



Sachstand

Einzelfragen zur testabhängigen Teilnahme am Präsenzunterricht

Einzelfragen zur testabhängigen Teilnahme am Präsenzunterricht

Aktenzeichen:

WD 8 - 3000 - 087/21

Abschluss der Arbeit:

24. September 2021

Fachbereich:

WD 8: Umwelt, Naturschutz, Reaktorsicherheit, Bildung
und Forschung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Zur Freiwilligkeit der Testdurchführung	4
3.	Gestaltungsermessen beim Distanzunterricht	5
3.1.	Unmöglichkeit der Identität von Präsenz- und Distanzunterricht	6
3.2.	Mindestmaß an Teilhabe am Unterrichtsgeschehen	6
4.	Zusammenfassung	8

1. Einleitung

Rechtsfragen der testabhängigen Teilnahme am schulischen Präsenzunterricht im Hinblick auf den staatlichen Bildungsauftrag waren bereits Gegenstand eines Rechtsprechungsüberblicks der Wissenschaftlichen Dienste.¹ Ergänzend dazu beleuchtet dieser Sachstand am Beispiel ausgewählter Literatur und verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen die Qualitätsanforderungen an das Angebot von Distanzunterricht und Distanzlernen, wenn Schülerinnen und Schüler bei ausgesetzter Präsenzpflicht von den freiwilligen Testungen auf das SARS-CoV-2-Virus keinen Gebrauch machen und daher nicht am Präsenzunterricht teilnehmen dürfen.

2. Zur Freiwilligkeit der Testdurchführung

Die Regelungen der Bundesländer unterscheiden sich hinsichtlich der Wiedereinführung oder Aussetzung der Präsenzpflicht sowie der Auswirkungen einer Nichtteilnahme von Schülerinnen und Schülern an den Testungen auf das SARS-CoV-2-Virus. Einzelne Bundesländer haben für das neue Schuljahr 2021/22 eine Testpflicht eingeführt, welche zur Folge hat, dass die Nichtteilnahme an Testungen auf das SARS-CoV-2-Virus zu einer Verletzung der Schulpflicht und zu unentschuldigtem Fehlen führt. Angebote des schulisch angeleiteten Lernens zu Hause sind in diesen Bundesländern nicht vorgesehen.²

In einer jüngsten Entscheidung bestätigte der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Baden-Württemberg, dass eine regelmäßige Testung im Schulkontext dazu führen könne, dass Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus entweder gar nicht in die Schule eingetragen oder aber schnell erkannt, infizierte Personen rasch isoliert und so Infektionsketten unterbrochen würden.³

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) führte zu einer bayerischen Regelung aus, dass die Teilnahme an den Testungen **ausschließlich freiwilliger Natur** sei.⁴ Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung und damit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung seien gewährleistet, wenn die Möglichkeit der Teilnahme an Distanzunterricht und Distanzlernen bestehe. Nicht mehr von einer freien Wahl der Schülerinnen und Schüler bzw. ihrer Erziehungsberechtigten könne dagegen ausgegangen werden, wenn eine Beschulung insgesamt ent-

1 Wissenschaftliche Dienste, Sachstand, Negative SARS-CoV-2-Tests als Voraussetzung für die Teilnahme am schulischen Präsenzunterricht - Ein Rechtsprechungsüberblick, WD 8 - 3000 - 053/21, <https://www.bundestag.de/resource/blob/850116/25f717ec14084b1d17d83927a17e6c14/WD-8-053-21-pdf-data.pdf>.

2 Dies gilt etwa für Berlin (<https://www.berlin.de/sen/bjf/corona/tests/#schultest7>) und Baden-Württemberg (<https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/corona-verordnungen-schule-und-kita-anangepasst-1/>). Die sich in dieser Konstellation ergebenden Rechtsfragen einer verweigerten Testung sind nicht Gegenstand dieses Sachstandes.

3 VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 22.9.2021, 1 S 2944/21, <https://verwaltungsgerichtshof-baden-wuerttemberg.justiz-bw.de/pb/Lde/9569260/?LISTPAGE=1213200> (Pressemitteilung). Der VGH hielt damit an seiner Einschätzung zur Rechtmäßigkeit der Testung fest. Dieser Beschluss erging nach Wiedereinführung der schulischen Präsenzpflicht in Baden-Württemberg.

4 BayVGH, Beschluss vom 12.4.2021, 20 NE 21.926, zitiert nach juris – Rn. 24.

fiele. Dann bestünde die Gefahr, dass die Einwilligung gerade nicht aufgrund eines freien Entschlusses erfolge, sondern nur unter dem „Druck“, ansonsten vom Schulunterricht gänzlich ausgeschlossen zu werden und damit womöglich Bildungsnachteile zu erfahren.⁵ Der BayVGH bejahte das Vorliegen einer Einwilligung im Sinne von Artikel 4 Nr. 11 DSGVO, welche voraussetzt, dass die oder der Betroffene eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden (Erwägungsgrund 42 DSGVO).

Durch die betreffende Regelung in der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (BayIfSMV) werde **keine Testpflicht im Rechtssinne** statuiert, weil die Erfüllung der Testung nicht erzwungen werden könne. Vielmehr treffe Schülerinnen und Schüler die **Obliegenheit**, ein entsprechendes negatives Testergebnis vorzuweisen, um am Präsenzunterricht teilnehmen zu können. Erfüllen Schülerinnen und Schüler diese Testobliegenheit nicht, finde für sie Distanzunterricht und Distanzlernen statt.⁶

Das OVG Berlin-Brandenburg beschrieb die Rechtslage dahingehend, dass die angegriffene Regelung der betreffenden brandenburgischen Landesverordnung⁷ keine Verpflichtung zur Testung begründe, sondern lediglich den **Zutritt zum Schulgelände von der Vorlage eines Nachweises über das Nichtvorliegen einer SARS-CoV-2-Infektion abhängig** mache. Der Vorschrift sei nicht zu entnehmen, dass nicht getesteten und damit vom Präsenzunterricht ausgeschlossenen Schülerinnen und Schülern Distanzunterricht verweigert werde, sodass sich daraus auch **kein faktischer Zwang** zur regelmäßigen Durchführung von Tests ergebe.⁸

3. Gestaltungsermessen beim Distanzunterricht

Das Verwaltungsgericht Würzburg (VG Würzburg) wies auf den Grundsatz hin, dass das Teilhaberecht am Unterricht **keinen Anspruch auf eine Durchführung von Unterricht bestimmter Art oder bestimmten Umfangs** begründe. Das inhaltliche und didaktische Programm der Lernvorgänge und das Setzen der Lernziele gehörten zu dem der elterlichen Bestimmung grundsätzlich entzogenen staatlichen Gestaltungsbereich aus Artikel 7 Absatz 1 GG. Der Staat verfüge über ein **umfassendes Gestaltungsermessen in organisatorischer wie inhaltlicher Hinsicht**.⁹

Hinsichtlich des Angebots von Distanzunterricht und Distanzlernen präzisierte das VG Würzburg diesen Grundsatz dahingehend, dass **kein Anspruch darauf bestehe, gleichwertigen Distanzunterricht** derart zur Verfügung gestellt zu bekommen, dass dieselbe Unterrichtsform sowie diesel-

5 Ebenda – Rn. 27.

6 Ebenda – Rn. 14.

7 Siebte Verordnung über befristete Eindämmungsmaßnahmen aufgrund des SARS-CoV-2-Virus und COVID-19 im Land Brandenburg (Siebte SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung), GVBI. II 2021, Nr. 24.

8 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23.4.2021, OVG 11 S 56/21, zitiert nach juris – Rn. 66.

9 VG Würzburg, Beschluss vom 11.5.2021, W 8 E 21.613, zitiert nach juris – Rn. 29.

ben Lerninhalte, Methoden und Leistungskontrollen vergleichbar dem Präsenzunterricht sicher gestellt würden.¹⁰ Weder das Recht auf Bildung noch das Recht auf chancengleiche Schulbildung würden dadurch in Frage gestellt.¹¹

3.1. Unmöglichkeit der Identität von Präsenz- und Distanzunterricht

Eine vollständige Identität von Präsenz- und Distanzunterricht wird in den hier untersuchten verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen aus tatsächlichen Gründen sowie wegen begrenzter personeller Kapazitäten gerade in qualitativer Hinsicht als unmöglich angesehen. Eine solche **unmögliche Leistung** könne nach Ansicht des VG Würzburg nicht begehrt werden.¹² Dass Distanzunterricht nicht den gleichen Wert haben könne und müsse wie Präsenzunterricht, liege auch nach Auffassung des VG Aachen auf der Hand. Dies folge bereits aus den pandemiebedingten Einschränkungen, die sich in sachlicher und personeller Hinsicht für den Schulbetrieb und das häusliche Lernen ergeben würden.¹³

3.2. Mindestmaß an Teilhabe am Unterrichtsgeschehen

Das Gestaltungsermessen bei der Organisation von Distanzunterricht und Distanzlernen sei nach Auffassung des VG Würzburg solange nicht zu beanstanden, wie die **Unterrichtsgestaltung nicht zu einer evidenten Verletzung führe**, also nicht unzumutbare Nachteile für die Schülerinnen und Schüler mit sich bringe oder aber eindeutig rechtswidrig und sachlich nicht gerechtfertigt oder willkürlich wäre, also der Staat seiner Verantwortung, für ein leistungsfähiges Schulwesen zu sorgen, in eklatanter Weise verletze.¹⁴

Ausgehend hiervon bestehe ein Anspruch darauf, **überhaupt Lerninhalte im Distanzunterricht** – auch und gerade im Fall der Nichtteilnahme an den für die Teilnahme am Präsenzunterricht vorausgesetzten Testungen auf das Coronavirus – zur Verfügung gestellt und eine **generelle Teilhabe am Unterrichtsgeschehen** ermöglicht zu bekommen. Ein darüber hinausgehender Anspruch auf bestimmte Distanzangebote bestehe nicht.¹⁵ Es sei ausreichend, wenn die Schülerinnen und Schüler **überhaupt ein Unterrichtsangebot** erhielten und nicht gänzlich davon ausgeschlossen würden. Dem sei auch Genüge getan, wenn bestimmte Unterrichtsinhalte entfielen, wie etwa auch beim Sportunterricht, oder nur gekürzt vermittelt würden.¹⁶

10 Ebenda, Rn. 20.

11 Ebenda, Rn. 29.

12 Ebenda, Rn. 16.

13 VG Aachen, Beschluss vom 29.4.2021, 9 L 240/21, zitiert nach juris – Rn. 41.

14 VG Würzburg, Beschluss vom 11.5.2021, W 8 E 21.613, zitiert nach juris – Rn. 29.

15 Ebenda, Rn. 30.

16 Ebenda, Rn. 28.

Unter Bezugnahme auf die Begründung zur BayIfSMV führte der BayVGH aus, dass die Schulen nicht verpflichtet seien, bestimmte Distanzangebote für die Schülerinnen und Schüler einzurichten. Die Schulen würden sich vielmehr im Rahmen der (v.a. personellen) Kapazitäten darum bemühen, auch für die ungetesteten Schülerinnen und Schüler mindestens **angemessene Lernangebote** zur Verfügung zu stellen. Die Schulpflicht werde durch diese Lehrangebote erfüllt.¹⁷

Auch nach Ansicht des VG Aachen seien die Schulleitungen verpflichtet, einen **angemessenen Distanzunterricht** anzubieten. Dieser müsse dafür Sorge tragen, dass die betreffenden Schülerinnen und Schüler an das Unterrichtsgeschehen angebunden und im Klassenverband verwurzelt blieben. Die konkrete Ausgestaltung liege im schulorganisatorischen Ermessen der jeweiligen Schulleitung. Jedenfalls müsse Schülerinnen und Schülern, die sich keinen Tests unterziehen, **kein individuelles Lernangebot** unterbreitet werden, das beispielsweise über die bloße **Mitteilung der Lerninhalte und Hausaufgaben** hinausginge.¹⁸

Der Einwand einer nur unzureichenden **Anbindung an das Unterrichtsgeschehen** über den Distanzunterricht begründe nach Ansicht des VG Berlin keinen Eingriff in das Recht der Eltern auf Erziehung und Bildung ihrer Kinder oder in das Recht der Kinder auf schulische Bildung. Bei der Durchführung eines Selbsttests handele es sich um eine zumutbare Bedingung für die Teilnahme einer Schülerin oder eines Schülers am Präsenzunterricht.¹⁹

Den **nicht in jedem Fall zu vermeidenden Nachteilen eines Distanzunterrichts** im Fall der Ablehnung regelmäßiger Tests stünde nach Auffassung des OVG Berlin-Brandenburg das Ziel gegenüber, mit Blick auf den Schulbetrieb der Gefahr entgegenzuwirken, dass das Präsenzangebot der Schulen ohne geeignete Schutzmaßnahmen - zu denen auch das Zutrittsverbot für nicht negativ getestete Personen gehöre - nicht mehr bzw. jedenfalls nicht dauerhaft aufrechterhalten werden könnte.²⁰ Das testabhängige Zutrittsverbot diene auch nach Auffassung des OVG Lüneburg der Verwirklichung des Rechts auf Bildung für alle Schülerinnen und Schüler, indem Präsenzunterricht bei deutlicher Reduktion des Infektionsrisikos in der Schule ermöglicht werde.²¹

Hinsichtlich **praktischer Schulfächer** (z.B. Sport, Musik, Kunst) sei Autoren der juristischen Literatur zufolge im Rahmen der Entscheidung, inwieweit praktische Bestandteile auch zu Hause im Wege von Distanzunterricht oder -lernen durchgeführt werden können bzw. dürfen, insbesondere auf Chancengleichheit, aber auch auf Sicherheit (z.B. bei sportlichen Übungen oder Experi-

17 BayVGH, Beschluss vom 12.4.2021, 20 NE 21.926, zitiert nach juris – Rn. 26.

18 VG Aachen, Beschluss vom 29.4.2021, 9 L 240/21, zitiert nach juris – Rn. 41, 45.

19 VG Berlin, Beschluss vom 20.5.2021, VG 3 L 157/21, BeckRS 2021, 14283, Rn. 48.

20 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19.5.2021, OVG 11 S 64/21, zitiert nach juris – Rn. 91.

21 OVG Lüneburg, Beschluss vom 19.4.2021, 13 MN 192/21, zitiert nach juris – Rn. 65.

menten) und den Lernerfolg der Distanzlernenden zu achten. **Gegebenenfalls** müsse der Unterricht in diesen Fächern für die Distanzlernenden **zeitweise ausgesetzt oder durch theoretische Anteile ersetzt** werden.²²

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof (HessVGH) stellte in anderem Kontext klar, dass Eltern im Rahmen ihres **Erziehungsauftrags** auch im Falle von Distanzunterricht angehalten seien, ihre Kinder beim Bildungserwerb zu unterstützen.²³

4. Zusammenfassung

Eine eindeutige, allgemein bestimmbar Grenze, was im Rahmen von Distanzunterricht und Distanzlernen als angemessen anzusehen ist und welche Mindestinhalte Distanzunterricht und Distanzlernen aufweisen müssen, ließ die Durchsicht der hier untersuchten Rechtsprechung und Literatur nicht erkennen. Die konkrete Ausgestaltung von Distanzunterricht und Distanzlernen liegt nach Ansicht der Gerichte im schulorganisatorischen Ermessen und hängt damit immer von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls ab.

22 Lohse, in: Birnbaum, Bildungsrecht in Zeiten von Corona, 2021, § 2 Schulische Bildung, Rn. 103 unter Bezugnahme auf die Aussetzung von Präsenzunterricht.

23 HessVGH, Beschluss vom 24.3.2021, 8 B 520/21.N, zitiert nach juris – Rn. 57.