VG München, Beschluss v. 22.02.2022 – M 26b E 22.730

Titel:

Verkürzung des Genesenenstatus

Normenketten:

VwGO § 123
SchAusnahmV § 2 Nr. 4
SchAusnahmV § 2 Nr. 5
BayIfSMV § 3 15.
BayIfSMV § 4 15.
GG Art. 20 Abs. 3

Leitsätze:

1. Die Verkürzung des Genesenenstatus (§ 2 Nr. 5 SchAusnahmV) durch das R.-K.-Institut von sechs Monaten auf 90 Tage mit der Änderungsverordnung vom 14.1.2022 ist rechtswidrig. (Rn. 95) (redaktioneller Leitsatz)
2. Dem Genesenennachweis kommt eine wesentliche Bedeutung für die Ausübung von Grundrechten zu. (Rn. 82) (redaktioneller Leitsatz)
3. Es dürfte gegen das Wesentlichkeitsgebot und den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG) verstoßen, dass mit § 2 Nr. 5 SchAusnahmV in der geänderten Fassung vom 14.1.2022 die Entscheidung über die inhaltlichen Vorgaben des Genesenennachweises auf das R.-K.-Institut übertragen wurde und sich die fachlichen Vorgaben ohne vorgeschaltetes Rechtsetzungsverfahren nur aus dessen jederzeit veränderlichen Internetseite ergeben. (Rn. 80 – 89) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Geltungsdauer des Genesenennachweises, erfolgreicher Antrag auf vorläufige Feststellung der Gültigkeit des Genesenennachweises für einen Zeitraum von sechs Monaten, einstweiliger Rechtsschutz gegenüber der mit der Normanwendung betrauten Behörde (Gesundheitsamt), keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache, aktuelle Definition des Genesenenstatus rechtswidrig und daher im Einzelfall nicht anwendbar, mit hoher Wahrscheinlichkeit, Verstoß gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz sowie gegen das Gebot der Klarheit und Bestimmtheit von Rechtsnormen, Zweifel an hinreichend tragfähiger fachwissenschaftlicher Begründung für die Verkürzung des Genesenennachweises, Genesenennachweis, Definitionshoheit, RKI

Tenor

I. Im Wege der einstweiligen Anordnung wird vorläufig festgestellt, dass die Antragstellerin wie im Digitalen COVID-Zertifikat der EU ausgewiesen bis zum … April 2022 als genesene Person im Sinne des § 2 Nr. 4 SchAusnahmV gilt.

II. Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

III. Der Streitwert wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1
Gegenstand des Verfahrens ist die Verkürzung der Gültigkeitsdauer des Genesenenstatus der Antragstellerin von sechs Monaten auf 90 Tage.

2
Die Antragstellerin verfügt über ein Genesenen-Zertifikat der EU, aus dem hervorgeht, dass sie laut einem Testergebnis vom … Oktober 2021 positiv auf SARS-CoV-2 getestet wurde. Das Zertifikat ist vom … November 2021 bis … April 2022 gültig. Die Antragstellerin ist nicht gegen SARS-CoV-2 geimpft.

3

Auf nationaler Ebene galten bis zum 14. Januar 2022 gemäß § 2 Nrn. 4 und 5 der Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung - SchAusnahmV) vom 8. Mai 2021 (BAnz AT 08.05.2021 V1) folgende Begriffsbestimmungen:

4
„Im Sinne dieser Verordnung ist (…)

5
4. eine genesene Person eine asymptomatische Person, die im Besitz eines auf sie ausgestellten Genesenennachweises ist,

6
5. ein Genesenennachweis ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens einer vorherigen Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn die zugrundeliegende Testung durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt ist und mindestens 28 Tage sowie maximal sechs Monate zurückliegt, (…).“

7
(Hervorhebung nicht im Original)

8
Mit Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung vom 14. Januar 2022 (BAnz AT 14.01.2022 V1) wurde § 2 Nrn. 5 SchAusnahmV mit Wirkung zum 15. Januar 2022 wie folgt gefasst:

9
„Im Sinne dieser Verordnung ist (…)

10
5. ein Genesenennachweis ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens eines durch vorherige Infektion erworbenen Immunschutzes gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn der Nachweis den vom R.-K.-Institut im Internet unter der Adresse www.rki.de/covid-19-genesenennachweis unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben hinsichtlich folgender Kriterien entspricht:

11
a) Art der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion,

12
b) Zeit, die nach der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion vergangen sein muss, oder Nachweis zur Aufhebung der aufgrund der vorherigen Infektion erfolgten Absonderung,

13
c) Zeit, die die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion höchstens zurückliegen darf“.

14
Unter der Internetadresse www.rki.de/covid-19-genesenennachweis (abgerufen am 16.2.2022) ist mit dem Hinweis, dass die Vorgaben „ausschließlich vor und nach der durchgemachten Infektion nicht geimpfte Personen“ betreffen, Folgendes ausgeführt:

15
„Fachliche Vorgaben für Genesenennachweise, mit Wirkung vom 15.01.2022:

16
Ein Genesenennachweis im Sinne der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung muss aus fachlicher Sicht folgenden Vorgaben entsprechen:

17

a) Die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion muss durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt sein UND

18
b) das Datum der Abnahme des positiven Tests muss mindestens 28 Tage zurückliegen UND

19
c) das Datum der Abnahme des positiven Tests darf höchstens 90 Tage zurückliegen.

20
(Hervorhebung nicht im Original)

21
Wissenschaftliche Begründung

22
Diese fachlichen Vorgaben für den Genesenennachweis beziehen sich ausschließlich auf Personen, die ungeimpft sind, d.h. weder vor, noch nach ihrer durchgemachten Infektion eine Impfung erhalten haben.* Die Gültigkeit des Genesenennachweises wurde von 6 Monaten auf 90 Tage reduziert, da die bisherige wissenschaftliche Evidenz darauf hindeutet, dass Ungeimpfte nach einer durchgemachten Infektion mit der Deltavariante oder einer früheren Virusvariante einen im Vergleich zur Reinfektion mit der Deltavariante herabgesetzten und zeitlich noch stärker begrenzten Schutz vor einer SARS-CoV-2-Infektion mit der Omikronvariante haben (1-3).

23
Nach einer durchgemachten SARS-CoV-2-Infektion besteht üblicherweise ein Schutz vor erneuter SARS-CoV-2-Infektion bzw. COVID-19, der mit der Zeit abnimmt. Der Grad und die Dauer des Schutzes können individuell stark schwanken und werden vermutlich durch Alter, Schwere der Erkrankungen und Virusvarianten beeinflusst. Relevanz hat eine durchgemachte SARS-CoV-2-Infektion in dreierlei Hinsicht:

24
(i) Eine frühere Auseinandersetzung des Immunsystems mit dem Erreger führt zu einem besseren Ansprechen einer COVID-19-Impfung, so dass zur Erlangung des Status „grundimmunisiert“ weniger Impfstoffdosen notwendig sind. Empfehlungen zur Anzahl an Impfstoffdosen und den Impfabständen nach durchgemachter SARS-CoV-2-Infektion gibt die Ständige Impfkommission (siehe u.a. 17. Aktualisierung der COVID-19-Impfempfehlung der STIKO, S. 18, Tabelle 5). Für Personen, die noch nicht mit SARS-CoV-2 infiziert waren, sind zwei Impfstoffdosen für eine Grundimmunisierung notwendig.

25
(ii) Die durchgemachte Infektion induziert in der Regel einen individuellen Schutz vor einem schweren Verlauf bei erneuter SARS-CoV-2-Infektion (sog. Reinfektion). Studien belegen, dass der infektionsvermittelte Schutz vor einer schweren Reinfektion höher ist als der vor einem asymptomatischen bzw. milden Verlauf einer Reinfektion (3). Ein ähnliches Phänomen ist beim impfinduzierten Schutz zu beobachten, wo üblicherweise der Schutz vor schweren COVID-19-Verläufen deutlich höher und langanhaltender ist als der vor milden Erkrankungen.

26
(iii) Schutz vor Virusübertragung. Zur Virusübertragung kommt es, wenn (a) eine genesene Person infiziert wird und (b) bei dieser infizierten Person infektiöses Virus in ausreichender Menge im Nasenrachenraum vorhanden ist. Bei infizierten Personen kann zudem der Immunschutz (genesen oder geimpft) die Konzentration an infektiösem Virus im Nasenrachenraum sowie die Dauer, in der das Virus nachweisbar ist, reduzieren.

27
Bei den fachlichen Vorgaben für COVID-19-Genesenennachweise geht es primär um den o.g. Schutz vor Virusübertragung (iii) bzw. das Risiko, dass die genesene Person asymptomatisch mit SARS-CoV-2 infiziert ist und das Virus auf andere Menschen übertragen kann.

28

Studien zur Übertragbarkeit der Omikronvariante durch Genesene liegen noch nicht vor, der Schutz vor jeglicher bzw. asymptomatischer Infektion kann aber als Richtwert für die Bewertung des Schutzes vor Virusübertragung herangezogen werden. Die vorliegenden Studien zeigen insbesondere, dass es unter dominanter Zirkulation der Omikronvariante bei zuvor infizierten und nicht geimpften Personen häufig zu Reinfektionen kommt (1). Daten der britischen SIREN-Studie (2) weisen darauf hin, dass Genesene unter diesen Bedingungen nur noch eine Schutzwirkung von ca. 40% gegenüber Reinfektionen aufweisen. Der Schutz von 40% bezieht sich auf die Verhinderung jeglicher (d.h. symptomatischer und asymptomatischer) Infektionen. In einer weiteren Studie, die die Schutzwirkung gegenüber Reinfektionen mit verschiedenen Virusvarianten verglich, hatten Genesene gegenüber Omikron-Reinfektionen nur einen Schutz von ca. 60%, während es gegenüber Delta-Reinfektionen mehr als 90% waren (3). Dies wird durch laborbasierte Studien unterstützt, die zeigen, dass Seren von Personen, die mit SARS-CoV-2 infiziert und nicht geimpft waren, eine deutlich verringerte Neutralisationsfähigkeit gegen Omikron (im Vergleich zum Wildtyp bzw. Delta-Variante) aufwiesen (5-7).

29
Erste Erkenntnisse zur Impfstoffwirksamkeit gegenüber der Omikronvariante zeigen darüber hinaus, dass ab etwa 15 Wochen nach der Grundimmunisierung (zwei Impfstoffdosen) die Wirksamkeit gegenüber symptomatischen Erkrankungen durch die Omikronvariante so stark reduziert ist (<20%), dass nicht mehr von einem ausreichenden Schutz vor Erkrankung ausgegangen werden kann (2, 4).

30
Die genannten Studien beziehen sich auf Personen, deren Genesenenstatus überwiegend auf frühere Infektionen mit der Deltavariante zurückzuführen ist. Sie belegen ein im Vergleich zur Deltavariante deutlich stärkeres Potential der Omikronvariante, den Immunschutz zu umgehen. Diese Konstellation (Vorinfektion mit der Deltavariante und Risiko der Reinfektion mit der Omikronvariante) wird als für die derzeitige epidemiologische Situation am relevantesten angesehen.

31
Über das Ausmaß und die Dauer des Schutzes nach einer Infektion mit der Omikronvariante (Vorinfektion mit der Omikronvariante und Risiko der Reinfektion mit der Omikronvariante) liegen aktuell noch keine Daten vor, dies gilt auch für Reinfektionen mit der Deltavariante (Vorinfektion mit der Omikronvariante und Risiko der Reinfektion mit der Deltavariante).

32
(1) Ferguson et al.: Hospitalisation risk for Omicron cases in England. Imperial College London (22-12-2021)

33
(2) UK Health Security Agency: SARS-CoV-2 variants of concern and variants under investigation in England. Technical briefing 34

34
(3) Altarawneh et al.: Protection afforded by prior infection against SARS-CoV-2 infection with the Omicron variant. Preprint. https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2022.01.05.22268782v1

35
(4) Wissenschaftliche Begründung der STIKO für die Empfehlung zur Verkürzung des Impfabstands zwischen Grundimmunisierung bzw. Infektion und Auffrischimpfung auf einen Zeitraum ab 3 Monaten

36
https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2022/02/Art_01.html;
jsessionid=E133C892AAE2F6A7D946094EB6C1AC46.internet052?nn=13490888

37
(5) Gruell, H., Vanshylla, K., Tober-Lau, P., Hillus, D., Schommers, P., Lehmann, C., … & Klein, F. (2022). mRNA booster immunization elicits potent neutralizing serum activity against the SARS-CoV-2 Omicron variant. Nature medicine, 1-4.

38
(6) Schmidt, F., Muecksch, F., Weisblum, Y., Da Silva, J., Bednarski, E., Cho, A., … & Bieniasz, P. (2021) Plasma neutralization properties of the SARS-CoV-2 Omicron variant (preprint).

39
(7) Rössler A, Riepler L, Bante D, von Laer D, Kimpel J. SARS-CoV-2 Omicron Variant Neutralization in Serum from Vaccinated and Convalescent Persons. N Engl J Med. 2022 Jan 12

40
Diese Vorgaben werden regelmäßig überprüft und können sich gemäß Stand der Wissenschaft ändern.

41
Die Anforderungen an einen vollständigen Impfschutz im Sinne der Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung vom 14.01.2022, einschließlich Kombinationen von durchgemachter Infektion und Impfungen, werden auf der Internetseite des P.-E.-Instituts genannt: www.pei.de/impfstoffe/covid-19

42
*Dies bedeutet, dass in der Praxis für Personen, die vor oder nach ihrer durchgemachten Infektion eine Impfung erhalten haben, in der Regel das ausgestellte digitale Impfzertifikat der EU als Vorlage ausreichend ist. Gleichwohl hat auch dieser Personenkreis das Recht, sich auf Wunsch ein digitales Genesenenzertifikat der EU ausstellen zu lassen (Verordnung (EU) 2021/953). Ein solches wird zusätzlich zu einem digitalen Impfzertifikat der EU ausgestellt und kann parallel genutzt werden, insbesondere im Hinblick auf die auf 270 Tage begrenzte Anerkennungsdauer des digitalen Impfzertifikates der EU in anderen Staaten oder bei Einreise nach Deutschland.“

43
Mit Schreiben vom … Februar 2022 wandte sich der Bevollmächtigte der Antragstellerin an das Landratsamt des Antragsgegners mit der Bitte, den ursprünglichen Genesenenstatus bis spätestens zum 16. Februar 2022 wiederherzustellen.

44
Das Landratsamt äußerte sich hierzu nicht.

45
Am … Februar 2022 ließ die Antragstellerin durch ihren Bevollmächtigten beim Verwaltungsgericht beantragen,

46
Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Antragstellerin einen Nachweis über ihre Genesung im Sinne des § 2 Abs. 5 SchAusnahmV bis zum … April 2022 auszustellen.

47
Der Antrag wurde mit Schriftsätzen vom … und … Februar 2022 wie folgt begründet: Bei der begehrten Bescheinigung über den Genesenenstatus handele es sich um einen feststellenden Verwaltungsakt. Da eine Entscheidung in der noch zu erhebenden Hauptsache nicht vor dem Ablauf der Gültigkeit des begehrten Genesenennachweises zu erwarten sei, drohten der Antragstellerin ohne Erlass einer einstweiligen Anordnung unzumutbare und irreversible Nachteile. Der Ausschluss von der Teilnahme am sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Leben durch den Verlust des Genesenenstatus habe hohe Grundrechtsrelevanz, insbesondere in Bezug auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), die körperliche Unversehrtheit unter dem Gesichtspunkt der psychischen Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG) und auf die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).

48
Der Zulässigkeit stehe auch nicht eine etwaige Vorrangigkeit des Verfahrens nach § 47 Abs. 6 VwGO in einem eventuellen Normenkontrollverfahren gegen die 15. BayIfSMV entgegen. Ein Normenkontrollverfahren gegen eine landesrechtliche Vorschrift sei hier nicht einschlägig, da sich die Antragstellerin nicht gegen die Notwendigkeit der Vorlage eines Genesenennachweises als solches wende, sondern lediglich die anderweitige Feststellung der Dauer des Genesenennachweises begehre. Maßgeblich hierfür sei die SchAusnahmV, welche als Bundesrecht nicht in einem Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO angegriffen werden könne.

49
Die Verkürzung des Genesenenstatus auf drei Monate durch das R.-K.-Institut auf der Grundlage der SchAusnahmV sei verfassungswidrig. Auf die Stellungnahme des wissenschaftlichen Dienstes des

Deutschen Bundestages zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung des Genesenennachweis durch Rechtsverordnung vom 28. Januar 2022 werde Bezug genommen. Dem folgend hätten mehrere Verwaltungsgerichte entschieden, dass die Regelung des Genesenenstatus durch § 2 Nr. 5 SchAusnahmV im Wege der Verweisung auf eine Internetseite des R.-K.-Instituts unzulässig sei. Auch das Bundesverfassungsgericht habe in seiner Eilentscheidung zur Teilimpfpflicht im Gesundheitswesen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer dynamischen Verweisung geäußert.

50
Auch in materiell-rechtlicher Hinsicht bestünden durchgreifende Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Regelung. Weder der Begründung zur Änderung der SchAusnahmV noch der entsprechenden Seite des R.-K.-Instituts sei eine wissenschaftlich überzeugende Begründung für die Dauer der Verkürzung des Genesenenstatus auf neunzig Tage zu entnehmen. Insoweit werde auf die Entscheidung des VG Osnabrück Bezug genommen und ergänzend ausgeführt, die vom R.-K.-Institut angeführten Quellen befassten sich nicht konkret mit der Dauer des Genesenenstatus. Die Quellen beschäftigten sich zwar mit einem Nachlassen der Immunität bei geimpften und genesenen Personen, ließen aber keine Rückschlüsse darauf zu, in welchem Zeitraum der Schutz konkret nachlasse. Offensichtlich handele es sich bei der Verkürzung auf drei Monate um eine rein politische Entscheidung mit dem Zweck, die Impfquote zu steigern. Es sei nicht wissenschaftlich nachvollziehbar, wieso ein doppelt (oder auch dreifach) Geimpfter in Deutschland bessergestellt werde als ein Genesener, zumal der Immunschutz Genesener im Regelfall sogar besser sei als derjenige Geimpfter. Im Übrigen gelte für die Anerkennung des Genesenenstatus bei der Einreise innerhalb der Europäischen Union ein Zeitraum von sechs Monaten. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze des Bevollmächtigten der Antragspartei samt Anlagen Bezug genommen.

51
Der Antragsgegner nahm mit Schriftsatz vom 18. Februar 2022 zum Verfahren Stellung. Er beantragt,

52
Der Antrag wird abgelehnt.

53
Es handle sich um eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache. Ein Anordnungsanspruch auf Ausstellung eines Genesenennachweis durch das Gesundheitsamt sei schon deshalb nicht gegeben, weil es an einer Rechtsgrundlage fehle, die das Gesundheitsamt zur Ausstellung eines solchen Nachweises verpflichten würde. § 22 Abs. 6 IfSG verpflichte ausschließlich die zur Durchführung der Testung berechtigten Personen oder nachträglich jeden Arzt oder Apotheker, betroffenen Personen durch ein digitales Zertifikat den positiven Test zu bescheinigen. Auch § 2 Nr. 4 und Nr. 5 SchAusnahmV vermittelten keinen solchen Anspruch, sondern enthielten lediglich Begriffsdefinitionen. Im Übrigen handele es sich bei der Bescheinigung über den Genesenenstatus mangels Regelungswirkung nicht um einen Verwaltungsakt.

54
Die Antragstellerin müsse prozessual gegen das R.-K.-Institut bzw. gegen die Bundesregierung vorgehen, um eine Änderung der fachlichen Vorgaben zu erreichen, wodurch die Wahl des richtigen Antragsgegners in Frage stehe.

55
Darüber hinaus sei eine Anpassung der Software auf die neue fachliche Vorgabe einer Gültigkeit von 90 Tagen noch nicht erfolgt. Damit sei die Antragstellerin bereits im Besitz des von ihr gewünschten Genesenenzertifikats mit einer Gültigkeitsdauer von sechs Monaten. Bei Verwendung der vom R.-K.-Institut vorgesehenen Überprüfungs-App („CovPAss Check“) würde nach wie vor beim Einscannen des digitalen Zertifikats das Ergebnis „gültig“ angezeigt. Der Antragstellerin drohten daher keine Nachteile. Daher fehle es am Rechtsschutzbedürfnis und am Anordnungsgrund.

56
Im Übrigen bestünden keine Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des § 2 Nr. 4 und Nr. 5 SchAusnahmV, insbesondere sei die Verkürzung des Genesenenstatus nicht verfassungswidrig. Im Infektionsschutzrecht gebe es keinen Bestands- oder Vertrauensschutz. Im Rahmen der Gefahrenabwehr seien stets die aktuellsten wissenschaftlichen Erkenntnisse zugrunde zu legen. Das Auftreten der besorgniserregenden und sich rasch verbreitenden Virusvariante Omikron habe zu einer Neubewertung der zeitlichen Fortdauer

des Genesenenstatus geführt, die wissenschaftlich begründet sei. Seien wegen bestehender Unwägbarkeiten der wissenschaftlichen Erkenntnislage die Möglichkeiten begrenzt, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, genüge es, sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten zu orientieren. Die dynamische Pandemiesituation rechtfertige eine Verweisung auf die Einschätzung des R.-K.-Instituts, dem im Bereich des Infektionsschutzes aus § 4 IfSG ersichtlich vom Gesetzgeber besondere Expertise eingeräumt worden sei.

57
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte Bezug genommen.

II.

58
Der Antrag hat mit dem Ausspruch der tenorierten vorläufigen Feststellung Erfolg.

59
1. Das Gericht legt den Antrag im wohlverstandenen Interesse der Antragstellerin gemäß §§ 133,157 BGB unter Beachtung der Grenzen des § 88 VwGO als Feststellungsantrag aus, gerichtet auf die vorläufige Feststellung, dass ihr Genesenenstatus wie im Genesenen-Zertifikat der EU ausgewiesen bis … April 2022 fortbesteht.

60
Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sehen weder die bundes- noch die landesrechtlichen Regelungen die Ausstellung einer landesbehördlichen Bescheinigung vor. Die 15. BayIfSMV verweist vielmehr zur Privilegierung von Genesenen ausschließlich auf die Vorschrift des § 2 Nr. 4 und 5 der SchAusnahmV. Nach der SchAusnahmV besteht der Genesenennachweis in dem durch einen die Vorgaben erfüllenden positiven Testnachweis, der nicht von einer Behörde, sondern einem Labor ausgestellt wird und keinen Verwaltungsakt darstellt. Der Ausstellung einer behördlichen Bescheinigung bedarf es nicht. Umgekehrt besteht auch kein Anspruch auf eine behördliche Bescheinigung und zwar weder aus § 2 Nr. 5 SchAusnahmV unmittelbar noch aus einer analogen Anwendung der Norm. Auch aus § 22 Abs. 6 IfSG oder aus Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c, Art. 7 Abs. 1 der VO (EU) 2021/953 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2021 (ABl. L 211/13) lässt sich der begehrte Anspruch nicht ableiten (BayVGH, B.v. 7.2.2022 - 20 CE 22.226 - Rn. 4 - noch nicht veröffentlicht; vgl. VG Köln, B.v. 8.11.2021 - 7 L 1768/21 - BeckRS 2021, 39786; VG Stade, B.v. 22.12.2021 - 6 B 1445/21 - BeckRS 2021, 42856; VG Berlin, B.v. 2.9.2021 - VG 14 L 512/21 - BeckRS 2021, 27268).

61
Das Rechtsschutzziel, die Geltungsdauer des Genesenennachweises gerichtlich klären zu lassen, kann jedoch mit einem Feststellungsbegehren erreicht werden. Nachdem die Antragstellerin über ein sechs Monate gültiges EU-Zertifikat über ihren Genesenenstatus verfügt, welches insbesondere für den europäischen Reiseverkehr von Bedeutung ist, ist im vorliegenden Fall ausschließlich die Frage klärungsbedürftig, wie lange der durch ein positives Testergebnis auf SARS-CoV-2 nachgewiesene Genesenenstatus auf nationaler Ebene gültig ist, damit die Antragstellerin in den Genuss der für Genesene geltenden Privilegierungen aus der 15. BayIfSMV kommt. Das hängt davon ab, ob sich die Verordnung zur Änderung der SchAusnahmV als rechtswidrig und damit unwirksam erweist mit der Folge, dass die ursprüngliche und für die Antragstellerin günstigere Fassung der SchAusnahmV an deren Stelle tritt. Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der einschlägigen Vorschriften der SchAusnahmV sind dabei vom Gericht inzident auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu prüfen. Im Falle einer Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht ist das Gericht befugt, die betroffenen Regelungen der SchAusnahmV im Sinne bloßer Nichtanwendung zu verwerfen, da es sich hierbei um eine im Rang unter formellen Gesetzen stehende Rechtsverordnung handelt (vgl. Maunz/Dürig/Dederer, 92. EL August 2020, GG Art. 100 Rn. 44).

62
2. Der so ausgelegte Antrag ist zulässig.

63
2.1. Der Antrag auf vorläufige Feststellung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gemäß § 123 VwGO ist statthaft, insbesondere ist im vorliegenden Fall nicht etwa § 47 Abs. 6 VwGO als lex specialis vorrangig (BayVGH, B.v. 18.06.2020 - 20 CE 20.1388 - Rn. 4 juris; Sodan/Ziekow, § 123 VwGO Rn.40 f., Beck OK VwGO, § 123 Rn.16; Fehling/Kastner/Stürmer, § 123 VwGO Rn.22), da die Antragstellerin nicht die

Ungültigkeit einer im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschrift begehrt. Soweit der Rechtsstreit an Vorschriften der 15. BayIfSMV als landesgesetzlicher Rechtsverordnung zu messen ist, ist der Antrag nicht auf deren Ungültigkeit gerichtet, sondern wirft eine Auslegungsfrage auf. Der Antragstellerin geht es um Teilhabe an den für Genesene geltenden Privilegien und nicht um die Außerkraftsetzung der diese Privilegierung ermöglichenden landesrechtlichen Normen. Soweit die Argumentation der Antragstellerin darauf gerichtet ist, die Änderungsfassung der SchAusnahmV des Bundes sei verfassungswidrig und daher unwirksam, zielt dies auf eine Bundesverordnung, für die eine Normenkontrolle nach § 47 VwGO nicht vorgesehen ist, sondern die wie oben erörtert der inzidenten Kontrolle durch das Verwaltungsgericht unterliegt.

64
2.2. Es besteht ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis gegenüber dem zuständigen Gesundheitsamt als derjenigen Behörde, die mit der Normanwendung der infektionsschutzrechtlichen Vorschriften in Bayern betraut ist (§ 54 Satz 1 IfSG, § 65 ZustV, Art. 9 Abs. 1 Satz 1 GO), und nicht etwa gegenüber dem Normgeber der BayIfSMV (vgl. BVerwG, U.v. 28.1.2010 - 8 C 19/09 - juris Rn. 29; U.v. 23.8.2007 - 7 C 2/07 - juris Rn. 22; BayVGH, B. v. 26.8.2020 - 20 CE 20.1806 - Rn. 14; Happ in Eyermann, 15. Aufl. 2019, VwGO § 43 Rn. 45 m.w.N.). Ob eine Rechtsschutzmöglichkeit (daneben auch) gegenüber der Bundesrepublik Deutschland als Trägerin der Bundesregierung als Normgeberin der SchAusnahmV besteht, bedarf keiner Vertiefung, da ein solcher Antrag weder gestellt wurde noch gegenüber dem vorliegenden Antrag vorrangig wäre. Vielmehr erscheint es sachnäher, den Antrag gegen den Träger derjenigen Behörde, die mit der Anwendung der 15. BayIfSMV betraut ist, zu richten. Denn erst aus der Landesverordnung folgen die Einschränkungen, die an die in der SchAusnahmV verankerte Statusdefinition anknüpfen und die sich der Landesverordnungsgeber durch Verweis auf die entsprechende Vorschrift zu eigen gemacht hat.

65
2.3. Das Rechtsverhältnis ist auch streitig, da das mit der Normanwendung betraute zuständige Landratsamt sich nach Ablauf einer ausreichenden Frist auf das Schreiben der Antragstellerin vom … Februar 2022 zunächst nicht geäußert hat und jedenfalls im vorliegenden Eilverfahren der Rechtsauffassung der Antragstellerin entgegengetreten ist.

66
2.4. Es besteht auch ein berechtigtes Feststellungsinteresse, § 43 Abs. 1 VwGO, soweit es sich um eine in die Zukunft gerichtete Feststellung und somit um eine vorbeugende Feststellungsklage handelt. Im Hinblick auf die Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) und die Grundrechtsrelevanz der begehrten Feststellung ist es der Antragstellerin nicht zuzumuten, ein gegebenenfalls drohendes Bußgeldverfahren, vgl. § 17 Nr. 3 der 15. BayIfSMV, abzuwarten bzw. gegenüber den für eine 2G- oder 3G-Zugangskontrolle verantwortlichen Personen die Gültigkeit des Genesenennachweises durchzusetzen oder zu erstreiten.

67
2.5. Dem Antrag fehlt auch nicht etwa deswegen das Rechtsschutzbedürfnis, weil die Antragstellerin über ein digitales COVID-Zertifikat der EU verfügt, welches einen Gültigkeitszeitraum von sechs Monaten ausweist. Nach derzeitiger Rechtslage gilt es zu unterscheiden zwischen der unionsrechtlichen und der nationalen Gültigkeitsdauer eines Genesenennachweises (siehe unten). Die Tatsache, dass der den unionsrechtlichen Anforderungen genügende Genesenennachweis teilweise auch im nationalen Verkehr - fälschlicherweise - als gültig anerkannt wird, lässt das Rechtsschutzbedürfnis nicht entfallen.

68
3. Der Antrag ist auch begründet.

69
3.1. Nach § 123 VwGO kann das Gericht, auch schon vor Klageerhebung, 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 Antragspartei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Dabei hat die Antragspartei sowohl die Dringlichkeit einer Regelung (Anordnungsgrund) als auch das Bestehen eines zu sichernden Rechts (Anordnungsanspruch) zu

bezeichnen und glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 1 und 2, 294 Zivilprozessordnung - ZPO). Der Antrag kann nur Erfolg haben, wenn und soweit sich sowohl Anordnungsanspruch als auch -grund aufgrund der Bezeichnung und Glaubhaftmachung als überwiegend wahrscheinlich erweisen (BayVGH, B.v. 16.8.2010 - 11 CE 10.262 - juris Rn. 20 m.w.N.). Maßgeblich sind die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts.

70
3.2. Das Gericht kann grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen, es sei denn, eine bestimmte Regelung ist zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz - GG) schlechterdings notwendig. Das ist dann der Fall, wenn die sonst zu erwartenden Nachteile für die Antragspartei unzumutbar und im Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären und ein Obsiegen der Antragspartei mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Im vorliegenden Fall nimmt die begehrte Feststellung der fortdauernden Gültigkeit des Genesenennachweis bis zum … April 2022 eine Hauptsacheklage voraussichtlich vollständig vorweg, da in der Kürze der Zeit mit einer gerichtlichen Hauptsacheentscheidung nicht gerechnet werden kann.

71
Die für eine Vorwegnahme der Hauptsache geltenden besonderen Anforderungen an Anordnungsgrund (3.3.) und Anordnungsanspruch (3.4.) sind im vorliegenden Fall erfüllt.

72
3.3. Ein hinreichend gewichtiger und damit auch die Vorwegnahme der Hauptsache rechtfertigender Anordnungsgrund ist glaubhaft gemacht.

73
Der Genesenenstatus ist Voraussetzung für die Teilnahme an vielen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens. Ohne die beantragte Fortgeltung des Genesenennachweises hat die Antragstellerin schwere und irreversible Nachteile zu erleiden. Die 15. BayIfSMV (BayMBl. 2021 Nr. 816), zuletzt geändert durch Verordnung vom 16. Februar 2022 (BayMBl. 2022 Nr. 115), sieht aktuell für Personen, die weder genesen noch geimpft im Sinne von § 2 Nr. 2 und Nr. 4 SchAusnahmV sind, weiterhin Einschränkungen vor, insbesondere Kontaktbeschränkungen für private Zusammenkünfte (§ 3 der 15. BayIfSMV), Zugangsverbote im Bereich der 2G-Regel u.a. für Gastronomie, Beherbergungswesen, Kulturveranstaltungen sowie Freizeitveranstaltungen (§ 4 der 15. BayIfSMV). Auch wenn die zusammenfassend als „Lockdown für Ungeimpfte“ zu bezeichnenden Beschränkungen für Personen, die weder geimpft noch genesen sind, zuletzt leicht gelockert wurden, wiegen die verbleibenden Beschränkungen der Teilnahme am gesellschaftlichen und sozialen Leben schwer. Die Antragstellerin ist dadurch unmittelbar in der Ausübung ihrer Freiheitsrechte (insbesondere allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG) beschränkt. Aufgrund der weiter bestehenden allgemeinen und allumfassenden Beschränkungen der Freiheitsrechte für Ungeimpfte bzw. nicht mehr Genesene ist der Anordnungsgrund auch ohne die Bezeichnung konkreter Lebensbereiche, in denen das Genesenenzertifikat zum Einsatz kommen soll, ausreichend glaubhaft gemacht.

74
3.4. Die Antragstellerin hat auch mit dem für eine Vorwegnahme der Hauptsache erforderlichen Grad an Wahrscheinlichkeit einen Anordnungsanspruch auf die Feststellung der Fortgeltung ihres Genesenennachweises bis … April 2022 glaubhaft gemacht, da Überwiegendes dafür spricht, dass die Verkürzung der Geltungsdauer des Genesenennachweises von sechs Monaten auf 90 Tage durch die Verordnung zur Änderung der SchAusnahmV vom 14. Januar 2022 rechtswidrig ist (so auch VG Ansbach, B.v. 11.2.2022 - AN 18 S 22.00234; VG Osnabrück, B.v. 4.2.2020 - 3 B 4/22 - juris; VG Hamburg, B.v. 14.2.2022 - 14 E 414/22; VG Berlin, B.v. 16.02.2022; VG 14 L 24/22; andere Ansicht: VG Dresden, B.v. 14.02.2022, 6 L 97/22; VG Gelsenkirchen, B.v. 15.02.2022, 2 L 143/22).

75
3.4.1. Die Rechtslage in Bezug auf den Genesenennachweis stellt sich derzeit folgendermaßen dar:

76
Die 15. BayIfSMV in der aktuellen Fassung privilegiert insbesondere in §§ 3 und 4 Personen, die im Sinne des § 2 Nr. 4 SchAusnahmV genesen sind. § 2 Nr. 4 SchAusnahmV definiert eine genesene Person als eine asymptomatische Person, die im Besitz eines auf sie ausgestellten Genesenennachweises ist. Ein

Genesenennachweis ist laut § 2 Nr. 5 SchAusnahmV in der Fassung der Änderungsverordnung vom 14. Januar 2022 ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens eines durch vorherige Infektion erworbenen Immunschutzes gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, wenn der Nachweis den vom R.-K.-Institut im Internet unter der Adresse www.rki.de/covid-19-genesenennachweis veröffentlichten Vorgaben entspricht.

77
Durch den Verweis auf die SchAusnahmV macht sich die 15. BayIfSMV diese Definition zu eigen. Nachdem der Verweis allgemein formuliert ist und nicht eine bestimmte Fassung der SchAusnahmV in Bezug nimmt, ist mangels anderweitiger Anhaltspunkte davon auszugehen, dass es sich um eine dynamische Verweisung handelt, d. h. um eine Verweisung auf die jeweils aktuell gültige Fassung der SchAusnahmV (BayVGH, B.v. 3.2.2022 - 20 NE 22.240 - S. 6). Auch wenn der Verweis dem Wortlaut nach nur § 2 Nr. 4 SchAusnahmV in den Blick nimmt, so ist nach Sinn und Zweck der Regelung auch § 2 Nr. 5 SchAusnahmV von der Verweisung erfasst, da andernfalls die Definition einer genesenen Person unvollständig bliebe. § 2 Nr. 5 SchAusnahmV definiert in der geänderten Fassung die Anforderungen an den Genesenennachweis und seine Gültigkeitsdauer nicht mehr selbst, sondern verweist ebenfalls im Wege einer dynamischen Verweisung auf die Internetseite des R.-K.-Instituts. Nach den auf der Internetseite veröffentlichten Vorgaben des R.-K.-Instituts gilt der Genesenennachweis seit dem Stichtag 15. Januar 2022 anders als zuvor nicht mehr sechs Monate, sondern nur noch 90 Tage. Die Änderung der Gültigkeitsdauer wurde weder vorher angekündigt noch ist eine Übergangsfrist vorgesehen. § 2 Nrn. 4 und 5 SchAusnahmV ist die zentrale Definitionsnorm des Bundes, auf die sich die Bundesländer bei der Regelung ihrer Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung stützen. Die Änderung hat daher eine direkte Auswirkung auf die Rechtspositionen der betroffenen Bürger.

78
Vom Genesenennachweis nach § 2 Nr. 5 SchAusnahmV zu unterscheiden ist das COVID-Zertifikat über den Genesenenstatus der Europäischen Union auf Grundlage der Verordnung (EU) 2021/953 des europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2021 über einen Rahmen für die Ausstellung, Überprüfung und Anerkennung interoperabler Zertifikate zur Bescheinigung von COVID-19-Impfungen und -Tests sowie der Genesung von einer COVID-19-Infektion (digitales COVID-Zertifikat der EU) mit der Zielsetzung der Erleichterung der Freizügigkeit während der COVID-19-Pandemie (Amtsblatt der Europäischen Union vom 15.6.2021, L 211/1) sowie der Delegierten Verordnung (EU) 2021/2288 der Kommission vom 21. Dezember 2021 (Amtsblatt der Europäischen Union vom 22.12.2021, L 458/459). Das Genesenen-Zertifikat der EU ist unabhängig von § 2 Nr. 5 SchAusnahmV unverändert für die Dauer von 180 Tagen gültig.

79
3.4.2. Das Gericht hat durchgreifende Zweifel an der Rechtmäßigkeit und damit an der Anwendbarkeit von § 2 Nr. 4 und 5 SchAusnahmV in der Fassung der Änderungsverordnung vom 14. Januar 2022 auf den hier vorliegenden Fall.

80
3.4.2.1. Mit hoher Wahrscheinlichkeit verletzt die getroffene Regelung den auf dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG beruhenden Wesentlichkeitsgrundsatz.

81
Nach dem durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägten Wesentlichkeitsgrundsatz hat der Gesetzgeber staatliches Handeln in grundlegenden Bereichen durch förmliches Gesetz zu legitimieren und alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BVerfG, B. v. 28.10.1975 - 2 BvR 883/73 u. a. - NJW 1976, S. 34 f.). Dabei umfasst der Wesentlichkeitsgrundsatz nicht nur die Reichweite des Gesetzesvorbehalts, sondern auch seine inhaltlichen Anforderungen (VG Ansbach, B.v. 11.2.2022 - AN 18 S 22.00234 - S. 12; Grzeszick in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 95. EL Juli 2021, Art. 20 Rn. 106; Huster/Rux in BeckOK, Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 49. Edition Stand: 15.11.2021, Art. 20 Rn. 179).

82
Wie oben ausgeführt stellt sich der Genesenennachweis in der momentanen Phase der Pandemiebekämpfung als Grundvoraussetzung für die unbeschränkte Teilhabe am öffentlichen Leben dar. Ohne Genesenennachweis unterliegen ungeimpfte genesene Personen einschneidenden Verboten und Beschränkungen und sind in der Ausübung ihrer Freiheitsrechte erheblich eingeschränkt. Dem

Genesenennachweis kommt daher eine grundlegende und damit wesentliche Bedeutung für die Ausübung von Grundrechten zu. Dies gilt umso mehr als sich die Bundesländer darauf geeinigt haben, bundesweit einheitlich ihre Maßnahmen an dieser Definition auszurichten (vgl. Bund-Länder-Beratungen zum Thema Impfen am 26.04.2021, https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/erleichterungen-fuer-geimpfte-genesene-getestete-1897760). Gleichwohl hat der parlamentarische Gesetzgeber selbst keine inhaltlichen Anforderungen an einen Genesenennachweis formuliert, sondern mit § 28c Satz 3 IfSG die Bundesregierung zum Verordnungserlass unter dem Vorbehalt der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat ermächtigt. Ob die Verordnungsermächtigung ihrerseits gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz verstößt, ist eine schwierige Rechtsfrage, deren Klärung dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben muss. Durch den Zustimmungsvorbehalt ist zumindest sichergestellt, dass die Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber legitimiert wurde.

83
Problematisch erscheint allerdings die weitere Delegation durch die geänderte Fassung des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV auf das R.-K.-Institut, da mit der Subdelegation, abgesehen von der pauschalen Anforderung, dass der aktuelle Stand der medizinischen Wissenschaft zu berücksichtigen sei, keine näheren inhaltlichen Vorgaben für den Genesenennachweis getroffen werden, sondern diese Entscheidung allein dem R.-K.-Institut überlassen wird. Mit dieser Regelungstechnik hat der Verordnungsgeber die ihm unter dem Vorbehalt der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat übertragene und für die Verwirklichung von Grundrechten essentielle Entscheidung, wer als genesen gilt, aus der Hand gegeben.

84
Die Regelung führt dazu, dass allein die wissenschaftlich-fachliche Einschätzung des R.-K.-Instituts mit sofortiger Außenwirkung rechtlich verbindlich wird. Damit haben sich Gesetzgeber bzw. Verordnungsgeber auch der Möglichkeit begeben, Grundrechtseingriffe durch die Festlegung von Übergangsfristen abzumildern, die es den Betroffenen ermöglichen würden, rechtzeitig Vorsorge zu treffen, indem sie sich etwa beizeiten um einen Impftermin bemühen. Es ist nicht Aufgabe des R.-K.-Instituts, sondern des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes über gegebenenfalls erforderliche Übergangsfristen zu befinden.

85
3.4.2.2. Zudem verstößt die aktuelle Fassung des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV mit hoher Wahrscheinlichkeit gegen die aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abzuleitenden Gebote der Normenklarheit und der Bestimmtheit.

86
Eine Norm muss so gefasst sein, dass der Betroffene die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelungen so erkennen kann, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag. Die Anforderungen an Bestimmtheit und Klarheit der Norm erhöhen sich, wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage die Betätigung von Grundrechten erschwert (BVerfG, B.v. 3.3.2004 - 1 BvF 3/92 - juris Rn. 103).

87
Diesen Anforderungen wird § 2 Nr. 5 SchAusnahmV in der geänderten Fassung vom 14. Januar 2022 unter Berücksichtigung der hohen Grundrechtsrelevanz der Regelung nicht gerecht. Der Kreis der Betroffenen umfasst im vorliegenden Fall nicht nur die Genesenen selbst, sondern auch die für die Kontrolle des Genesenenstatus verantwortlichen Personen, da sie sich ordnungswidrig verhalten, wenn sie Personen Zugang gewähren, deren Genesenenzertifikat nicht mehr gültig ist (vgl. § 14 Nr. 3 der 15. BayIfSMV). Die Betroffenen müssen sich, da sich der Inhalt der Internetseite des R.-K.-Instituts ohne vorgeschaltetes Rechtsetzungsverfahren jederzeit ändern lässt, nun ständig überprüfen, ob sich die fachlichen Vorgaben auf der Internetseite geändert haben, um über die Rechtslage informiert zu bleiben (VG Ansbach, B.v. 11.2.2022 - AN 18 S 22.00234; VG Osnabrück, B.v. 4.2.2020 - 3 B 4/22 - juris Rn. 20; VG Hamburg, B.v. 14.2.2022 - 14 E 414/22).

88
Die Änderung der Gültigkeitsdauer des Genesenennachweises ohne Übergangsfrist führt zu erheblichen Unklarheiten bei der Rechtsanwendung im täglichen Leben, insbesondere, weil die Änderung bei der Erstellung digitaler Nachweise nicht zeitnah umgesetzt werden konnte. Dazu kommt, dass die vom R.-K.-Institut zur Verfügung gestellte Überprüfungs-App („CovPass Check“) zur Kontrolle der nationalen Gültigkeit

des Genesenennachweises nicht mehr tauglich ist, weil die Verkürzung, die nur auf nationaler Ebene gilt, insoweit nicht umgesetzt wurde. In der Folge kursieren im täglichen Leben digitale Zertifikate, meist in Form von EU-Zertifikaten, die nicht den national geltenden aktuellen Vorgaben entsprechen und als solche von den Betroffenen schlicht nicht als ungültig erkennbar sind. Sowohl den genesenen Personen als auch den für die Kontrolle von Nachweisen verantwortlichen Privatpersonen (u.a. Gastwirte, Sicherheitspersonal) kann nicht abverlangt werden, im Rahmen der ihnen obliegenden eigenständigen Prüfung die eingangs dargestellten komplexen rechtlichen Vorgaben zu überprüfen, die auf nationaler Ebene anders zu beurteilen sind als auf unionsrechtlicher Ebene. Dazu kommt, dass der vom R.-K.-Institut auf der Internetseite ergänzte Hinweis auf Regelungen für Personen, die einmal geimpft und genesen sind, schon für rechtskundige Personen nur nach entsprechender Einarbeitung nachvollziehbar ist und von der Mehrheit der rechtsunkundigen Betroffenen nicht mehr verstanden werden dürfte. Gerade auf rechtlichen Laien lastet aber die Kontrolle von Zertifikaten.

89
Vor diesem Hintergrund ist eine hinreichend klare Regelung der besonders grundrechtsrelevanten Frage des Genesenenstatus derzeit nicht mehr gegeben. Die Änderungsverordnung ist im Hinblick auf die Verkürzung des Genesenenstatus mit hoher Wahrscheinlichkeit rechtswidrig und daher auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden.

90
3.4.2.3. Davon ausgehend kommt es nicht mehr entscheidungserheblich darauf an, ob sich die vorgenommene Änderung auch in materiell-rechtlicher Hinsicht als fehlerhaft erweist, insbesondere, ob die vom R.-K.-Institut hierzu gegebene wissenschaftliche Begründung die Reduzierung der Geltungsdauer des Genesenenstatus trägt. Das Gericht weist gleichwohl - ohne die Entscheidung tragend hierauf zu stützen - darauf hin, dass an der Tragfähigkeit der wissenschaftlichen Begründung in der derzeitigen Fassung Zweifel bestehen.

91
Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt dem Gesetzgeber bei der Gestaltung von Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu. Allerdings müssen sich die getroffenen Maßnahmen auf hinreichend tragfähige tatsächliche und wissenschaftlichen Erkenntnisse stützen können (BVerfG, B. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21 u.a. - juris Rn. 145, 170, 177).

92
Die fachliche Begründung, wie sie den in der SchAusnahmV in Bezug genommenen Internetseiten von R.-K.-Institut (www.rki.de/covid-19-genesenennachweis, s. Wiedergabe im Tatbestand) und P.-E.-Institut (www.pei.de/impfstoffe/covid-19, zuletzt abgerufen am 21.2.2022) zu entnehmen ist, ist lückenhaft. Sie erläutert nicht, warum die Bewertung der Ansteckungsgefahr im Hinblick auf länger als drei Monaten Genesene auf der einen Seite und vollständig Geimpften, deren zweite Impfung teils schon länger als ein Jahr zurückliegt, auf der anderen Seite derart unterschiedlich ausfällt, dass die Genesenen nur für drei Monate, die zweifach Geimpften jedoch zeitlich unbegrenzt über einen privilegierten Status verfügen.

93
Das R.-K.-Institut entscheidet über den Genesenenstatus (§ 2 Nr. 5 SchAusnahmV) allein und ist zudem an der Entscheidung des P.-E.-Instituts über den Impfstatus beteiligt (Entscheidung „im Benehmen“ mit dem P.-E.-Institut, § 2 Nr. 3 SchAusnahmV). Nach den zur Begründung des Genesenenstatus aufgeführten Studien ist sowohl bei Genesenen als auch bei vollständig Geimpften eine sog. Immunflucht im Hinblick auf die Omikron-Variante festzustellen. Gleichwohl fällt die Risikoeinschätzung bezüglich der Gefahr der Virusübertragung für beide Gruppen gänzlich unterschiedlich aus, ohne dass dies näher begründet würde. Vor dem Hintergrund, dass vollständig geimpfte Personen ohne „Boosterimpfung“ kaum vor Ansteckung mit der Omikron-Variante geschützt sind, erscheint es erklärungsbedürftig, dass diese gleichwohl auch ohne „Boosterimpfung“ zeitlich unbegrenzt als geimpft gelten. Soweit die Verkürzung des Genesenenstatus dem Zweck dienen sollte, die Impfbereitschaft zu erhöhen, läge darin eine politische Entscheidung, deren Zulässigkeit im vorliegenden Verfahren nicht näher zu untersuchen ist. Denn jedenfalls ist das R.-K.-Institut als wissenschaftliche Fachbehörde nicht zu politischen Erwägungen berufen, sondern auf rein fachwissenschaftliche Erwägungen beschränkt. Eine hinreichende fachwissenschaftliche Begründung der

divergierenden Risikoeinschätzung von (seit längerer Zeit) vollständig Geimpften und vor 3 Monaten Genesenen vermag das Gericht derzeit nicht zu erkennen.

94
Die Verkürzung des Genesenenstatus erscheint zudem inhaltlich nicht passgenau mit den Empfehlungen der (beim R.-K.-Institut angesiedelten) Ständigen Impfkommission (STIKO) und dem P.-E.-Institut abgestimmt. Die STIKO empfiehlt eine einmalige Impfung mit einem Abstand von mindestens drei Monaten zur durchgemachten SARS-CoV-2-Infektion (Epidemiologisches Bulletin 2/2022 vom 13. Januar 2022, S. 17,https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2022/Ausgaben/02_22.pdf; u.a. als Quelle für die zeitliche Verkürzung des Genesenenstatus zitiert). Ein vollständiger Impfschutz liegt nach den maßgeblichen Vorgaben des P.-E.-Instituts (www.pei.de/impfstoffe/covid-19, zuletzt abgerufen am 21.02.2022) allerdings erst 14 Tage nach der letzten Einzelimpfung vor, so dass sich ein impfwilliger Genesener, um ohne zeitliche Lücke vom Status „genesen“ in den Status „geimpft“ zu wechseln und einen privilegierten Status zu behalten, sich schon vor Ablauf der von der STIKO empfohlenen drei Monate impfen lassen müsste. Angesichts der möglichen rechtlichen Konsequenzen von Impfungen, welche außerhalb der Impfempfehlungen der STIKO vorgenommen wurden, z.B. möglicher Verlust von Versorgungsansprüchen nach § 60 IfSG bei Impfschäden, erscheint das für die Betroffenen nicht ohne Weiteres zumutbar.

95
3.5. Nach alledem geht das Gericht davon aus, dass die Verkürzung des Genesenenstatus von sechs Monaten auf 90 Tage durch die Änderungsverordnung vom 14. Januar 2022 rechtswidrig ist und auf den vorliegenden Fall keine Anwendung findet.

96
Die Nichtanwendbarkeit der Änderungsfassung der SchAusnahmV hat nicht etwa die Unwirksamkeit der §§ 3 und 4 der 15. BayIfSMV zur Folge, denn weder der 15. BayIfSMV noch anderen Umständen kann entnommen werden, dass der Antragsgegner nur auf eine bestimmte Fassung der SchAusnahmV verweisen wollte. Es liegt vielmehr auf der Hand, dass auf die jeweils rechtswirksame Fassung der Verordnung verwiesen werden sollte (BayVGH, B.v. 3.2.2022 - 20 NE 22.240 noch nicht veröffentlicht). Die Antragstellerin hat daher gegenüber dem Antragsgegner einen Anspruch auf die Feststellung, dass für sie unter Zugrundelegung von § 2 Nrn. 4 und 5 SchAusnahmV in der vorangegangenen Fassung vom 8. Mai 2021 ihr Genesenennachweis sechs Monate gültig ist.

97
4. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 1 VwGO.

98
5. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG i.V.m. Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Da das vorliegende Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung abzielt, erscheint eine Anhebung des Streitwerts auf der Grundlage von Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die Höhe des für das Hauptsacheverfahren anzunehmenden Streitwerts angebracht.