VGH München, Beschluss v. 08.04.2021 – 20 NE 21.774

**Titel:**

## Erfolgloser Eilantrag gegen Distanz- und Wechselunterricht in Bayern zur Eindämmung der Corona-Pandemie

**Normenketten:**

VwGO § 47 Abs. 6, § 54 Abs. 1
BayIfSMV § 18 Abs. 1 S. 3, Abs. 4 S. 12
BayVerf Art. 125 Abs. 1

**Leitsätze:**

**1. Mit der bloßen Behauptung, ein Gericht habe den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, kann ein Ablehnungsgesuch ebenso wenig begründet werden wie mit der Behauptung von Rechtsfehlern in vorangegangenen Entscheidungen oder in der dortigen Verfahrensweise, sofern die Grenze der Willkür oder der offensichtlichen Unhaltbarkeit nicht überschritten ist. (Rn. 11) (redaktioneller Leitsatz)**
**2. Es ist nicht ersichtlich, dass die Anordnung von Distanz- und Wechselunterricht die nicht auszuschließenden Infektionsgefahren im schulischen Rahmen mit den pädagogischen und psychologischen Belangen nicht mehr in einen verhältnismäßigen und angemessenen Ausgleich bringen würde (Anschluss an BayVGH BeckRS 2021, 5361 und BeckRS 2021, 2693). (Rn. 14) (redaktioneller Leitsatz)**
**3. Auch eine Folgenabwägung insbesondere im Hinblick auf die derzeit wieder tendenziell steigenden Infektionszahlen ergibt, dass die Folgen der weiteren Durchführung von Distanz- und Wechselunterricht weniger schwer wiegen als diejenigen einer zu erwartenden Verstärkung des Infektionsgeschehens bei einer einstweiligen Außervollzugsetzung der angegriffenen Norm. (Rn. 16) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Corona-Pandemie, missbräuchliches Ablehnungsgesuch, Präsenzunterricht in Schulen, Normenkontrolle, Eilantrag, Distanzunterricht, Wechselunterricht, Ablehnungsgesuch, Besorgnis der Befangenheit, Missbrauch

## Tenor

I. Das Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit gegen die Mitglieder des 20. Senats des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs in der Besetzung des Beschlusses vom 15. Februar 2021 (20 NE 21.411) wird verworfen.

II. Der Antrag wird abgelehnt.

III. Die Antragsteller tragen die Kosten des Verfahrens.

IV. Der Wert des Verfahrensgegenstands wird auf 10.000,00 Euro festgesetzt.

## Gründe

I.

1
Mit ihrem Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO verfolgen die Antragsteller das Ziel, den Vollzug von § 18 Abs. 1 Satz 3 sowie - hilfsweise - Satz 4 der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 5. März 2021 (12. BayIfSMV - BayMBl. 2021 Nr. 171) zuletzt geändert mit Änderungsverordnung vom 25. März 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 224) einstweilen auszusetzen.

2
1. Die Antragstellerinnen zu 3. bis 5. besuchen Schulen in München. Die Antragstellerin zu 3. besucht die elfte und die Antragstellerin zu 4. die siebente Jahrgangsstufe eines Gymnasiums. Die Antragstellerin zu 5. besucht die zweite Grundschulklasse. Die Antragsteller zu 1. und 2. sind verheiratet; der Antragsteller zu 1. ist der Vater der Antragstellerinnen zu 3. und 4., die Antragstellerin zu 2. die Mutter der Antragstellerin zu 5.

3
Zur Begründung des Eilantrags machen die Antragsteller, die die aus dem Rubrum ersichtlichen Mitglieder des Senats wegen Besorgnis der Befangenheit ablehnen, im Wesentlichen geltend, den Antragstellerinnen zu 3. bis 5. entständen durch die Anwendung der angegriffenen Bestimmungen schwere, nicht mehr rückgängig zu machende Nachteile. Nach Entscheidung des Senats über den Eilantrag der Antragsteller vom 20. Januar 2021 (20 NE 21.201 und 20 NE 21.411) sei ein erneuter Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO geboten. Das Abstandsgebot und etwaige Schulschließungen seien nach neuen Erkenntnissen schon keine geeigneten Mittel zur Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems. Sie seien außerdem nicht erforderlich, weil sich das verfolgte Ziel durch andere Mittel genauso effektiv erreichen lasse und - angesichts der dramatischen Auswirkungen auf Kinder und Jugendliche und deren Familien - auch nicht angemessen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass Inzidenzwerte generell kein tauglicher Parameter (mehr) seien, um die von SARS-CoV-2 ausgehenden Gefahren adäquat einzuordnen.

4
2. Der Antragsgegner tritt dem Eilantrag entgegen.

5
3. Mit Schriftsatz vom 23. März 2021 haben die Antragsteller zur weiteren Begründung ihres Eilantrags noch vorgetragen, dass Kinder nach Art. 125 Abs. 1 BV „das köstlichste Gut eines Volkes“ seien, aber derzeit in einer seit Gründung der Bundesrepublik nie dagewesenen Form in Mitleidenschaft gezogen würden. Ergänzend dazu haben sie ein Gutachten von Prof. Dr. K. (Universität Regensburg) vom 23. März 2021 zu den Auswirkungen von Schulschließungen auf die Entwicklung und Bildung von Kindern und Jugendlichen vorgelegt.

6
Mit weiterem Schriftsatz vom 23. März 2021 haben die Antragsteller noch ausgeführt, der Vortrag des Antragsgegners, dass die Inzidenzen in den Altersgruppen unter 15 Jahren seit Mitte Februar 2021 erheblich angestiegen seien, treffe nicht zu. Die Steigerung der Inzidenzen bei Kindern sei lediglich Resultat der erhöhten Testzahlen.

7
Mit weiterem Schriftsatz vom 1. April 2021 haben die Antragsteller eine zeitnahe Entscheidung gefordert und zugleich ihren Antrag um den Hilfsantrag auf Außervollzugsetzung des § 18 Abs. 4 12. BayIfSMV ergänzt.

8
4. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

9
1. Das Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit ist unzulässig und durch die am Beschluss vom 15. Februar 2021 (20 NE 21.411) mitwirkenden Richter zu verwerfen, weil es offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist.

10
Ein Ablehnungsgesuch kann ausnahmsweise dann unter Mitwirkung abgelehnter Richter als unzulässig verworfen werden oder überhaupt unberücksichtigt bleiben, wenn es sich als offenbarer Missbrauch des Ablehnungsrechts und deshalb als reine Formalentscheidung darstellt (vgl. BVerwG, B.v. 22.1.2019 - 9 B 6.19 - juris Rn. 5 m.w.N.). Es bedarf dann auch keiner vorherigen dienstlichen Äußerung der abgelehnten Richter nach § 54 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 44 Abs. 3 ZPO (vgl. Hoppe in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 54 Rn. 24). Indizien für einen Missbrauch des Ablehnungsrechts können sein, dass die Begründung des Gesuchs nicht hinreichend konkret auf den bzw. die abgelehnten Richter bezogen ist, dass der Inhalt der Begründung von vornherein ersichtlich ungeeignet ist, die Besorgnis der Befangenheit zu rechtfertigen oder dass verfahrensfremde Zwecke, wie etwa das Ziel, den Prozess zu verschleppen, verfolgt werden. Solche Indizien ermöglichen die Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Ablehnungsgesuchs, wenn zur Begründung des Rechtsmissbrauchs nicht auf den Verfahrensgegenstand selbst eingegangen werden muss (vgl. BVerwG, B.v. 2.5.2018 - 6 B 118.18 - juris Rn. 3 m.w.N.).

11

Nach diesen Maßstäben stellt sich das Ablehnungsgesuch der Antragsteller als rechtsmissbräuchlich dar. Sie haben ihr Ablehnungsgesuch auf die gesamte Spruchgruppe des Senats bezogen, die über das Verfahren 20 NE 21.411 entschieden hat. Ihre Begründung erschöpft sich darin, dass die abgelehnten Richter das Hauptsacheverfahren der Antragsteller (20 N 20.1443) nicht weiter betrieben hätten und in den Beschlüssen vom 29. Januar 2021 (20 NE 21.201) und 15. Februar 2021 (20 NE 21.411) Sachvortrag der Antragsteller nicht berücksichtigt hätten; zudem belegten die überhöhten Gegenstandswertfestsetzungen in den Verfahren 20 NE 20.1444 und 20 NE 21.201, dass die Senatsmitglieder den Antragstellern nicht unvoreingenommen gegenüberständen. Diese Begründung kann eine Besorgnis der Befangenheit unter keinem denkbaren Gesichtspunkt rechtfertigen. Sie enthält insbesondere schon keine individuellen, auf die Personen der einzelnen Richter bezogene Gründe. Die Antragsteller lehnen vielmehr einen gesamten Spruchkörper des Senats aus Gründen ab, die nicht über die - teilweise nur vermeintliche - Beteiligung der abgelehnten Richter an anderweitigen Verfahren der Antragsteller und auf der Annahme von Verstößen gegen Art. 103 Abs. 1 GG hinausgehen. Mit der bloßen Behauptung, ein Gericht habe den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, kann ein Ablehnungsgesuch aber nicht begründet werden. Das ergibt sich schon aus der Wertung des § 152a VwGO, wonach über Anhörungsrügen der bisher zuständige Spruchkörper entscheidet (vgl. BVerwG, B.v. 16.7.2015 a.a.O.; VerfGH BW, B.v. 12.10.2017 - 1 VB 111/16 - juris Rn. 4). Auch Rechtsfehler in vorangegangenen Entscheidungen und in der Verfahrensweise ergeben, selbst wenn sie vorliegen sollten, grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund. Die Grenze bilden nur willkürliche oder offensichtlich unhaltbare Entscheidungen (vgl. BVerwG, B.v. 7.4. 2011 - 3 B 13.11 - juris Rn. 5, B.v. 1.12.2009 - 4 BN 58.09 u.a. - juris Rn. 3; B.v. 26.3.2015 - 4 BN 3.15 - juris Rn. 3 m.w.N.). Hierfür haben die Antragsteller jedoch keine nachvollziehbaren Argumente vorgebracht. Das Nichtbetreiben des am 23. Juni 2020 eingeleiteten Hauptsacheverfahrens der Antragsteller (20 N 20.1444) haben diese bis zur Stellung des Ablehnungsgesuchs am 16. März 2021 nicht gerügt; im Übrigen fehlt auch jeder Anhaltspunkt für eine nicht durch sachliche Zwänge begründete Verfahrensdauer. Soweit sich die Antragsteller auf eine unüblich hohe Gegenstandswertfestsetzung in den Verfahren 20 NE 20.1444 und 20 NE 21.201 berufen, wird auf die ständige Rechtsprechung und Begründung des erkennenden Senats in Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO gegen Bestimmungen der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen hingewiesen (vgl. nur etwa B.v. 22.3.2021 - 20 NE 21.754 - juris Rn. 36 u.v.m.), der insofern nichts hinzuzufügen ist.

12
2. Der zulässige (Haupt-)Antrag hat keinen Erfolg.

13
Die Voraussetzungen des § 47 Abs. 6 VwGO, wonach das Normenkontrollgericht eine einstweilige Anordnung erlassen kann, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist, liegen nach Ansicht des Senats nicht vor. Der Normenkontrollantrag gegen § 18 Abs. 1 Satz 3 12. BayIfSMV hat unter Anwendung des Prüfungsmaßstabs im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO bei summarischer Prüfung keinen Erfolg (a). Zudem geht auch eine Folgenabwägung zulasten des Antragstellers aus (b).

14
a) Zur Begründung fehlender Erfolgsaussichten der Hauptsache wird zunächst umfassend auf den Beschluss des Senats vom 22. März 2021 (20 NE 21.754 - juris Rn. 15 ff.) und auf die vorangegangenen Entscheidungen in Eilverfahren der Antragsteller verwiesen. Die Antragsteller haben die bisherigen Erwägungen des Senats auch mit ihrem neuerlichen Antragsvorbringen nicht durchgreifend in Frage gestellt. Dass Distanz- und Wechselunterricht im Hinblick auf die Lehr- und Lernqualität, die Lernmotivation und insbesondere die soziale Entwicklung der betroffenen Schülerinnen und Schüler gegenüber einem Präsenzunterricht insgesamt im Nachteil sind, dürfte unstrittig sein und kann unterstellt werden. Dem Vortrag der Antragsteller, die angegriffene Norm sei schon kein geeignetes Mittel zur Förderung des Zwecks der Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems und darüber hinaus auch nicht erforderlich und angemessen, kann der Senat jedoch nicht folgen. Auch wenn sich - jedenfalls im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens - der genaue Anteil von Kindern und Jugendlichen am Infektionsgeschehen nicht abschließend aufklären lässt, kann anhand der vorhandenen Daten nicht unterstellt werden, er sei nicht vorhanden. Zwingende Anhaltspunkte dafür, dass die angegriffene Norm die nicht auszuschließenden Infektionsgefahren im schulischen Rahmen mit den pädagogischen und psychologischen Belangen nicht mehr in einen verhältnismäßigen und angemessenen Ausgleich bringen würde, haben die Antragsteller nicht vorgetragen und sind auch sonst nicht ersichtlich.

15
Soweit die Antragsteller beanstanden, dass die Inzidenzwerte schon grundsätzlich keinen tauglichen Parameter zur Gefahrenbeurteilung (mehr) darstellten, steht dem die eindeutige Wertung des Gesetzes entgegen. Aufgrund der zumindest nicht evident sachwidrigen Entscheidung des Bundesgesetzgebers, für die Ergreifung bestimmter Maßnahmen jeweils auf die vom Robert Koch-Institut laufend veröffentlichten Fallzahlen abzustellen (vgl. § 28a Abs. 3 Satz 12 IfSG), kommt es - jedenfalls im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes (vgl. nur Sieckmann/Kessal-Wulf in v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, § 100 Rn. 8 ff.) - nicht maßgeblich auf die konkrete Aussagekraft der Inzidenzwerte an.

16
b) Auch wenn man von offenen Erfolgsaussichten in der Hauptsache ausgeht, ergibt eine Folgenabwägung insbesondere im Hinblick auf die derzeit wieder tendenziell steigenden Infektionszahlen, dass die Folgen des weiteren Vollzugs der angegriffenen Norm - insbesondere die Durchführung von Distanz- und Wechselunterricht - weniger schwer wiegen als die Folgen einer zu erwartenden Verstärkung des Infektionsgeschehens bei einer einstweiligen Außervollzugsetzung der angegriffenen Norm.

17
Das pandemische Geschehen verstärkt sich aktuell erneut. Nach dem Situationsbericht des Robert-Koch-Instituts (RKI) vom 7. April 2021 (abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-04-07-de.pdf? blob=publicationFile) nimmt die Zahl der Übertragungen von COVID-19 in der Bevölkerung in Deutschland wieder deutlich zu. Etwa seit Mitte März 2021 - also in zeitlichem Zusammenhang zur Ausweitung des Präsenzunterrichts nach Inkrafttreten der 12. BayIfSMV zum 8. März 2021 - hat sich der Anstieg der Fallzahlen beschleunigt, besonders stark bei Kindern und Jugendlichen, von denen zunehmend Übertragungen und Ausbruchsgeschehen ausgehen. COVID-19-bedingte Ausbrüche betreffen momentan insbesondere private Haushalte und zunehmend auch Kitas, Schulen und das berufliche Umfeld. Das RKI schätzt die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland insgesamt noch als „sehr hoch“ ein. Nach der aktuellen Risikobewertung des RKI (Stand 31.3.2021, vgl. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html) ist die Dynamik der Verbreitung einiger neuer Varianten (VOC) von SARS-CoV-2 besorgniserregend.

18
In dieser Situation ergibt die Folgenabwägung, dass die zu erwartenden Folgen einer Außervollzugsetzung der angegriffenen Norm im Hinblick auf die damit einhergehende mögliche Eröffnung weiterer Infektionsketten schwerer ins Gewicht fallen als die Folgen ihres Vollzugs für die Interessen der Normadressaten.

19
3. Der auf Außervollzugsetzung des § 18 Abs. 4 12. BayIfSMV gerichtete Hilfsantrag ist bereits mangels Antragsbefugnis unzulässig: Die Antragstellerinnen zu 4. und 5. unterfallen schon aufgrund ihrer jeweiligen Jahrgangsstufe nicht der Regelungswirkung von § 18 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 12. BayIfSMV. Die Antragstellerin zu 3. ist von der Norm zwar grundsätzlich, aber nicht aktuell betroffen, da die maßgebliche 7-Tages-Inzidenz der Landeshauptstadt München (vgl. § 3 Satz 1 12. BayIfSMV i.V.m. § 28a Abs. 3 Satz 13 IfSG) derzeit unter dem Schwellenwert von 100 liegt. Unabhängig davon erscheint der Vortrag der Antragsteller, durch § 18 Abs. 4 12. BayIfSMV in ihren Rechten verletzt zu werden, schon nicht schlüssig, da sie ausdrücklich erklären, gegen Testungen „statt des Abstandsgebots und anstelle einer Anordnung von Distanzunterricht“ keine Einwände zu erheben. Inwiefern das Eingriffsgewicht von Testungen aber von anderen Maßnahmen abhängen sollte, erschließt sich dem Senat nicht, zumal im Fall eines Distanzunterrichts auch keine Testungen vorgesehen sind.

20
4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG. Da die von dem Antragsteller angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 18. April 2021 außer Kraft tritt (§ 30 12. BayIfSMV), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 hier nicht angebracht erscheint.