

Az.: 3 B 162/22  
4 L 155/22



## SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

### Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der

- Antragstellerin -  
- Beschwerdeführerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Landkreis Erzgebirgskreis  
vertreten durch den Landrat  
Paulus-Jenisius-Straße 24, 09456 Annaberg-Buchholz

- Antragsgegner -  
- Beschwerdegegner -

wegen

Verlängerung Genesenenstatus; Antrag nach § 123 VwGO  
hier: Beschwerde

hat der 3. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Freiherr von Welck, den Richter am Oberverwaltungsgericht Kober und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Nagel

am 25. Mai 2022

### **beschlossen:**

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 14. April 2022 - 4 L 155/22 - wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 5.000 € festgesetzt.

### **Gründe**

- 1 Die Beschwerde der Antragstellerin bleibt ohne Erfolg. Die mit ihr vorgebrachten Gründe, auf deren Prüfung der Senat im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 146 Abs. 4 Sätze 3 und 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen keine Änderung des erstinstanzlichen Beschlusses.
- 2 1. Bei der Antragstellerin wurde am... Januar 2022 eine Infektion mit dem Erreger SARS-CoV-2 nachgewiesen. Ihr wurde am 31. Januar 2022 ein digitales COVID-Zertifikat der EU, welches eine (maximale) Gültigkeitsdauer bis zum 2. Juli 2022 ausweist, ausgestellt. Sie ist als Physiotherapeutin in A. tätig.
- 3 Ihren Antrag, vorläufig festzustellen, dass sie bis zum 31. Juli 2022 als von COVID-19 genesen gilt sowie hilfsweise vorläufig festzustellen, dass ihr Genesenenstatus für bis zu sechs Monate nach dem Tag der Feststellung des COVID-19-Virus gilt, hat das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 14. April 2022 abgelehnt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Zwar sei fraglich, ob zwischen den Beteiligten zum Entscheidungszeitpunkt des Gerichts ein konkretes Rechtsverhältnis bestehe, aber die Anträge seien jedenfalls unbegründet. Ein Anordnungsanspruch sei nicht glaubhaft gemacht worden. Der Genesenennachweis der Antragstellerin i. S. d. § 2 Nr. 5 der Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung - SchAusnahmV) als auch i. S. d. § 22a Abs. 2 IfSG stelle mangels einer Regelung mit Außenwirkung keinen Verwaltungsakt dar, so dass dieser auch keine Bestandskraft nach § 43 VwVfG entfalte.

- 4 Bereits hinsichtlich der Rechtslage unter Geltung des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV habe die Kammer die Erfolgsaussichten einer Feststellungsklage in der Hauptsache unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls als (nur) offen beurteilt. Soweit gegen § 2 Nr. 5 SchAusnahmV formelle verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht worden seien, habe der Gesetzgeber mit Schaffung des § 22a IfSG hierauf durch Regelung in einem formellen Gesetz reagiert und diese Bedenken ausgeräumt. Gegen § 22a IfSG bestünden keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere könne sich die Antragstellerin nicht auf einen Vertrauensschutz hinsichtlich der Regelungen, die zum Zeitpunkt ihrer positiven Testung galten, berufen. Eine Gewährleistung des unveränderten Fortbestandes von bestehenden Regelungen gebe es nicht. Es liege eine sog. unechte Rückwirkung vor, die grundsätzlich zulässig sei. Die in diesem Fall vorzunehmende Güterabwägung zwischen dem Recht des Staates, seine Gesetzgebung weiterzuentwickeln und neuen Problemlagen anzupassen, und dem Vertrauen des Bürgers in den Fortbestand ihm günstiger Rechtsvorschriften falle zu Lasten der Antragstellerin aus. Mit der Verkürzung des Genesenenstatus auf 90 Tage solle sichergestellt werden, dass einem gültigen Genesenennachweis auch tatsächlich ein hinreichender Immunschutz zugrunde liege, weshalb eine Anpassung an aktuelle Entwicklungen im wissenschaftlichen Bereich ermöglicht werde (BT-Drs. 20/390, S. 2). Das Robert-Koch-Institut (künftig: RKI), dem der Gesetzgeber im Bereich des Infektionsschutzes mit der Vorschrift des § 4 IfSG ein besonderes Gewicht einräume, habe sich in seinen fachlichen Vorgaben für Genesenennachweise vom 3. Februar 2022 für eine Verkürzung des Genesenenstatus auf 90 Tage ausgesprochen. Auch die Gesellschaft für Virologie verweise in ihrer 3. aktualisierten Stellungnahme zur Immunität von Genesenen vom 14. Februar 2022 auf eine niedrige Immunität ungeimpfter Genesener gegenüber der Omikronvariante. Aufgrund dieser dynamischen Entwicklung von neuen Varianten von SARS-CoV-2, die es bereits in der Vergangenheit gegeben habe, und unter Berücksichtigung der hohen Übertragbarkeit bei der Omikronvariante habe die Antragstellerin nicht darauf vertrauen können, dass ihr Genesenenstatus unverändert sechs Monate betrage. Zwar gebe es unter Fachleuten derzeit eine Diskussion über die Rechtfertigung der Verkürzung des Genesenenstatus von sechs Monaten auf 90 Tage. Insoweit sei aber zu beachten, dass dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukomme. Anhaltspunkte dafür, dass dieser überschritten worden sei, seien nicht erkennbar.
- 5 Auch ein Verstoß gegen europäisches Recht sei nicht festzustellen. Die Regelung eines Genesenenstatus für 90 Tage stehe der Verordnung (EU) 2021/953 des Europäi-

schen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2021 über einen Rahmen für die Ausstellung, Überprüfung und Anerkennung interoperabler Zertifikate zur Bescheinigung von COVID-19-Impfungen und -Tests sowie der Genesung von einer COVID-19-Infektion (digitales COVID-Zertifikat der EU) mit der Zielsetzung der Erleichterung der Freizügigkeit während der COVID-19-Pandemie nicht entgegen. Auch aus der Einigung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf eine Anerkennung des Genesenenstatus bei der Einreise innerhalb der Union für sechs Monate könne die Antragstellerin keine für sie günstigere Rechtsposition herleiten, da es sich bei dem Beschluss vom 25. Januar 2022 lediglich um eine Empfehlung handele, die keine Rechtswirkung entfalte. Hinsichtlich § 22a IfSG sei auch keine europarechtswidrige Diskriminierung ersichtlich.

6 Auch aus dem Umstand, dass die Antragstellerin zu dem von der einrichtungsbezogenen Impfpflicht nach § 20a Abs. 1 IfSG betroffenen Personenkreis gehöre, ergebe sich nichts Anderes. Denn jedenfalls ab dem 4. Juli 2022 müsste sie - auch im Fall einer Stattgabe ihres Antrags - einen Impfnachweis erbringen, um ihrem Beruf weiterhin nachgehen zu können, woran ihr ausweislich der Begründung ihres Antrags gelegen sei. Im Übrigen verlange § 20a IfSG den Betroffenen nicht unausweichlich ab, sich impfen zu lassen. Dass die möglicherweise eintretenden beruflichen Nachteile irreversibel oder auch nur sehr erschwert revidierbar seien oder sonst sehr schwer wiegen würden, sei weder dargelegt noch ersichtlich. Wirtschaftliche Nachteile, die Einzelnen durch den Vollzug eines Gesetzes entstehen würden, seien daneben grundsätzlich nicht geeignet, die Aussetzung der Anwendung von Normen zu begründen. Etwas Anderes ergebe sich insoweit auch nicht aus europäischem Recht, da nicht glaubhaft gemacht oder ersichtlich sei, dass die Antragstellerin in der Wahrnehmung ihres Rechts auf Freizügigkeit in der Europäischen Union betroffen sein könnte.

7 2. Mit ihrer gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts erhobenen Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren weiter. Zur Begründung führt sie mit Schriftsatz vom 20. Mai 2022 zusammengefasst aus: Der Auffassung, dass es ihrem Genesenenzertifikat an einer Regelung mit Außenwirkung fehle, sei nicht zu folgen. An dieses würden unmissverständliche Rechtsfolgen geknüpft. Darauf verweise auch der Antragsgegner, wenn er ausführe, dass sich für sie die Rechtsfolge ergeben könne, dass diese Einrichtungen nicht mehr betreten und damit ihren Beruf nicht mehr ausüben könne. Soweit das Verwaltungsgericht auf den weiten Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers abstelle, verkenne es, dass dessen Anwendung voraussetze, dass konkrete wissenschaftliche Erkenntnisse seine Entscheidung stützen müssten. An solchen

Erkenntnissen fehle es vorliegend aber. Dies zeige sich daran, dass in einer Vielzahl anderer europäischer Länder ein Zeitraum von sechs Monaten oder länger gelte. Die gesetzliche Regelung sei verfassungswidrig. Auch das Bundesverfassungsgericht habe sich kritisch hinsichtlich der Verweisung der Geltungsdauer des Genesenen-Nachweises auf die Internetseite des RKI geäußert, so dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Regelung verfassungswidrig sei. Dieser Umstand sei im Hinblick auf die Bedeutung der Berufsfreiheit und -ausübungsfreiheit für sie im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Bis zur Klärung müsse ihr Interesse, einen Verdienst im Rahmen ihrer Berufstätigkeit zu generieren überwiegen. Zudem sei es inzwischen zur fast vollständigen „Durchseuchung“ der Bevölkerung gekommen, so dass von ihr auch als medizinischem Personal keine Gefahr mehr für Dritte ausgehe. Auch erscheine die sinngemäße Äußerung der Gegenseite, dass das Gesetz oder die Rechtsverordnung trotz des Vorhandenseins nicht umgesetzt werde, nicht geeignet, die Verfassungsmäßigkeit der Norm zu begründen. Schließlich sei am 6. Mai 2022 festgestellt worden, dass sie nach wie vor über Antikörper gegen SARS-CoV-2 verfüge. Daher könne die angegriffene Regelung allenfalls dann als verfassungsgemäß erachtet werden, wenn sie eine Ausnahmeregelung für Personen mit einem positiven Antikörpernachweis vorsehe. Mit dem Hilfsantrag habe sich das Verwaltungsgericht nicht auseinandergesetzt.

8 3. Das Beschwerdevorbringen der Antragstellerin führt nicht zu einer Änderung der erstinstanzlichen Entscheidung.

9 Dabei lässt es der Senat ebenso wie das Verwaltungsgericht dahinstehen, ob zwischen den Beteiligten überhaupt ein konkretes Rechtsverhältnis i. S. d. § 43 Abs. 1 1. Alt. VwGO besteht. Denn dem Feststellungsantrag fehlt es sowohl hinsichtlich Haupt- als auch Hilfsantrag jedenfalls an der Begründetheit, da die Antragstellerin, die im Verfahren auch nicht glaubhaft gemacht hat, dass sie nicht geimpft ist, jedenfalls keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht hat.

10 Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn dies nötig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden. Dazu sind nach § 920 Abs. 2, § 294 Abs. 1 ZPO der durch die einstweilige Anordnung zu sichernde Anspruch (Anordnungsanspruch) und der Grund, weshalb die einstweilige Anordnung ergehen soll (Anordnungsgrund), glaubhaft zu machen. Glaubhaftmachung des zu sichernden Anspruchs bedeutet, dass sich aus dem Vortrag des Antragstellers in seiner

Gesamtheit ergibt, dass das Bestehen des Anspruchs überwiegend wahrscheinlich ist. Das Vorliegen eines Anordnungsgrundes ist glaubhaft gemacht, wenn der Antragsteller die besondere Eilbedürftigkeit der begehrten Entscheidung dargelegt hat, die es ihm unzumutbar macht, die Hauptsacheentscheidung abzuwarten. Dabei ist nach ständiger Rechtsprechung ausnahmsweise auch eine Entscheidung, die die Hauptsache faktisch vorwegnimmt, dann gerechtfertigt, wenn eine bestimmte Regelung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) notwendig ist, insbesondere wenn ohne sie schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile für den Antragsteller entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 12. Januar 2021 - 6 B 266/20 -, juris Rn. 3 m. w. N.).

- 11 3.1 Soweit die Antragstellerin das Bestehen eines Anordnungsanspruchs wohl mit der Bestandskraft ihres am 31. Januar 2022 ausgestellten digitalen COVID-Zertifikats der EU zu begründen versucht, ergibt sich auch unter Berücksichtigung ihres Vorbringens nicht, dass es sich bei diesem um einen Verwaltungsakt i.S. des § 1 Satz 1 Sächs-VwVfZG i. V. m. § 35 Satz 1 VwVfG handelt. Danach ist ein Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Dabei muss die getroffene Maßnahme Rechte des Betroffenen unmittelbar begründen, verbindlich feststellen, beeinträchtigen, aufheben oder mit bindender Wirkung verneinen (BVerwG, Urt. v. 15. Februar 1989 - 6 A 2/87 -, juris Rn. 21). Bloße behördliche Wissenserklärungen sind mangels ihres regelnden Charakters keine Verwaltungsakte im vorgenannten Sinn (vgl. BVerwG, Urt. v. 8. Dezember 1995 - 8 C 37/93 -, juris Rn. 17). Unabhängig von der Frage, ob mit dem digitalen COVID-Zertifikats der EU vom 31. Januar 2022 überhaupt die Gültigkeitsdauer des Genesenenstatus für rein nationale Sachverhalte geregelt wird, wovon wohl nicht auszugehen ist, fehlt es jedenfalls an der Festsetzung unmittelbarer Rechtsfolgen, denn diese ergeben sich nicht aus der streitgegenständlichen Bescheinigung, sondern allenfalls aus den Vorschriften des Infektionsschutzgesetzes oder aus den auf dessen Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen.
- 12 Dabei kann zunächst dahin stehen, ob es sich bei dem digitalen COVID-Zertifikats der EU um eine bloße Wissenserklärung handelt, denn ausgehend von der Verordnung (EU) 2021/953 legt diese (ausschließlich) einen Rahmen für die Ausstellung, Überprüfung und Anerkennung interoperabler Zertifikate zur Bescheinigung von COVID-19-Impfungen und -Tests sowie der Genesung von einer COVID-19-Infektion (digitales

COVID-Zertifikat der EU) mit der Zielsetzung fest, den Inhabern die Wahrnehmung ihres Rechts auf Freizügigkeit während der COVID-19-Pandemie zu erleichtern (vgl. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Verordnung [EU] 2021/953). Damit ist davon auszugehen, worauf das Verwaltungsgericht schon zutreffend hingewiesen hat, dass auf Grundlage der Verordnung (EU) 2021/953 erstellte Zertifikate rein innerstaatliche Sachverhalte, wie den der Antragstellerin, nicht betreffen und die aus diesem Zertifikat ersichtliche Gültigkeitsdauer keine Regelung für rein nationale Sachverhalte darstellt.

- 13 Es ist auch weder aus den Regelungen des Infektionsschutzgesetzes noch aus denen der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung ersichtlich, dass der (nationale) Gesetzgeber den im digitalen COVID-Zertifikat der EU enthaltenen Angaben eine solche Regelungswirkung zukommen lassen bzw. die (Infektionsschutz-)Behörden zu deren Erlass in dem Sinn ermächtigen wollte, dass mit dem digitalen COVID-Zertifikat der EU in jedem Einzelfall eine Regelung hinsichtlich einer bestimmten nationalen Gültigkeitsdauer des Genesenenstatus gesetzt werden sollte. Dies ergibt sich insbesondere weder aus dem zur Zeit der Erstellung des digitalen COVID-Zertifikats der EU der Antragstellerin gültigen § 22 Abs. 6 IfSG i. d. F. v. 10. Dezember 2021 (a. F.) noch aus dem damals maßgeblichen § 2 Nr. 5 SchAusnahmV i. d. F. v. 14. Januar 2022 (a. F.). Vielmehr ist aus diesen Normen ersichtlich, dass das Gegenteil gewollt war. Ausweislich § 22 Abs. 6 IfSG a. F. handelt es sich bei einem COVID-19-Genesenenzertifikat um eine Bescheinigung über die Durchführung oder Überwachung einer Testung in Bezug auf einen positiven Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2, die von der zur Durchführung oder Überwachung der Testung berechtigten Person oder - nachträglich - von jedem Arzt oder Apotheker ausgestellt werden kann, denen dazu eine Testdokumentation in Bezug auf einen positiven Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 vorgelegt werden muss und die zur Erstellung des Zertifikats Daten an das RKI übermitteln, dass das COVID-19-Genesenenzertifikat dann technisch generiert. Zudem regelte § 2 Nr. 5 SchAusnahmV a. F., der auf Grundlage der in § 28c Abs. 1 Satz 1 IfSG enthaltenen Verordnungsermächtigung erlassen worden war, dass 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 ist, wenn der Nachweis den vom RKI im Internet unter der Adresse [www.rki.de/covid-19-genesenennachweis](http://www.rki.de/covid-19-genesenennachweis) unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben hinsichtlich der Kriterien Art der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion (a), der Zeit, die nach der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion vergangen sein muss, oder dem

Nachweis zur Aufhebung der aufgrund der vorherigen Infektion erfolgten Absonderung (b) und der Zeit, die die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion höchstens zurückliegen darf (c), entspricht. Anders als beim digitalen COVID-Zertifikat der EU (Art. 7 i. V. m. Nr. 3h des Anhangs zur VO 2021/1953) soll mithin beim (nationalen) Zertifikat nicht angegeben werden, bis wann dieses gültig ist, sondern nur dessen maximale Gültigkeitsdauer, deren konkrete Bestimmung jedoch jedenfalls ab dem 15. Januar 2022 den (abstrakten) Vorgaben des RKI überlassen bleiben sollte. Selbst wenn man davon ausginge, dass die im Zertifikat der Antragstellerin benannte Gültigkeitsdauer des Zertifikats auch für nationale Sachverhalte verbindlich sei, würde es immer noch an der unmittelbaren Rechtswirkung dieser Festlegung fehlen. Denn allein mit der Benennung des Gültigkeitsendes des Zertifikats werden keinerlei Rechte und Pflichten der Zertifikatsinhaber geregelt (vgl. VGH BW, Beschl. v. 5. April 2022 - 1 S 645/22 -, juris Rn. 42; NdsOVG, Beschl. v. 18. März 2022 - 14 ME 153/22 -, juris Rn. 16). Soweit die Antragstellerin geltend macht, dass an die Bescheinigung Rechtsfolgen wie die eines Betretungsverbots von Einrichtungen und Einschränkungen bzw. ein Verbot der Berufsausübung geknüpft seien, verkennt sie, dass diese von ihr benannten Rechtsfolgen nicht mit dem digitalen COVID-Zertifikat der EU geregelt werden, sondern sich etwaige Rechtsfolgen unmittelbar aus dem Infektionsschutzgesetz oder aufgrund von dessen Verordnungsermächtigung erlassenen Rechtsverordnungen ergeben und damit nicht unmittelbarer Bestandteil einer behördlichen Regelung sind.

- 14 3.2 Soweit die Antragstellerin weiter zur Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs sinngemäß auf die Verfassungswidrigkeit des § 22a Abs. 2 Nr. 2 IfSG verweist, teilt der Senat ihre verfassungsrechtlichen Bedenken nicht.
- 15 Die von ihr begehrte Feststellung, dass sie bis zum 31. Juli 2022 als genesen gilt, würde voraussetzen, dass die gesetzliche Regelung des § 22a Abs. 2 IfSG im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht angewendet würde. Da für eine Entscheidung hierüber grundsätzlich das Bundesverfassungsgericht zuständig ist (Art. 100 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG), muss die Nichtanwendung eines formellen Gesetzes im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Ausnahme und auf Fälle evidenter Verfassungswidrigkeit beschränkt bleiben (BVerfG, Beschl. v. 24. Juni 1992 - 1 BvR 1028/91 -, juris Rn. 29).
- 16 Der Senat teilt die verfassungsrechtlichen Bedenken der Antragstellerin im Hinblick auf die Norm nicht und sieht insbesondere die wegen der Vorwegnahme der Hauptsache

im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes für die Verfassungswidrigkeit erforderliche überwiegende Wahrscheinlichkeit nicht als gegeben an.

- 17 Nachdem die bis einschließlich zum 18. März 2022 gültige ursprüngliche Regelung des Genesenenstatus in § 2 Nr. 5 SchAusnahmV von zahlreichen Gerichten als voraussichtlich verfassungswidrig angesehen wurde, hat der Bundesgesetzgeber mit der gesetzlichen Neuregelung in § 22a Abs. 2 IfSG auf diese Kritik reagiert und nunmehr den Genesenenstatus selbst im Gesetz geregelt, ohne dass es dabei noch auf etwaige dynamische Verweise auf Internetseiten des RKI oder Ähnliches ankommt.
- 18 Soweit die Antragstellerin geltend macht, dass konkrete wissenschaftliche Erkenntnisse für eine Festlegung des Genesenenzeitraums auf 90 Tage fehlen würden, ist ihr zunächst entgegenzuhalten, dass der Verkürzung des Genesenenstatus die fachliche Einschätzung des RKI zugrunde liegt, wonach die bisherige wissenschaftliche Evidenz darauf hindeutet, dass Ungeimpfte nach einer durchgemachten Infektion mit der Deltavariante oder einer früheren Virusvariante einen im Vergleich zur Reinfektion mit der Deltavariante herabgesetzten und zeitlich noch stärker begrenzten Schutz vor einer SARS-CoV-2-Infektion mit der Omikronvariante haben (vgl. BVerfG, Beschl. v. 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 -, Rn. 175 und. 201). Die vorliegenden Studien zeigten danach insbesondere, dass es unter zuvor Infizierten und nicht geimpften Personen häufig zu Reinfektionen komme ([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Genesenennachweis-old.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Genesenennachweis-old.html), Stand: 3. Februar 2022, außer Kraft seit dem 19. März 2022). Gemäß § 4 IfSG misst der Gesetzgeber der fachlichen Einschätzung des RKI im Bereich des Infektionsschutzes besonderes Gewicht bei. Auch die Gesellschaft für Virologie verweist in ihrer 3. Aktualisierten Stellungnahme zur Immunität von Genesenen vom 14. Februar 2022 auf eine niedrige Immunität ungeimpfter Genesener gegenüber der Omikronvariante (<https://g-f-v.org/3-aktualisierung-immunitaet-genesener/>). Zudem kommt dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (BVerfG, Beschl. v. 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u. a. -, juris Rn. 185, und Beschl. v. 27. April 2022, a. a. O. Rn. 152). Dieser Einschätzungsspielraum besteht aufgrund des nach wie vor anhaltenden Diskurses im fachwissenschaftlichen Bereich auch in tatsächlicher Hinsicht (BVerfG, Beschl. v. 13. Mai 2020 - 1 BvR 1021/20 -, juris Rn. 10). Sind wegen Unwägbarkeiten der wissenschaftlichen Erkenntnislage die Möglichkeiten des Gesetzgebers begrenzt, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, genügt es daher, wenn er sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiert (BVerfG, Beschl. v. 19. November 2021, a. a. O. Rn. 171). Trotz dem

Vorliegen unterschiedlicher wissenschaftlicher Aussagen zur Dauer des Immunschutzes nach einer durchgemachten Corona-Erkrankung bestehen danach keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber seinen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum überschritten haben könnte, wenn er der fachlichen Einschätzung des RKI folgt. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht (Beschl. v. 27. April 2022, a. a. O. Rn. 201) festgestellt, dass es keine gesicherten Erkenntnisse, wonach die nach einer überstandenen Infektion bestehende Immunität auch über einen Zeitraum von 90 Tagen nach der zugrundeliegenden Testung hinaus fortbesteht, gibt. Dies gilt auch in Ansehung der unterschiedlichen Regelungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

- 19 Auch soweit die Antragstellerin sinngemäß darauf verweist, dass aufgrund der ihrer Meinung nach gegebenen fast vollständigen „Durchseuchung“ der Bevölkerung keine Gefahr mehr für Dritte bestehe, ist derzeit nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber seinen Einschätzungsspielraum hinsichtlich der fortbestehenden Erforderlichkeit der von ihm getroffenen Regelung überschritten haben könnte. So hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 27. April 2022 (a. a. O. Rn. 50 u. 164) ausgeführt, dass die der gesetzgeberischen Zwecksetzung zugrundeliegenden Annahmen insbesondere zur Gefährdung vulnerabler Gruppen nach wie vor tragen und eine hinreichende Grundlage in den Stellungnahmen der im Verfahren angehörten Fachverbände finden würden. Ausgehend davon hat auch der Senat derzeit keine Zweifel daran, dass vulnerable Gruppen immer noch einer ernstzunehmenden Gefährdung unterliegen. Schließlich ist auch nicht ersichtlich, dass § 22a Abs. 2 IfSG unverhältnismäßig wäre, weil die Norm keine Ausnahmeregelung für Personen mit einem positiven Antikörpernachweis vorsieht. Der Gesetzgeber ist nicht gehalten, die Vorschrift des §22a Abs. 2 IfSG derart differenziert auszugestalten, dass anhand einer Einzelfallbetrachtung ermittelt werden müsste, welche Personen in einer bestimmten Einrichtung und Situation tatsächlich gefährdet sind. Ungeachtet der Frage der gleichen Eignung darf sich der Gesetzgeber auch insoweit im Rahmen seiner Typisierungsbefugnis am Regelfall orientieren (vgl. BVerfG, a. a. O. Rn. 190 f.). Zur konkreten Fragestellung hat das Bundesverfassungsgericht in vorgenannter Entscheidung (Rn. 201) Folgendes ausgeführt:

„Der Gesetzgeber musste es auch nicht Genesenen als milderer Mittel ermöglichen, auf eigene Kosten Antikörper- und T-Zellentests vorzulegen, um länger als drei Monate als genesen zu gelten. Auch insoweit liegen gesicherte Erkenntnisse, ab welchen Werten von einer ausreichenden Immunität ausgegangen werden kann, nicht vor (vgl. RKI, COVID-19 und Impfung, Antworten auf häufig

gestellte Fragen <FAQ>, Stand: 14. April 2022). Die Interpretation von entsprechenden Testergebnissen ist nach wie vor schwierig (vgl. PEI, Antikörper nach SARS-CoV-2-Infektion - neue Erkenntnisse über die Sensitivität und Nachweisdauer von Antikörpertests, Aktualisiert: 21. Januar 2022).“

- 20 Diesen Ausführungen, welche für die Regelung des § 22a Abs. 2 IfSG entsprechend heranzuziehen sind, schließt sich der Senat aus eigener Überzeugung heraus an.
- 21 Eine evidente Verfassungswidrigkeit des § 22a Abs. 2 IfSG ergibt sich auch nicht etwa vor dem Hintergrund, dass die Regelung seit ihrem Inkrafttreten am 19. März 2022 auch für Personen gilt, deren Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Norm noch keine sechs Monate zurücklag. Denn insoweit fehlt es an Übergangsregelungen zur alten Rechtslage nach der SchAusnahmV. Vielmehr wollte der Gesetzgeber mit § 22a Abs. 2 IfSG die zuvor in § 2 Nr. 5 SchAusnahmV verortete Definition des Genesenennachweises aufgrund ihrer „besonderen Bedeutung“ im Infektionsschutzgesetz regeln (vgl. BT-Drs. 20/958, S. 13). Dabei handelt es sich nicht um eine unzulässige echte Rückwirkung, weil die Regelung nicht an einen in der Vergangenheit bereits abgeschlossenen Sachverhalt anknüpft. Wirkt eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft ein und entwertet damit zugleich die betroffene Rechtsposition, handelt es sich um eine sog. unechte Rückwirkung (BVerfG, Beschl. v. 30. Juni 2020 - 1 BvR 1679/17, 1 BvR 2190/17 -, juris Rn. 130).
- 22 Eine unechte Rückwirkung ist nicht grundsätzlich unzulässig, denn die Gewährung des vollständigen Schutzes zugunsten des Fortbestehens der bisherigen Rechtslage würde den demokratisch gewählten Gesetzgeber in wichtigen Bereichen in seiner Gestaltungsbefugnis lähmen und den Konflikt zwischen der Verlässlichkeit der Rechtsordnung und der Notwendigkeit ihrer Änderung, z. B. im Hinblick auf einen Wandel der Lebensverhältnisse, in nicht mehr vertretbarer Weise zu Lasten der Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung lösen (NdsOVG, Beschl. v. 6. April 2022 - 14 ME 180/22 -, juris Rn. 37 m. w. N.). Vielmehr war der Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr und des Bevölkerungsschutzes vor den Gefahren der Pandemie gehalten, etwaige neue Erkenntnisse nachzuvollziehen und gesetzlich abzubilden. Der mit § 22a Abs. 2 IfSG allenfalls teilweise verbundenen tatbestandlichen Rückanknüpfung standen auch Vertrauensschutzaspekte der vor ihrem Inkrafttreten mittels PCR-Test positiv auf das Coronavirus getesteten Personen - wie die Antragstellerin - nicht entgegen. Denn aufgrund der dynamischen Entwicklung, u. a. auch neuer Virusvarianten, und sich ständig ändernder wissenschaftlicher Erkenntnisse durften die genesenen Personen nicht darauf vertrauen, dass ihr Genesenennachweis in jedem Fall sechs Monate

gültig ist. Spätestens seit der letzten Änderung des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV am 14. Januar 2022 bestand kein schutzwürdiges Vertrauen der Antragstellerin mehr, mithin also schon nicht im Zeitpunkt der Ausstellung des streitgegenständlichen Zertifikats vom 31. Januar 2022.

- 23 Unabhängig davon, dass ein Verstoß gegen höherrangiges europäisches Recht, insbesondere gegen die Verordnung (EU) 2021/953 aus den vom Verwaltungsgericht ausgeführten Gründen nicht feststellbar ist, macht die Antragstellerin mit ihrem Beschwerdevorbringen einen solchen auch nicht (mehr) substantiiert geltend.
- 24 Damit bleibt es bei der Anwendbarkeit des § 22a Abs. 2 Nr. 2 IfSG. Die Regelung steht mit ihrer Begrenzung der Geltung des Genesenennachweises auf maximal 90 Tage nach Durchführung eines in § 22a Abs. 2 Nr. 1 IfSG beschriebenen Nukleinsäurenachweises (PCR-Test) der von der Antragstellerin begehrten vorläufigen Feststellung einer sechsmonatigen Genesenendauer entgegen.
- 25 Selbst wenn man davon ausginge, dass die Frage der Verfassungswidrigkeit des § 22a Abs. 2 Nr. 2 IfSG eine schwierige Rechtsfrage darstellt, die im vorliegenden Eilverfahren keiner abschließenden Klärung zugänglich ist (so VGH BW, Beschl. v. 6. April 2022 - 1 S 690/22 -, juris Rn. 50), ergibt sich hieraus nichts zugunsten der Antragstellerin. Denn die Erfolgsaussichten ihres Eilantrags wären dann allenfalls als offen anzusehen und die von ihr begehrte vorläufige Feststellung, die zugleich die Hauptsache vorwegnimmt, käme nur dann in Betracht, wenn ihr ohne den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung schwere und irreversible Nachteile, insbesondere existentielle Gefahren für Leben und Gesundheit drohen würden.
- 26 Derartige schwere Nachteile hat die Antragstellerin mit ihrem Beschwerdevorbringen weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht. Auch überwiegen die der Antragstellerin drohenden Nachteile in ihrem Ausmaß und ihrer Schwere nicht die Nachteile, die bei einer vorläufigen Nichtanwendung der Norm für vulnerable Personen zu besorgen wären. Durch die Impfung für die Antragstellerin angenommene Gefahren oder Beeinträchtigungen sind von ihr nicht vorgetragen worden. Diese sind auch für den Senat nicht anderweitig ersichtlich. Für eine Folgenabwägung in diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin durch die in Rede stehende Regelung nicht gezwungen wird, sich impfen zu lassen. Zudem erweist sich die in § 20a IfSG geregelte Pflicht, eine COVID-19-Schutzimpfung nachzuweisen, als verfassungsgemäß (BVerfG, Beschl. v. 27. April 2022 a. a. O.). Will die Antragstellerin ihren Beruf über den

31. Juli 2022 hinaus weiter ausüben, muss sie sich damit ohnehin impfen lassen. Unabhängig davon ist auch aufgrund des von der Antragstellerin vorgelegten Antikörpernachweises vom 6. Mai 2022 nicht von einem Überwiegen ihrer Interessen auszugehen, denn wie ausgeführt liegen keine gesicherten Erkenntnisse vor, ab welchen Werten von einer ausreichenden Immunität ausgegangen werden kann und somit ist in Ansehung des durch § 22a Abs. 2 IfSG geschützten Rechtsguts (Leib und Leben der insbesondere vulnerablen Gruppen) nicht sicher auszuschließen, dass im Fall einer Reinfektion der Antragstellerin mit dem Coronavirus von dieser eine Gefahr für andere Menschen ausgeht. Im Übrigen steht es der Antragstellerin frei, soweit sie meint, wegen noch ausreichender Antikörper gegen SARS-CoV-2 nicht geimpft werden zu können, die Regelung des § 20a Abs. 1 Satz 2 IfSG für sich in Anspruch zu nehmen.
- 27 Soweit die Antragstellerin schließlich darauf verweist, dass sich das Verwaltungsgericht nicht mit ihrem Hilfsantrag auseinandergesetzt habe, übersieht sie, dass das Verwaltungsgericht diesen geprüft (vgl. Obersatz auf Seite 3 des Beschlusses, 2. Absatz) und auch insoweit keinen Anordnungsanspruch als gegeben angesehen hat. Im Übrigen ist mit der Beschwerdebegründung auch nicht dargelegt, warum dem Hilfsantrag (anstelle des Hauptantrags) stattzugeben gewesen wäre. Aus den dargelegten Gründen dringt die Antragstellerin mit ihrem Beschwerdevorbringen, soweit dieses auch auf den Hilfsantrag bezogen ist, jedenfalls nicht durch.
- 28 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.
- 29 Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 47, 53 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 52 Abs. 1 GKG unter Berücksichtigung von Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Fassung der am 31. Mai/1. Juni 2012 und am 18. Juli 2013 beschlossenen Änderungen, wobei im Hinblick auf die tatsächliche Vorwegnahme der Hauptsache von einer Reduzierung des Auffangstreitwerts abgesehen wurde.
- 30 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:  
v. Welck

Kober

Nagel