VG Regensburg, Beschluss v. 03.03.2022 – RO 5 E 22.256

Titel:

Corona-Virus: Zur Feststellung des Genesenen-Status

Normenketten:

VwGO § 43 Abs. 1, § 123 Abs. 1 S. 2, Abs. 3
ZPO § 938
SchAusnahmV § 2 Nr. 4, Nr. 5
BayVwVfGArt. 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. a

Leitsätze:

1. Eine Vorwegnahme der Hauptsache im Verfahren des vorläufigen Rechtschutzes ist nur dann ausnahmsweise zulässig, wenn dies zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes schlechterdings notwendig ist, um andernfalls zu erwartende schwere und unzumutbare Nachteile oder Schäden vom Antragsteller abzuwenden. (Rn. 13) (redaktioneller Leitsatz)
2. Das Rechtsschutzbedürfnis ist zwar zu verneinen, wenn ein Antragsteller sich mit seinem Begehren nicht zuvor ohne Erfolg an die Behörde gewandt hat. Ausnahmen werden jedoch insbesondere für den Fall erkennbarer Aussichtslosigkeit eines Antrags bei der Behörde und bei besonderer Dringlichkeit des Rechtsschutzanliegens anerkannt. (Rn. 23) (redaktioneller Leitsatz)
3. Die Regelungen über die Gültigkeit des Genesenennachweises haben eine hohe Grundrechtsrelevanz. Davon ist abhängig, ob eine Person der einrichtungsbezogenen Impfpflicht unterliegt und ob und inwieweit sie bundesrechtlichen und landesrechtlichen Zugangsbeschränkungen unterworfen ist. (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Im Eilrechtsschutzverfahren kann die vorläufige Feststellung begehrt werden, dass der Genesenenstatus nach einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 entgegen § 2 Nr. 5 SchAusnahmV in der Geltung ab dem 15.1.2022 sechs Monate lang besteht. § 2 Nr. 5 SchAusnahmV, der bezüglich des Genesenenstatus auf die Homepage des RKI verweist, ist voraussichtlich rechtswidrig, weshalb die Vorschrift in der bis zum 14.1.2022 geltenden Fassung anzuwenden ist. Darin war die Dauer des Genesenenstatus audrücklich auf sechs Monate festlegt., Es besteht ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen der genesenen Person und dem Rechtsträger der für den Antragsteller zuständigen Infektionsschutzbehörde (Aufgabe der bisherigen Rspr. der Kammer)., Eine vorherige Befassung der zuständigen Behörde ist nicht erforderlich, da die Behörde die begehrte Feststellung nicht treffen kann und eine entsprechender Antrag somit aussichtslos wäre., Genesenenstatus, Grundrechtsrelevanz, Normverwerfungskompetenz, Publizitätsgebot, Rechtsschutzbedürfnis, Anordnungsanspruch, Anordnungsgrund, Anspruch auf Feststellung, Arzt, Coronavirus, Feststellungsklage

Tenor

I. Es wird vorläufig festgestellt, dass der Antragsteller bis einschließlich 8.5.2022 im Sinne der §§ 4 und 5 der 15. BayIfSMV als genesen gilt.

II. Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner.

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

Gründe

I.

1
Der Antragsteller begehrt den Erlass einer einstweiligen Anordnung, im Rahmen derer die vorläufige Feststellung getroffen werden soll, dass er bis zum 8.5.2022 als genesen im Sinne der Fünfzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 23.11.2021 (15. BayIfSMV - BayMBl. 2021, Nr. 816 vom 23.11.2021), zuletzt geändert durch Verordnung vom 21.2.2022 (BayMBl. 2022, Nr. 118 vom

21.2.2022) gilt. Hilfsweise begehrt er die Ausstellung eines Genesenennachweises mit Geltung bis zum 8.5.2022.

2
Nach § 2 Nr. 5 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom 8.5.2021 (BAnz AT 8.5.2021 V1), die zuletzt durch Art. 1 der Verordnung vom 14.1.2022 (BAnz AT 14.1.2022 V1) geändert worden ist (SchAusnahmV), ist 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 (RKI) 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: Art der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion (Buchst. a), Zeit, die nach der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion vergangen sein muss, oder Nachweis zur Aufhebung der aufgrund der vorherigen Infektion erfolgten Absonderung (Buchst. b) und Zeit, die die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion höchstens zurückliegen darf (Buchst. c).

3
Nach den fachlichen Vorgaben des RKI (Stand: 3.2.2022) muss ein Genesenennachweis i.S.d. SchAusnahmV aus fachlicher Sicht folgenden Vorgaben entsprechen: Die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion muss durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt sein (Buchst. a) und das Datum der Abnahme des positiven Tests muss mindestens 28 Tage zurückliegen (Buchst. b) und das Datum der Abnahme des positiven Tests darf höchstens 90 Tage zurückliegen (Buchst. c) (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Genesenennachweis.html, abgerufen am 2.3.2022).

4
Nach dem bis zum 14.1.2022 geltenden § 2 Abs. 5 SchAusnahmV war ein Genesenennachweis dagegen sechs Monate gültig, was in der Verordnung ausdrücklich festgeschrieben war. Eine dynamische Verweisung auf wissenschaftliche Vorgaben des RKI gab es bis dahin nicht.

5
Am 14.2.2022 stellte der Antragsteller einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz, mit dem Ziel, seinen Genesenenstatus wieder auf sechs Monate verlängert zu bekommen. Beim Antragsteller sei am 8.11.2021 eine Infektion mit SARS-CoV-2 festgestellt worden. Deshalb sei ihm am 9.11.2021 die häusliche Isolation auferlegt worden. Nach alter Rechtslage habe er daher bis zum 8.5.2022 als „genesen“ gegolten. Durch die Änderung der SchAusnahmV habe er diesen Status verloren, so dass er Einschränkungen nach der 15. BayIfSMV unterworfen sei. In der Hauptsache sei eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO, gerichtet gegen den Freistaat Bayern, zulässig. Diese sei auch begründet, da die Neuregelung rechtswidrig sei. Es werde dem RKI als einer Bundesbehörde die Zuständigkeit eingeräumt, freiheitsbeschränkende Maßnahmen allein durch eine Änderung der Homepage mit ausgewählten wissenschaftlichen Publikationen anzuordnen. Darüber hinaus gebe es für die Verkürzung des Genesenenstatus auch keine ausreichenden wissenschaftlichen Grundlagen. Hinsichtlich der Einzelheiten der Argumentation des Antragstellers wird auf die Antragsschrift vom 14.2.2022 Bezug genommen.

6
Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

festzustellen, dass der Antragsteller bis zum 8.5.2022 als „genesen“ im Sinne der Fünfzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung gilt sowie hilfsweise, den Antragsgegner zu verpflichten, dem Antragsteller einen „Genesenennachweis“ mit Geltung bis 8.5.2022 zu erteilen.

7
Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

8

Es treffe zu, dass der Antragsteller am 8.11.2021 mittels PCR-Test positiv auf SARS-CoV 2 getestet worden sei. Diesbezüglich legte der Antragsgegner ein Schreiben des Gesundheitsamtes vom 9.11.2021 vor sowie einen Erregernachweismeldevorgang.

9
Dem Feststellungsantrag fehle das Rechtsschutzbedürfnis, weil der Antragsteller das für ihn zuständige Gesundheitsamt mit seinem Begehren noch nicht befasst habe. Für die Ausstellung eines Genesenennachweises - wie im Hilfsantrag begehrt - gebe es keine Rechtsgrundlage. Als Genesenennachweis gelte das in verkörperter oder digitaler Form vorliegende, personalisierte, positive Testergebnis, soweit der Test den in der SchAusnahmV genannten Anforderungen entspreche. Die Aufstellung sonstiger Bescheinigungen durch das Gesundheitsamt sei nicht vorgesehen, sodass ein Anspruch auf Erteilung eines Genesenennachweises nicht bestehe.

10
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, insbesondere auf die Schriftsätze der Beteiligten, Bezug genommen.

II.

11
Der Antrag hat Erfolg.

12
Nach § 123 Abs. 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Sicherungsanordnung). Einstweilige Anordnungen sind darüber hinaus nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO 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 (Regelungsanordnung). Nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 938 ZPO bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind.

13
Anordnungen, die - wie hier - durch vorläufige Befriedigung des erhobenen Anspruchs vor Klageerhebung die Entscheidung im Hauptsacheverfahren vorwegnehmen, setzen voraus, dass die Vorwegnahme der Hauptsache zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes schlechterdings notwendig ist, um andernfalls zu erwartende schwere und unzumutbare Nachteile oder Schäden vom Antragsteller abzuwenden (Anordnungsgrund), und dass ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für den Erfolg in der Hauptsache spricht (Anordnungsanspruch). Beides ist vom Antragsteller nach § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft zu machen (BayVGH, B.v. 8.2.2022 - 6 CE 21.1985 - juris Rn. 12; BayVGH, B.v. 17.4.2018 - 6 CE 18.468 - juris Rn. 10).

14
Sowohl der gestellte Haupt- als auch der Hilfsantrag zielen letztendlich auf das gleiche Ergebnis ab. Der Antragsteller möchte mit Ihnen erreichen, dass er an allen Aktivitäten teilnehmen kann, an denen nach der 15. BayIfSMV genesene Personen teilnehmen können. Dementsprechend strebt er an, nach den §§ 4 und 5 der 15. BayIfSMV als genesen zu gelten. Hinsichtlich der Definition des „Genesenen“ verweisen beide Vorschriften auf § 2 Nr. 4 SchAusnahmV (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 und § 5 Abs. 1 der 15. BayIfSMV). Danach ist eine genesene Person eine asymptomatische Person, die im Besitz eines auf sie ausgestellten Genesenennachweises ist, der in § 2 Nr. 5 SchAusnahmV definiert ist. Das angestrebte Rechtschutzziel könnte somit entweder dadurch erreicht werden, dass der Antragsgegner vorläufig verpflichtet wird, dem Antragsteller einen aktuellen Genesenennachweis auszustellen, oder indem das Gericht die vorläufige Feststellung trifft, dass der Antragsteller weiterhin als genesen gilt.

15
Im ersteren Fall wäre in der Hauptsache entweder eine Verpflichtung- oder Leistungsklage statthaft - je nachdem ob die Ausstellung eines entsprechenden Nachweises als Verwaltungsakt oder als schlichtes Verwaltungshandeln zu charakterisieren wäre -, während im zweiten Fall eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO statthaft wäre. Statthafter Rechtsbehelf ist daher im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in

jedem Fall ein Antrag nach § 123 VwGO auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, da in der Hauptsache jedenfalls keine Anfechtungsklage statthaft ist (vgl. § 123 Abs. 5 VwGO).

16
Im Hinblick auf die Möglichkeit der Verpflichtung des Antragsgegners zur Ausstellung eines aktuellen Genesenennachweises ist jedenfalls ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht (vgl. 1.), weshalb das Rechtschutzziel nur im Wege einer vorläufigen Feststellung des Fortbestehens des Genesenenstatus erreicht werden kann. Diesbezüglich ist der Antrag zulässig und auch begründet (vgl. 2.). Das Verwaltungsgericht hält insoweit an seiner Rechtsprechung, wonach ein Rechtsverhältnis zwischen einem nach alter Rechtslage Genesenen, der seinen Genesenenstatus aufgrund der Änderung der SchAusnahmV verloren hat, und dem Freistaat Bayern nicht bestehe (B.v. 24.2.2022 - RN 5 E 22.254 - abrufbar unter: https://www.vgh.bayern.de/media/vgregensburg/presse/22a00254b.pdf), nicht mehr fest.

17
1. Nach der im Eilrechtsschutzverfahren gebotenen aber auch ausreichenden summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage besteht kein Anspruch auf die Erteilung eines Genesenennachweises durch den Antragsgegner. Weder bundes- noch landesrechtliche Regelungen sehen nämlich die Ausstellung einer landesbehördlichen Bescheinigung vor.

18
Die 15. BayIfSMV verweist hinsichtlich der Privilegierung von Genesenen ausschließlich auf § 2 Nrn. 4 und 5 SchAusnahmV. Ein Anspruch auf die Erteilung einer Genesenenbescheinigung ergibt sich weder unmittelbar noch aus einer analogen Anwendung der Norm. Gegen eine analoge Anwendung spricht bereits der klare Wortlaut der Norm und das Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke (vgl. BayVGH, B.v. 7.2.2022 - 20 CE 22.226 - BeckRS 2022, 2388 Rn. 4).

19
Auch aus § 22 Abs. 6 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG) ergibt sich kein entsprechender Anspruch, da hier der Anspruch auf Bescheinigung der positiven Testung ausschließlich gegenüber der zur Durchführung oder Überwachung der Testung berechtigten Person oder nachträglich gegenüber jedem Arzt oder Apotheker besteht (vgl. BayVGH, B.v. 7.2.2022 - 20 CE 22.226 - BeckRS 2022, 2388 Rn. 4).

20
Der Antragsgegner ist damit nach derzeit gültiger Rechtslage nicht dazu befugt, eine entsprechende Bescheinigung auszustellen. Die Feststellung bzw. das Bestehen des Genesenenstatus bedarf keines behördlichen Vollzugs- bzw. Umsetzungsaktes. Dieser ergibt sich allein und unmittelbar aus § 2 Nrn. 4 und 5 SchAusnahmV (BayVGH, B.v. 7.2.2022 - 20 CE 22.226 - BeckRS 2022, 2388 Rn. 5).

21
2. Der Antragsteller hat jedoch gegen den Antragsgegner einen Anspruch auf vorläufige Feststellung, dass er bis zum 8.5.2022 als „genesen“ gilt.

22
a) Der so verstandene Antrag ist zulässig.

23
Ihm fehlt insbesondere nicht das Rechtsschutzbedürfnis, weil sich der Antragsteller mit seinem Begehren vor einer Anrufung des Gerichts nicht an das zuständige Landratsamt gewandt hat. Nach vorherrschender Ansicht ist das Rechtsschutzbedürfnis zwar zu verneinen, wenn ein Antragsteller sich mit seinem Begehren nicht zuvor ohne Erfolg an die Behörde gewandt hat. Ausnahmen werden jedoch insbesondere für den Fall erkennbarer Aussichtslosigkeit eines Antrags bei der Behörde und bei besonderer Dringlichkeit des Rechtsschutzanliegens anerkannt (vgl. dazu: SchochKoVwGO/Schoch, 41. EL Juli 2021, VwGO § 123 Rn. 121b m.w.N. aus Rspr. und Lit.).

24
In der vorliegenden Konstellation wäre ein vorheriger Antrag bei der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde aussichtslos gewesen; denn diese hätte die vom Antragsteller begehrte Feststellung nicht treffen können. Einerseits käme eine entsprechende Feststellung im Ergebnis der Ausstellung eines Genesenennachweises gleich, auf dessen Ausstellung kein Anspruch besteht, was bereits oben unter 1.

ausgeführt worden ist. Andererseits folgt die Aussichtslosigkeit eines Antrags aus dem Umstand, dass die Kreisverwaltungsbehörden - anders als die Verwaltungsgerichte - keine Normverwerfungskompetenz haben und somit an die aktuell geltenden Regelungen des § 2 Nrn. 4 und 5 SchAusnahmV gebunden sind. Kern der Argumentation der Antragstellerseite ist schließlich, dass die auf eine Änderung einer Bundesrechtsverordnung zurückzuführende Verkürzung des Genesenenstatus von sechs auf drei Monate rechtswidrig oder gar verfassungswidrig sei.

25
Darüber hinaus besteht zwischen dem Antragsteller und dem Antragsgegner als Träger der für den Wohnsitz des Antragstellers zuständigen Infektionsschutzbehörde (Art. 3 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a) BayVwVfG i.V.m. § 65 Satz 1 Zuständigkeitsverordnung) ein Rechtsverhältnis. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof führt dazu in einem aktuellen Beschluss vom 3.3.2022 (20 CE 22.536 - noch nicht veröffentlicht, vgl. Pressemitteilung des BayVGH, abrufbar unter https://www.vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/pm_genesenenstatus.pdf) Folgendes aus (Rn. 7 ff.)

„Unter einem Rechtsverhältnis im Sinne von § 43 Abs. 1 VwGO sind die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm ergebenden rechtlichen Beziehungen für das Verhältnis von (natürlichen oder juristischen) Personen untereinander oder zu einer Sache zu verstehen (BVerwG, U.v. 23.1.1992 - 3 C 50.89 - BVerwGE 89, 327 <329>; U.v. 26.1.1996 - 8 C 19.94 - BVerwGE 100, 262 <264>). Als Bezugspersonen kommen dabei in Betracht der Normgeber, der Normadressat und (als Vollzugsbehörde) der Normanwender. Da zum einen nach Art. 30 GG die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben grundsätzlich Sache der Länder ist, und zum anderen Art. 83 GG ebenso grundsätzlich bestimmt, dass die Länder Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten ausführen, d.h. sie verwaltungsmäßig umsetzen (BVerfG, B.v. 15.3.1960 - 2 BvG 1/57 - BverfGE 11, 6 <15>), eröffnet sich im Regelfall ein Rechtsverhältnis zwischen Normadressaten und Normanwender (BVerwG, U.v. 23.8.2007 - 7 C 2.07 - juris Rn. 21), hier somit zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin.

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin ist auch hinreichend konkret, es bezieht sich auf einen bestimmten, überschaubaren Sachverhalt (vgl. Urteile v. 8.6.1962 - BVerwG 7 C 78.61 - BVerwGE 14, 235 <236>, vom 30.5.1985 - BVerwG 3 C 53.84 - BVerwGE 71, 318 <319> und v. 7.5.1987 - BverwG 3 C 53.85 - BVerwGE 77, 207 <211>). Deren Rechtsbeziehungen haben sich ausreichend verdichtet. Die Antragsgegnerin ist nach § 65 Satz 1 ZustV als Kreisverwaltungsbehörde (Art. 8 Abs. 2 BayGO) für den Vollzug des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) und des Bayerischen Infektionsschutzgesetzes (BayIfSG) zuständig. Sie überwacht damit im Rahmen ihrer örtlichen Zuständigkeit die Einhaltung der Ge- und Verbote der Verordnungen nach § 32 Satz 1 IfSG, insbesondere der §§ 4 und 5 15. BayIfSMV, deren Rechtswirkungen unmittelbar an den Immunitätsstatus i.S.d. § 2 Nr. 2 und 4 SchAusnahmV anknüpfen und von diesem abhängen. Zudem sind mit dem Genesenenstatus auch unmittelbar durch Bundesrecht begründete Rechte und Pflichten verbunden (vgl. §§ 20a Abs. 2 Nr. 2, 28b, 28c, jeweils i.V.m. §§ 3 bis 6 SchAusnahmV). Somit werden nicht lediglich abstrakte Rechtsfragen in Bezug auf möglicherweise eintretende Beeinträchtigungen im Wege der Feststellungsklage zur gerichtlichen Klärung gestellt.

Der Umstand, dass auch eine Feststellungsklage und einstweiliger Rechtsschutz gegen die Bundesrepublik Deutschland als für den Erlass der SchAusnahmV zuständige Stelle erhoben werden könnte (vgl. VG Berlin, B.v. 18.2.2022 - 14 L 15/22 - juris; a.A. OVG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse v. 1.3.2022 - OVG 9 S 5/22 - https://www.berlin.de/gerichte/oberverwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2022/pressemitteilung.1181503.php) schließt das Bestehen eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin nicht aus. Die Möglichkeit eines gegen den Normgeber der SchAusnahmV gerichteten verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, mit dem Ziel der Feststellung, dass die Änderung des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV durch Art. 1 Nr. 1 der Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung vom 14. Januar 2022 (BAnz AT 14.01.2022 V1) den Antragsteller in seinen Rechten verletzt (vgl. hierzu BVerwG, U. v. 12.9.2019 - 3 C 3.18 - juris Rn 14; in Abgrenzung zur Normergänzung vgl. BayVGH, B. v. 7.2.2022 - 20 CE 22.226 - BeckRS 2022, 2388) besteht neben der Möglichkeit, einstweiligen Rechtsschutz gegenüber dem Normanwender zu erlangen. Zwar mag ein Antrag gegen die Bundesrepublik Deutschland dem Rechtsschutzbegehren des Antragstellers, als Genesener im Sinne der Rechtsordnung zu gelten, im Hinblick auf den Geltungsbereich der Feststellungswirkungen noch mehr

entsprechen. Dies führt aber nicht dazu, dass zwischen dem Antragsteller und der für den Vollzug zuständigen Infektionsschutzbehörde kein Rechtsverhältnis besteht (BVerwG, U.v. 12.9.2019 - 3 C 3.18 - juris Rn. 32).“

26
Diesen Ausführungen schließt sich das Verwaltungsgericht an.

27
Aufgrund der hohen Grundrechtsrelevanz der Thematik, die sich daraus ergibt, dass die 15. BayIfSMV erhebliche Erleichterungen hinsichtlich der geltenden Corona-Beschränkungen zugunsten Geimpfter und Genesener postuliert, hat der Antragsteller überdies auch ein berechtigtes Interesse i.S.v. § 43 Abs. 1 VwGO an der Feststellung, dass er weiterhin als genesen im Sinne der 15. BayIfSMV gilt.

28
b) Der Antrag ist auch begründet.

29
aa) Ein Anordnungsgrund ist glaubhaft gemacht. Nach den aktuellen Vorgaben des RKI ist der anzusetzenden 90-Tages-Zeitraum für die Gültigkeit des Genesenennachweises bereits abgelaufen, sodass der Antragsteller aktuell nicht mehr als Genesener gilt und somit den Beschränkungen der 15. BayIfSMV unterläge. Der Antragsteller hat im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zwar keinen Nachweis eines positiven PCR-Tests vorgelegt. Allerdings ergibt sich die Richtigkeit des Sachvortrags des Antragstellers aus dem vom Antragsgegner vorgelegten Schreiben des Gesundheitsamtes vom 9.11.2021, mit dem der Antragsteller über das positive Testergebnis aufgrund einer Testung vom 8.11.2021 informiert worden ist.

30
bb) Darüber hinaus ist auch ein Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Insoweit kann wiederum auf die Ausführungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs im oben zitierten Beschluss vom 3.3.2022 (20 CE 22.536) verwiesen werden, denen die zur Entscheidung berufene Kammer vollumfänglich folgt. Dort ist ausgeführt (Rn. 14 ff):

„Der Antragsteller hat gleichfalls einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. „Der Senat ist nach der gebotenen summarischen Prüfung der Auffassung, dass § 2 Nr. 5 SchAusnahmV in der Fassung vom 14. Januar 2022, der zur Bestimmung der Gültigkeitsdauer eines Genesenennachweises auf die Vorgaben des RKI im Internet unter der Adresse www.rki.de/covid-19-genesenennachweis verweist, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtswidrig und damit nichtig ist. Die Unwirksamkeit des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV i.d.F. der Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung vom 14. Januar 2022 (BAnz. AT 14.01.2022 V1) hat zur Folge, dass die ursprüngliche Fassung des § 2 Nr. 5 i.d.F. vom 8. Mai 2021 (BAnz AT 08.05.2021 V1) weiterhin Geltung beansprucht, welche eine Dauer des Genesenenstatus von sechs Monaten ausdrücklich festlegte.

§ 2 Nr. 5 SchAusnahmV in der Fassung vom 14. Januar 2022 findet in § 28c IfSG, der eine Subdelegation auf das RKI nicht vorsieht, schon keine ausreichende gesetzliche Grundlage. Außerdem ist er aufgrund seines pauschalen Verweises auf den vom Robert Koch-Institut im Internet unter der Adresse www.rki.de/covid-19-genesenennachweis unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben wegen eines Verstoßes gegen das Publizitäts- und Bestimmtheitsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG voraussichtlich verfassungswidrig und damit nichtig (vgl. hierzu BayVGH, B. v. 28.7.2020 - 20 NE 20.1609 - juris).

In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass ein Normgeber unter engen Voraussetzungen nicht nur auf eigene, sondern auch auf Regelungen anderer Normgeber verweisen darf (BVerwG, U.v. 26.3.2015 - 5 C 9.14 - BVerwGE 151, 386 Rn. 25 und - 5 C 8.14 - juris Rn. 25). Selbst die Verweisung auf Regelwerke, die von nichtstaatlichen Normungsgremien geschaffen wurden, ist nicht generell ausgeschlossen, solange für den Rechtsunterworfenen klar erkennbar ist, welche Vorschriften für ihn im Einzelnen gelten sollen (BVerwG, U.v. 27.6.2013 - 3 C 21.12 - BVerwGE 147, 100 Rn. 39). Das widerspräche sowohl dem Rechtsstaatsprinzip, wonach Einschränkungen der Freiheit des Bürgers, soweit sie überhaupt zulässig sind, nur durch oder aufgrund staatlicher Gesetze erfolgen dürfen, als auch dem Demokratieprinzip, wonach die Ordnung eines nach dem Grundgesetz staatlicher Regelung offenstehenden Lebensbereichs auf eine Willensentschließung der vom Volk bestellten Gesetzgebungsorgane zurückgeführt werden muss. Nur soweit der Inhalt der von einem anderen Normgeber erlassenen

Regelungen im Wesentlichen feststeht, genügt die verweisende Norm den Anforderungen, die sich aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip ergeben. Für die Beantwortung der Frage, ob diese einer dynamischen Verweisung von Verfassungs wegen gezogenen rechtlichen Grenzen eingehalten wurden, kommt es neben dem Sachbereich und der damit verbundenen Grundrechtsrelevanz wesentlich auf den Umfang der Verweisung an (stRspr, vgl. BVerwG, U.v. 27.6.2013 - 3 C 21.12 - BVerwGE 147, 100 Rn. 42 f. m.w.N.). Dynamische Verweisungen sind daher grundsätzlich zulässig, wenn der Verweisungsumfang „eng bemessen“ ist. Bei einer begrenzten Bandbreite der zur Überprüfung stehenden Verweisung kann davon ausgegangen werden, dass der verweisende Verordnungsgeber die in Bezug genommenen Regelungen im Blick behält, so dass er auf den vorgegebenen Rahmen sprengende oder von ihm nicht gewünschte Änderungen umgehend reagieren kann (BVerwG, U.v. 27.6.2013 - 3 C 21.12 - BVerwGE 147, 100 Rn. 44 und vom 26.3.2015 - 5 C 9.14 - BVerwGE 151, 386 Rn. 25 sowie - 5 C 8.14 - juris Rn. 25).

Diesen Anforderungen wird die Verweisung in § 2 Nr. 5 SchAusnahmV in der Fassung vom 14. Januar 2022 nicht gerecht. Eine so weitgehende Ermächtigung des RKI durch § 2 Nr. 5 SchAusnahmV entspricht nicht mehr den Vorgaben der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage des § 28c IfSG. Danach wird die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können, Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes oder von aufgrund der Vorschriften im fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassenen Geboten und Verboten zu regeln. Diese Ermächtigungsgrundlage enthält auch einen Auftrag an den Verordnungsgeber zu regeln, wann bei einer Person von einer Immunisierung auszugehen ist. Insoweit handelt es sich bei § 2 Nr. 5 SchAusnahmV um eine normkonkretisierende Rechtsverordnung. Eine weitere Subdelegation auf eine andere Stelle ist in § 28c Satz 1 IfSG nicht vorgesehen. Will der Ermächtigungsadressat im Wege einer Rechtsverordnung nach Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG die ihm zugewiesene Ermächtigung weiter übertragen, ist das nur möglich, wenn und soweit das gesetzlich vorgesehen ist (vgl. Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG; BVerfG, B. v. 11.10.1994 - 1 BvR 337/92 - BVerfGE 91, 148 (165); Remmert in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 80 GG Rn 82 und 123, Stand: 95. EL Juli 2021).

Die Regelung über die Gültigkeit des Genesenennachweises hat auch eine hohe Grundrechtsrelevanz. Der Genesenenstatus hat maßgebliche Bedeutung nicht nur im Hinblick auf landesrechtliche Regelungen auf der Grundlage von § 32 IfSG, sondern auch im Rahmen der Regelungen der §§ 20a Abs. 2 Nr. 2, 28b und 28c, jeweils i.V.m. §§ 3 bis 6 SchAusnahmV. Von ihm ist abhängig, ob eine Person der einrichtungsbezogenen Impfpflicht unterliegt und ob und inwieweit sie bundesrechtlichen und landesrechtlichen Zugangsbeschränkungen unterworfen ist. Indem der Verordnungsgeber das Robert Koch-Institut jedoch pauschal zu einer Entscheidung lediglich „unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft“ ermächtigt, dürfte er dieser Grundrechtsrelevanz nicht hinreichend gerecht geworden sein. Insoweit mangelt es zudem an Vorgaben zu genauen Abwägungs- und Entscheidungskriterien, die die Entscheidung über die Gültigkeitsdauer des Genesenennachweises leiten sollen (VG Frankfurt, B. v. 22.2.2022 - 5 L 363/22.F - juris Rn. 33).

An der vorläufigen Beurteilung der Rechtmäßigkeit des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV n.F. ändert auch nichts der Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde, für deren Erfolg es möglicherweise (auch) auf die Gültigkeit des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV in der Fassung vom 14. Januar 2022 ankommt, nicht als offensichtlich begründet angesehen hat, sondern im Eilverfahren nach § 32 BVerfGG eine Folgenabwägung vorgenommen hat (vgl. BVerfG, B.v. 10.2.2022 - 1 BvR 2649/21 - juris Rn. 14). Zum einen ist die Frage der Wirksamkeit des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV i.d.F. der Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung vom 14. Januar 2022 von der Frage zu unterscheiden, ob durch den Verweis in § 20a Abs. 2 Nr. 2 IfSG auf § 2 Nummer 5 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung die Verfassungsmäßigkeit von § 20a IfSG in Frage gestellt sein könnte. Denn die Unwirksamkeit des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV hat möglicherweise nicht zwingend die Verfassungswidrigkeit des § 20a Abs. 2 Nr. 2 IfSG zur Folge. Auch muss bedacht werden, dass der Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen des Erlasses einer einstweiligen Anordnung zur Aussetzung des Vollzugs eines formellen Gesetzes nach § 32 BVerfGG nicht mit dem Prüfungsmaßstab im Rahmen des § 123 VwGO zu vergleichen ist. Soweit nämlich im Hinblick auf den zeitlichen Ablauf des Genesenenstatus mit der einstweiligen Feststellung eine - zumindest tatsächliche

- Vorwegnahme der Hauptsache verbunden ist, wäre dies jedenfalls zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) geboten (vgl. BVerwG, U.v. 18.4.2013 - 10 C 9.12 - juris Rn. 22). Das gilt deswegen auch im Hinblick auf die mit der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat (§ 28c Satz 2 IfSG) verbundene hohe Legitimationswirkung einer Verordnung nach § 28c Satz 1 IfSG.

Die Unwirksamkeit des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV i.d.F. der Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung vom 14. Januar 2022 (BAnz. AT 14.01.2022 V1) hat zur Folge, dass die ursprüngliche Fassung des § 2 Nr. 5 i.d.F. vom 8. Mai 2021 (BAnz AT 08.05.2021 V1) weiterhin Geltung beansprucht, welche eine Dauer des Genesenenstatus von sechs Monaten ausdrücklich festlegte. Denn zum einen handelte es sich bei der Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung vom 14. Januar 2022 um eine reine Änderungsverordnung, die keine ausdrückliche Aufhebung der Vorgängerregelung vorsieht. Zum anderen kann ein entsprechender Wille des Bundesverordnungsgebers, im Falle der Nichtigkeit der Neuregelung solle keine Regelung des Genesenennachweises gelten, nicht angenommen werden, denn dies hätte erhebliche Auswirkungen auf die personale Reichweite der bewehrten Schutzverordnungen der Länder (vgl. BayVGH, B. v. 3.2.2022 - 20 NE 22.240 - BeckRS 2022, 2395 Rn. 17).“

31
Aufgrund der erheblichen Grundrechtsrelevanz der mit dem Wegfall des Genesenenstatus verbundenen Einschränkungen und aufgrund der auf der Hand liegenden Rechtswidrigkeit des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV sind auch die oben beschriebenen Voraussetzungen für eine Vorwegnahme der Hauptsache gegeben, weshalb zu entscheiden war wie geschehen.

32
Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

33
Der Streitwert ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG unter Berücksichtigung des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, dem die Kammer folgt. Aufgrund der Vorwegnahme der Hauptsache hat die Kammer davon abgesehen, den Regelstreitwert herabzusetzen (vgl. Nr. 1.5 des Streitwertkataloges).