

Titel:

Erfolgreicher Eilantrag gegen die Corona-Testpflicht an Schulen

Normenkette:

VwGO § 47 Abs. 6, § 123 Abs. 1

15. BayIfSMV § 12 Abs. 2 S. 1

Leitsätze:

1. Für das Rechtsschutzbegehren, eine untergesetzliche Rechtsvorschrift außer Vollzug zu setzen, steht ausschließlich der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO zur Verfügung; mit einem Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO kann allenfalls die Feststellung begehrt werden, dass ein bestimmter Sachverhalt gegebenenfalls auch nach Auslegung der Norm nicht in deren Anwendungsbereich fällt. (Rn. 16 – 18) (redaktioneller Leitsatz)

2. Ein Rechtsschutzbedürfnis für den Erlass einer einstweiligen Anordnung besteht nur dann, wenn die Behörde zuvor mit dem Antragsbegehren befasst wurde. (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

vorläufiger Rechtsschutz, einstweilige Anordnung (Regelungsanordnung), Testpflicht an Schulen unabhängig vom Impfstatus, Normenkontrolle, untergesetzliche Rechtsvorschrift, statthafte Antragsart, Eilverfahren, Corona, Testpflicht an Schulen, Recht auf schulische Bildung

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

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

Gründe

I.

1

Der Antragsteller wendet sich im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Testpflicht an Schulen zur Teilnahme am Präsenzunterricht unabhängig vom Impfstatus.

2

Der Antragsteller besucht derzeit eine Mittelschule im Landkreis ... und kann eine dreifache Impfung gegen das Corona-Virus SARS-CoV-2 vorweisen. Am 14. Januar 2022 hat er die dritte Impfung erhalten.

3

Die Fünfzehnte Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (15. BayIfSMV) vom 13. November 2021 (BayMBl. Nr. 816 - BayRS 2126-1-19-G) zuletzt geändert durch Verordnung vom 17. Januar 2022 (BayMBl. Nr. 41) bestimmt in § 12 Abs. 2 Satz 1 betreffend „Schulen“, dass die Teilnahme am Präsenzunterricht, an sonstigen Schulveranstaltungen oder sonstigen Ferienkursen in Präsenz sowie an der Mittagsnotbetreuung Schülerinnen und Schülern unabhängig von ihrem Impf- oder Genesenenstatus nur erlaubt ist, wenn sie dreimal wöchentlich einen Testnachweis nach § 4 Abs. 6 Nr. 1, 2 der 15. BayIfSMV erbringen oder in der Schule unter Aufsicht einen über die Schule zur Verfügung gestellten und dort zu verwendenden Selbsttest mit negativem Ergebnis vorgenommen haben. Auf den weiteren Inhalt der 15. BayIfSMV wird ergänzend verwiesen.

4

Der Antragsteller hat am 20. Januar 2022 zur Niederschrift beim Bayerischen Verwaltungsgericht Augsburg beantragt,

5

Es wird festgestellt, dass der Antragsteller von der regelmäßigen Testung in der Schule befreit ist.

6

Zur Begründung wird ausgeführt, dass die Testungen für Schulen nicht mehr angemessen seien, da der Antragsteller bereits zweimal geimpft und zuletzt am 14. Januar 2022 auch geboostert worden sei. Er wehre sich gegen weitere Erschwernisse durch die Schulleitung, die auf der Testpflicht bestehe. Für Erwachsene, die eine Booster-Impfung erhalten hätten, sei die Testpflicht bereits entfallen. Das gleiche Anwendungsprinzip habe für einen 12-jährigen Schüler zu gelten. Der Antragsteller werde derzeit im Homeschooling unterrichtet, müsse jedoch für die Leistungsnachweise die Schule betreten. Hierfür müsse er den jeweiligen Testnachweis erbringen. Sowohl die Eltern als auch die Großeltern des Antragstellers gehörten zur Risikogruppe. Es bestehe die Gefahr, dass der Antragsteller sich an der Schule mit dem Corona-Virus infiziere. Beim Schulbesuch trage er eine FFP2-Maske, die er für die Testung aber abnehmen müsse. Dies erhöhe das Infektionsrisiko. Um alle geforderten Leistungsnachweise in der Schule erbringen zu können, begehre er die Befreiung von der Testpflicht. Dies würde lediglich die Gleichstellung von Erwachsenen und Schülern darstellen. Der Antragsteller habe eine staatlich nachgewiesene LRS-Störung und erledige derzeit alle geforderten Aufgaben außerschulisch. Auf das weitere Antragsvorbringen wird Bezug genommen.

7

Das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege ist dem Antrag mit Schriftsatz vom 20. Januar 2022 entgegengetreten. Nach Auffassung des Antragsgegners richte sich der Antragsteller mit seinem Antrag unmittelbar gegen die in § 12 Abs. 2 Satz 1 der 15. BaylFSMV geregelte Testnachweispflicht als Voraussetzung für die Teilnahme am Präsenzunterricht. Für die Feststellung der Gültigkeit von anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften sei jedoch das angerufene Verwaltungsgericht sachlich nicht zuständig. Zuständig sei vielmehr ausschließlich der Bayerische Verwaltungsgerichtshof.

8

Auf den weiteren Inhalt des Antragsabwehrungsschriftsatzes vom 20. Januar 2022 wird ergänzend Bezug genommen.

9

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte verwiesen.

II.

10

Der gestellte Antrag bleibt ohne Erfolg. Der Antrag nach § 123 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) ist jedenfalls unbegründet.

11

1. Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO, der hier allein in Betracht kommt, kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen, nötig erscheint. Voraussetzung hierfür ist, dass der Antragsteller einen Anordnungsanspruch, d.h. ein subjektiv-öffentliches Recht auf die begehrte Feststellung, sowie einen Anordnungsanspruch, also die besondere Eilbedürftigkeit, glaubhaft gemacht hat (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 936, 920 Abs. 2, 294 Zivilprozessordnung - ZPO).

12

Dabei ist weiter zu beachten, dass der einstweilige Rechtsschutz nach § 123 VwGO grundsätzlich nur der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses dient. Einem Antragsteller soll regelmäßig nicht bereits dasjenige gewährt werden, das er nur in einem Hauptsacheverfahren endgültig erreichen kann. Die vom Antragsteller begehrte Feststellung der Befreiung von der Testpflicht aus § 12 Abs. 2 Satz 1 der 15. BaylFSMV ist jedoch angesichts der befristeten Geltung der streitgegenständlichen Vorschrift - nach § 18 der 15. BaylFSMV tritt die Verordnung am 24. November 2021 in Kraft und mit Ablauf des 9. Februar 2022 außer Kraft - als eine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache anzusehen. Wird die Hauptsache jedoch vorweggenommen, kann dem Eilantrag nach § 123 VwGO nur stattgegeben werden, wenn dies zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz (GG) schlechterdings unabweisbar ist. Dies setzt hohe Erfolgsaussichten, also eine weit überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs in der

Hauptsache, sowie schwere, unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile im Falle eines Abwartens in der Hauptsache voraus.

13

2. Gemessen hieran hat der Antragsteller keinen Anspruch auf die von ihm begehrte Feststellung, dass er entgegen § 12 Abs. 2 Satz 1 der 15. BayIfSMV berechtigt ist, die vom ihm derzeit besuchte Schule - wenn auch nur zu geforderten Leistungsnachweisen - ohne einen entsprechenden Test auf das Vorliegen des Corona-Virus SARS-CoV-2 zu besuchen.

14

2.1. Zwar kann der Antragsteller einen Anordnungsgrund der besonderen Eilbedürftigkeit glaubhaft machen, da er, sofern er zumindest für das Erbringen von Leistungsnachweisen die von ihm besuchte Schule betreten muss, unmittelbar und ungeachtet seines Impfstatus der Testpflicht aus § 12 Abs. 1 Satz 1 der 15. BayIfSMV unterfällt.

15

2.2. Einen Anordnungsanspruch hat der Antragsteller hingegen nicht glaubhaft gemacht.

16

2.2.1 Das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers ist erkennbar auf das Ziel gerichtet, die entsprechende Norm der 15. BayIfSMV, die die Testpflicht zur Teilnahme am Präsenzunterricht unabhängig vom jeweiligen Impfstatus anordnet, außer Vollzug zu setzen. Nach dem eindeutigen Wortlaut des streitgegenständlichen § 12 Abs. 2 Satz 1 der 15. BayIfSMV ist das Rechtsschutzziel des Antragstellers auch nicht im Wege der Auslegung der entsprechenden Norm erreichbar. In dieser Fallkonstellation ist ausschließlich ein Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO statthaft. Für einen Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO mit dem Inhalt, vorläufig festzustellen, dass die Normen der Verordnung dem begehrten Verhalten nicht entgegenstehen, ist dann kein Raum, wenn dies zu einer Umgehung der besonderen Voraussetzungen und Wirkungen des Rechtsschutzverfahrens nach § 47 Abs. 6 VwGO führen würde (vgl. BayVGH, B.v. 18.6.2020 - 20 CE 20.1388 - juris Rn. 2). In der hier inmitten stehenden Konstellation erscheint es angesichts des landesweiten Geltungsbereichs der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen und ihrer jeweils kurzen Geltungsdauer geboten, Verfahren, die zum Ziel haben, dass eine untergesetzliche Norm ganz oder teilweise nicht angewendet werden soll, ausschließlich einer gerichtlichen Überprüfung nach § 47 Abs. 6 VwGO zuzuführen. Eine andere Sichtweise würde die Gefahr kollidierender Entscheidungen begründen, nämlich wenn das Verwaltungsgericht eine Rechtsverordnung für rechts- oder verfassungswidrig hielte und dem Klage- oder Antragsbegehren stattgäbe, das Oberverwaltungsgericht jedoch in einem Normenkontrollverfahren die Gültigkeit der Verordnung feststellte. In einem derartigen Fall müssten die an rechtskräftige erstinstanzliche Entscheidung gebundenen Verwaltungsbehörden die Entscheidung umsetzen, obwohl das Normenkontrollgericht die Gültigkeit der vom Verwaltungsgericht beanstandeten Verordnung festgestellt hätte. Dies brächte die nachgeordnete Verwaltung in ein Normvollzugsdilemma, das nicht Sinn und Zweck des Anordnungsverfahrens nach § 123 VwGO sein kann, sodass in Konstellationen der vorliegenden Art der Vorrang des Normenkontrollverfahrens zu beachten ist.

17

2.2.2 Anderes ist nur denkbar, wenn der Normadressat - unter Weitergeltung der Norm - lediglich die Feststellung begehrt, dass ein bestimmter Sachverhalt gegebenenfalls auch nach Auslegung der Norm nicht in ihren Anwendungsbereich fällt (BayVGH, B.v. 18.6.2020 - 20 CE 20.1388 - juris Rn. 6). Letzteres ist hier aber bereits nach dem Vorbringen des Antragstellers nicht der Fall.

18

Vorliegend erachtet der Antragsteller vielmehr das in § 12 Abs. 2 Satz 1 der 15. BayIfSMV geregelte Erfordernis eines Testnachweises zur Teilnahme am schulischen Präsenzunterricht bei erfolgter dreifacher Impfung nicht mehr für angemessen und fordert insoweit eine Gleichstellung von Schülern mit Erwachsenen. Dass der Antragsteller derzeit im Homeschooling unterrichtet wird und nur für die Erbringung von Leistungsnachweisen zum Besuch der Schule in Präsenz verpflichtet ist, führt ebenfalls nicht zum Erfolg des Antrags im Einzelfall. Gerade für die Erbringung von Leistungsnachweisen unterfällt der Antragsteller der gesetzlichen Regelung in § 12 Abs. 2 Satz 1 der 15. BayIfSMV und begehrt für diesen Fall die Feststellung der Freistellung von der in der Verordnung angeordneten Testpflicht. Insoweit steht der Antragsteller aber im Falle der Erbringung von Leistungsnachweisen nicht anders als diejenigen Schüler, die nach der Vorschrift des § 12 Abs. 2 Satz 1 der 15. BayIfSMV grundsätzlich der dreimaligen

wöchentlichen Testpflicht unterliegen. Mit seinem Vorbringen wendet sich der Antragsteller gegen die normative Anordnung einer Testpflicht zum Besuch einer Schule unabhängig vom jeweiligen Impfstatus des betroffenen Schülers bzw. der betroffenen Schülerin. Das vom Antragsteller angestrebte Verfahren hat damit zum Ziel, eine in der 15. BayIfSMV enthaltene abstrakt-generelle Verbots- oder Gebotsregelung ganz oder teilweise nicht anzuwenden, was ausschließlich in einem Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO gerichtlich zu klären ist (vgl. OVG Saarl, B.v. 19.2.2021 - 2 B 35/21 - juris; B.v. 15.1.2021 - 2 B 354/20 - juris).

19

3. Sofern man den gestellten Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO dahingehend auslegt, dass der Antragsteller für die geforderte Erbringung von Leistungsnachweisen an der von ihm besuchten Schule lediglich eine Ausnahme von der Testpflicht des § 12 Abs. 2 Satz 1 der 15. BayIfSMV begehrt, führt auch dies nicht zum Erfolg des Antrags. Zum einen hat der Antragsteller diesbezüglich nicht glaubhaft gemacht, dass es ihm aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich ist, den erforderlichen Testnachweis zu erbringen. Der Antrag verweist insoweit lediglich auf eine beim Antragsteller vorliegende LRS-Störung, legt aber gerade nicht dar, inwieweit diese eine Testung vor dem Besuch der Schule in Präsenz unmöglich macht. Aussagekräftige ärztliche Atteste in Bezug auf die Frage einer eventuellen Befreiung von der Testpflicht wurden im Verfahren nicht vorgelegt.

20

Zum anderen ist in Bezug auf einen so ausgelegten Antrag zu berücksichtigen, dass diesem das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, da sich der Antragsteller vor der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes mit einem so verstandenen Begehren - soweit ersichtlich - noch nicht erfolglos an die von ihm besuchte Schule gewandt hat. Im Rahmen des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung begründet die behördliche Vorbefassung das Rechtsschutzbedürfnis. Fehlt ein solcher, besteht kein Rechtsschutzbedürfnis für die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes (vgl. OVG Saarl, B.v. 8.10.2020 - 2 B 270/20- juris Rn. 9; VG Stuttgart, B.v. 2.9.2021 - 9 K 3324/21 - juris Rn. 32).

21

Auf die Frage, ob dem Begehren des Antragstellers im Hinblick auf die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Beschluss vom 19. November 2021 (Az.: 1 BvR 927/21, 1 BvR 1069/21 - juris) stattzugeben wäre, kommt es daher nicht mehr entscheidungserheblich an. Das Bundesverfassungsgericht hatte entschieden, dass aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG ein Recht der Kinder und Jugendlichen gegenüber dem Staat folgt, ihre Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit auch in der Gemeinschaft durch schulische Bildung zu unterstützen und zu fördern (Recht auf schulische Bildung). Das Recht auf schulische Bildung umfasst danach u.a. ein Recht auf den gleichen Zugang zu staatlichen Bildungsangeboten im Rahmen des vorhandenen Schulsystems sowie ein Abwehrrecht gegen Maßnahmen, die das Bildungsangebot einer Schule einschränken. Schülerinnen und Schüler kommen, wenn sie am Unterricht teilnehmen, nicht nur der Schulpflicht nach, sondern üben zugleich ihr nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG geschütztes Recht aus, ihre Persönlichkeit mit Hilfe schulischer Bildung frei zu entfalten. Wird diese spezifische schulische Erfahrungsmöglichkeit durch staatliche Maßnahmen eingeschränkt, so liegt darin ein Eingriff, gegen den sich Schüler wenden können (vgl. BVerfG, B.v. 19.11.2021 - a.a.O. - juris Rn. 62; BayVG, B.v. 20.12.2021 - 7 CE 212.2431 - juris Rn. 3).

22

4. Nach allem war der Antrag daher mit der Kostenentscheidung aus § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen, wonach die unterliegende Partei die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

23

5. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 2 Gerichtskostengesetz (GKG) und Nr. 1.5 Satz 1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (BayVBl. Sonderbeilage Januar 2014). Da das vorliegende Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes inhaltlich auf die Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung abzielt, erscheint eine Anhebung des Streitwerts auf der Grundlage von Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs auf die Höhe des für das Hauptsachverfahren anzunehmenden Streitwerts (5.000,00 EUR) angebracht.