

**Titel:**

**Einstweiligen Rechtsschutz hinsichtlich der Auslegung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung**

**Normenketten:**

GG Art. 31, Art. 80 Abs. 1 S. 2

SchAusnahmV § 2

IfSG § 28c

15. BayIfSMV § 3, § 4, § 5, § 5a

VwGO § 47 Abs. 6, § 123

**Leitsätze:**

1. Im Hinblick auf Streitigkeiten, die die Rechtswirksamkeit der Änderung der SchAusnahmV in Bezug auf den Genesenen- und Impfstatus zum Gegenstand haben, geht es insoweit nicht um Fragen der Unwirksamkeit der Vorschriften der 15. BayIfSMV geht, sondern um eine Auslegungsfrage, die im Verfahren nach § 123 VwGO zu klären ist (Fortführung BeckRS 2022, 2395). (Rn. 50) (redaktioneller Leitsatz)

2. Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis besteht im Hinblick auf Fragen der Auslegung einer Rechtsnorm nicht gegenüber dem Normgeber, sondern gegenüber der mit der Normanwendung befassten Behörde. (Rn. 51) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Corona-Pandemie, Verfassungswidrigkeit der SchAusnahmV, Antrag auf einstweilige Anordnung, Normergänzung, Normerlass, richtiger Antragsgegner, Vollzugsbehörde, SARS-CoV-2, Genesenenstatus, Impfstatus, Feststellung, Unwirksamkeit, Normenkontrolle, Antragsgegner, einstweilige Anordnung

**Rechtsmittelinstanz:**

VGH München, Beschluss vom 22.02.2022 – 20 CE 22.459

**Tenor**

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragsteller tragen die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 10.000 EUR festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Die Antragsteller begehren im Zusammenhang mit der aktuellen SARS-CoV-2- Pandemie Rechtsschutz gegen die am 15. Januar 2022 vorgenommene zeitliche Verkürzung des Status als genesene Person von bisher sechs auf nunmehr drei Monate sowie die Aberkennung des Status als geimpfte Person für lediglich einmalig mit dem Impfstoff „COVID-19 Vaccine Jansen“ (Johnson & Johnson) geimpfte Personen.

2

Die Antragstellerin zu 1) ist im Besitz eines mit der Antragsschrift als QR-Code vorgelegten „Genesenenzertifikats“, das ausweislich des vorgelegten Ausdrucks bis zum 2. Mai 2022 gültig ist. Dem QR-Code ist zu entnehmen, dass die Antragstellerin zu 1) am 3. November 2021 erstmals positiv auf den SARS-CoV-2-Virus getestet wurde.

3

Der Antragsteller zu 2) wurde am 2. Juli 2021 mit dem Impfstoff „COVID-19 Vaccine Jansen“ (Johnson & Johnson) gegen COVID-19 geimpft.

4

Die bis zum 14. Januar 2022 geltenden § 2 Nrn. 2-5 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) lauteten:

**5**

„§ 2 Begriffsbestimmungen

**6**

Im Sinne dieser Verordnung ist...

**7**

2. eine geimpfte Person eine asymptomatische Person, die im Besitz eines auf sie ausgestellten Impfnachweises ist,

**8**

3. ein Impfnachweis ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens einer vollständigen Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn die zugrundeliegende Schutzimpfung mit einem oder mehreren vom Paul-Ehrlich-Institut im Internet unter der Adresse <https://www.pei.de/impfstoffe/covid-19> genannten Impfstoffen erfolgt ist, und

**9**

a) entweder aus einer vom Paul-Ehrlich-Institut im Internet unter der Adresse <https://www.pei.de/impfstoffe/covid-19> veröffentlichten Anzahl von Impfstoffdosen, die für eine vollständige Schutzimpfung erforderlich ist, besteht und seit der letzten erforderlichen Einzelimpfung mindestens 14 Tage vergangen sind oder

**10**

b) bei einer genesenen Person aus einer verabreichten Impfstoffdosis besteht,

**11**

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

**12**

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,“

**13**

Wie dem Gericht aus eigener Anschauung bekannt ist, wurde unter der Internetadresse <https://www.pei.de/impfstoffe/covid-19> bis zum 14. Januar 2022 aufgelistet, dass bezüglich des Impfstoffes „COVID-19 Vaccine Jansen“ (Johnson & Johnson) für eine vollständige Impfung eine Impfstoffdosis ausreichend ist.

**14**

Zum 15. Januar 2022 erhielten die § 2 Nrn. 2-5 SchAusnahmV folgenden Wortlaut (BANZ AT 14.01.2022 V1):

**15**

„§ 2 Begriffsbestimmungen

**16**

Im Sinne dieser Verordnung ist (...)

**17**

2. eine geimpfte Person eine asymptomatische Person, die im Besitz eines auf sie ausgestellten Impfnachweises ist,

**18**

3. ein Impfnachweis ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens eines vollständigen Impfschutzes gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn die zugrunde liegenden Schutzimpfungen den vom Paul-Ehrlich-Institut im Benehmen mit dem Robert Koch-Institut im Internet unter der Adresse [www.pei.de/impfstoffe/covid-19](http://www.pei.de/impfstoffe/covid-19) unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben hinsichtlich folgender Kriterien entsprechen:

**19**

a) verwendete Impfstoffe,

**20**

b) für einen vollständigen Impfschutz erforderliche Anzahl an Einzelimpfungen,

**21**

c) für einen weiterhin vollständigen Impfschutz erforderliche Auffrischimpfungen,

**22**

d) Intervallzeiten,

**23**

aa) die nach einer Impfung für einen vollständigen Impfschutz abgewartet werden müssen und

**24**

bb) die höchstens zwischen Einzelimpfungen oder Auffrischimpfungen liegen dürfen,

**25**

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

**26**

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 Robert Koch-Institut im Internet unter der Adresse [www.rki.de/covid-19-genesenennachweis](http://www.rki.de/covid-19-genesenennachweis) unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben hinsichtlich folgender Kriterien entspricht:

**27**

a) Art der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion,

**28**

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,

**29**

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

**30**

Seit dem 15. Januar 2022 ist unter der Internetadresse <https://www.pei.de/impfstoffe/covid-19> nunmehr ausgeführt, dass für einen vollständigen Impfschutz zwei Impfdosen des Impfstoffes „COVID-19 Vaccine Jansen“ (Johnson & Johnson) erforderlich sind.

**31**

Unter der Internetadresse [www.rki.de/covid-19-genesenennachweis](http://www.rki.de/covid-19-genesenennachweis) ist seit dem 15. Januar 2022 unter anderem Folgendes ausgeführt: 32 „Fachliche Vorgaben für Genesenennachweise, mit Wirkung vom 15.01.2022:33 Ein Genesenennachweis im Sinne der COVID-19-SchutzmaßnahmenAusnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung muss aus fachlicher Sicht folgenden Vorgaben entsprechen:

**32**

„Fachliche Vorgaben für Genesenennachweise, mit Wirkung vom 15.01.2022:

**33**

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

**34**

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

**35**

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

**36**

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

**37**

Mit Schriftsatz vom ... Januar 2022 beantragen die Antragsteller beim Bayerischen Verwaltungsgericht München gemäß § 123 VwGO:

**38**

„Im Wege der einstweiligen Anordnung wird festgestellt, dass § 3, § 4, § 5, § 5a der 15. BayIfSMV i. V. m. § 2 Nummer 2 und 3 sowie Nummer 4 und 5 COVID-19- Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vorläufig bis zur Entscheidung in der Hauptsache insoweit auf die Antragsteller keine Anwendung findet, als die Antragstellerin zu 1) weiter als genesen und der Antragsteller zu 2) weiter als geimpft gelten.“

**39**

Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, dass in der Hauptsache eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO statthaft wäre und den Antragstellern sowohl ein Anordnungsanspruch als auch ein Anordnungsgrund im Sinne von § 123 Abs. 1 VwGO zustünden. Der Anordnungsanspruch ergebe sich aus der Rechtswidrigkeit von Art. 1 Nr. 1 und 2 sowie Art. 2 Nr. 1 der Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmen Verordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung vom 14. Januar 2022 (BANz AT 14.01.2022 V1). § 28c IFSG verstoße zum einen gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. Selbst wenn man dem nicht folgen würde, enthalte § 28c IFSG keine Ermächtigung des Verordnungsgebers zur Subdelegation von Befugnissen an das Robert-Koch-Institut bzw. das Paul- Ehrlich-Institut, weder zum Erlass von Rechtsverordnungen noch zur Normergänzung. Die Antragsteller bestreiten auch unter Vorlage verschiedener Zeitungsartikel, dass die Verkürzung des sogenannten Genesenenstatus wissenschaftlich fundiert sei. Des weiteren wird ein Verstoß gegen die Begründungspflicht und insbesondere auch gegen das Veröffentlichungsgebot vorgebracht. Insbesondere seien die inhaltlichen Änderungen hinsichtlich des Genesenenstatus und des Impfstatus nicht im Bundesanzeiger veröffentlicht worden. Die Änderungen würden auch gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot und den Gleichheitsgrundsatz verstoßen. Der Anordnungsgrund ergebe sich daraus, dass die Antragsteller aufgrund des nachträglich geänderten Genesenen- bzw. Impfstatus erheblichen Grundrechtseinschränkungen unterliegen. Ihnen sei der Zugang zu sämtlichen von der 2G-Regel erfassten Einrichtungen nicht mehr möglich.

**40**

Mit Schriftsatz vom 31. Januar 2022 beantragt der Antragsgegner,

**41**

den Antrag abzulehnen.

**42**

Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, dass der Antrag bereits unzulässig sei, da die Antragsteller nicht im Vorfeld des gerichtlichen Verfahrens die zuständige Behörde befasst hätten. Der Antrag sei zudem unbegründet, weil der Antragsgegner nicht passivlegitimiert sei. Der Antrag sei vielmehr gegen die Bundesrepublik Deutschland zu richten. Die Begriffsbestimmungen in § 2 SchAusnahmV seien für den Landesverordnungsgeber bindend, abweichende Regelungen seien nach Art. 31 Grundgesetz nichtig. Sollte der Antrag dahingehend ausgelegt werden, dass im Kern eine Feststellung begehrt werde, dass die Antragsteller nach der SchAusnahmV als geimpft bzw. genesen gelten, sei nicht der Normgeber, sondern der Rechtsträger der Vollzugsbehörde richtiger Antragsgegner. Das sei hier die Landeshauptstadt

München als für den Vollzug des IfSG zuständige Kreisverwaltungsbehörde. Soweit § 28c IfSG angegriffen werde, werde auf das Normverwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts (Art. 100 Abs. 1 Grundgesetz) hingewiesen.

#### 43

Mit weiterem Schriftsatz vom ... Januar 2022 wiesen die Antragsteller darauf hin, dass eine behördliche Vorbefassung nicht erforderlich sei und dass der Antragsgegner der richtige Antragsgegner sei, weil er und nicht die Bundesrepublik Deutschland die maßgeblichen Grundrechtseingriffe vornehme. Im Übrigen müsse der Antragsgegner sich die Rechtswidrigkeit der SchAusnahmV zurechnen lassen, wenn er auf diese in der 15. BayIfSMV konstitutiv verweise. Schließlich sei es den Antragstellern auch nicht zuzumuten, bayernweit bei jeder einzelnen Infektionsschutzbehörde den Rechtsweg zu bestreiten.

#### 44

Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte verwiesen.

#### II.

#### 45

Der Antrag nach § 123 VwGO ist unzulässig und bleibt daher ohne Erfolg.

#### 46

1. Auf Antrag kann das Gericht eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO). 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 (§ 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO). Mit dem Eilantrag sind der Anordnungsanspruch und der Anordnungsgrund geltend und glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). Maßgeblich ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung.

#### 47

2. Der Antrag bedarf zunächst der Auslegung. Nach § 88 VwGO, der nach § 122 Abs. 1 VwGO entsprechend für Beschlüsse gilt, ist das Gericht an die Fassung der Anträge nicht gebunden, darf allerdings über das Klagebegehren nicht hinausgehen. Das Gericht hat das im Klageantrag und im gesamten Parteivorbringen zum Ausdruck kommende Rechtsschutzziel zu ermitteln und seiner Entscheidung zugrunde zu legen (BVerwG, Urteil vom 23. Februar 1993, Az. 1 C 16/87, juris Rn. 13). Das Klageziel ist nicht allein dem Klageantrag zu entnehmen, sondern dem gesamten Parteivorbringen, insbesondere auch der Klagebegründung. Maßgeblich kommt es insoweit auf das erkennbare Klageziel an, so wie sich dieses dem Gericht zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts aufgrund des gesamten Parteivorbringens und Akteninhalts darstellt.

#### 48

Die Antragsteller begehren, vorläufig bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache festzustellen, dass die Antragstellerin zu 1) weiterhin bis zum 2. Mai 2022, also wie nach der bisherigen Regelung, als genesene Person im Sinne von § 2 Nr. 4 SchAusnahmV und der Antragsteller zu 2) mit einer einmaligen Impfung mit dem Impfstoff „COVID-19 Vaccine Jansen“ (Johnson & Johnson) weiterhin als vollständig geimpfte Person im Sinne von § 2 Nr. 2 und Nr. 3 SchAusnahmV gelten. Die Antragsteller gehen davon aus, dass die Änderung der SchAusnahmV mit Wirkung zum 15. Januar 2022 rechtswidrig und unwirksam ist mit der Folge, dass für sie die alte Fassung der SchAusnahmV Anwendung findet.

#### 49

Sinngemäß ist der Antrag im Ergebnis auf die Feststellung gerichtet, dass der Verweis der 15. BayIfSMV auf die SchAusnahmV in der von den Antragstellern gewünschten Weise auszulegen ist, nämlich in dem Sinne, dass der Verweis auf eine inhaltlich der Vorgängerfassung der SchAusnahmV entsprechende Regelung zu verstehen sein soll.

#### 50

3. Dem so ausgelegten Antrag steht nicht § 47 Abs. 6 VwGO als vorrangige lex specialis entgegen (Sodan/Ziekow, § 123 VwGO Rn.40 f., Beck OK VwGO, § 123 Rn.16; Fehling/Kastner/Stürmer, § 123

VwGO Rn.22). Das Rechtsschutzziel der Antragsteller ist erkennbar nicht auf die Feststellung der Unwirksamkeit der §§ 3, 4, 5, 5a der 15. BayIfSMV - also der Regelung der Kontaktbeschränkungen und der Zugangsvoraussetzungen 2G plus, 2G, und 3G - gerichtet, sondern auf die Feststellung, dass die Antragsteller weiterhin wie bis zur Änderung der SchAusnahmV die Voraussetzungen dieser Vorschriften erfüllen. Es geht um die Auslegung dieser Vorschriften der 15. BayIfSMV, nicht um deren Unwirksamkeit. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass im Wege der Normenkontrolle der Ausspruch des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs nach § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO auf die Erklärung der (Teil-) Unwirksamkeit beschränkt wäre. Eine Ergänzung des Tenors über die Feststellung der Unwirksamkeit hinaus ist nicht möglich (vgl. BVerwG, Beschluss vom 14. Juli 2011, Az. 4 BN 8.11, juris Rn. 5). Insbesondere wäre auch ein Eilantrag unstatthaft, der über die Außervollzugsetzung hinausginge (BayVGh, Beschluss vom 8. Juni 2020, Az. 20 NE 20.1316, juris Rn. 14; BayVGh, Beschluss vom 22. November 2021, 29. Dezember 2021, Az. 20 NE 21.2609, juris Rn. 6; BayVGh, Beschluss vom 29. Dezember 2021, Az. 20 NE 21.3000, nicht veröffentlicht, Rn. 6). Im Hinblick auf Streitigkeiten, die die Rechtswirksamkeit der Änderung der SchAusnahmV in Bezug auf den Genesenenstatus zum Gegenstand haben, hat der BayVGh dementsprechend ausgeführt, dass es insoweit nicht um Fragen der Unwirksamkeit der Vorschriften der 15. BayIfSMV geht, sondern um eine Auslegungsfrage, die im Verfahren nach § 123 VwGO zu klären ist (Beschluss vom 7.2.2022 - 20 NE 22.240 - Rn. 17 noch nicht veröffentlicht).

## 51

4. Der Antrag ist jedoch gegen den falschen Antragsgegner gerichtet. Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis besteht im Hinblick auf Fragen der Auslegung einer Rechtsnorm nicht gegenüber dem Normgeber, sondern gegenüber der mit der Normanwendung befassten Behörde (vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010, Az. 8 C 19/09, juris Rn. 29; Urteil vom 23. August 2007, Az. 7 C 2/07, juris Rn. 22; Eyermann/Happ, 15. Aufl. 2019, VwGO § 43 Rn. 45 m. w. N.). Normanwender in diesem Sinne ist vorliegend die zuständige Behörde der Landeshauptstadt München als für den Vollzug des Infektionsschutzgesetzes zuständige Kreisverwaltungsbehörde (§ 54 Satz 1 IfSG, § 65 ZustV, Art. 9 Abs. 1 Satz 1 GO; vgl. BayVGh, Beschluss vom 26. August 2020, Az. 20 CE 20.1806, juris Rn. 14), da die Antragsteller im Zuständigkeitsbereich der Landeshauptstadt München ihren Wohnsitz haben. Es ist weder vorgetragen und glaubhaft gemacht noch sonst ersichtlich, dass die Antragsteller überwiegend außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Landeshauptstadt München betroffen wären.

## 52

5. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 1 VwGO.

## 53

6. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG) i. V. m. dem Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Fassung der am 31.05./01.06.2012 und am 18.07.2013 beschlossenen Änderungen. Gemäß Nr. 1.1.3 des Streitwertkatalogs sind die Streitwerte der einzelnen Anträge mehrerer Antragsteller zu addieren. Im Hinblick auf die faktische Vorwegnahme der Hauptsache wird der Streitwert der Anträge gemäß Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs jeweils bis zur Höhe des Streitwerts der Hauptsacheverfahren angehoben.