

**Titel:**

**Kein Anordnungsanspruch auf Erteilung von Distanzunterricht in Bayern infolge Nichtnachkommens einer Testobliegenheit aufgrund der 14. BayIfSMV**

**Normenketten:**

BaySchO § 19 Abs. 4

14. BayIfSMV § 13 Abs. 2 S. 1

VwGO § 80 Abs. 5, § 123

**Leitsätze:**

**1. Ein Anspruch der Antragstellerin gem. § 123 Abs. 3 VwGO iVm § 920 Abs. 2 ZPO auf Erteilung von Distanzunterricht ergibt sich nicht daraus, dass sie am Präsenzunterricht nicht teilnehmen darf, weil sie der Testobliegenheit nach § 13 Abs. 2 S. 1 14. BayIfSMV nicht nachkommen will. (Rn. 17) (redaktioneller Leitsatz)**

**2. Die Angemessenheit der Testobliegenheit hängt nicht vom Angebot von Distanzunterricht ab. (Rn. 24) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Anspruch auf Erteilung von Distanzunterricht (abgelehnt), Distanzunterricht, einstweilige Anordnung, Testpflicht, Corona, Coronapandemie, Infektionsschutzmaßnahme, Testobliegenheit, Anordnungsanspruch, Schulbesuch, Präsenzunterricht

**Rechtsmittelinstanz:**

VGH München, Beschluss vom 13.01.2022 – 7 CE 21.2740

**Tenor**

I. Der Antrag wird abgelehnt.

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

III. Der Streitwert wird auf 5.000,-- Euro festgesetzt.

**Gründe**

I.

**1**

Die Antragstellerin zu 1) besucht den M-Zug der ...-Mittelschule ... (im Folgenden: die Schule) in der Jahrgangsstufe 10.

**2**

Bereits im Schuljahr 2020/21 nahm die Antragstellerin zu 1) nicht an Coronatestungen teil, so dass sie im Distanzunterricht zu Hause unterrichtet wurde. Mit Schreiben vom 23. September 2021 teilte die Schule den Antragstellern zu 2) und 3) (den Eltern der Antragsteller zu 1) mit, eine Beurlaubung vom Präsenzunterricht könne im Schuljahr 2021/22 nur in besonders begründeten Einzelfällen ausgesprochen werden. Die Schule würde sich bemühen, der Antragstellerin zu 1) in geeigneter Weise den Unterrichtsstoff zu vermitteln. Weiter bestünde bei Testverweigerern kein Anspruch auf eine spezifische Ausgestaltung des Distanzunterrichts. Schriftliche Leistungsnachweise könnten nur in Präsenz bei Erfüllung der Testpflicht abgelegt werden. Werde der Testpflicht nicht nachgekommen, müsse den Betroffenen bewusst sein, dass Noten als Voraussetzung für das Vorrücken nicht erworben werden könnten.

**3**

Der Bevollmächtigte der Antragsteller forderte die Schule mit Schreiben vom \*. Oktober 2021 auf, zu erklären, dass die Antragstellerin zu 1) im Distanzunterricht unterrichtet werde, die von ihr erledigten Aufgaben korrigiert werden, eine Benotung erfolgt und sie in diesem Jahr ihren Schulabschluss erwerben könne.

4

Mit Schreiben vom 11. Oktober 2021 teilte die Schule den Antragstellern zu 2) und 3) mit, dass die Schulpflicht der Antragstellerin zu 1) durch die in der Schule geltende Testobliegenheit unberührt bleibe. Ein Anspruch auf Distanzunterricht bestünde künftig nicht mehr; die Antragstellerin zu 1) könne ihre Schulpflicht also nicht mehr durch eine Teilnahme am Distanzunterricht erfüllen. Wenn kein negatives Testergebnis vorgelegt werden könne und deswegen eine regelmäßige Teilnahme am Präsenzunterricht verhindert werde, liege eine Verletzung der Schulpflicht vor. Die Erziehungsberechtigten verletzten dabei ihre Pflicht, auf den regelmäßigen Unterrichtsbesuch ihrer Kinder hinzuwirken. Es werde darauf hingewiesen, dass Schulpflichtverletzungen nicht nur mit Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen belegt werden könnten, sondern auch als Ordnungswidrigkeiten geahndet werden könnten. Wer den Testnachweis verweigere, gelte als unentschuldig und erhalte bei angekündigten Leistungsnachweisen die Note ungenügend.

5

Hiergegen legte der Bevollmächtigte der Antragsteller mit Schreiben vom ... Oktober 2021 Widerspruch ein.

6

Mit Schriftsatz vom ... Oktober 2021, beim Verwaltungsgericht München eingegangen am selben Tag, beantragt der Bevollmächtigte der Antragsteller beim Verwaltungsgericht München sinngemäß,

7

den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu verpflichten, die Antragstellerin zu 1) im sogenannten Distanzunterricht zu unterrichten und ihr in diesem Rahmen die notwendigen Unterrichtsmaterialien zur Verfügung zu stellen, zu erledigende Aufgaben zu korrigieren und zu überprüfen und eine Benotung vorzunehmen.

8

Hilfsweise, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die vom Antragsgegner mit Schreiben vom 11.10.2021 mitgeteilte Beendigung des Distanzunterrichts anzuordnen, § 80 V VwGO.

9

Zur Begründung wird im Wesentlichen vorgetragen, dass die Maßnahme des Antragsgegners, keinen Distanzunterricht zu erbringen, rechtswidrig sei und gegen Art. 35, 56 Abs. 2 BayEUG, Art. 128 Abs. 1 BV und Art. 14 GrCh verstoße. Die 14. BayIfSMV stelle keine geeignete Rechtsgrundlage für die Ablehnung von Distanzunterricht und Distanzlernen dar. Zwar sei die Teilnahme am Präsenzunterricht nur mit negativem Coronatestnachweis erlaubt, allerdings handele es sich hierbei nicht um eine Testpflicht. Dies ergebe sich bereits aus Art. 9 DSGVO. Deshalb könnten Schüler, die einen Test nicht durchführen, am Distanzunterricht teilnehmen. Hierfür werde auf die Rechtsprechung des BayVGH verwiesen (BayVGH B.v. 12.4.2021 - 20 NE 21.926; B.v. 14.4.2021 - 20 NE 21.1036; B.v. 13.7.2021 - 25 NE 21.1873). Diese Rechtsprechung sei auch auf die neuen Regelungen der 14. BayIfSMV übertragbar und weiterhin gültig, da die Regelung inhaltlich fortgeführt werde und auch die Begründung nicht geändert worden sei. Die erneute Änderung der 14. BayIfSMV, bei der der neue Satz „Die Schulpflicht bleibt unberührt“ hinzugefügt worden sei, führe zu keiner Änderung. Der Zusatz sei lediglich deklaratorischer Art, wie sich aus dem Wortlaut und der Gesetzesbegründung ergebe. Die weitere Begründung der Änderungsverordnung sei rechtlich ohne Belang, denn sie sei gesetzes- bzw. verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass weiterhin Anspruch auf Distanzunterricht bestehe. Inhaltlich könne die Begründung nicht überzeugen, da eine Veränderung der pandemischen Lage nichts daran ändere, dass eine Testung nicht mehr freiwillig wäre, sondern zu einer Testpflicht gewandelt werde. Die Situation für Schüler, die der Testobliegenheit nicht nachkämen, bleibe unverändert. So werde auch weiterhin nur von einer Testobliegenheit und keinem Testzwang gesprochen.

10

Der Antragsgegner äußerte sich nicht.

Wegen der Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten Bezug genommen. II.

11

Der Antrag der Antragsteller bleibt sowohl im Haupt- als auch im Hilfsantrag ohne Erfolg.

12

1. Soweit die Antragstellerin zu 1) im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO die vorläufige Gewährung von Distanzunterricht beantragt, hat der zulässige Antrag in der Sache keinen Erfolg, da diesbezüglich ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht ist.

### 13

Der Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO ist zulässig, insbesondere statthaft. Im vorliegenden Fall ist nicht etwa gemäß § 123 Abs. 5 VwGO Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO vorrangig, da das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers in der Hauptsache einen Anspruch auf Gewährung von Distanzunterricht, der als Leistungsklage, nicht etwa als Anfechtungsklage zu verfolgen wäre.

### 14

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn diese Regelung nötig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden, drohende Gewalt zu verhindern oder wenn andere Gründe vorliegen. Voraussetzung ist, dass der Antragsteller das von ihm behauptete Recht (Anordnungsanspruch) und die drohende Gefahr seiner Beeinträchtigung (Anordnungsgrund) glaubhaft macht (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Eine solche Glaubhaftmachung liegt vor, wenn das Vorliegen von Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch überwiegend wahrscheinlich ist.

### 15

Die Antragstellerin zu 1) hat im Hinblick auf den Lauf des Schuljahres 2021/22 einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Vorliegend fehlt es jedoch an einem Anordnungsanspruch.

### 16

a) Die Voraussetzungen für die Erteilung von Distanzunterricht nach § 19 Abs. 4 Bayerische Schulordnung (BaySchO) vom 1. Juli 2016 (GVBl. S. 164, 241, BayRS 2230- 1-1-1-K), zuletzt geändert durch Verordnung vom 8. Juli 2021 (GVBl. S. 479), liegen nicht vor. Weder ist die Schule derzeit von einer Schließung betroffen bzw. die Klasse oder ein Kurs der Antragstellerin zu 1) ausgeschlossen, § 19 Abs. 4 Satz 3 Nr. 1 Buchst. a) BaySchO, noch der Ausschluss der Antragstellerin zu 1) i.S.v. § 19 Abs. 4 Satz 3 Nr. 1 Buchst. b) BaySchO durch die zuständigen Behörden zum Schutz von Leben oder Gesundheit angeordnet oder genehmigt. Die letztgenannte Regelung umfasst bereits ihrem Wortlaut nach nicht den Fall, dass bei Geltung der Zugangsbeschränkung mit Testobliegenheit nach § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV als Maßnahme nach § 28a Abs. 1 Nr. 16 i.V.m. § 33 Nr. 3 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG - vom 20.7.2000, BGBl. I S. 1045, FNA 2126-13, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.9.2021, BGBl. I S. 4530) ein Schüler an der Teilnahme am Präsenzunterricht lediglich deshalb gehindert ist, weil er die Testobliegenheit nicht erfüllt. Einer erweiternden Auslegung von § 19 Abs. 4 Satz 3 Nr. 1 Buchst. b) BaySchO steht die Begründung der Änderungsverordnung zur 14. BayIfSMV vom 5. Oktober 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 716) entgegen.

### 17

b) Ein Anspruch der Antragstellerin zu 1) auf Erteilung von Distanzunterricht ergibt sich vielmehr gerade nicht daraus, dass sie am Präsenzunterricht nicht teilnehmen darf, weil sie der Testobliegenheit nach § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV nicht nachkommen will.

### 18

Soweit sich die Antragstellerin zu 1) auf die Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zur Gewährung von Distanzunterricht für Schüler, die die Testobliegenheit nicht erfüllen (BayVGH, B.v. 16.4.2021 - 20 NE 21.1036 - juris Rn. 14, 19ff.; B.v. 12.4.2021 - 20 NE 21.926 - juris Rn. 18 ff.) stützt, folgt auch hieraus kein Anspruch auf Distanzunterricht, da sich die maßgebliche Sach- und Rechtslage geändert hat.

### 19

aa) Bei Überprüfung der Angemessenheit der damaligen Regelung zur Testobliegenheit in § 18 Abs. 4 12. BayIfSMV (vom 5. März 2021, BayMBl. 2021 Nr. 171, in der Fassung der Änderungsverordnung vom 9. April 2021, BayMBl. 2021 Nr. 261) hatte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in Bezug auf die Freiwilligkeit der Teilnahme an Testungen ausgeführt, ob der Ordnungsgeber auch sonstige Gründe in Erwägung gezogen habe, welche eine Verarbeitung der Gesundheitsdaten auch gegen den Willen der Betroffenen erlauben würden, lasse sich der Begründung der Verordnung nicht entnehmen; diese müssten

daher außer Betracht bleiben. Dies bedeute, dass Schüler, die den Test nicht durchführen lassen wollten oder könnten, nicht vom Unterrichtsangebot ausgeschlossen werden dürften, sondern am Distanzunterricht und am Distanzlernen teilnehmen könnten. Hierzu bezog sich der Bayerische Verwaltungsgerichtshof auf die entsprechende Begründung der Änderungsverordnung vom 9. April 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 262), die ausdrücklich Distanzunterricht für Schüler vorsah, die keine Testnachweise vorlegen wollten.

## 20

bb) Die maßgebliche Sach- und Rechtslage hat sich gegenüber der dieser Rechtsprechung zugrundeliegenden geändert.

## 21

(1) Bei fortbestehender Testobliegenheit für die Teilnahme am Präsenzunterricht nach § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV vom 1. September 2021 (BayMBl. Nr. 615, BayRS 2126-1-18-G), zuletzt geändert durch Verordnung vom 27. Oktober 2021 (BayMBl. Nr. 757), sieht § 13 Abs. 2 Satz 3 14. BayIfSMV deklaratorisch vor, dass die Schulpflicht unberührt bleibt. In der Begründung zur Änderungsverordnung vom 5. Oktober 2021 (BayMBl. Nr. 716) ist unter anderem ausgeführt, die Schulpflicht sei, auch aus sozialen Gründen, in erster Linie eine Pflicht zum Besuch des Präsenzunterrichts. Schülerinnen und Schüler, die nicht geimpft bzw. genesen seien, sich nicht den erforderlichen Tests unterzögen und deshalb nicht am Unterricht teilnehmen könnten, verletzen daher grundsätzlich ihre Schulpflicht. Schülerinnen und Schüler, die die erforderlichen Testnachweise nicht erbrächten, fehlten unentschuldigt. Die Möglichkeit zur Beurlaubung von Schülerinnen und Schülern mit Grunderkrankungen bzw. bei Zusammenleben mit Personen mit Grunderkrankungen bleibe bestehen.

## 22

(2) Diese Regelungen zur Testobliegenheit sind nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (BayVGh, B.v. 11.10.2021 - 25 NE 21.2525 - veröffentlicht unter <https://www.vgh.bayern.de/bayvgh/oeffentl/pm/>), auf die Bezug genommen wird, voraussichtlich materiell rechtmäßig. Die vom Ordnungsgeber getroffene Gefährdungsprognose, dass die Testobliegenheit bei summarischer Prüfung eine geeignete, erforderliche und gemäß § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1 IfSG notwendige Schutzmaßnahme darstellt, ist danach nicht zu beanstanden (BayVGh, B.v. 11.10.2021 - 25 NE 21.2525 - a.a.O., Rn. 17ff.). Im Hinblick auf die Angemessenheit der Regelung ist insbesondere zu berücksichtigen, dass § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV den Schülern die Wahl belässt, den Test entweder durch geschultes Personal und damit außerhalb der Wahrnehmungsmöglichkeiten der Mitschüler vornehmen zu lassen oder aber diesen direkt an der Schule durchzuführen (BayVGh, B.v. 11.10.2021 - 25 NE 21.2525 - a.a.O., Rn. 27).

## 23

Selbst wenn vor dem Hintergrund, dass Schülerinnen wie die Antragstellerin zu 1), die die erforderlichen Testnachweise nicht erbringen, im Unterricht und bei Prüfungen unentschuldigt fehlen, ein Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) vorläge, wäre die Regelung angemessen (BayVGh, B.v. 11.10.2021 - 25 NE 21.2525 - a.a.O. Rn. 29ff.). Die Kopplung des Schulbesuchs an einen vorangegangenen Test ist auch in Bezug auf das (Teilhabe-)Recht der betroffenen Eltern und Schüler auf Erziehung und Bildung von Kindern in der Schule (Art. 6 Abs. 2 Satz 1, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 und 2 GrRCh) nicht unverhältnismäßig (BayVGh, B.v. 11.10.2021 - 25 NE 21.2525 - a.a.O. Rn. 31). Weiter liegt der Bestimmung im Hinblick auf den damit verfolgten Zweck, der Abwehr von Gefahren für das Leben und die körperliche Unversehrtheit einer potentiell großen Zahl von Menschen und die Sicherstellung der Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems in Deutschland jedenfalls kein offensichtlicher Verstoß gegen die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zugrunde (BayVGh, B.v. 11.10.2021 - 25 NE 21.2525 - a.a.O. Rn. 33).

## 24

(3) Nach der oben zitierten Rechtsprechung hängt die Angemessenheit der Testobliegenheit nicht vom Angebot von Distanzunterricht ab. Zum selben Ergebnis gelangt im Übrigen bereits die von der Antragspartei selbst zitierte Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes (B.v. 13.7.2021 - 25 NE 21.1873 - juris Rn. 56 ff.) zur 13. BayIfSMV vom 5. Juni 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 384, in der Fassung der Änderungsverordnung vom 30. Juni 2021, BayMBl. 2021 Nr. 467). Deshalb und da nach der

Begründung der Änderungsverordnung vom 5. Oktober 2021 (BayMBl. Nr. 716) für Schüler, die keine Testnachweise erbringen wollen, kein Distanzunterricht bereit gestellt werden soll, ist für einen Anspruch der Antragstellerin zu 1) auf Distanzunterricht keine Grundlage ersichtlich.

## **25**

c) Der Hilfsantrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs ist unzulässig (s.o.).

## **26**

2. Soweit die Antragsteller zu 2) und 3) vorläufigen Rechtsschutz begehren, ist dies im Haupt- und Hilfsantrag bereits unzulässig, da sie nicht antragsbefugt sind nach § 42 Abs. 2 VwGO analog. Hierfür müssen die Antragsteller plausibel, und schlüssig darlegen, dass ihnen der geltend gemachte Anordnungsanspruch zustehen kann. Dies ist vorliegend nur in Bezug auf die Antragstellerin zu 1) geschehen, zu der Antragsbefugnis der Antragsteller zu 2) und 3) wird nichts ausgeführt. Insbesondere die gerügten Verstöße gegen Art. 35, 56 Abs. 2 des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Mai 2000 (GVBl. S. 414, 632, BayRS 2230-1-1-K), das zuletzt durch Gesetz vom 23. Juli 2021 (GVBl. S. 432) geändert worden ist, Art. 128 Abs. 1 der Verfassung des Freistaates Bayern in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1998 (GVBl. S. 991, 992, BayRS 100-1-I), die zuletzt durch Gesetze vom 11. November 2013 (GVBl. S. 638, 639, 640, 641, 642) geändert worden ist, und Art. 14 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union betreffen das Recht auf Bildung, dessen Trägerin hier die Antragstellerin zu 1) ist. Jedenfalls ist aber kein Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht (s.o.).

## **27**

3. Der Antrag ist daher mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1, 2 GKG i.V.m. Nr. 1.1.3, 1.5, 38.3 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.