Titel:

Coronavirus, SARS-CoV-2, Zahnarzt, Anfechtungsklage, Anordnungsanspruch, Nachweis, Verwaltungsverfahren, Anordnung, Internet, Antragsteller, Gesundheitsamt, Glaubhaftmachung, Ermessen, Frist, Eilverfahren, Verfahren, einstweiligen Anordnung, Erlass einer einstweiligen Anordnung

Normenketten:

VwGO §§ 123, 22a Abs. 2, 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. h)
IfSG Abs. 2 und 5

Leitsätze:

1. Ein Eilrechtsschutzantrag nach § 123 VwGO eines nicht gegen das Coronavirus geimpften Zahnarztes, der nicht über einen Genesenennachweis nach § 22a Abs. 2 IfSG verfügt, ist unzulässig, wenn das Gesundheitsamt noch keine Maßnahmen nach § 20a Abs. 5 IfSG gegen ihn ergriffen hat. Es liegt insoweit ein unzulässiger vorbeugender vorläufiger Rechtsschutz vor.
2. Im Eilrechtsschutzverfahren zu berücksichtigende durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Regelungen über den Genesenennachweis in § 22a Abs. 2 IfSG bestehen nicht.

Schlagworte:

Coronavirus, SARS-CoV-2, Zahnarzt, Anfechtungsklage, Anordnungsanspruch, Nachweis, Verwaltungsverfahren, Anordnung, Internet, Antragsteller, Gesundheitsamt, Glaubhaftmachung, Ermessen, Frist, Eilverfahren, Verfahren, einstweiligen Anordnung, Erlass einer einstweiligen Anordnung

Fundstelle:

BeckRS 2022, 8971

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Kosten des Verfahrens hat der Antragsteller zu tragen.

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

Gründe

I.

1
Der Antragsteller wendet sich im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Verkürzung seines Genesenenstatus auf 90 Tage ab der positiven PCR-Testung.

2
Der Antragsteller, ein Zahnarzt, wurde am 13.11.2021 erstmals positiv mittels PCR-Test auf SARS-CoV-2 getestet. Hierüber wurden dem Antragsteller am 11.12.2021 ein sog. „Digitales COVID-Zertifikat der EU“ mit Gültigkeit bis 12.5.2022 ausgestellt.

3
Mit der Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV) zum 15.1.2022 wurde die Gültigkeit des Genesenenstatus von 180 Tagen auf 90 Tage verkürzt. Bezüglich der Dauer des Genesenenstatus verwies § 2 Nr. 5 SchAusnahmV auf eine fachliche Veröffentlichung des Robert Koch-Instituts (RKI) im Internet. Diese dynamische Verweisung wurde von mehreren Gerichten - unter anderem auch vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof - für verfassungswidrig erachtet (vgl. nur BayVGH, B.v. 3.3.2022 - 20 CE 22.536).

4

Seit 19.3.2022 ist die Dauer des Genesenenstatus bundesgesetzlich in § 22a Abs. 2 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (IfSG) geregelt. Wie nach der Veröffentlichung des RKI im Internet gilt eine Person danach als genesen, wenn die vorherige Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 durch einen Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-NAAT oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) nachgewiesen wurde und die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion mindestens 28 Tage und höchstens 90 Tage zurückliegt.

5
Bereits mit am 28.2.2022 bei Gericht eingegangen im Schreiben vom 25.2.2022 wendete sich der Antragsteller im Rahmen eines Eilrechtsschutzantrags gegen die Verkürzung seines Genesenenstatus auf 90 Tage. Die dynamische Verweisung in der SchAusnahmV sei verfassungsrechtlich problematisch. Sie greifen unmittelbar in die Grundrechte des Antragstellers aus Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG ein und sei rechtsstaatlich problematisch. Auch aus wissenschaftlicher Sicht sei die Verkürzung des Genesenenstatus nicht haltbar. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Antragsschrift Bezug genommen.

6
Der Antragsteller beantragte zunächst, vorläufig festzustellen, dass der Genesenenstatus des Antragstellers wie in dem Genesenennachweis vom 11.12.2021 ausgewiesen fortbestehe und durch die Änderung des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV keine Änderung erfahren habe.

7
Hinsichtlich der Argumentation des Antragsgegners wird auf seinen Schriftsatz vom 9.3.2022 Bezug genommen.

8
Mit Schreiben vom 1.4.2022 hat das Gericht die Beteiligten darauf hingewiesen, dass die Dauer des Genesenenstatus nunmehr bundesgesetzlich geregelt sei, weshalb die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die bis zum 18.3.2022 geltende Regelung wohl ausgeräumt seien. Vor diesem Hintergrund hat das Gericht die Abgabe von Erledigungserklärungen angeregt.

9
Mit Schreiben vom 4.4.2022 ließ der Antragsteller mitteilen, dass er seinen Antrag aufrechterhalte. Trotz des Wegfalls der meisten staatlichen Beschränkungen habe der Antragsteller als Zahnarzt weiterhin mit erheblichen Nachteilen zu rechnen. Seit dem 15.3.2022 sei er grundsätzlich verpflichtet, dem Gesundheitsamt einen gültigen Impf- oder Genesenennachweis vorzulegen. Kollegen aus dem Nachbarlandkreis seien vom dortigen Gesundheitsamt bereits aufgefordert worden. Entsprechende Nachweise vorzulegen. Die rechtsstaatlichen Bedenken würden auch bezüglich der Neuregelung des Genesenenstatus in § 22a Abs. 2 IfSG fortbestehen.

10
Der Antragsteller beantragt zuletzt sinngemäß,

ihn vorläufig von der Verpflichtung nach § 20a IfSG zur Vorlage eines Impf- oder Genesenennachweises im Sinne des § 22a IfSG bis 12.5.2022 freizustellen.

11
Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte Bezug genommen.

II.

12
Der Antrag hat keinen Erfolg.

13
Statthafter Rechtsbehelf ist im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ein Antrag nach § 123 VwGO auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, da in der Hauptsache keine Anfechtungsklage statthaft ist (vgl. § 123 Abs. 5 VwGO).

14

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).

15
Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung ist in jedem Fall die Glaubhaftmachung sowohl eines Anordnungsgrundes als auch eines Anordnungsanspruchs (Eilbedürftigkeit). Beide Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.

16
1. Ein Anordnungsgrund besteht nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen aber auch ausreichenden summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht. Er ist noch nicht einmal geltend gemacht, was zur Unzulässigkeit des Antrags führt.

17
Vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Gewaltenteilung und des im Ausgangspunkt reaktiv konzipierten Gebots eines effektiven Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 GG ist verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz grundsätzlich nicht vorbeugend ausgestaltet. Einen solchen vorbeugenden Rechtsschutz beantragt der Antragsteller aber gerade; denn er möchte vermeiden, dass das Gesundheitsamt wegen des nicht mehr Fortbestehens seines Genesenenstatus ihm gegenüber Verwaltungsmaßnahmen ergreift. Nach seinem eigenen Sachvortrag wurden gegen den Antragsteller derzeit noch keine konkreten Maßnahmen ergriffen.

18
Ein Abweichen von dieser Grundentscheidung kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn der nachträgliche Rechtsschutz mit unzumutbaren Nachteilen für den Betroffenen verbunden wäre. Danach ist für einen vorbeugenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO - ebenso wie für eine in der Hauptsache erhobene vorbeugende Feststellungsklage - ein qualifiziertes, gerade auf die Inanspruchnahme vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutzes gerichtetes Rechtsschutzinteresse notwendig. Dieses ist grundsätzlich zu verneinen, solange der Antragsteller in zumutbarer Weise auf den von der Verwaltungsgerichtsordnung im Regelfall als angemessen und ausreichend angesehenen nachträglichen Rechtsschutz verwiesen werden kann. Es ist in der Regel zumutbar, die Verwaltungsmaßnahme abzuwarten und anschließend Rechtsmittel hiergegen einzulegen sowie - falls erforderlich - um vorläufigen Rechtsschutz nach den §§ 80, 80a VwGO nachzusuchen. Ein qualifiziertes Rechtschutzbedürfnis ist hingegen zu bejahen, wenn ohne die Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes die Gefahr bestünde, dass vollendete, nicht mehr rückgängig zu machende Tatsachen geschaffen würden oder wenn ein nicht mehr wiedergutzumachender Schaden entstünde (so VG München, B.v. 9.2.2022 - M 26b E 22.432 - juris Rn. 16 in einem ähnlichen Fall unter Verweis auf: OVG NW, B.v. 25.8.2017 - 13 B 762/17 - juris Rn. 9; BayVGH, B.v. 30.11.2010 - 9 CE 10.2468 - juris Rn. 20; B.v. 28.11.2019 - 10 CE 19.2234 - juris Rn. 5; Happ in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 123 Rn. 37; Schoch in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, Stand: Juli 2019, § 123 Rn. 45).

19
Letztere Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben. Es ist dem Antragsteller zuzumuten, seine Einwände gegen die Verkürzung der Dauer des Genesenenstatus im dafür vorgesehenen Verwaltungsverfahren vorzubringen. Allein der fehlende Nachweis des Fortbestehens des Genesenenstatus führt nämlich noch nicht dazu, dass der Antragsteller seinen Beruf als Zahnarzt nicht mehr ausüben darf. Ein Zahnarzt muss zwar ab dem 15.3.2022 nach § 20a Abs. 1 Satz Nr. 1 Buchst. h) IfSG über einen Impf- oder Genesenennachweis verfügen. Hat er einen solchen Nachweis nicht, so knüpfen hieran aber noch keine unmittelbaren Konsequenzen an. Ein selbstständiger Zahnarzt bzw. der Inhaber einer Zahnarztpraxis, der dort unselbstständige Zahnärzte beschäftigt, ist vielmehr ausschließlich verpflichtet, sich die nach § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG erforderlichen Nachweise (Impfnachweis, Genesenennachweis, Nachweis über eine Schwangerschaft im ersten Drittel, ärztliches Zeugnis über eine medizinische Kontraindikation im Hinblick

auf eine Impfung) von den bei ihm Beschäftigten vorlegen zu lassen. Liegen am 15.3.2022 für bestimmte Beschäftigte - also auch für den selbstständigen Zahnarzt - keine Nachweise vor, so hat der Leiter des Unternehmens dies unverzüglich dem Gesundheitsamt zu melden (§ 28a Abs. 2 Satz 2 IfSG). Weitere Konsequenzen hat dies zunächst nicht. In einem weiteren Schritt ergeht dann nach § 20a Abs. 5 Satz 1 IfSG eine Aufforderung des Gesundheitsamtes an die betreffende Person, einen entsprechenden Nachweis vorzulegen. Erst wenn die betreffende Person innerhalb einer angemessenen Frist keinen Nachweis vorgelegt hat, kann (Ermessen!) das Gesundheitsamt einer Person untersagen, in ihrem Beschäftigungsbetrieb tätig zu werden (§ 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG).

20
Hier wird deutlich, dass dem Antragsteller derzeit keine konkreten Maßnahmen drohen. Selbst wenn er keinen Genesenennachweis vorlegt, ist nicht absehbar, ob und - wenn ja - welche Maßnahmen das zuständige Gesundheitsamt ergreifen wird. Nach alledem ist es dem Antragsteller ohne Weiteres zuzumuten, zunächst abzuwarten, ob überhaupt Maßnahmen gegen ihn ergriffen werden. Sollte dies der Fall sein, so kann er sich im Wege einer Anfechtungsklage und im Eilrechtschutzverfahren über einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO vor den Verwaltungsgerichten dagegen wehren. Ein Bedürfnis nach Gewährung vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutzes besteht jedenfalls derzeit nicht.

21
2. Darüber hinaus ist aber auch ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Die Argumentation hinsichtlich einer Verfassungswidrigkeit des § 22a Abs. 2 IfSG greift nicht durch. Bei der Frage der Verfassungswidrigkeit, über die im Falle ihrer Entscheidungserheblichkeit das Bundesverfassungsgericht zu entscheiden hätte (vgl. Art. 100 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG), handelt es sich um eine schwierige Rechtsfrage, die im Eilverfahren keiner abschließenden Klärung zugänglich ist (vgl. VGH BW, B. v. 5.4.2022 - 1 S. 645 22 - juris). Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes rechtfertigen nur besonders schwerwiegende Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes (vgl. etwa BayVGH, B.v. 4.4.2007 - 19 CS 07.400 - juris Rn. 31).

22
Die im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotene summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage ergibt, dass der Gesetzgeber seine Einschätzungsprärogative bei der Regelung der Geltungsdauer des Genesenennachweises nicht überschritten hat. Dem Gesetzgeber kommt insoweit ein weiter Spielraum zu (vgl. BVerfG, B.v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21 - juris Rn. 145, 170, 177). Auch wenn Fachleute im Hinblick auf die notwendige Dauer des Genesenenstatus unterschiedliche Auffassungen vertreten, ist nicht erkennbar, dass die Dauer des Genesenenstatus von 90 Tagen vom Gesetzgeber willkürlich festgelegt wurde. Ein Überschreiten des eingeräumten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums ist daher nicht ersichtlich.

23
Soweit die frühere Regelung zum Genesenenstatus in § 2 Nr. 5 SchAusnahmV i.d.F. vom 14.1.2022 von der Rechtsprechung in entsprechenden Eilverfahren als (voraussichtlich) verfassungswidrig angesehen wurde, ist der Bundesgesetzgeber dieser verfassungsrechtlichen Kritik gerade durch die Regelung der Geltungsdauer des Genesenennachweises im IfSG selbst begegnet. Aufgrund der Neuregelung in § 22a Abs. 2 Nr. 2 IfSG, der die Dauer des Genesenenstatus nun unmittelbar und ohne Verweis auf die Homepage des RKI festschreibt, liegt kein Verstoß mehr gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz des Art. 20 Abs. 3 GG vor. Der Bundesgesetzgeber hat diese wesentliche Entscheidung nun selbst getroffen. Für Betroffene ist außerdem klar und leicht erkennbar, für welchen Zeitraum sie als genesen gelten.

24
Es bestehen damit im Ergebnis keine schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich dieser Norm, die dazu führen könnten, dass ihre Anwendung im Eilrechtschutzverfahren „suspendiert“ wird.

25
Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof führt dazu in einem aktuellen Beschluss vom 20.2.2022 Folgendes aus (BayVGH, B.v. 20.4.2022 - 20 CE 22.646 - noch nicht veröffentlicht):

„Durchgreifende Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung hat der Senat nicht. Die auf 90 Tage festgelegte Geltungsdauer des Genesenennachweises hält sich im Rahmen der fachlichen Empfehlungen des RKI (RKI - Coronavirus SARS-CoV-2 - Fachliche Vorgaben des RKI für COVID-19-

Genesenennachweise, außer Kraft seit 19.3.2022, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Genesenennachweis-old.html) und dürfte sich aller Voraussicht bei anhaltend unsicherer Tatsachengrundlage im Rahmen des dem Bundesgesetzgeber eingeräumten Spielraums im Hinblick auf die Eignung der getroffenen Regelung (vgl. dazu BVerfG, B.v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21 u.a. - juris Rn. 185 ff.; BVerfG, U.v. 4.7.1995 - 1 BvF 2/86 - BVerfGE 92, 365 (396) - juris Orientierungssatz 1. b. zu Leitsatz 2) bewegen. Anhaltspunkte für eine die Verfassungswidrigkeit der Regelung begründende Fehleinschätzung des Gesetzgebers sind ebenso wenig erkennbar wie ein schon im Eilverfahren ersichtlicher offensichtlicher Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG im Hinblick auf eine Ungleichbehandlung mit Personen, die über einen Impfnachweis nach § 22a Abs. 1 IfSG oder einen Testnachweis nach § 22a Abs. 3 IfSG verfügen."

26
Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

27
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).