

**Titel:**

**Eilantrag gegen Testpflicht von Schülerinnen und Schülern**

**Normenketten:**

VwGO § 47 Abs. 6

15. BayIfSMV § 3, § 4, § 5, § 12 Abs. 2 S. 1

GG Art. 80 Abs. 1

SchAusnahmV § 3, § 4 Abs. 3

IfSG § 28a Abs. 7 S. 1 Nr. 4, Abs. 1 Nr. 16, § 28c, § 32, § 33 Nr. 3

**Leitsätze:**

1. Mit den entsprechenden Normen des IfSG ist eine den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 GG entsprechende gesetzliche Grundlage gegeben, wonach auch an Schulen Zugangsbeschränkungen rechtmäßig sind, die an die Vorlage eines Testnachweises anknüpfen. (Rn. 12) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die Frage, ob der Landesverordnungsgeber in Abweichung von § 3 Abs. 2 Satz 1 SchAusnahmV (Gleichstellung von geimpften und genesenen Personen mit getesteten Personen) eine Testverpflichtung für geimpfte und genesene Schülerinnen und Schüler normieren konnte und die Frage, ob sich die in § 4 Abs. 3 Satz 2 SchAusnahmV normierte Testnachweispflicht auch für geimpfte und genesene Personen als eigenständige Schutzmaßnahme auf den schulischen Bereich ohne weiteres übertragen lässt, berührt komplexe Rechtsfragen der Verflechtung bundes- und landesrechtlicher Regelungen und muss einem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. (Rn. 14 – 16) (redaktioneller Leitsatz)

3. Bei der bei offenen Erfolgsaussichten gebotenen Folgenabwägung erscheint eine Außervollzugsetzung der angegriffenen Testpflichtregelung für Schülerinnen und Schüler jedenfalls nicht „dringend geboten“, da die Belastungsintensität regelmäßiger Testungen als verhältnismäßig gering einzuschätzen ist und regelmäßige Testungen insgesamt zu einer Verlangsamung des Infektionsgeschehens beitragen bzw. auch die Weiterverbreitung von Infektionen verhindern. (Rn. 19) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Corona-Pandemie, Testnachweispflicht für geimpfte und genesene Personen (hier: Schulen), offene Erfolgsaussichten, Folgenabwägung, Normenkontrollantrag, unverhältnismäßige Freiheitseinschränkungen, Ungleichbehandlungen, indirekter Impfzwang, Belastungsintensität, regelmäßige Testungen

**Fundstelle:**

BeckRS 2022, 3074

**Tenor**

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 20.000,00 EUR festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Der Antragsteller, der die 11. Jahrgangsstufe eines Gymnasiums in Bayern besucht, ist nach eigenem Vortrag nicht gegen COVID-19 geimpft und beantragt im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO die vorläufige Außervollzugsetzung der §§ 3, 4, 5 sowie § 12 Abs. 2 Satz 1 der Fünfzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (15. BayIfSMV) vom 23. November 2021 (BayMBI. 2021 Nr. 816), zuletzt geändert durch Änderungsverordnung vom 8. Februar 2022 (BayMBI. 2022 Nr. 89), die mit Ablauf des 23. Februar 2022 außer Kraft tritt (§ 18 15. BayIfSMV).

2

Er trägt zur Begründung vor, durch die angegriffenen Bestimmungen sowohl als Schüler als auch im allgemeinen Leben unangemessen benachteiligt und diskriminiert zu werden. Auch wende er sich dagegen, als gesunder Mensch einer Testpflicht unterworfen zu werden, deren einziger Sinn darin bestehe, einen indirekten Impfwang auszuüben. Bei den angegriffenen „2G“- und „3G“-Regelungen handele es sich um unverhältnismäßige Freiheitseinschränkungen und verfassungswidrige Ungleichbehandlungen, die einen indirekten Impfwang ausübten, ohne dass ein solcher angesichts der Eingriffsschwere und der derzeitigen Gefahrenlage gerechtfertigt wäre.

### 3

Mit Schreiben vom 10. Januar 2022 hat der Senat den Antragsteller auf seine Beschlüsse vom 8. Dezember 2021 (20 NE 21.2821), 21. Dezember 2021 (20 NE 21.2946) und vom 22. Dezember 2021 (20 NE 21.3083) hingewiesen. Eine Äußerung dazu erfolgte seitens des Antragstellers nicht.

### 4

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten Bezug genommen.

### II.

### 5

Der zulässige Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO hat in der Sache keinen Erfolg.

### 6

1. Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen oder noch zu erhebenden Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 12; zustimmend OVG NW, B.v. 25.4.2019 - 4 B 480/19.NE - NVwZ-RR 2019, 993 - juris Rn. 9). Dabei erlangen die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Eilverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Normen befristet und je geringer damit die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag noch vor dem Außerkrafttreten der Normen ergehen kann.

### 7

Ergibt die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist (BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 12).

### 8

Lassen sich die Erfolgsaussichten dagegen nicht absehen, ist im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden. Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung nicht erginge, der Normenkontrollantrag aber später Erfolg hätte und die Folgen, die entstünden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung erlassen würde, der Normenkontrollantrag aber später erfolglos bliebe. Die für eine einstweilige Außervollzugsetzung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, also so schwer wiegen, dass sie - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - „dringend geboten“ ist (§ 47 Abs. 6 VwGO, vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - juris Rn. 12).

### 9

2. Nach diesen Maßstäben liegen die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO im Ergebnis im Hinblick auf keine der angegriffenen Normen vor. Die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags in der Hauptsache (20 N 21.2724) nach § 47 Abs. 1 VwGO sind bei der im Eilverfahren möglichen Prüfungsdichte als offen anzusehen (dazu a und b). Bei der danach

vorzunehmenden Folgenabwägung überwiegen die für eine Außervollzugsetzung sprechenden Gründe das Normvollziehungsinteresse jedenfalls nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit (c).

## 10

a) Soweit sich der Antrag gegen die §§ 3 bis 5 15. BayIfSMV richtet, wird zur Begründung offener Erfolgsaussichten der Hauptsache zur Vermeidung von Wiederholungen umfassend auf die Entscheidungen des Senats vom 21. Dezember 2021 (20 NE 21.2946 - juris Rn. 28 ff.), vom 22. Dezember 2021 (20 NE 21.3083 - juris Rn. 15 ff.) und vom 21. Januar 2022 (20 NE 22.69 - juris Rn. 23 ff.) Bezug genommen; rechtliche und/oder tatsächliche Anhaltspunkte, die eine hiervon abweichende Beurteilung rechtfertigen würden, sind bei summarischer Prüfung nicht erkennbar.

## 11

b) Auch die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags gegen § 12 Abs. 2 Satz 1 15. BayIfSMV sind derzeit nicht hinreichend abzusehen.

## 12

aa) Einerseits existiert mit § 32 i.V.m. § 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 4, Abs. 1 Nr. 16 i.V.m. § 33 Nr. 3 IfSG für die angegriffene Vorschrift eine geeignete, den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 GG entsprechende gesetzliche Grundlage. Nach der Grundentscheidung des Bundesgesetzgebers sind danach auch an Schulen Zugangsbeschränkungen möglich, die an die Vorlage eines Testnachweises anknüpfen. Auch die weiteren einfachgesetzlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage, insbesondere aus § 28a Abs. 7 Satz 3 i.V.m. Abs. 3 und Abs. 5 IfSG, sind - insbesondere unter Berücksichtigung der aktuellen Risikobewertung des Robert Koch-Instituts vom 14. Januar 2022 (abrufbar unter [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html?jsessionid=99E667A65A80BABAC9CC40A5D612AD09.internet051?nn=13490888](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html?jsessionid=99E667A65A80BABAC9CC40A5D612AD09.internet051?nn=13490888)) gegenwärtig aller Voraussicht nach erfüllt (vgl. zuletzt BayVGh, B.v. 21.1.2022 - 20 NE 22.69 - juris Rn. 26; B.v. 19.1.2022 - 20 NE 21.3119 - BeckRS 2022, 272 Rn. 18).

## 13

bb) Andererseits ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Testnachweiserfordernis ausdrücklich für alle Schülerinnen und Schüler „unabhängig von ihrem Impf- oder Genesenenstatus“ gilt und - weil und soweit es geimpfte und genesene Schüler i.S.d. § 2 Nr. 2 und Nr. 4 SchAusnahmV einschließt - fraglich erscheint, ob die angegriffene Norm insgesamt mit § 3 SchAusnahmV und damit mit höherrangigem Recht vereinbar ist.

## 14

Nach § 3 Abs. 1 SchAusnahmV sind geimpfte und genesene Personen getesteten Personen im Hinblick auf Ausnahmen von landesrechtlichen Ge- und Verboten grundsätzlich gleichgestellt; landesrechtlich geregelte Testerfordernisse gelten daher im Fall von geimpften und genesenen Personen ausdrücklich als erfüllt (§ 3 Abs. 2 Satz 1 SchAusnahmV). Zwar können - abweichend davon - nach § 3 Abs. 2 Satz 2 SchAusnahmV (i.V.m. § 28c Satz 2 IfSG) landesrechtliche Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen für geimpfte und genesene Personen an das zusätzliche Erfordernis eines negativen Testergebnisses geknüpft werden. Die damit vom Bund mit Wirkung zum 24. November 2021 geschaffene Grundlage für sog. „2Gplus“-Regelungen (vgl. Art. 1 Nr. 3b Buchst. a, Art. 20a Nr. 5 des Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze vom 22. November 2021, BGBl. 2021 I S. 4906 <4909/4915>; dazu BayVGh, B.v. 21.12.2021 - 20 NE 21.2946 - juris Rn. 47 ff.) dürfte jedoch bei schulpflichtigen Schülerinnen und Schülern im Hinblick auf die Teilnahme an Unterrichtsveranstaltungen nicht einschlägig sein. Dies gilt bereits deshalb, weil die Testung unabhängig vom Impfstatus erfolgt. Wenn es sich bei § 12 Abs. 2 Satz 1 15. BayIfSMV aufgrund des fehlenden Wahlrechts zwischen Distanz- und Präsenzunterricht für schulpflichtige Schülerinnen und Schüler zudem nicht nur um eine Testobliegenheit, sondern um eine (vollstreckbare) Testpflicht handeln sollte (so jedenfalls BayVGh, B.v. 7.1.2022 - 7 CS 21.3152 - BeckRS 2022, 179 Rn. 13 ff.), wäre die angegriffene Regelung eine Schutzmaßnahme eigener Art. Denn die - nicht zur Disposition stehende - Möglichkeit der Teilnahme am Präsenzunterricht wäre keine „Erleichterung oder Ausnahme“ von einer Schutzmaßnahme, weil ein Ausschluss vom Präsenzunterricht (als fiktive „Schutzmaßnahme“) gerade nicht in Betracht kommt. Damit wäre aber der Anwendungsbereich des § 3 Abs. 2 Satz 2 SchAusnahmV nicht eröffnet und fraglich, ob der Landesverordnungsgeber in Abweichung von § 3 Abs. 2 Satz 1 SchAusnahmV eine Testverpflichtung für geimpfte und genesene Schülerinnen und Schüler normieren konnte.

## 15

Auch die Sonderregelung des § 4 Abs. 3 Satz 2 SchAusnahmV, die eine Testnachweispflicht auch für geimpfte und genesene Personen als eigenständige Schutzmaßnahme ausdrücklich zulässt, dürfte sich auf den schulischen Bereich nicht ohne weiteres übertragen lassen, denn sie bezieht sich nur auf Schutzmaßnahmen zur Abwendung von Gefahren für aufgrund ihres Alters oder Gesundheitszustands besonders vulnerable Personen (§ 4 Abs. 3 Satz 1 SchAusnahmV). Das Fehlen einer entsprechenden Vorschrift für andere Bereiche dürfte vielmehr dafür sprechen, dass der Bundesverordnungsgeber eine vom Impf- und Genesenenstatus unabhängige Testpflicht im Allgemeinen wohl nicht für zulässig hält.

#### 16

Inwiefern sich hieraus Folgen für die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Norm ergeben, berührt jedoch komplexe Rechtsfragen der Verflechtung bundes- und landesrechtlicher Regelungen im Infektionsschutzrecht und muss einem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

#### 17

c) Nach der bei offenen Erfolgsaussichten gebotenen Folgenabwägung erscheint die Außervollzugsetzung der angegriffenen Regelung jedenfalls nicht „dringend geboten“ i.S.d § 47 Abs. 6 VwGO.

#### 18

aa) Soweit sich der Antrag gegen die §§ 3 bis 5 15. BayIfSMV richtet, wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Entscheidungen des Senats vom 21. Dezember 2021 (20 NE 21.2946 - juris Rn. 56), vom 22. Dezember 2021 (20 NE 21.3083 - juris Rn. 38) und vom 21. Januar 2022 (20 NE 22.69 - juris Rn. 34 ff.) Bezug genommen. Auch angesichts der aktuellen Risikobeurteilung des Robert Koch-Instituts vom 14. Januar 2022 (abrufbar unter [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html?jsessionid=C2BBE31CA81DB954344C2CB2AF0433C4.internet111?nn=13490888](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html?jsessionid=C2BBE31CA81DB954344C2CB2AF0433C4.internet111?nn=13490888)) führt eine Folgenabwägung zu keinem abweichenden Ergebnis.

#### 19

bb) Soweit sich der Antrag gegen § 12 Abs. 2 Satz 1 15. BayIfSMV richtet, geht eine Folgenabwägung ebenfalls zum Nachteil des Antragstellers aus. Erginge die beantragte einstweilige Anordnung nicht, hätte der Normenkontrollantrag in der Hauptsache aber Erfolg, hätten die Normadressaten durch den Vollzug der angegriffenen Regelung die damit möglicherweise verbundenen Nachteile - die regelmäßige Erbringung von Testnachweisen - weiter hinzunehmen. Dabei ist bei der gebotenen generalisierenden Folgenbetrachtung allerdings zu berücksichtigen, dass die Belastungsintensität regelmäßiger Testungen nach Auffassung des Senats insgesamt als verhältnismäßig gering einzuschätzen ist. Der zeitliche und organisatorische Aufwand für (bis zu) drei wöchentliche Testungen ist begrenzt, zumal in der Regel die Möglichkeit besteht, in der Schule einen von dieser zur Verfügung gestellten Selbsttest unter Aufsicht vorzunehmen. Die eigentliche Probenentnahme nimmt - je nach Testmethode - nur wenige Sekunden bis Minuten in Anspruch, und die Belastung durch die Probenentnahme ist jedenfalls im Allgemeinen gering.

#### 20

Die mit dem Vollzug des § 13 Abs. 2 Satz 1 15. BayIfSMV verbundenen Nachteile für die Normadressaten dürften durch die Folgen einer vorläufigen Außervollzugsetzung der Norm für das öffentliche Gesundheitswesen mindestens aufgewogen werden; das für eine vorläufige Außervollzugsetzung erforderliche deutliche Überwiegen des Aussetzungsinteresses i.S.d. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - juris Rn. 12) ist damit nicht festzustellen. Eine Außervollzugsetzung hätte voraussichtlich zur Folge, dass Schülerinnen und Schüler deutlich seltener getestet und deutlich weniger Infektionen entdeckt werden, bevor sie sich in der jeweiligen Schule weiterverbreiten können. Auch wenn man dabei berücksichtigt, dass schwerere Krankheitsverläufe in der Altersgruppe der schulpflichtigen Kinder und Jugendlichen nach bisherigem Kenntnisstand sehr selten auftreten (vgl. dazu [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html?jsessionid=D936AD715F0E65A4C0FE6F610EFAFA94.internet101?nn=13490888#doc13776792bodyText17](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html?jsessionid=D936AD715F0E65A4C0FE6F610EFAFA94.internet101?nn=13490888#doc13776792bodyText17)) und dass angesichts der derzeitigen Ausbreitungssituation und der begrenzten Sensitivität insbesondere der Antigentests eine dauerhafte Verhinderung von COVID-19-Infektionen im schulischen Rahmen wohl unrealistisch sein dürfte, tragen regelmäßige Testungen insgesamt zu einer Verlangsamung des Infektionsgeschehens bei und verhindern - jedenfalls zum Teil und vorübergehend - die Weiterverbreitung von Infektionen.

#### 21

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 i.V.m. § 39 Abs. 1 GKG. Da die angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 23. Februar 2022 außer Kraft tritt (§ 18 15. Bayl fSMV), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren nach Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 nicht angebracht ist.

## **22**

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).