VG Würzburg, Beschluss v. 05.10.2021 – W 8 E 21.1182

Titel:

Kein subjektiver Anspruch auf Verwendung eines anderen als den von der Schule verwendeten Selbsttest

Normenketten:

VwGO § 123
14. BayIfSMV § 3 Abs. 4, § 13 Abs. 2

Leitsatz:

Ein auf eigene Kosten von Schülerseite beschaffter Test, der zur Selbsttestung unter Aufsicht in der Schule durchgeführt wird, entspricht nicht den Vorgaben des § 13 Abs. 2 S. 1 14. BayIfSMV, wonach keine Wahlfreiheit der Schülerinnen und Schüler besteht und eine einheitliche Testung gewährleistet werden soll. (Rn. 32 – 41) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Eilverfahren, Infektionsschutz, Vorwegnahme der Hauptsache, zwölfjähriger Gymnasiast und dreizehnjährige Gymnasiastin, begehrter Selbsttest durch Speichelprobe in der Schule statt Nasenabstrich, Testmodalitäten am Gymnasium, von der Schule zur Verfügung gestellter und dort verwendeter Selbsttest, kein subjektiver Anspruch auf Verwendung eines anderen als den von der Schule verwendeten Selbsttest, kein freies Wahlrecht über die von der Schule zu verwendenden Selbsttests, Auslegung der Verordnungsregelung, Gymnasiast, Präsenzunterricht, Selbsttest, Nasenabstrich, Speichelprobe, Wahlrecht

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragsteller haben die Kosten des Verfahrens zu tragen.

III. Der Streitwert wird auf 10.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1
1. Die Antragsteller sind ein zwölfjähriger Schüler und eine dreizehnjährige Schülerin eines Gymnasiums. Sie begehren im Wege des Eilrechtsschutzes die Durchführung eines Selbsttestes in ihrer Schule, der auf der Verwendung einer Speichelprobe basiert und nicht per Nasenabstrich erfolgt.

2
Die Antragsteller beantragten über ihren Vater bei der Schule die Verwendung eines Selbsttestes auf Basis einer Speichelprobe anstatt durch einen Nasenabstrich. Die Schulleiterin des Gymnasiums teilte dem Vater der Antragsteller mit E-Mail vom 13. September 2021 mit, dass die Verwendung eigener Tests keine Option sei, und verwies auf den Wortlaut der Regelung des § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV, wonach Schülerinnen und Schüler „einen über die Schule zur Verfügung gestellten und dort zu verwendenden Selbsttest“ vorzunehmen hätten. Alternativ könnte ein Test außerhalb der Schule durchgeführt werden. Ohne entsprechenden Test sei die Teilnahme am Präsenzunterricht nicht erlaubt.

3
2. Mit Schriftsatz vom 16. September 2021 bzw. 17. September 2021 ließen die Antragsteller durch ihren Vater (mit Zustimmung der Mutter) zuletzt in der Sache beantragen,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, dass die Antragsteller die für die Teilnahme am Präsenzunterricht vorgesehene Verpflichtung zur Durchführung eines SARS-CoV-2-Selbsttests mit negativem Ergebnis in der Schule unter Aufsicht gleichermaßen erfüllen können, indem sie einen alternativen vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zugelassenen Antigentest zum direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 zur Eigenanwendung durch Laien (Selbsttest), und zwar den „Hygisun Covid-19

Antigen-Selbsttest/Laientest“, Hersteller: Anbio (Xiamen), (ID: 5640-S-058/21); alternativ „Coronavirus (2019-nCoV)-Antigenschnelltest - Speichel“, Hersteller: Beijing Hotgen Biotech Co., Ltd (ID 5640-S-080/21) auf eigene Kosten und unter Eigenbeschaffung des Tests durchführen.

2. Hilfsweise wird beantragt, den Antragsgegner zu verpflichten, dass der Bestandteil des § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV „einen über die Schule zur Verfügung gestellten … Selbsttest“ dahingehend Erfüllung findet, dass der Antragsgegner denjenigen Selbsttest im Unterricht der „Schule zur Verfügung stellt“, der zeitlich im Voraus von den Antragstellern (bzw. seinen Eltern) der Schule in ungeöffneter Originalverpackung zur Verwahrung eingereicht wurde. Dies bezieht sich gleichermaßen auf einen alternativen vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zugelassenen Antigentest zum direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 zur Eigenanwendung durch Laien (Selbsttest) auf Speichelprobenbasis, der auf eigene Kosten beschafft wird und unter Aufsicht angewendet wird.

3. Letztens wird hilfsweise beantragt, den Antragsgegner zu verpflichten, den nach § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV für die notwendige Durchführung eines SARS-CoV-2 Selbsttests durch die „Schule zur Verfügung“ gestellten, auf Nasenabstrich basierenden Siemens „CLINITEST Rapid COVID-19 Self-Test“ Selbsttest, um eine Auswahl eines auf Speichelprobe basierenden zugelassenen Selbsttests für die Antragsteller zu erweitern und in der Schule zur Verfügung zu stellen.

4

Zur Begründung ließen die Antragsteller im Wesentlichen ausführen: Sie hätten aus verschiedenen Gründen Angst vor der Probenentnahme mittels eines in die Nasenhöhle eingeführten Fremdkörpers, der beim Nasenabstrichsystem immer notwendig sei. Nasenbluten beeinträchtige die Antragsteller häufig. Von den Eltern werde befürchtet, dass ein Zwang, einen Nasenabstrich durchzuführen, in einer bewussten - oder schlimmer - unbewussten Abneigung der Schule als solche münde. Dies sei auch schon im letzten Schuljahr dargelegt worden. Zuletzt seien Testnachweise mittels PoC-Antigentest basierend auf Speichelproben zweimal wöchentlich über externe Anbieter, größtenteils mit Beurlaubungsanträgen für die Unterrichtsstunden, eingeholt worden. An den auf einen Nasenabstrich basierenden Selbsttest der Schule sei zu keinem einzigen Zeitpunkt teilgenommen worden. In der Verordnung sei die Teststrategie von zwei auf drei Tests pro Woche angehoben sowie die Zertifikatsgültigkeit von 48 auf 24 Stunden reduziert worden. Die Testnachweise mittels PoC-Antigentest seien den Antragstellern und auch ihren Eltern (auch aufgrund der Familiensituation) organisatorisch und praktisch nicht mehr durchführbar. Die im Wohnort befindliche Apotheke erstelle keine Testnachweise auf Speichelprobenbasis. Auch stünden sonst nicht genügend Testkapazitäten bereit bzw. seien überlaufen und ausgebucht. Ungeachtet der allgemeinen Handlungsfreiheit bestehe laut § 3 Abs. 4 Nr. 1, 2, 3 14. BayIfSMV für die Verpflichtung zur Durchführung eines SARS-CoV-2-Tests mit negativem Ergebnis die Wahlfreiheit. Der Gesetzgeber habe nicht eingeschränkt, dass der Selbsttest auf einen Nasenabstrich oder auf eine Einführung eines Fremdkörpers in irgendeiner Körperöffnung basieren müsse. § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV nenne einen Selbsttest unter Aufsicht und habe nicht weiter eingeschränkt, dass der Selbsttest auf einen Nasenabstrich basieren müsse. Die Definition Selbsttest werde einschlägig in der Verordnung definiert (Legaldefinition in § 3 Abs. 4 Nr. 3 14. BayIfSMV). Es sei ein Test der Art, der vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zugelassen worden und vor allem zur Eigenanwendung durch Laien geeignet sei. Aus der Entwicklungsgeschichte ergebe sich nichts anderes. Es sei nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber jetzt in zwei Arten von Selbsttests unterscheiden würde. Die zugelassenen Tests seien in ihrem Zweck und ihrer Sicherheit qualitativ einheitlich. Eine Unterscheidung der Probeentnahme als Nasenabstrich oder Speichelentnahme existiere nicht. Jedoch unterschieden sich die angewandten Verfahren in Bezug auf das Risiko einer Verletzung der körperlichen Unversehrtheit enorm. Gerade im Klassenverbund könne gerade auch durch Fremdeinwirkung nicht ausgeschlossen werden, dass der nasal eingeführte Teststab, z.B. durch einen Unfall oder wie auch immer gearteten Überraschungsmoment gefolgt vom Aufspringen eines Schülers, erhebliche Verletzungen hervorrufe. Weiterhin sei auch bei der Durchführung die benötigte Genauigkeit in Bezug der erforderlichen Eindringtiefe der Tupferspitze für die Antragsteller ohne Spiegel schwer zu bestimmen. Die Folge könnte auch hier eine Verletzung oder ein Nasenbluten sein, wovon sich die Antragsteller fürchteten. Weiterhin stehe die Gefahr im Raum, dass durch einen Zwang, einen Fremdkörper in Mund oder Nasenbereich einzuführen, in einer bewussten oder unbewussten Abneigung der Schuleinrichtung als solche münde. Die Unverletzlichkeit der Person würde eingeschränkt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fordere den Einsatz des milderen Mittels, welches den angestrebten Zweck

gleichsam erreiche. Ein Antigentest basierend auf Speichelentnahme sei das mildere Mittel. Hinsichtlich der Praktikabilität im Alltag des von der Schule herangezogenen Tests werde in Frage gestellt, ob es der einzelnen Lehrkraft überhaupt möglich sei, bei der Verwendung sämtlicher Schüler sicherzustellen, dass diese den Abstrich fachgerecht durchführten.

5
Zur Begründung des ersten Hilfsantrags ließen die Antragsteller im Wesentlichen weiter vorbringen: Im Antrag sei eindeutig freigestellt worden, dass die Antragsteller bzw. Eltern der Antragsteller im Vorfeld gerne original verpackte Selbsttests bei der Schule abgäben. Die Schule würde diese zum Testzeitpunkt den Antragstellern wieder „zur Verfügung“ stellen. Somit wäre dem Umstand genüge getan, dass die Selbsttests durch die Schule zur Testanwendung bereitgestellt werden sollten. Es sei nicht zu erkennen, dass der Gesetzgeber hier definiert hätte, dass der angewendete Selbsttest tatsächlich durch die Schule auch erworben und durch die Schule ausgewählt - nach welchen Kriterien auch immer - sein müsse. Weder auf der Seite des Kultusministeriums noch durch die Erklärung der Schule noch sonst finde sich eine Erklärung, dass der Selbsttest durch die Schule erworben werden müsse.

6
Zur Begründung des zweiten Hilfsantrags ließen die Antragsteller im Wesentlichen ausführen: Nach § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV sei der Schule nicht untersagt - sei es in begründeten Einzelfällen oder im Allgemeinen -, hier nicht eine Auswahl an zugelassenen Selbsttests zur Verfügung zu stellen. Hierdurch solle dem Antragsgegner Gelegenheit geboten werden, die im Grundgesetz verankerte und gebotene allgemeine Handlungsfreiheit auch in Bezug auf die Wahlfreiheit des § 3 Abs. 4 Nr. 3 i.V.m. § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV hinsichtlich eines milderen Mittels bei vorliegender Angst vor einem Teststab wiederherzustellen. Es sei nicht ersichtlich, dass ein singulärer Selbsttest ohne Alternativen - gerade in Bezug auf die Probenentnahme - von der Schule bereitgestellt werden müsste. Zweifelsfrei sei auch die Art des Selbsttests im Gesetz nicht auf einen Nasenabstrich basierenden Selbsttest eingeschränkt. Informativ werde auf die Regelungen für Schüler im Bundesland Rheinland-Pfalz verwiesen. Speichelbasierende Selbsttests seien dort ausdrücklich zur Erfüllung des negativen Testnachweises zugelassen. Bei medizinischer Begründung könnten sogar die Kosten erstattet werden.

7
Das Anliegen sei eilbedürftig. Zu Lasten der Antragsteller werde das Recht auf Teilhabe an den vorhandenen und im Moment auch im Präsenzunterricht arbeitenden Schulen verwehrt. Die Gefahr sei nicht von der Hand zu weisen, dass jeder Tag, den die Antragsteller nicht die Schule besuchen könnten, zu nicht wiedergutzumachenden Nachteilen und Schäden führen könnte. Auch in Bezug auf die Chancengleichheit wäre ein weiterer Nachteil zu erwarten. Durch die Verkürzung der Gültigkeitsdauer der Tests auf 24 Stunden bleibe für Montagfrüh nach dem Wochenende keine Alternative, ohne einen Teil des Unterrichts (die erste Stunde) durch Freistellung zu verpassen. Weiterhin wären, wenn die Tests nachmittags stattfänden, aufgrund der kurzen Gültigkeit sogar vier externe Tests pro Woche zu organisieren. Um nicht 200% Mehraufwand gegenüber dem letzten Schuljahr zu haben, werde aktuell drei Tage pro Woche früh eine Unterrichtsfreistellung beantragt. Dies sei aber eine unzulässige Verschlechterung der Chancengleichheit und des Rechts auf Teilhabe. Auch das Distanzlernen könne in Bezug auf eine echte Teilhabe nachteilig sein. Ein zugelassener Selbsttest mit Speichelprobe sei das mildeste Mittel ohne weitere Benachteiligung der Antragsteller. Weiterhin sei die Auslastung der externen PoC-Testangebote im Vergleich zum letzten Schuljahr aktuell zu hoch. Terminabsprachen seien teilweise telefonisch gar nicht mehr möglich. Die Antragsteller verpassten fortlaufend einen Teil des Unterrichts durch die Freistellung für externe Tests. Weiterhin erreiche die Mehrbelastung ein unerträglich und unverhältnismäßig hohes Maß durch die Terminabstimmungen, Urlaubsanträge, Fahrzeiten und dadurch, dass ein neues Grundschulkind in die Schule eingewöhnt werde. Es gehe nicht mehr. In Folge dessen würden sich die Antragsteller ohne effektiven Rechtschutz wahrscheinlich zwangsweise gegen ihre Angst nun dem Nasenabstrich in der Schule unterziehen, obwohl zugelassene mildere Mittel in der Schule verfügbar wären. Ein Anordnungsgrund sei gegeben. Den Antragstellern könne ein Zuwarten nicht zugemutet werden. Bei Versagung eines einstweiligen Rechtsschutzes würde eine erhebliche Grundrechtsverletzung eintreten, die nicht mehr beseitigt werden könne.

8
Mit Schriftsatz vom 30. September 2021 ließen die Antragsteller zur Glaubhaftmachung ein ärztliches Attest betreffend ihre Mutter und einen Zeitungsbericht über Nasenbluten durch häufiges Testen vorlegen sowie

anmerken, dass der vom Antragsgegner verwendete Selbsttest offensichtlich keine Zulassung zur Eigenanwendung habe.

9
Mit Schriftsatz vom 3. Oktober 2021 ließen die Antragsteller ihr Vorbringen vertiefen und unter Vorlage eidesstattlicher Versicherungen und sonstiger Unterlagen im Wesentlichen weiter ausführen: Ein Wahlrecht betreffend externe Testungen bestehe aufgrund der konkreten Vorgaben nicht, weil diese mit signifikanten Nachteilen, wie etwa dauerndem Unterrichtsausfall und erheblichem zusätzlichem Aufwand für Organisation und Fahren, verbunden seien. Durch die Tests in der Schule per Nasenabstrich werde das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit verletzt. Außerdem werde das Grundrecht auf Gewissensfreiheit verletzt, weil keine zumutbare, nichtdiskriminierende Ausweichmöglichkeit bestehe. Es sei offensichtlich, dass ein Risiko der Verletzung der körperlichen Unversehrtheit im Nasenbereich der Antragsteller provoziert würde, wenn keine tatsächliche, materielle substanziierte Wahlfreiheit zu den speichelbasierten Tests hergestellt würde. Das Risiko steige linear mit der Häufigkeit der Gefahrensituation. Es gebe negative Erfahrungen im Nasenbereich in der Familie (komplizierte Nasenoperationen, Vernarbungen). Der “Clinitest“ der Schule besitze offensichtlich keine Zulassung des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte als Selbsttest für die Eigenanwendung. Weiter würden das Grundrecht der Gleichbehandlung sowie das Willkürverbot verletzt. Für Lehrer bestünden mehrere Ausweichmöglichkeiten, also mehr Wahlrechte. Lehrer könnten sich unter anderem außerhalb der Schule und ohne Aufsicht testen, auch mit speichelbasierten Selbsttests. Aus Infektionsschutzsicht sei die willkürliche Ungleichbehandlung von Lehrern und Schülern sachlich nicht begründbar. Kinder würden als Menschen zweiter Klasse mit geringerer Schutzwürdigkeit behandelt. Auch Arbeiter in Betrieben könnten nicht ohne Anlass zum Test verpflichtet werden. In besonders schwierigen Einzelfallsituationen - wie hier - hätten die Schüler keine Wahlfreiheit, wenn die Eltern aus gesundheitlichen, logistischen und strukturellen oder sonstigen Gründen keine externen Testangebote mehr wahrnehmen könnten. Kinder würden diskriminiert und willkürlich behandelt. Eine Ungleichbehandlung von Kindern und Lehrern auf dem Schulgelände könne nicht gerecht genannt werden. Die verengte Auslegung der Verordnung durch den Antragsgegner verstoße gegen das Übermaß. Die Selbsttests seien nicht auf die nasale Anwendungsform eingeschränkt. Den Antragstellern könne nicht angesonnen werden, den Nasenabstrich auszuprobieren. Eine Speichelprobe sei nicht unpraktikabler als ein Test mittels Nasenabstrich. Im Grundgesetz finde sich in Art. 6 GG der besondere Schutz der Kinder und der Familie. In den vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen erklären die Eltern für die Schüler, dass der Antragsteller zu 1) geäußert habe, dass er keinen Tupfer in seiner Nase haben wolle, regelmäßig unter für ihn schwer kontrollierbaren Niesattacken leide und unabhängig davon, kleine mechanische Reize bei ihm Nasenbluten auslösten. Die Antragstellerin zu 2) habe geäußert, dass sie keinen Tupfer in der Nase haben wolle und dass sie seit Beginn des Schuljahres mehrmals wöchentlich, unaufgefordert am Abend über berührungsempfindliche Schmerzen im Bereich der Dreieckknorpel und den Nasenspitzenknorpel ihrer Nase berichtet habe.

10
3. Die Regierung von Unterfranken beantragte für den Antragsgegner mit Schriftsatz vom 21. September 2021:

11
Die Anträge werden abgewiesen.

12
Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt: Die Anträge hätten die gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV für die Erfüllung der Testobliegenheit als Voraussetzung für die Teilnahme am Präsenzunterricht (Test in der Schule) bestehenden Maßgaben zum Gegenstand und seien der Sache nach auf die Verpflichtung der Schule zur Zulassung abweichender Testmodalitäten bzw. Zurverfügungstellung weiterer Selbsttests gerichtet. Dem Hauptantrag stehe der eindeutige Wortlaut der 14. BayIfSMV entgegen. Der Wortlaut bilde die Grenze der Auslegungsmöglichkeiten. Im Ergebnis wendeten sich die Antragsteller gegen die konkrete Regelung des § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV. Für ein solches Verfahren sei das Verwaltungsgericht Würzburg sachlich nicht zuständig, vielmehr der BayVGH. Der Antrag sei deshalb bereits unzulässig. Er erweise sich aber auch als unbegründet. Nach einer gegenteiligen Entscheidung des VG Ansbach vom 2. Juni 2021 sei die damalige Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung geändert worden. Eine entsprechende Formulierung sei in die aktuell geltende 14. BayIfSMV übernommen worden. Soweit die Antragsteller auf die Definition des Selbsttests im § 3 Abs. 4 Nr. 3 der 14. BayIfSMV

verwiesen, sei nochmals klarzustellen, dass § 13 Abs. 1 Satz 1 14. BaylfSMV (richtig wohl § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BaylfSMV) nur auf § 3 Abs. 4 Nr. 1, 2 14. BaylfSMV verweise und hinsichtlich der Selbsttests gerade nicht auf § 3 Abs. 4 Nr. 3 14. BaylfSMV, sondern für Selbsttests an Schulen in § 13 Abs. 1 Satz 1 14. BayIfSMV (richtig wohl § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BaylfSMV) eigene Vorgaben gemacht würden. Für diese Ausgestaltung sei auf die Begründung der Änderungsverordnung vom 22. Juni 2021 hinzuweisen. Auf diese Begründung werde ausweislich der Begründung zur 14. BaylfSMV Bezug genommen, so dass diese weiterhin Geltung beanspruche. Für das mit den Hilfsanträgen verfolgte Begehren zur Verpflichtung der Schule, die überlassenen Selbsttests im Rahmen des § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BaylfSMV zur Verfügung zu stellen bzw. das Angebot der zur Verfügung gestellten Selbsttests zu erweitern, fehle es an der Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs. Woraus sich ein Anspruch gegen den Freistaat Bayern, konkret die im Einzelfall gewünschten Tests beschaffen und zur Verfügung stellen zu müssen, ergeben solle, werde nicht vorgetragen. Dem Vorbringen der Antragsteller, es sei ausdrücklich nicht zu erkennen, dass der „Gesetzgeber“ definiert hätte, dass der angewendete Selbsttest tatsächlich durch die Schule auch erworben und von der Schule ausgewählt sein müsse, sei entgegenzutreten. Ausweislich der oben genannten Begründung habe der Verordnungsgeber unmissverständlich dargelegt, dass nur die von der Schule zur Verfügung gestellten Selbsttests für den notwendigen Testnachweis nach § 13 14. BaylfSMV ausreichend seien und dies ausführlich begründet.

13
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die eingereichten Schriftsätze samt Anlagen sowie auf die Gerichtsakte Bezug genommen.

II.

14
Bei verständiger Würdigung des Vorbringens der anwaltlich nicht vertretenen Antragsteller und der gestellten Anträge (§ 122 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 88 VwGO) sind diese dahingehend auszulegen, dass die Antragsteller im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes im Hauptantrag die Feststellung begehren, dass die dort genannten mitzubringenden Selbsttests auf Basis einer Speichelprobe den in § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BaylfSMV genannten Voraussetzungen an ihrem Gymnasium genügen. Mit dem unter Nr. 2 gestellten ersten Hilfsantrag begehren die Antragsteller die Feststellung, dass die betreffenden Voraussetzungen der Verordnung erfüllt sind, wenn die von Antragstellerseite der Schule vorab übergebenen Selbsttests anschließend von der Schule verwendet werden. Mit dem unter Nr. 3 gestellten weiteren Hilfsantrag begehren sie die Verpflichtung der Schule, ihrerseits über die bisher verwendeten Selbsttests mit Nasenabstrich einen Selbsttest auf Basis einer Speichelprobe zur Verfügung zu stellen und dort zu verwenden.

15
Die Antragsteller begehren so die gerichtliche Feststellung, dass ein bestimmter Sachverhalt - hier die Verwendung eines Selbsttests auf Speichelprobenbasis - den Anwendungsbereich und die Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BaylfSMV erfüllt (vgl. VG Bayreuth, B.v. 6.7.2021 - B 3 E 21.729 - juris Rn. 19 mit Verweis auf BayVGH, B.v. 18.6.2020 - 20 CE 20.1388 - juris). Die Antragstellerseite begehrt damit die (vorläufige) Feststellung, dass die Testobliegenheit - erforderlichenfalls unter Berücksichtigung gewisser Modalitäten - durch einen zugelassenen und in der Schule unter Aufsicht vorgenommenen Test auf Speichelprobenbasis zur Eigenanwendung durch Laien (Selbsttest) erfüllt und damit die Teilnahme am Präsenzunterricht ermöglicht wird (vgl. VG München, B.v. 20.7.2021 - M 26a E 21.3315 - juris Rn. 28).

16
Der so verstandene Antrag ist zulässig, aber unbegründet.

17
Statthaft ist im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vorliegend ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. In der Hauptsache wäre bezogen auf den Hauptantrag und den ersten Hilfsantrag eine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO statthaft, weil die Antragsteller nicht die Regelungen der 14. BaylfSMV selbst unmittelbar in Zweifel ziehen, sondern eine Feststellung eines streitigen Rechtsverhältnisses unter Geltung der einschlägigen Normen begehren (vgl. VG München, B.v. 20.7.2021 - M 26a E 21.3315 - juris Rn. 30). Denn der Antrag zielt nach dem Begehren der Antragsteller auf die Feststellung, dass sie die Testobliegenheit nach § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BaylfSMV auch unter

Verwendung von zugelassenen Selbsttests auf der Basis von Speichelproben erfüllen. In Bezug auf den zweiten Hilfsantrag käme in der Hauptsache eine allgemeine Leistungsklage in Betracht, weil es um eine Verpflichtung des Antragsgegners geht, die von der Schule zur Verfügung gestellten Selbsttests ihrerseits um die Auswahl eines auf Speichelprobe basierenden zugelassenen Selbsttests zu erweitern, in der Schule zur Verfügung zu stellen und dort zu verwenden.

18
Weiter ist nicht ersichtlich, dass die Antragsteller in ihrem Einzelfall eine Ausnahmegenehmigung nach § 18 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV begehren. Insofern wäre in der Hauptsache eine Verpflichtungsklage die statthafte Klageart. Voraussetzung dafür wäre zudem, nicht nur gegenüber dem Gericht ein dahingehendes Begehren deutlich zu machen, woran es fehlt, sondern auch zunächst bei der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde einen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zu stellen. Ein solcher Antrag wurde bislang nicht gestellt.

19
Des Weiteren besteht keine gemäß § 123 Abs. 5 VwGO vorrangige Möglichkeit eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO, da es sich vorliegend nicht in der Hauptsache um die Aufhebung eines Verwaltungsaktes im Sinne von Art. 35 Satz 1 BayVwVfG geht. Zudem stellen die E-Mails der Schule offensichtlich keine Verwaltungsakte dar.

20
Der hier gestellte Antrag nach § 123 VwGO ist auch nicht durch die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes nach § 47 Abs. 6 VwGO in einem eventuellen Normenkontrollverfahren gegen die 14. BayIfSMV selbst ausgeschlossen. § 47 Abs. 6 VwGO ist hier nicht einschlägig, da sich die Antragsteller unter Fortgeltung der einschlägigen Bestimmungen in § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV nicht gegen die Testobliegenheit als solche wenden, sondern eine Entscheidung über die Modalitäten des in der Schule durchzuführenden Selbsttests begehren. Die Antragsteller haben auch nicht deutlich gemacht, dass ihr Antragsziel auf den Erlass einer Norm zur Ergänzung der 14. BayIfSMV gerichtet ist.

21
Abgesehen davon bleibt es den Antragstellern unbenommen, gegen die Regelung in § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV gegebenenfalls direkt beim zuständigen Bayerischen Verwaltungsgerichtshof einen Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO zu stellen (vgl. VG München, B.v. 20.7.2021 - M 26a E 21.3315 - juris Rn. 34).

22
Der Antrag nach § 123 VwGO ist auch sonst zulässig. Den Antragstellern fehlt insbesondere nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, weil die Schule zur Zeit keinen der von den Antragstellern gewünschten Tests von sich aus zur Verfügung stellt und dort verwendet (so aber VG München B.v. 20.7.2021 - M 26a E 21.3315 - juris Rn. 31 f.), weil die Antragsteller - unter Weitergeltung der einschlägigen Norm - lediglich die Feststellung begehren, dass ein bestimmter Sachverhalt (gegebenenfalls nach Auslegung der Norm) in den Anwendungsbereich der Norm fällt oder und deren Voraussetzungen erfüllt oder nicht (vgl. VG Bayreuth, B.v. 6.7.2021 - B 3 E 21.729 - juris Rn. 19), hier konkret die Verwendung von Selbsttests auf der Basis von Speichelproben, die die Antragsteller auf ihre Kosten beschaffen und anschließend der Schule zur Durchführung der Selbsttests in der Schule überlassen (vgl. VG Ansbach, B.v. 16.6.2021 - AN 18 E 21.1084 - BeckRS 2021, 19480 Rn. 5; B.v. 2.6.2021 - AN 18 E 21.939 - BeckRS 2021, 13613 Rn. 26 ff.).

23
Der zulässige Antrag ist jedoch unbegründet.

24
Die Antragsteller haben zwar einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht, aber sie haben weder im Hauptantrag noch in den Hilfsanträgen einen Anordnungsanspruch dahingehend glaubhaft gemacht, dass die von ihnen begehrten Selbsttests mit den von ihnen genannten Modalitäten den konkreten Kriterien der Testobliegenheit gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV an ihrer Schule entsprechen.

25
Nach § 123 Abs. 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts der Antragsteller vereitelt oder wesentlich erschwert werden

könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gefahr zu verhindern oder wenn es aus anderen Gründen nötig erscheint. Der Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung setzt nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2, § 294 ZPO voraus, dass die Antragsteller sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund glaubhaft machen können. Eine Glaubhaftmachung liegt vor, wenn das Vorliegen von Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch sich als überwiegend wahrscheinlich darstellt.

26
Im Hinblick auf die durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Garantie effektiven Rechtsschutzes ist der Antrag dann begründet, wenn der geltend gemachte Anspruch hinreichend wahrscheinlich ist (Anordnungsanspruch) und es den Antragstellern schlechthin unzumutbar ist, das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens abzuwarten (Anordnungsgrund). Diese Voraussetzungen sind gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft zu machen.

27
Vorliegend besteht zudem die Besonderheit, dass die begehrte Feststellung im Wege der einstweiligen Anordnung zu einer Vorwegnahme der Hauptsache führen würde. Denn selbst bei einem Obsiegen in der Hauptsache könnte den Antragstellern nicht mehr zugesprochen werden als das, was sie ausgehend von dem gestellten Antrag sowie unter Berücksichtigung des Vorbringens begehren. Eine Vorwegnahme der Hauptsache widerspricht grundsätzlich dem Wesen und dem Zweck der einstweiligen Anordnung. Im Wege des Erlasses einer einstweiligen Anordnung kann das Gericht grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen und einer Antragstellerin nicht schon im vollen Umfang, wenn auch nur unter Vorbehalt einer neuen Entscheidung in der Hauptsache, das gewähren, was sie nur in einem Hauptsacheprozess erreichen könnte. Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG, welcher einen effektiven Rechtsschutz gewährleistet, ist eine Vorwegnahme der Hauptsache im Eilverfahren ausnahmsweise dann zulässig, wenn dies im Interesse des Rechtsschutzes erforderlich ist und ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit auch für den Erfolg im Hauptsacheverfahren spricht (vgl. Schenke in Kopp/Schenke, VwGO, 27. Aufl. 2021, § 123 Rn. 13 f.). Maßgeblich für die Entscheidung über das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung (Schenke in Kopp/Schenke, VwGO, 27. Aufl. 2021, § 123 Rn. 27 m.w.N.).

28
Im vorliegenden Fall wurde der Anordnungsgrund im Sinne einer Eilbedürftigkeit glaubhaft gemacht, weil der Schulbetrieb wieder begonnen hat und die Schule zur Erfüllung der Testobliegenheit als Voraussetzung für die Teilnahme am Präsenzunterricht Tests mit einem erforderlichen Nasenabstrich verwendet, den die Antragsteller aber ablehnen und damit vom Präsenzunterricht ausgeschlossen wären.

29
Jedoch ist der weiter erforderliche Anordnungsanspruch nicht gegeben.

30
Die Antragsteller haben weder in Bezug auf ihren Hauptantrag noch auf ihre Hilfsanträge einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Ein Anordnungsanspruch besteht nicht, weil die Erfolgsaussichten einer - derzeit noch nicht erhobenen - Klage bei summarischer Prüfung nicht gegeben sind. Erst recht besteht keine hohe Wahrscheinlichkeit des Obsiegens im Hauptsacheverfahren. Die Antragsteller haben keinen Anspruch auf Feststellung, dass die von ihnen konkret begehrten Selbsttests auf Speichelprobenbasis die Voraussetzung der Testobliegenheit an ihrer Schule gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV erfüllen.

31
Im Kern dreht sich der vorliegende Rechtsstreit um die Auslegung des § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV. Danach ist die Teilnahme am Präsenzunterricht, an sonstigen Schulveranstaltungen oder schulischen Ferienkursen in Präsenz sowie an der Mittags- und Notbetreuung für Schülerinnen und Schülern nur erlaubt, wenn sie dreimal wöchentlich einen Testnachweis nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 und 2 erbringen oder in der Schule unter Aufsicht einen über die Schule zur Verfügung gestellten und dort zu verwendenden Selbsttest mit negativem Ergebnis vorgenommen haben.

32

Art. 13 Abs. 2 Satz 1 14. BaylfSMV regelt als Voraussetzung für die Teilnahme am Präsenzunterricht neben einem Testnachweis nach § 3 Abs. 4 Nr. 1, 2 14. BaylfSMV als zweite Alternative ausdrücklich die Vornahme eines Selbsttests mit negativem Ergebnis, der in der Schule unter Aufsicht über die Schule zur Verfügung gestellt ist und dort verwendet wird. Damit sind explizit die Anforderungen an die in der Schule vorzunehmenden Selbsttests in der Verordnung geregelt. Der Wortlaut der Norm besagt, dass der konkrete Test zum einen über die Schule zur Verfügung gestellt und zum anderen dort verwendet wird. Nach diesem Wortlaut genügt nicht, dass irgendein anderer Test unter Aufsicht in der Schule durchgeführt wird. Ein auf eigene Kosten von Schülerseite beschaffter Test, der dann zur Selbsttestung unter Aufsicht in der Schule durchgeführt wird, widerspricht diesem Wortlaut. Unstreitig stellt die Schule derzeit keinen - von den Antragstellern gewünschten - Test auf Basis einer Speichelprobe zur dortigen Verwendung zur Verfügung.

33
Neben dem Wortlaut sprechen gegen eine erweiternde Auslegung im Sinne der Antragsteller auch systematische Erwägungen, der Sinn und Zweck der Regelung sowie die Historie.

34
Der Antragsgegner hat in seiner Erwiderung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BaylfSMV nur auf § 3 Abs. 4 Nr. 1, 2 14. BaylfSMV verweist und hinsichtlich der in der Schule unter Aufsicht durchzuführenden Selbsttests gerade nicht auf § 3 Abs. 4 Nr. 3 14. BaylfSMV. Dies spricht dafür, dass nicht alle vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zugelassenen Selbsttests parallel an jeder Schule ermöglicht und durchgeführt werden müssen. Die aktuelle Verordnungsregelung enthält vielmehr einschränkend die Maßgaben, dass die Schule erstens den Test selbst zur Verfügung stellen muss und dass zweitens nur ein Test anzuerkennen ist, der dort an der betreffenden Schule verwendet wird.

35
Weiter hat der Antragsgegner zutreffend darauf hingewiesen, dass die auch von Antragstellerseite genannten Entscheidungen des VG Ansbach (VG Ansbach, B.v. 16.6.2021 - AN 18 E 21.1084 - BeckRS 2021, 19480; B.v. 2.6.2021 - AN 18 E 21.939 - BeckRS 2021 13613) eine andere Rechtslage zur Grundlage hatten. Denn in der früheren Verordnungsregelung war lediglich bestimmt, dass ein Testnachweis zu erbringen sei, der in der Schule vorzunehmen sei. Demgegenüber enthält die streitgegenständliche Regelung ausdrücklich die Einschränkung, dass Präsenzunterricht nur erlaubt sei, wenn die Schülerinnen und Schüler in der Schule unter Aufsicht einen über die Schule zur Verfügung gestellten und dort zu verwendenden Selbsttest mit negativen Ergebnis vorgenommen haben.

36
Die Begründung zur damaligen Rechtsänderung (vgl. Begründung der Verordnung zur Änderung der 13. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 22.6.2021, BayMB. 2021 Nr. 420) führt aus, dass die Änderung der Klarstellung dient und gewährleistet, dass in der Schule nur PCR- oder POC-Antigentests oder über die von der Schule gestellten Selbsttests verwendet werden dürfen, nicht aber mitgebrachte Spuck- oder Gurgeltests. Dies ist erforderlich, weil anderenfalls die Schulen im Einzelfall jeweils überprüfen müssten, ob mitgebrachte Tests vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zugelassen sind, und anschließend - gegebenenfalls unter Beteiligung des Hygienebeauftragten der Schule - bewerten müssten, ob anhand der jeweils vorliegenden Gebrauchsanweisung/Packungsbeilage der Selbsttest ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Dabei ist insbesondere auch die Beaufsichtigung der Selbsttestungen durch die Lehrkräfte und die umfassende Vorbereitung des Testkonzepts bezüglich der seitens des Freistaats zur Verfügung gestellten Selbsttests (Handlungshinweise, Erklärvideos, Schulungen etc.), die bei mitgebrachten Selbsttests nicht in gleichem Umfang gewährleistet werden kann, zu berücksichtigen.

37
Diese Begründung gilt auch für die fortgeführte streitgegenständliche Regelung. In der Begründung der 14. BaylfSMV vom 1. September 2021 (veröffentlicht in BayMBl. 2021 Nr. 616) ist dazu ausdrücklich bestimmt, dass § 13 Abs. 2 14. BaylfSMV die Einzelheiten der erforderlichen Testnachweise regelt. Vor dem Hintergrund des aktuellen Infektionsgeschehens sind möglichst engmaschige Testungen nach wie vor erforderlich, um die Infektion im Klassenverband frühzeitig zu erkennen und Infektionsketten so schnell wie möglich zu unterbinden. Bei den weiterführenden Schulen bleibt es bei den bisherigen Testverfahren, lediglich die Testfrequenz wird bis auf weiteres erhöht.

38

In den FAQs des Kultusministeriums findet sich ergänzend - den Willen des Verordnungsgebers erläuternd - der Hinweis, dass in Schulen Gurgel- oder Spucktests nicht zugelassen sind. Die Selbsttestungen in der Schule finden ausschließlich mit Tests statt, die von der Schule ausgegeben werden. Es wird weiter um Verständnis gebeten, dass aufgrund der Vielzahl der Tests, die sich auf dem Markt befänden, den Lehrkräften nicht zugemutet werden könne, zu beurteilen, ob ein Test jeweils zugelassen ist bzw. das Verfahren zu kennen. Auch im Sinne der Zeitökonomie sei ein einheitliches Vorgehen in der Lerngruppe wichtig.

39
Der Verordnungsgeber hat damit bewusst eine Regelung getroffen, die eine Wahlfreiheit der Schülerinnen und Schüler aller auf dem Markt zugelassenen Tests ausschließt und vielmehr nur ganz bestimmte Tests zu Anwendung kommen lässt, die von der Schule selbst ausgewählt, dort verwendet und den Schülerinnen und Schülern für den Selbsttest konkret zur Verfügung gestellt sind. Damit ist an der jeweiligen Schule eine einheitliche Testung der Schülerinnen und Schüler von der Verordnung vorgegeben. Dies entspricht auch organisatorischen Gründen und Praktikabilitätserwägungen und verhindert, dass nicht jeder von einzelnen Schülerinnen und Schülern gewünschte anderweitige Test erst eigens überprüft werden muss, sowohl was die Zulassung des Tests als auch was die Modalitäten seiner Durchführung im jeweiligen Einzelfall anbelangt.

40
Der Verordnungsgeber bezweckt so Infektionen im Klassenverband frühzeitig zu erkennen und Infektionsketten so schnell wie möglich zu unterbrechen und gleichzeitig den Präsenzunterricht zu gewährleisten. Dazu sollen die Testungen effektiv und ökonomisch durchgeführt werden, indem sich die Schule bei den von ihr beaufsichtigten Tests auf die von ihr zur Verfügung gestellten und dort verwendeten Selbsttests beschränkt, um das tägliche Prozedere zu vereinfachen und zu vereinheitlichen, wie die oben zitierten Ausführungen aus der Verordnungsbegründung vom 22. Juni 2021 ausdrücklich belegen. Denn es dient der Praktikabilität und Kontrollierbarkeit, wenn nicht im Einzelfall der jeweilige Lehrer sowohl die Zulassung eines mitgebrachten Tests als auch deren Handhabung im Einzelfall feststellen muss.

41
Der in der Schule verwendete Test ist unter der Test-ID AT001/20 auf der Seite des Bundesamtes für Arzneimittel und Medizinprodukte als Antigen-Test zur professionellen Anwendung bei den zugelassenen Tests gelistet und vom Hersteller auch zur Eigenanwendung bestimmt. Die von den Antragstellern angesprochenen möglichen Probleme bei der Durchführung des nasalen Tests im Klassenverband (Aufsicht, Kontrolle der richtigen Anwendung durch das Lehrpersonal, Verletzungsgefahr) gälten auch bei Anwendung eines Tests auf Speichelprobenbasis und machen für sich aber die Verordnungsregelung nicht rechtswidrig.

42
Des Weiteren gebieten verfassungsrechtliche Gründe keine anderweitige Auslegung.

43
Dass andere Bundesländer abweichende Regelungen getroffen haben, ist für den Antragsgegner nicht bindend und macht die bayerischen Regelungen deshalb nicht rechtswidrig oder angreifbar, solange dieser bei getroffenen Schutzmaßnahmen seinen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum nicht in gesetzeswidriger Weise überschreitet (vgl. schon VG Würzburg, B.v. 4.3.2021 - W 8 E 21.274 - juris Rn. 47 f.; VG Augsburg, B.v. 29.1.2021 - Au 9 E 21.148 - juris Rn. 25).

44
Das Gericht hat ausgehend von der vorstehenden Auslegung des § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV mit der Folge, dass Spuck- oder Gurgeltests bzw. sonstige Tests auf Basis einer Speichelprobe nicht zur Anwendung kommen, wenn die Schule nur andere Tests zur Verfügung stellt und bei sich verwendet, des Weiteren keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die konkrete Verordnungsregelung. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat - gerade auch unter Geltung der aktuellen Fassung zu den Modalitäten der in der Schule vorzunehmenden Selbsttests - ausdrücklich festgestellt, dass diese Regelung zu den Selbsttests in der Schule als Voraussetzung für die Teilnahme am Präsenzunterricht recht- und verfassungsmäßig ist (vgl. zuletzt etwa nur BayVGH, B.v. 24.8.2021 - 25 NE 21.2164 - juris; B.v. 24.8.2021 - 25 NE 21.2201 - juris; B.v. 28.7.2021 - 25 NE 21.1962 - juris; B.v. 23.7.2021 - 25 NE 21.1873 - juris; B.v. 23.7.2021 - 25 NE 21.1870 - juris; B.v. 19.7.2021 - 25 NE 21.1872 - juris; B.v. 13.7.2021 - 25 NE 21.1873 -

juris; B.v. 12.7.2021 - 25 NE 21.1755 - juris; B.v. 9.7.2021 - 25 NE 21.1757 - juris; B.v. 25.6.2021 - 25 NE 21.1680 - juris; vgl. ferner zu anderen Bundesländern etwa VGH BW, B.v. 22.9.2021 - 1 S 2944/21 - juris; B.v. 7.9.2021 - 1 S 2698/21 - juris; SaarlOVG, B.v. 1.9.2021 - 2 B 197/21 - juris; OVG NRW, B.v. 1.7.2021 - 13 B 845/21.NE - juris). Gegenstand der Entscheidungen war auch der Aspekt, dass in der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung explizit Anforderungen an die Testnachweismöglichkeiten geregelt werden (vgl. BayVGH, B.v. 25.6.2021 - 25 NE 21.1680 - juris Rn. 10; vgl. auch BayVGH, B.v. 16.8.2021 - 25 CE 21.2083 - juris zu VG München, B.v. 20.7.2021 - M 26a E 21.3315 - juris, in dem es ausdrücklich auch um die Verwendung eines unter Aufsicht vorgenommenen Tests auf Speichelprobenbasis ging; in den letzten beiden Verfahren wurden die Anträge allerdings jeweils als unzulässig abgelehnt, ohne vertieft auf die materiellen Aspekte einzugehen).

45
Gegen einen verfassungsrechtlich unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte der Antragsteller (körperliche Unversehrtheit, Gleichbehandlung, Gewissensfreiheit, Schutz von Kindern und Familie) gerade bei der Obliegenheit, einen Test mit einem Nasenabstrich durchzuführen, spricht insbesondere auch, dass die 14. BayIfSMV den Antragstellern weiterhin die Wahlmöglichkeit lässt, einen PCR- oder POC-Antigentest extern in einem Testzentrum oder beim Arzt oder in einer Apotheke durchzuführen oder aber einen über die Schule zur Verfügung gestellten und dort verwendeten Selbsttest direkt vor Ort in der Schule durchzuführen (vgl. BayVGH, B.v. 25.6.2021 - 25 NE 21.1680 - juris Rn. 14). Weiter besteht für die Antragsteller die zusätzliche Möglichkeit, einen Test in der Schule durch eine für Jugendliche ab 12 Jahren zugelassene Impfung zu vermeiden, weil geimpfte oder genesene Personen getesteten Personen gleichgestellt sind (vgl. § 3 Abs. 2 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung - SchAusnahmV). Schließlich verbleibt den Antragstellern ohnehin die weitere Möglichkeit, den Distanzunterricht bzw. das Distanzlernen zu wählen, die zwar nicht mit dem Präsenzunterricht identisch sein können, aber doch - soweit im schulorganisatorischen Rahmen möglich - den vorgegebenen Stoff des Lehrplans zur Grundlage haben, ohne aber dem Lehrpersonal - wie auch sonst im Präsenzunterricht - die Ausgestaltung der konkreten Umsetzung vorzuschreiben (vgl. näher VG Bayreuth, B.v. 6.7.2021 - B 3 E 21.729 - juris Rn. 23 ff.; VG Würzburg, B.v. 11.5.2021 - W 8 E 21.613 - juris Rn. 25 ff.; BayVGH, B.v. 12.4.2021 - 20 NE 21.926 - juris Rn. 26 f.).

46
Das Gericht sieht insbesondere auch keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz und das Willkürverbot, weil sich die Gruppe der Kinder (Schülerinnen und Schüler) nicht einfach mit dem Lehrpersonal oder Arbeitnehmern in Betrieben vergleichen lässt, die jeweils - anders als die Kinder - in einem Beamten- oder Arbeitsverhältnis mit anderen Rechten und Pflichten stehen, sodass es vertretbare Gründe für eine unterschiedliche Behandlung gibt. Nach der Willkür-Formel des Bundesverfassungsgerichts (seit U.v. 23.10.1951 - 2 BvG 1/51 - BVerfGE 1, 14, 52 - juris Rn. 147; B.v. 19.101982 - 1 BvL 39,80 - BVerfGE 61, 138, 147 - juris Rn. 34) wäre Willkür nur dann anzunehmen, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Ungleichbehandlung nicht finden lässt.

47
Das Gericht verkennt nicht, dass die von den Antragstellern und ihren Eltern praktizierte Lösung einer externen Testung unter den aktuellen rechtlichen Vorgaben und unter Berücksichtigung der konkreten Situation der Antragsteller und ihrer Eltern mit erheblichen persönlichen Belastungen verbunden ist. Gleichwohl rechtfertigt sich angesichts der vorstehend skizzierten Alternativmöglichkeiten (Impfung, Distanzunterricht/Distanzlernen, Selbsttest in der Schule, externe Testung) keine andere Beurteilung, zumal der vorgelegte Arztbericht die Mutter der Antragsteller betrifft, welche ihrerseits die Testproblematik und die Antragsteller im Rahmen der Anamnese gegenüber dem Arzt erwähnt. Eigene ärztliche Diagnosen oder auch nur ärztliche Aussagen zur Unzumutbarkeit der Tests aus medizinischen Gründen für beide Antragsteller oder auch für eine oder einen von ihnen finden sich nicht einmal ansatzweise. Die Antragsteller haben zudem nichts über eigene negative Erfahrungen mit Selbsttests per Nasenabstrich berichtet.

48
Nach alledem ist festzuhalten, dass § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV einen selbst mitgebrachten Test auf Speichelprobenbasis ausschließt, wenn die Schule einen solchen nicht von sich aus zur Verfügung stellt, sondern vor Ort nur einen Test mit Nasenabstrich verwendet. Die Antragsteller haben nach der aktuell

geltenden Fassung der 14. BayIfSMV gerade kein eigenes freies Wahlrecht über die in der Schule zu verwendenden Selbsttests. Vielmehr obliegt der Schule die Auswahl.

49
Auf der Basis dieser Auslegung ist auch der erste Hilfsantrag abzulehnen, der ähnlich wie der Hauptantrag darauf zielt, dass die Antragsteller bzw. ihre Eltern den alternativen Test besorgen und vorab der Schule übergeben, damit die Schule den Alternativtest zur Verfügung stellt und verwendet, weil die Schule nach den Vorgaben der Verordnung von Rechts wegen nicht dazu verpflichtet ist. Vielmehr versucht der Hilfsantrag den Wortlaut des § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV zu umschiffen, ohne aber dessen Regelungsgehalt gerecht zu werden.

50
Des Weiteren war auch der zweite Hilfsantrag, der darauf zielt, dass die Schule einen alternativen Test auf Basis einer Speichelprobe selbst anschafft und den Schülern zur Verfügung stellt und sodann dort verwendet, mangels Anordnungsanspruchs abzulehnen. Grundsätzlich wäre es der Schule zwar rechtlich möglich, in der Weise vorzugehen; aber auf der Basis der geltenden Verordnung ist sie dazu nicht verpflichtet. Die Antragsteller haben keinen subjektiven Anspruch auf eine derartige Handhabung, wenn die Schule von sich aus eine andere Testkategorie (hier: Nasenabstrich) vorsieht und einheitlich für alle ihre Schülerinnen und Schüler verwendet. Denn aus der 14. BayIfSMV ist ein dahingehender einklagbarer Rechtsanspruch der Antragsteller nicht zu entnehmen. Ein solcher Anspruch sollte durch die aktuelle Fassung der Verordnung - wie ausgeführt - vielmehr ausdrücklich ausgeschlossen werden. Die Antragsteller haben keine Wahlfreiheit über die Selbsttests in der Schule.

51
Auf der Basis der geltenden 14. BayIfSMV können die Antragsteller nicht erreichen, dass ihnen ein Test auf Basis einer Speichelprobe tatsächlich von der Schule zur Verfügung gestellt wird (so auch VG München, B.v. 20.7.2021 - M 26a E 21.3315 - juris Rn. 31).

52
Soweit die Antragsteller gerade auch unter Berücksichtigung der vorstehenden Auslegung generelle Bedenken gegen die Recht- und Verfassungsmäßigkeit der betreffenden Regelungen insbesondere in § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV haben, wäre der Bayerische Verwaltungsgerichtshof im Wege eines Normenkontrollverfahrens nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO bzw. im Eilverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO zuständig, darüber zu entscheiden. Den Antragstellern bleibt es unbenommen, entsprechende Anträge direkt beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu stellen.

53
Nach alledem waren sowohl der Hauptantrag als auch die beiden Hilfsanträge mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen.

54
Die Festsetzung des Streitwertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG. Mangels anderweitiger Angaben war vom Auffangstreitwert in Höhe von 5.000,00 EUR pro Antragstellerin bzw. Antragsteller auszugehen, also insgesamt 10.000,00 EUR (§ 39 GKG). Eine Halbierung des Streitwerts nach Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes war nicht geboten, da die Antragsteller, wie dargestellt, die Vorwegnahme der Hauptsache begehren.