraussetzt. Da nach dieser Vorschrift für die Antragstellerin, die die 5. Klasse besucht, derzeit keine Teilnahme am Präsenz- oder Wechselunterricht vorgesehen ist, kann sie keinen für eine Antragsbefugnis erforderlichen Anordnungsanspruch geltend machen kann. Die von ihr begehrte vorläufige Regelung ist damit bereits nicht geeignet, die Rechtsposition der Antragstellerin zu verbessern.

27
2. Soweit sich der Antrag auf eine mögliche künftige Veränderung der Inzidenzzahlen im Landkreis * im Sinne des § 18 Abs. 1 Satz Nr. 2 (7-Tage-Inzidenz zwischen 50 und 100) bzw. Nr. 3 (7-Tage-Inzidenz unter 50) der 12. BayIfSMV bezieht, wonach Präsenz- bzw. Wechselunterricht verpflichtend stattfindet, handelt es sich derzeit um einen unzulässigen Antrag auf vorbeugenden Rechtschutz. Ein solcher Antrag ist regelmäßig unzulässig. Die Konzeption der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) geht davon aus, dass zur Gewährung effektiven Rechtschutzes ein gerichtliches Vorgehen nach Erlass einer entsprechenden Verwaltungsentscheidung im Grunde nach ausreichend ist (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 26. Auflage 2020, vor § 40 Rn. 33 m.w.N.). Irreparable Nachteile der Antragstellerin, die ausnahmsweise zur Zulässigkeit der Inanspruchnahme vorbeugenden gerichtlichen Rechtschutzes führen könnten, sind auch im Hinblick auf den mit einer Testung auf das Vorliegen des Corona-Virus SARS-CoV-2 verbundenen geringfügigen körperlichen Eingriff (vgl. hierzu VG Augsburg, Gerichtsbescheid v. 5.8.2020 - Au 9 K 20.851 - juris Rn. 31) nicht ersichtlich.

28
Mangels Antragsbefugnis für einen Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO war der Antrag daher bereits als unzulässig abzulehnen.

29
3. Soweit der Antrag darauf gerichtet sein sollte, die der Testpflicht zugrundeliegende Vorschrift des § 18 Abs. 4 der 12. BayIfSMV für unzulässig zu erklären und vorläufig außer Vollzug zu setzen, weist das Gericht ergänzend darauf hin, dass ein solcher Antrag beim angerufenen Bayerischen Verwaltungsgericht Augsburg unstatthaft wäre. Für ein derartiges Begehren, wie es mit der gleichzeitig erhobenen Klage vom

12. April 2021 (Az.: Au 9 K 21.910) verfolgt wird, ist im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes (nur) ein Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO statthaft. Nur wenn eine untergesetzliche Norm keiner Umsetzung durch einen Vollzugsakt bedarf und landesrechtlich nicht die Möglichkeit einer Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO eröffnet ist, wäre im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG eine einstweilige Rechtsschutzmöglichkeit im Rahmen des § 123 VwGO zu gewähren. Diese Voraussetzungen liegen hier jedoch nicht vor, weil in Bayern nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung (AGVwGO) der Verwaltungsgerichtshof die Gültigkeit von Rechtsnormen, die im Rang unter dem Landesgesetz stehen, überprüft. Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von § 18 Abs. 4 der 12. BayIfSMV ist daher dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof vorbehalten. Der Verwaltungsgerichtshof hielt zwar ausnahmsweise einen Antrag nach § 123 VwGO neben dem Rechtsschutzverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO für zulässig, wenn der Normadressat unter Weitergeltung der Norm lediglich die Feststellung begehrt, dass ein bestimmter Sachverhalt nicht in ihren Anwendungsbereich fällt. Diese Fallgestaltung ist hier jedoch nicht gegeben.

30
Soweit der Rechtsbehelf der Antragstellerin mithin auf die vorläufige Außervollzugsetzung einer untergesetzlichen Norm gerichtet ist, würde es sich inhaltlich um einen Normenkontrollantrag im Sinne des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO handeln, für den einstweiliger Rechtschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu suchen wäre. Für einen Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO wäre in diesem Fall kein Raum, weil dies zu einer Umgehung der besonderen Voraussetzungen und Wirkungen des Rechtschutzverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO führen würde.

31
Abschließend weist das Gericht darauf hin, dass der Bayerische Verwaltungsgerichtshof es mit Beschluss vom 12. April 2021 (Az.: 20 NE 21.926) abgelehnt hat, § 18 Abs. 4 der 12. BayIfSMV vorläufig außer Vollzug zu setzen. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof geht dabei davon aus, dass die in § 18 Abs. 4 der 12. BayIfSMV getroffene Regelung voraussichtlich rechtmäßig ist, sofern sichergestellt ist, dass bei fehlender Einwilligung in die wöchentliche Testung die Möglichkeit einer Beschulung im Distanzunterricht fortbesteht.

32
4. Nach allem war der Antrag daher mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen. Als im Verfahren unterlegen hat die Antragstellerin die Kosten des Verfahrens zu tragen.

33
Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG). Der in der Hauptsache gebotene Streitwert in Höhe von 5.000,00 EUR (§ 52 Abs. 2 GKG) war im hier anhängigen Verfahren vorläufigen Rechtschutzes gem. Nr. 1.5 der Empfehlungen des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (BayVBl Sonderbeilage Januar 2014) zu halbieren.