



Bernard Korn & Partner, Stromberger Straße 2, 55545 Bad Kreuznach

Verwaltungsgericht Augsburg
Postfach 11 23 43
86048 Augsburg

Eilt sehr!

Bitte sofort vorlegen!

Eilantrag!

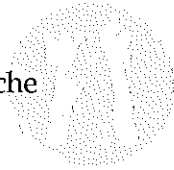
Nur per beA



DATUM	AKTENZEICHEN	DÜRCHWAHL	E-MAIL	ANWÄLTE
27.01.2021	0098/2021-JH	(06131) 5547666	hamed@ckb-anwaelte.de	

**Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung
gemäß § 80 Abs. 5 VwGO**

In der Verwaltungsrechtsache



des



- Antragsteller -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwältin Jessica Hamed, Bernard
Korn & Partner, Stromberger Straße 2, 55545 Bad Kreuznach

gegen

Freistaat Bayern, vertreten durch das Bayerischen Staatsministeriums
für Gesundheit und Pflege

- Antragsgegner -

wegen: Allgemeinverfügung vom 15.01.2021 Az. G51o-G8000-
2020/415-75

Michael Bernard
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Timo Korn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Familienrecht
Fachanwalt für Strafrecht

Prof. Dr. Hanno M. Kämpf
Strafverteidiger

Anna Deus-Cörper
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verkehrsrecht
ADAC Vertragsanwältin

Sven Hartmann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bankkaufmann

Denis Skaric-Karstens, Mag. rer. pub.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Sozialrecht

Daniela Hery, LL.M. (MedR)
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Medizinrecht

Jessica Hamed
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Strafrecht

Nadia Thibaut
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Timo Berneit
Rechtsanwalt

Hanna Wöllstein
Rechtsanwältin

Partnerschaftsgesellschaft
Amtsgericht Koblenz PR 155
USt-Ident-Nr. DE 219 123 576

www.ckb-anwaelte.de
info@ckb-anwaelte.de

Kanzleisitz Bad Kreuznach
Stromberger Straße 2
55545 Bad Kreuznach
Telefon +49 671 920 275 0
Telefax +49 671 920 275 9

Kanzleisitz Mainz
Hindenburgplatz 3
55118 Mainz
Telefon + 49 6131 55 47 666
Telefax + 49 6131 55 47 667

Kanzleisitz Wiesbaden
Klingholzstraße 7
65189 Wiesbaden
Telefon +49 611 341 487 5
Telefax +49 611 341 532 1

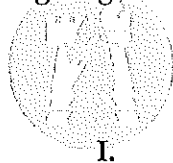
Commerzbank Bad Kreuznach
IBAN DE60 5504 0022 0112 9212 01
BIC COBADEFFXXX

wird unter Verweis auf die beigelegte Kopie der Anwaltsvollmacht angezeigt, dass der Antragsteller von der Unterzeichnerin vertreten wird.

Namens und im Auftrag des Antragstellers wird beantragt,

1. die aufschiebende Wirkung der noch zu erhebenden Klage des Antragstellers gegen Ziffer 1.2 der Allgemeinverfügung des Antragsgegners vom 15. Januar 2021 (Az. G51o-G8000-2020/415-75) wiederherzustellen und **FACHANWÄLTE**
2. dem Antragsgegner die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen.

Der Antrag zu 1) wird wie folgt begründet:



Am 15. Januar 2021 erließ der Antragsgegner unter dem Aktenzeichen G51o-G8000-2020/415-75 aufgrund des § 28 Abs. 1 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes in Verbindung mit § 3 und § 4 der Verordnung der Bundesregierung zum Schutz vor einreisebedingten Infektionsgefahren in Bezug auf das Coronavirus SARS-CoV-2 nach Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag (Coronavirus-Einreiseverordnung - CoronaEinreiseV) vom 13. Juli 2020 (BAnz AT 13.01.2021 V1) und § 65 Satz 2 Nr. 2 der Zuständigkeitsverordnung (ZustV) **abweichende und verschärfte** Regelungen zur CoronaEinreiseV.

Streitgegenständlich ist vorliegend die Regelung unter 1.2 der vorgenannten Allgemeinverfügung:

II.

Der gestellte Antrag zu 1) ist zulässig und begründet.

1. Zulässigkeit

Der Antrag ist gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO statthaft, weil eine noch zu erhebende Klage des Antragstellers gegen die streitgegenständliche Regelung aus der Allgemeinverfügung gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 sowie § 16 Abs. 8 IfSG kraft Gesetzes sofort vollziehbar ist. Eine noch zu erhebende Anfechtungsklage würde gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO keine aufschiebende Wirkung entfalten.

Der Antragsteller ist auch antragsbefugt, da er durch die ihm hier auferlegte Testpflicht in seinem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) und in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) betroffen ist.

2. Begründetheit

Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag die aufschiebende Wirkung der Klage anordnen, wenn die Klage keine aufschiebende Wirkung hat. Dabei trifft das Gericht im Rahmen einer summarischen Prüfung der sich im Zeitpunkt der Entscheidung darstellenden Sach- und Rechtslage eine eigene, originäre Ermessensentscheidung darüber, ob die Interessen, die für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung streiten, oder diejenigen, die für einen sofortigen Vollzug des angefochtenen Verwaltungsakts sprechen, überwiegen. Wesentliches Element dieser Entscheidung sind die Erfolgsaussichten eines eventuellen Hauptsacheverfahrens. Ergibt die im Rahmen des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO allein erforderliche summarische Prüfung von Sach- und Rechtslage, dass der Rechtsbehelf voraussichtlich erfolglos sein wird, tritt das Interesse des

Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs regelmäßig zurück. Erweist sich dagegen der angefochtene Bescheid als voraussichtlich rechtswidrig, so besteht kein Interesse an dessen sofortiger Vollziehung. Ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens nicht hinreichend absehbar, hat es bei einer allgemeinen Interessenabwägung zu verbleiben.

Vgl. statt vieler: VG Augsburg, Beschluss vom 22. Dezember 2020 – Au 9 S 20.2731 –, juris.

Die nach den obigen Grundsätzen vorzunehmende Interessenabwägung ergibt nach hiesiger Ansicht, dass das private Aufschubinteresse des Antragstellers, von der grundrechtsbeschränkenden Maßnahme der Testpflicht verschont zu bleiben, das öffentliche Interesse an der Abwehr von Gefahren für die Gesundheit der Allgemeinheit **überwiegt**, da nach hier vertretener Ansicht die streitbefangene Regelung **offensichtlich** rechtswidrig ist.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hatte bereits über die „Vorgängervorschrift“ des § 4 Abs. 1 der Verordnung über Quarantänemaßnahmen für Einreisende zur Bekämpfung des Coronavirus (Einreise-Quarantäneverordnung) (EQV) vom 5. November 2020, BayMBl. 2020 Nr. 630 zu entscheiden und hat die Regelung mit Beschluss vom 24. November 2020 vorläufig **außer Vollzug** gesetzt, da er sie bei summarischer Betrachtung für **voraussichtlich unwirksam** hielt.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 24. November 2020 – 20 NE 20.2605 –, juris.

§ 4 Abs. 1 EQV hatte folgenden Wortlaut:

„§ 4 Grenzgänger

(1) Grenzgänger im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b sind verpflichtet, sich unaufgefordert regelmäßig in jeder Kalenderwoche auf das Vorliegen einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 testen zu lassen und das Testergebnis der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde oder einer von ihr beauftragten Stelle auf Verlangen unverzüglich vorzulegen. Das Testergebnis nach Satz 1 muss jeweils



1. in deutscher, englischer oder französischer Sprache verfasst sein und

2. sich auf eine molekularbiologische Testung stützen, die

a) in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem sonstigen Staat, den das Robert Koch-Institut in eine Liste von Staaten mit hierfür ausreichendem Qualitätsstandard aufgenommen hat, durchgeführt worden ist und

b) innerhalb der in Satz 1 genannten Zeiträume oder höchstens 48 Stunden vor deren Beginn erfolgte.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Das negative Testergebnis nach Satz 1 ist jeweils für mindestens 14 Tage nach der Einreise aufzubewahren. Dem Testergebnis nach Satz 2 steht eine Bestätigung der testenden Stelle in deutscher, englischer oder französischer Sprache über eine negative Testung durch einen CE-zertifizierten und zugelassenen Antigenschnelltest gleich. Die Verpflichtung nach Satz 1 entfällt für Kalenderwochen, in denen keine Einreise in den Freistaat Bayern erfolgt.“

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 24. November 2020 – 20 NE 20.2605 –, juris.

Obwohl der Bayerische Verwaltungsgerichtshof die vorgenannte Bestimmung vorläufig außer Vollzug gesetzt hat, hat der Antragsgegner – dieses Mal als Allgemeinverfügung – eine **inhaltsgleiche neue Regelung geschaffen, ohne die seitens des Senats aufgeworfenen Fragen und Bedenken – soweit ersichtlich – auszuräumen**. Insoweit darf zur vertieften Begründung des hiesigen Antrags auf die Ausführungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs verwiesen werden. Der Beschluss wird diesem Antrag als **Anlage 2** beigelegt und **vollumfänglich** zum Gegenstand des hiesigen Vorbringens gemacht.

RECHTSANWÄLTIN UND FACHANWÄLTIN

Der Senat hat bezüglich der **kalenderwöchentlichen** Testpflicht von Grenzgänger:innen mit umfangreichen Ausführungen bereits die **Rechtsgrundlage angezweifelt**:

„Es ist bereits fraglich, auf welche Rechtsgrundlage der Antragsgegner die streitgegenständliche Vorschrift des § 4 Abs. 1 EQV gestützt hat.“

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 24. November 2020 – 20 NE 20.2605 –, juris.

Auch im Hinblick auf die **Verhältnismäßigkeit** hatte der Senat **tiefgreifende Bedenken** (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Die wöchentliche Testpflicht für Grenzgänger nach § 4 Abs. 1 EQV könnte sich im Ergebnis zudem nach jetzigem Kenntnisstand als unverhältnismäßig erweisen. Zwar dürfte die Maßnahme geeignet und erforderlich sein, um Infektionen durch Grenzgänger aus Risikogebieten zu reduzieren. Zweifelhaft bleibt aber, ob die Maßnahme auch angemessen ist. Die Angemessenheit oder auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn fordert, dass der Nutzen der Maßnahme nicht zu den dadurch herbeigeführten Beeinträchtigungen außer Verhältnis stehen darf. Das Gebot erfordert eine Abwägung zwischen dem

Nutzen der Maßnahme und den durch die Maßnahmen herbeigeführten Beeinträchtigungen und setzt dem Ergebnis eine Grenze (Maunz/Dürig, Art. 20 GG Rn 117). Im vorliegenden Fall kann der Senat den infektiologischen Nutzen der wöchentlichen Testpflicht für Grenzgänger nicht mit hinreichender Sicherheit bewerten. Der Antragsgegner war nicht in der Lage, die Positivquote der Tests von Grenzgängern zu benennen. Der alleinige Hinweis auf wesentlich erhöhte Inzidenzen und Positivquoten in den ausländischen Risikogebieten im Vergleich zu Binnentests in Bayern erscheint hier nicht ausreichend. Zudem stellt sich die Frage, welchen Nutzen ein nur wöchentlicher Test bei der Verhinderung der Ausbreitung besitzt.“

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 24. November 2020 – 20 NE 20.2605 –, juris.

Es darf ergänzt werden, dass es sich vorliegend (so auch damals) nicht einmal um eine „wöchentliche“, sondern um eine „kalenderwöchentliche“ Testpflicht handelt. D.h. es wäre beispielsweise regelkonform, sich am Montag der ersten Kalenderwoche und am Samstag der darauffolgenden Kalenderwoche testen zu lassen. Damit läge zwischen den beiden Testungen **12 Tage**. Dieses Beispiel zeigt bereit, wie **sinnbefreit** diese Regelung ist. Ein Test stellt immer nur eine **Momentaufnahme** dar, da bereits unmittelbar nach der Probeentnahme eine Infektion möglich ist, ohne dass sich diese im Testergebnis widerspiegelt.

Es stellt sich damit nach hiesiger Ansicht nicht die Frage, welchen Nutzen eine derartige Testpflicht besitzt, da die Antwort auf der Hand liegt. **Es ist kein Nutzen ersichtlich**. Jedenfalls nicht wenn man sich nicht dazu herablassen möchte, zu behaupten, ein Test alle zwei Wochen sei besser als kein Test.

Jedenfalls ist diese Maßnahme **offensichtlich unverhältnismäßig im engeren Sinne**, da der allenfalls - mit viel gutem Willen - minimale Nutzen die schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Antragstellers, nicht überwiegt.

Besondere Beachtung verdient auch der Umstand, dass die mit Sanktionen bedrohte Testpflicht (Nr. 1.3 und 5 der Allgemeinverfügung) auch die **Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 45 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)** berührt - und nach hiesiger Ansicht **verletzt**.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat dazu in seinem vorgenannten Beschluss ausgeführt:

„Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch die am 12. Oktober 2020 erlassene Empfehlung des Rates für eine koordinierte Vorgehensweise bei der Beschränkung der Freizügigkeit aufgrund der COVID-19-Pandemie zu berücksichtigen. Richtig ist zwar, dass Empfehlungen des Europäischen Rates nach Art. 288 Abs. 5 AEUV nicht verbindlich sind. Die innerstaatlichen Gerichte sind aber verpflichtet, bei der Entscheidung, der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten die Empfehlungen zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn diese Aufschluss über die Auslegung zu ihrer Durchführung erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen sollen (EuGH, U. v. 13.12.1989 - Rs C - 322/88 - BeckRS 9998, 80943). Weil durch die bußgeldbewehrte Testpflicht des § 4 Abs. 1 EQV das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger berührt ist, ist die Empfehlung des Europäischen Rates für eine koordinierte Vorgehensweise bei der Beschränkung der Freizügigkeit aufgrund der COVID-19-Pandemie bei der Auslegung zu berücksichtigen.

Nach dem allgemeinen Grundsatz Nr. 17 können die Mitgliedstaaten zwar verlangen, dass Personen aus einem nicht als grün gekennzeichneten Risikogebiet sich nach der Ankunft einem COVID-19-Test unterziehen. Um Beschränkungen auf das absolut Notwendige zu begrenzen, sollten sich die Mitgliedstaaten so weit wie möglich darum bemühen, diese Beschränkungen in nichtdiskriminierender Weise nur auf Personen anzuwenden, die aus besonders stark betroffenen Gebieten oder Regionen einreisen, und sie nicht auf das gesamte Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaats ausdehnen (Erwägungsgrund 12). Weiter darf es nach dem Allgemeinen Grundsatz Nr. 3 keine Diskriminierung zwischen Mitgliedstaaten geben, beispielsweise indem auf Reisen in einen und aus einem benachbarten Mitgliedstaat großzügigere Vorschriften angewandt werden als auf Reisen in andere und aus anderen Mitgliedstaaten, die sich in derselben epidemiologischen Lage befinden. Nach dem allgemeinen Grundsatz Nr. 21 dürfen die Maßnahmen, die auf Personen angewandt werden, die aus gemäß Nummer 10 als „rot“, „orange“ oder „grau“ eingestuft Gebieten einreisen, nichtdiskriminierend sein, d. h. sie müssen gleichermaßen für zurückkehrende Staatsangehörige des betreffenden Mitgliedstaats gelten. Deshalb dürfte die Ungleichbehandlung von Grenzpendlern und Grenzgängern problematisch sein, da derzeit sowohl Deutschland als auch Tschechien und Österreich als rot eingestuft sind (<https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/situation-updates/weekly-maps-coordinated-restriction-free-movement>). All diese Aspekte sind bei der Prüfung der Angemessenheit der Maßnahme zu berücksichtigen.“

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 24. November 2020 – 20 NE 20.2605 –, juris.

Sowohl Deutschland als auch Österreich sind (Stand: 27.01.2021) als rot eingestuft.

<https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/situation-updates/weekly-maps-coordinated-restriction-free-movement>

Nach alledem kann die hier beanstandete Regelung auch im Wege der nur summarischen Prüfung keinen weiteren Bestand mehr haben. Es ist bereits keine ausreichende Rechtsgrundlage ersichtlich, jedenfalls ist sie aber aus verschiedenen Gründen nicht angemessen. Nach hiesiger Ansicht verstößt sie ferner gegen direkt anzuwendendes Unionsrecht. Durch die streitgegenständliche Regelung wird der Antragsteller auch in seinen Rechten verletzt. Durch die Testpflicht wird er in seinem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit sowie in seinem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit verletzt. Es wird daher um antragsgemäße Entscheidung gebeten.

Jessica Hamed
Rechtsanwältin

Rechtsanwältin Jessica Hamed