



BÖGELEIN & DR. AXMANN

FORCHHEIM | RECHTSANWÄLTE | HAMBURG

RAe Bögelein & Dr. Axmann • Luitpoldstraße 3 • 91301 Forchheim

Per beA

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Außenstelle Ansbach
Montgelasplatz 1

91522 Ansbach

Ihr Zeichen : - 20 NE 21.992 -
Unser Zeichen : 01143/21MB/ en
Sachbearbeiter : RA Bögelein
Datum : 29.04.21

In der Normenkontrollsache (Normenkontrolle § 47 Abs. 6 VwGO)

████████████████████
████████████████████

gegen Freistaat Bayern

wegen Infektionsschutzgesetz

Testpflicht/Schule (Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO)

nehmen wir Bezug auf den richterlichen Hinweis vom 29.04.2021 und führen hierzu wie folgt aus:

Trotz Änderung des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) besteht eine Antragsbefugnis unproblematisch fort.

Die Auffassung des Senates, dass zwischen § 28b IfSG und § 18 Abs. 1, Abs. 4 der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (12. BayIfSMV) eine Kollision bestehe, und daher zumindest keine Antragsbefugnis

Mario Bögelein
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für
Bank- und Kapitalmarktrecht

Dr. Martin Axmann
Rechtsanwalt

Ljubica Markovic
Rechtsanwältin (angestellt)

Maria Lohse
Rechtsanwältin (angestellt)

Kanzleisitz Forchheim

Luitpoldstraße 3
91301 Forchheim

Tel. (09191) 616 88-0
Fax (09191) 616 88-20

sued@boegelein-axmann.com
www.boegelein-axmann.com

Standort Hamburg

Richterstraße 2
22085 Hamburg

Tel. (040) 271 66 891
Fax (040) 271 66 896

nord@boegelein-axmann.com
www.boegelein-axmann.com

In Kooperation mit:



mehr vorliegt, kann schon angesichts der eigenen Ausführungen des Antragsgegners und der Bestimmungen des § 28b Abs. 3 IfSG nicht gefolgt werden.

Es ist daher nach wie vor von einer Antragsbefugnis auszugehen.

I.

Die vom Senat aufgegriffene Neufassung des Infektionsschutzgesetzes unter § 28b Abs. 3 IfSG lautet wie folgt:

*„(3) Die Durchführung von Präsenzunterricht an allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen ist nur zulässig bei Einhaltung angemessener Schutz- und Hygienekonzepte; die Teilnahme am Präsenzunterricht ist nur zulässig für Schülerinnen und Schüler sowie für Lehrkräfte, die zweimal in der Woche mittels eines anerkannten Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet werden. Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so ist die Durchführung von Präsenzunterricht ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen nur in Form von Wechselunterricht zulässig. Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 165, so ist ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen die Durchführung von Präsenzunterricht untersagt. **Abschlussklassen und Förderschulen können durch die nach Landesrecht zuständige Behörde von der Untersagung nach Satz 3 ausgenommen werden.** Die nach Landesrecht zuständigen Stellen können nach von ihnen festgelegten Kriterien eine Notbetreuung einrichten. Für das Außerkrafttreten der Untersagung nach Satz 3 gilt Absatz 2 Satz 1 und 2 mit der Maßgabe entsprechend, dass der relevante Schwellenwert bei 165 liegt. Für die Bekanntmachung des Tages, ab dem die Untersagung nach Satz 3 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt gilt, gilt Absatz 1 Satz 3 und 4 entsprechend. Für die Bekanntmachung des Tages des Außerkrafttretens nach Satz 6 gilt Absatz 2 Satz 3 entsprechend. Für Einrichtungen nach § 33 Nummer 1 und 2 gelten die Sätze 3 und 5 bis 7 entsprechend.*

Nach § 28b Abs. 3 S. 4 IfSG hat die nach Landesrecht zuständige Behörde das Recht von der Untersagung des Präsenzunterrichtes Ausnahmen zu regeln.

Damit wird seitens des Bundesgesetzgeber selbst vorgesehen, dass von der Regelung des § 28b Abs. 3 S.3 IfSG kein Gebrauch gemacht werden muss.

Soweit konkret von den Bestimmungen des § 28b Abs. 3 IfSG abgewichen wird, findet (wieder) unmittelbar § 18 Abs. 1, Abs. 4 der 12. BayIfSMV Anwendung. Eine Kollision zwischen vorrangigen Bundesrecht und Landesrecht liegt insoweit schon grundsätzlich nicht vor.


Die in § 28b Abs. 3 S. 4 IfSG vorgesehene Abweichungsmöglichkeit hat sich der Freistaat Bayern zu Nutze gemacht und Ausnahmeregelungen für Abschlussklassen geschaffen.

Insoweit sei nochmal darauf hingewiesen, dass es sich bei den Antragstellern jeweils um Schüler einer **Abschlussklasse** einer Grund- und weiterführenden Schule handelt.

II.

Im Übrigen ist die angegriffene Bestimmung durch die Ermächtigungsgrundlage in § 28b Abs 5 IfSG vor einer Kollision mit Bundesrecht geschützt. Der Antragsgegner hat schon vor Änderung des Infektionsschutzgesetzes für den Schulbetrieb generell strengere Regelungen als diese nach Bundesgesetz vorgesehen sind, erlassen. Dies wird von dem Antragsgegner auch ausdrücklich selbst festgestellt (wird ausgeführt).

In diesem Kontext führt der Antragsgegner, durch das Staatsministerium für Unterricht und Kultus selbst aus:

Welche Auswirkungen hat die sog. „Corona-Notbremse“ des Bundes auf den Unterrichtsbetrieb in Bayern? (akt. 29.04.2021, 10:30 Uhr) 

Für den Unterrichtsbetrieb an den Schulen in Bayern ändert sich durch die Neufassung des Infektionsschutzgesetzes durch den Bund vorerst nichts. Aktuell bestehen für den Unterrichtsbetrieb in Bayern Vorgaben, die strenger sind als die im neuen Infektionsschutzgesetz. Da die Infektionszahlen in Bayern nach wie vor sehr hoch sind, gelten diese strengeren Regeln weiter. Das neue Infektionsschutzgesetz lässt das ausdrücklich zu.

Vgl. <https://www.km.bayern.de/allgemein/meldung/7047/faq-zum-unterrichtsbetrieb-an-bayerns-schulen.html>

Die angegriffenen Bestimmungen in §18 Abs. 1, Abs. 4 der 12. BayIfSMV behalten daher auch nach Änderung des Infektionsschutzgesetzes Geltung.

III.

Die Wirksamkeit der Ermächtigungsgrundlage für den Verordnungsgeber im jeweiligen Bundesland in § 28 Abs. 5 IfSG wird auch seitens des Gesetzgebers ausdrücklich als rechtswirksam und zulässig erachtet:

Was ist, wenn ein Bundesland strengere Regeln vorsieht als die neue bundesweite Notbremse?

Dann gelten diese vom Land vorgesehenen strengeren Regeln.

Vgl. <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/guv-19-lp/4-bevschg-faq.html#c21101>

IV.

Damit bleibt abschließend festzustellen, dass sich durch die im Bundesgesetz vorgenommene Änderung des Infektionsschutzgesetzes keine abweichende Beurteilung für die Antragsbefugnis der Antragsteller in den Verfahren nach § 47 Abs. 1, Abs. 6 VwGO ergibt. Eine subjektive Rechtsverletzung durch die Bestimmung des § 18 Abs. 4 der 12. BayIfSMV hinsichtlich einer faktischen Testpflicht ist als gegeben anzusehen, da die in Bayern geltende strengere Regelung unstreitig fortbesteht.

Eine Umstellung der Anträge oder verfahrensbeendende Erklärungen sind nicht angezeigt.

Soweit das Gericht weiteren Sach- oder Rechtsvortrag für erforderlich hält, wird höflich um erneuten richterlichen Hinweis gebeten. Im Übrigen ersuchen wir um antragsgemäße Entscheidung.

Bögelein

Rechtsanwalt