VG München, Beschluss v. 28.04.2020 – M 26 E 20.1593

Titel:

Erfolgloser Eilantrag gegen die bayerischen Ausgangsbeschränkungen

Normenketten:

BayIfSMV § 4 Abs. 2 u. Abs. 3, § 5 Abs. 2

VwGO § 123

Leitsätze:

1. Einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, wenn der Antragsteller sich nicht zuvor mit seinem Anliegen außergerichtlich an den Antragsgegner gewandt hat. (Rn. 15) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die Regelungen zur Ausgangsbeschränkung in Bayern aufgrund der Corona-Pandemie erweisen sich bei summarischer Prüfung als rechtmäßig. (Rn. 22) (redaktioneller Leitsatz)

3. Die Vorlage eines sog. ELISA-Test, dh ein Enzymimmuntest basierend auf einer Antigen-Antikörper-Reaktion, begründet keinen Anspruch auf Befreiung von der allgemeinen Ausgangsbeschränkung. (Rn. 25 – 26) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Corona-Pandemie, Ausgangsbeschränkungen, ELISA-Test auf Antikörper gegen SARS-CoV-2 (Corona-Virus), Ausgangsbeschränkung, Anordnungsanspruch, Befreiung, Diagnose, Antikörper, ELISA-Test, Rechtsschutzbedürfnis

Fundstelle:

BeckRS 2020, 7965

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 2.500 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

1

Der Antragsteller wendet sich im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die anlässlich der Corona-Pandemie erlassenen allgemeinen Ausgangsbeschränkungen.

2

Durch die Bayerische Verordnung über Infektionsschutzmaßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie (Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung - BayIfSMV) vom 27. März 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 158), geändert durch Verordnung zur Änderung der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 31. März 2020 (GVBl. 2020, S. 194 f.), wurden unter anderem allgemeine Ausgangsbeschränkungen erlassen. Das Verlassen der eigenen Wohnung war nur bei Vorliegen triftiger Gründe erlaubt (§ 4 Abs. 2 und 3 BayIfSMV). Diese Regelungen traten am 31. März 2020 bzw. hinsichtlich der vorläufigen Ausgangsbeschränkungen am 1. April 2020 in Kraft und traten mit Ablauf des 19. April 2020 außer Kraft.

3

Mit Erlass der Zweiten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (2. BayIfSMV) vom 16. April 2020 (GVBl. 2020 S. 214 ff.), geändert durch Verordnung zur Änderung der Zweiten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 21. April 2020 (GVBl. 2020 S. 222), wurden unter anderem ebenfalls allgemeine Ausgangsbeschränkungen verordnet. Das Verlassen der eigenen Wohnung ist unverändert nur bei Vorliegen triftiger Gründe erlaubt (§ 5 Abs. 2 und 3 2. BayIfSMV). Die Regelung trat am 20. April 2020 in Kraft und tritt mit Ablauf des 3. Mai 2020 außer Kraft (§ 10 Satz 1 2. BayIfSMV).

4
Mit Schreiben vom 15. April 2020 beantragt der Antragsteller:

5
Im Wege der einstweiligen Anordnung wird das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege verpflichtet, den Antragsteller von jeglichen Beschränkungen nach § 4 BayIfSMV zu befreien.

6
Zur Begründung seines Antrags führt der Antragsteller aus, dass er keinerlei Infektionsrisiko mehr für andere Menschen darstelle und somit keine Grundlage mehr für eine Ausgangsbeschränkung bestehe. Hierzu legte er Befunde des Labors Prof. Dr. med. A… … sowie der A… … … GmbH vor, die das Vorhandensein von Antikörpern gegen das aktuelle Coronavirus (sog. SARS-CoV-2) belegen sollen. Die Antikörpernachweise, insbesondere der IgG-Antikörper-Wert des Laborbefunds des A… … … GmbH, würden für eine vorhandene Immunität sprechen. Der von der A… … … GmbH eingesetzte Test sei IVD und CE zertifiziert und sei bereits im Rahmen einer klinischen Studie eingesetzt worden.

7
Der Antragsgegner beantragt mit Schriftsatz vom 20. April 2020:

8
Der Antrag wird abgelehnt.

9
Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstands sowie zum Vorbringen der Beteiligten im Übrigen wird auf die Akten Bezug genommen.

II.

10
Der Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO hat keinen Erfolg.

11
1. Der Antragsteller begehrt bei verständiger Würdigung seines Vorbringens die Feststellung gegenüber dem Antragsgegner, dass er vorläufig nicht verpflichtet ist, die allgemeinen Ausgangsbeschränkungen gemäß § 5 Abs. 2 2. BayIfSMV zu beachten.

12
Nach § 88 VwGO, der nach § 122 Abs. 1 VwGO entsprechend für Beschlüsse gilt, ist das Gericht an die Fassung der Anträge nicht gebunden, darf aber über das Klagebegehren nicht hinausgehen. Vielmehr hat das Gericht das im Klageantrag und das im gesamten Parteivorbringen zum Ausdruck kommende Rechtsschutzziel zu ermitteln und seiner Entscheidung zugrunde zu legen (BVerwG, U. v. 23.2.1993 - 1 C 16/87). Das Klageziel ist danach nicht allein dem Klageantrag zu entnehmen, sondern dem gesamten Parteivorbringen, insbesondere auch der Klagebegründung. Maßgeblich kommt es insoweit auf das erkennbare Klageziel an, so wie sich dieses dem Gericht im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bzw. der Entscheidung des Gerichts aufgrund des gesamten Parteivorbringens und Akteninhalts darstellt (vgl. OVG Magdeburg, B. v. 19.8.2009 - 3 L 41/08).

13
Das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers ist ausweislich seines Vorbringens dahingehend auszulegen, dass er nicht verpflichtet ist, die in § 5 Abs. 2 BayIfSMV enthaltenen Ausgangsbeschränkungen zu beachten. Nur ein derartiges Verständnis kann ihm die beantragte persönliche Freiheit gewähren, da § 4 BayIfSMV bereits außer Kraft getreten ist und daher keinerlei beschränkende Wirkung mehr entfaltet. Dass der Antrag ausdrücklich gegen § 4 BayIfSMV gerichtet ist, ist angesichts der zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht existenten 2. BayIfSMV unschädlich.

14
2. Der Antrag ist bereits unzulässig.

15
Es mangelt dem Antragsteller bereits am Rechtsschutzbedürfnis, da er es unterlassen hat, den Antragsgegner vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens mit seinem Antrag zu befassen (VGH Baden-

Württemberg, B. v. 22.7.2004 - 6 S 19/04; OVG Magdeburg, B. v. 20.10.1995 - 4 K 9/95; OVG Münster, B. v. 30.4.2001 - 13 B 566/01), was jedoch aus dem Gewaltenteilungsprinzip folgend erforderlich gewesen wäre (BVerwG, U. v. 28.11.2007 - 6 C 42.06).

16
3. Ungeachtet der mangelnden Zulässigkeit des Antrags ist dieser jedenfalls unbegründet.

17
Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Voraussetzung ist, dass der Antragsteller das von ihm behauptete strittige Recht (den Anordnungsanspruch) und die drohende Gefahr seiner Beeinträchtigung (den Anordnungsgrund) glaubhaft macht (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Maßgeblich sind die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung. Der Anordnungsanspruch ist glaubhaft gemacht, wenn das Bestehen des vom Antragsteller behaupteten materiellen Anspruchs überwiegend wahrscheinlich ist, mithin die Vorausbeurteilung der Erfolgsaussichten des (potentiellen) Hauptsacheverfahrens ergibt, dass der Antragsteller in der Hauptsache mit überwiegender Wahrscheinlichkeit obsiegen wird.

18
In Anwendung dieser Maßstäbe hat der Antragsteller keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Die vorgenommene Prüfung ergibt, dass die Hauptsache keine Aussicht auf Erfolg hat. Ein Anspruch auf Befreiung von der allgemeinen Ausgangsbeschränkung besteht gegenwärtig nicht.

19
Nach § 5 Abs. 2 BayIfSMV ist das Verlassen der eigenen Wohnung nur bei Vorliegen triftiger Gründe erlaubt, wobei Beispiele für das Vorliegen triftiger Gründe in § 5 Abs. 3 BayIfSMV enthalten sind. Ob das mangelnde Infektionsrisiko, das von einer Person ausgeht, noch als triftiger Grund im Sinne des § 5 Abs. 2 2. BayIfSMV zu werten ist oder eine ungeschriebene Ausnahme von dem dort verfügten Verbot aufgrund höherrangigen Rechts gebietet, kann dabei dahingestellt bleiben. Vor dem Hintergrund, dass die mit der 2. BayIfSMV verfügten Beschränkungen die weitere Verbreitung des Virus verzögern sollen, kommt das (feststehende) mangelnde Infektionsrisiko, das von einer Person ausgeht, als potentielle Ausnahme von der allgemeinen Ausgangsbeschränkung in Betracht.

20
a) Im Rahmen des vorliegenden Eilverfahrens geht die Kammer bei der Prüfung des materiellen Anspruchs von der Wirksamkeit der in § 5 Abs. 2 2. BayIfSMV enthaltenen allgemeinen Ausgangsbeschränkung aus.

21
aa) Die entsprechende Vorschrift ist durch die Veröffentlichung der 2. BayIfSMV im Gesetz- und Verordnungsblatt (GVBl. 2020, S. 214 ff.) ordnungsgemäß verkündet und damit wirksam geworden.

22
bb) Die Regelung erweist sich bei summarischer Prüfung auch als rechtmäßig.

23
Die Einschränkung der grundrechtlich geschützten persönlichen Freiheit geschieht zum Zwecke des Schutzes von Leben und Gesundheit der Bevölkerung vor der raschen Ausbreitung des Corona-Virus und der Überlastung des Gesundheitssystems als eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes derzeit wohl verfassungsrechtlich gerechtfertigt (zu Ausgangsbeschränkungen durch die Vorgängerregelungen VG München, B. v. 24.3.2020 - M 26 E. 20.1252 und M 26 S 20.1259; BayVGH, B.v. 9.4.2020 - 20 NE 20.663). Die dortigen Erwägungen insbesondere zur Verhältnismäßigkeit sind unverändert aktuell. Das Bundesverfassungsgericht hat es zudem unter Verweis auf die staatliche Verpflichtung zum Schutz des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Art. 2 Abs. 2 GG im Eilverfahren abgelehnt, die Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung als Vorgängerverordnung der 2. BayIfSMV außer Vollzug zu setzen (BVerfG, B. v. 7.4.2020 - 1 BvR 755/20).

24
Umstände, die zu einer anderen Bewertung hinsichtlich der in der 2. BayIfSMV enthaltenen allgemeinen Ausgangsbeschränkung führen, sind nicht ersichtlich. Dabei verkennt das Gericht auch nicht, dass

hinsichtlich der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist, dass den Verordnungsgeber angesichts der mit der Verordnung verbundenen Grundrechtseingriffe die Pflicht trifft, ständig zu überwachen, ob die Aufrechterhaltung der verfügten Maßnahmen noch erforderlich und angemessen ist, wobei die Anforderungen umso strenger werden, je länger die Regelungen schon in Kraft sind (BayVGH, B. v. 9.4.2020 - 20 NE 20.688). Vielmehr hat der Verordnungsgeber durch den Erlass einer 2. BayIfSMV, die inhaltlich nicht identisch mit der BayIfSMV ist, dokumentiert, dass die verfügten Maßnahmen der aktuellen Situation angepasst worden sind. Dass die mit der Rechtsverordnung erlassenen Regelungen in großen Teilen mit den Vorgängerregelungen übereinstimmen, ist angesichts der aktuellen Risikobewertung des Robert-Koch-Instituts, das die Gefährdung der Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland als derzeit insgesamt hoch einschätzt, für Risikogruppen sogar als sehr hoch (Robert-Koch-Institut, Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 am 27.4.2020, S. 9, https://www...de/.../Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-04-27-de.pdf? blob=publicationFile), nicht überraschend. Zudem zeigt die Befristung der 2. BayIfSMV bis zum 3. Mai 2020, dass die Erforderlichkeit und Wirksamkeit der erlassenen Regelungen - wie es der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert - weiterhin fortlaufend vom Antragsgegner überprüft werden.

25
b) Ein Anspruch auf Befreiung von der allgemeinen Ausgangsbeschränkung besteht gegenwärtig nicht. Die vorgelegten Laborbefunde sind nicht geeignet, eine Immunität und damit einhergehende mangelnde Infektiosität des Antragstellers zu belegen.

26
aa) Nach dem vorgelegten Befund des Labors Prof. Dr. med. A… … wurde der Antragsteller positiv auf die Antikörper IgG und IgM gegen SARS-CoV-2 getestet. Allerdings ist das verwendete Testverfahren nicht geeignet, das Begehren des Antragstellers zu stützen.

27
Ausweislich der im Laborbefund enthaltenen Fußnote handelt es sich bei dem verwendeten ELISA-Verfahren um ein nicht endgültig validiertes Verfahren. Dies bestätigt auch eine auf der Internetseite des Testherstellers einsehbare Aussage (Euroimmun AG, Häufig gestellte Fragen zu SARS-CoV-2 und der COVID-19-Diagnostik, https://www...de/...html, aufgerufen am 28. April 2020), wonach mit ELISA-Techniken nicht nachgewiesen werden könne, ob die gemessenen Antikörper eine neutralisierende Wirkung auf den Erreger haben; ein solcher Nachweis sei in der Regel nur per Neutralisationstest möglich. Weiterhin sei es derzeit noch Gegenstand der wissenschaftlichen Forschung, inwiefern die mit einem ELISA gemessenen IgG-Antikörper Rückschlüsse auf die Immunität eines Patienten liefern könnten

28
Somit ist bereits nach Aussage des Testherstellers ein Rückschluss von im Rahmen des Testverfahrens nachgewiesenen Antikörpern auf eine Immunität gegen SARS-CoV-2 nicht möglich, weshalb dieser Laborbefund auch keine Ausnahme von der allgemeinen Ausgangsbeschränkung rechtfertigen kann.

29
bb) Auch der vorgelegte Laborbefund der A… GmbH macht nicht hinreichend glaubhaft, dass von dem Antragsteller kein Infektionsrisiko ausgeht. Das bei der Untersuchung verwendete Verfahren ist nicht geeignet, die vom Antragsteller behauptete Aussage, von ihm gehe kein Infektionsrisiko mehr aus, mit der erforderlichen Sicherheit zu belegen.

30
Ausweislich der vom Antragsteller mit Fax vom 20. bzw. 21. April 2020 vorgelegten Unterlagen wurde bei der Auswertung der Probe ein ELISA-Test verwendet, d.h. ein Enzymimmuntest basierend auf einer Antigen-Antikörper-Reaktion, wobei insbesondere IgG-Antikörpernachweise für eine vorhandene Immunität sprechen sollen.

31
Für das erkennende Gericht ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern das verwendete Testverfahren bei positivem Antikörpernachweis Rückschlüsse auf eine bestehende Immunität gegen SARS-CoV-2 zulassen soll.

32

Bereits der Umstand, dass auch bei diesem Laborbefund - genau wie bei dem Vorgenannten - ein ELISA-Testverfahren zur Anwendung gekommen ist und sich nach Aussagen des Herstellers des dort verwendeten Testverfahrens keine Rückschlüsse von dem Vorliegen von Antikörpern auf eine Immunität des Getesteten erlauben (Euroimmun AG, a.a.O.), geben Grund für Zweifel an der in den vorgelegten Unterlagen enthaltenen Aussage, wonach Antikörpernachweise für eine vorhandene Immunität sprächen. Dies gilt umso mehr, als nach Aussagen anderer Labore und Experten mittels ELISA-Verfahren nachgewiesener Antikörper keine gesicherten Rückschlüsse auf eine Immunität möglich sind (Prof. Dr. C. D., Direktor des Instituts für Virologie an der Ch., Transkript zum press briefing des SMC „Zukünftige Teststrategien auf SARS-CoV-2 und die Bedeutung vorsorglicher Quarantäne, S. 14, https://www...de/...pdf; LaDR, Der Laborverbund Dr. K. & Kollegen, Coronavirus SARS-CoV-2 Antikörper Test mittels ELISA, https://ladr.de/sars-cov-2-antikoerper-test; Labor Mönchengladbach MVZ Dr. S. + Kollegen GbR, ELISA-Test auf SARS-CoV-2 IGG- und IGA-Antikörper, https://www....de/.../; jeweils aufgerufen am 28.4.2020). Soweit ersichtlich, ist gegenwärtig zum sicheren Nachweis neutralisierender Antikörper gegen SARS-CoV-2 vielmehr ein Neutralisationstest erforderlich, da nur durch einen solchen Test auch sichergestellt ist, dass die vorhandenen Antikörper SARS-CoV-2 neutralisieren (Kohmer et al., SARS-CoV-2: Der richtige Nachweis, https://www...de/...; ... AG, a.a.O.; T. Tageszeitung Online, Coronavirus: Ischgler Antikörpertests liegen in zweiter Maihälfte vor, https://www...com/artikel/30730087/coronavirus-ischgler-antikoerpertests-liegen-in-zweiter-maihaelfte-vor; jeweils aufgerufen am 28.4.2020).

33
Auch der Umstand, dass der Test zertifiziert sein soll, ändert an dieser Einschätzung nichts. Von einer Zertifizierung des Tests kann nicht darauf geschlossen werden, dass ein Antikörpernachweis die mangelnde Infektiosität belegt.

34
Wie aus Art. 1 Abs. 2 lit. b und e i. V. m. Art. 9 Abs. 4 der Richtlinie 98/79/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 1998 über In-vitro-Diagnostika (ABl EG Nr. L 331 S. 1 ff.) ersichtlich ist, dürfen In-vitro-Diagnostika, die vom Hersteller dazu bestimmt sind, einer oder mehreren Leistungsbewertungsprüfungen insbesondere in Labors für medizinische Analysen unterzogen zu werden, bereits dann mit einer CE-Kennzeichnung versehen werden, wenn der Hersteller das Verfahren gemäß Anhang VIII einhält und die dort genannte Erklärung ausstellt. Ein Nachweis, dass von dem Vorliegen von Antikörpern auf die mangelnde Infektiosität geschlossen werden kann, ist soweit ersichtlich nicht Inhalt des einzuhaltenden Verfahrens.

35
Eine CE-Kennzeichnung des Tests gibt damit soweit ersichtlich keinen Aufschluss darüber, ob der Antikörpernachweis eine Immunität des Getesteten belegt.

36
Schließlich kann auch daraus, dass der Test bereits im Rahmen einer Studie eingesetzt wurde, nicht darauf geschlossen werden, dass der Nachweis von Antikörpern gegen SARS-CoV-2 auf eine Immunität gegen dieses Virus schließen lässt. Dies ergibt sich bereits aus dem Abstract der in den vorgelegten Unterlagen erwähnten Studie (Li Guo et al., Profiling Early Humoral Respone to Diagnose Novel Coronavirus Disease (COVID-19), https://..com/..., aufgerufen am 28.4.2020), da Gegenstand der Studie die Diagnose der COVID-19-Erkrankung als Folge einer Infektion mit SARS-CoV-2 war, nicht jedoch die Frage, inwiefern vom Vorliegen von Antikörpern auf Immunität gegen das Virus geschlossen werden kann.

37
4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, die Streitwertfestsetzung auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG in Verbindung mit Nummer 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013.