

Titel:

Keine zwangsweise Corona-Testung vor dem Präsenzunterricht bei Fehlen eines Krankheits- oder Ansteckungsverdachts

Normenketten:

VwGO § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, Abs. 5 S. 1

IfSG § 16 Abs. 8, § 25 Abs. 1, Abs. 2, § 28 Abs. 1, Abs. 3, § 29 Abs. 1, Abs. 2

BayVwZVG § 21a

12. BayIfSMV § 18 Abs. 4 S. 7

Leitsätze:

1. Für eine Verpflichtung zur Testung auf eine Infektion mit SARS-CoV-2 fehlt es bei Personen, die weder krank oder ansteckend noch krankheits- oder ansteckungsverdächtig sind, an einer Befugnis auf der Grundlage der §§ 25, 28 IfSG. (Rn. 21 – 22) (redaktioneller Leitsatz)

2. Lehrkräfte, die nach § 18 der 12. BayIfSMV den Nachweis der Infektionsfreiheit durch die Versicherung führen können, einen negativ ausgefallenen Selbsttest vorgenommen zu haben, dürfen nicht zu einer Testung auf der Grundlage eines Nasen-Rachen-Abstrichs gezwungen werden. (Rn. 23) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Vorläufiger Rechtsschutz, Keine Testpflicht bei unterbliebener Quarantäne-Maßnahme, Testpflicht von Lehrkräften an Schulen, Selbsttest, Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, Corona, SARS-CoV-2, Antigentest, zwangsweise, Testpflicht, Schüler, Lehrkräfte, Präsenzunterricht, Ansteckungsverdacht, Krankheitsverdacht, Quarantäne

Tenor

I. Die aufschiebende Wirkung der Klage (Az Au 9 K 21.1090) gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 4. Mai 2021 wird angeordnet.

II. Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

III. Der Streitwert wird auf 2.500 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1

Der Antragsteller wendet sich im Wege vorläufigen Rechtsschutzes gegen die zwangsgeldbewehrte Verpflichtung zur Testung auf das Corona-Virus SARS-CoV-2 mittels eines Nasen-Rachen-Abstrichs, der Duldung des ärztlichen Eingriffs sowie die Androhung eines Zwangsgelds bei nicht fristgerechter Folgeleistung in Höhe von 1.500 EUR.

2

Der Antragsteller ist Lehrer an einer Realschule im Landkreis *. In der von ihm unterrichteten Schulklasse wurden zwei Schüler positiv auf das Virus SARS-CoV-2 getestet. Der Antragsteller ist vom Antragsgegner nicht als enge Kontaktperson eingestuft worden.

3

§ 18 Abs. 4 Satz 1 der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (12. BayIfSMV) vom 5. März 2021 (BayMBI. Nr. 171, BayRS 2126-1-16-G) zuletzt geändert durch § 1 der Verordnung vom 27. April 2021 (BayMBI. Nr. 290) bestimmt, dass die Teilnahme am Präsenzunterricht und an Präsenzphasen des Wechselunterrichts sowie an der Notbetreuung und Mittagsbetreuung Schülerinnen und Schülern nur erlaubt ist, wenn sie sich zweimal wöchentlich, im Fall des Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 mindestens zweimal wöchentlich, nach Maßgabe der Sätze 2 bis 5 einem Test in Bezug auf eine Infektion mit dem Corona-Virus

SARS-CoV-2 unterziehen. Nach § 18 Abs. 4 Satz 7 der 12. BayIfSMV gelten für die Lehrkräfte und das Schulverwaltungspersonal hinsichtlich ihrer Tätigkeit in den Schulräumen die Sätze 1 bis 5 mit der Maßgabe entsprechend, dass ein Selbsttest auch außerhalb der Schule und ohne Aufsicht vorgenommen werden kann, wenn die Person versichert, dass das Testergebnis negativ ausgefallen ist.

4

Mit Bescheid des Landratsamts * vom 28. April 2021 wurde der Antragsteller erstmalig verpflichtet am 30. April 2021 eine Testung mittels eines Nasen-Rachen-Abstrichs auf das neuartige Corona-Virus durch einen Beauftragten des Gesundheitsamts zu dulden. Dem vorbezeichneten Bescheid hat der Antragsteller keine Folge geleistet.

5

Mit weiterem Bescheid des Landratsamts * vom 4. Mai 2021 wurde der Antragsteller verpflichtet, am 6. Mai 2021 um 18 Uhr im medizinischen Versorgungszentrum (MVZ) der Klinik * zu erscheinen und dort die Testung mittels eines Nasen-Rachen-Abstrichs auf das neuartige Corona-Virus durch einen Beauftragten des Gesundheitsamts zu dulden (Nr. 1.1 des Bescheids). Nr. 1.2 des Bescheids bestimmt, dass die Verpflichtung zur Wahrnehmung des Termins und zur Duldung der ärztlichen Untersuchung entfalle, wenn der Antragsteller die Testung (PCR-Test oder Antigentest), durchgeführt durch medizinische Fachkräfte oder vergleichbare hierfür geschulte Personen bei einem Arzt seiner Wahl (z.B. Hausarzt) durchführen lasse. Dem Landratsamt * sei bis zum 6. Mai 2021 (24:00 Uhr) ein Nachweis über die Durchführung der Testung vorzulegen. Für den Fall, dass der Antragsteller der Verpflichtung in Nr. 1.1 des Bescheids nicht nachkomme und auch keine anderweitige Testung nach Nr. 1.2 des Bescheids erfolge, werde ein Zwangsgeld in Höhe von 1.500 EUR angedroht.

6

Zur Begründung ist ausgeführt, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass beim Antragsteller eine Infektion mit dem Virus SARS-CoV-2 vorliege und er eine Gefährdung für die Allgemeinheit und insbesondere seiner Schüler darstelle. Die Verpflichtung zur Durchführung eines Nasen-Rachen-Abstrichs stütze sich auf § 25 Abs. 1 und 3 Infektionsschutzgesetz (IfSG) sowie § 28 Abs. 1 i.V.m. § 29 Abs. 1 und 2 IfSG. Aufgrund der Kontaktsituation in der Schule sei der Antragsteller nicht als enge Kontaktperson eingestuft worden. Jedoch sei unklar, inwieweit ein Infektionsgeschehen in der Schulklasse stattgefunden habe. Außerdem seien die Infektionsketten bei beiden positiven Fällen nicht nachvollziehbar. Der Antragsteller sei aufgrund des Kontakts zu zwei mit dem Virus SARS-CoV-2 infizierten Personen als ansteckungsverdächtig anzusehen, da er auch unter Berücksichtigung des Kontakttages und der Inkubationszeit noch ansteckungsfähig sein könnte. Bei dem Virus SARS-CoV-2 handle es sich um einen Krankheitserreger im Sinne des § 2 Nr. 1 IfSG, der sich in kurzer Zeit weltweit verbreite. Das pandemische Geschehen dauere weltweit an. § 25 Abs. 3 IfSG sei bei einer nach § 28 Abs. 1 i.V.m. § 29 Abs. 1 und 2 IfSG bestehenden Beobachtung anwendbar (§ 29 Abs. 2 Satz 2 IfSG). Nachdem sich der Antragsteller der Durchführung eines Abstrichs am 24. April 2021 und am 30. April 2021 widersetzt habe, erscheine die erneute Anordnung der Testung unter Zwangsgeldandrohung geboten. Die angeordnete Verpflichtung zur Durchführung eines PCR-Tests auf das Virus SARS-CoV-2 sei notwendig, um festzustellen, ob sich das Ansteckungsrisiko realisiert habe. Eine molekularbiologische Testung auf das Virus SARS-CoV-2 im Wege eines Rachen- und Nasenabstrichs sei geeignet, mögliche Infektionsketten aufzudecken und zu unterbrechen. Die Anordnung der Testung sei auch erforderlich, da der Antragsteller nicht zu den vom Gesundheitsamt * erbetenen Testungen erschienen sei. Die Maßnahme sei schließlich auch verhältnismäßig. Die Zwangsgeldandrohung stütze sich auf Art. 18 Abs. 1, 20 Nr. 1, 29, 30, 31 und 36 Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz (VwZVG). Die Höhe des Zwangsgeldes sei im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Antragstellers festgesetzt worden.

7

Auf den weiteren Inhalt des Bescheids des Landratsamts * vom 4. Mai 2021 wird ergänzend verwiesen.

8

Der Antragsteller hat gegen den vorbezeichneten Bescheid mit Schriftsatz vom 5. Mai 2021 Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht Augsburg erhoben (Aktenzeichen Au 9 K 21.1090). Über die vorbezeichnete Klage ist noch nicht entschieden worden.

9

Ebenfalls mit Schriftsatz vom 5. Mai 2021 hat der Antragsteller im Wege vorläufigen Rechtsschutzes beantragt,

10

die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid vom 4. Mai 2021 wird hinsichtlich der Ziffern 1 bis 3 angeordnet.

11

Zur Begründung ist ausgeführt, dass der Antragsteller sich seit dem 12. April 2021 den an den Schulen vorgeschriebenen Selbsttests vor Unterrichtsbeginn unterzogen habe. Sämtliche Tests seien negativ ausgefallen. Der Antragsteller habe auch jeweils in der Schule unterschrieben, dass er die Tests ordnungsgemäß durchgeführt habe und diese ein negatives Ergebnis erbracht hätten. An dem für den 24. April 2021 und den 30. April 2021 vorgesehenen Reihentestungen durch das Landratsamt habe der Antragsteller nicht teilgenommen, da seine Selbsttests negativ ausgefallen seien. Es bestehe keinerlei Verdacht, dass sich bei ihm das behauptete Ansteckungsrisiko realisiert habe. Die Anordnung des Tests im Bescheid vom 4. Mai 2021 sei rechtswidrig, da aufgrund der negativen Selbsttests keinerlei Verdacht einer Ansteckung bestehe. Der Antragsteller könne daher nicht als ansteckungsverdächtig eingestuft werden. Folglich sei es auch nicht geboten, einen PCR-Test für den 6. Mai 2021 anzuordnen. Zudem liege der Test am 6. Mai 2021 bereits außerhalb der 14-tägigen Karenzzeit seit dem Kontakt mit dem infizierten Schüler. In Bezug auf § 18 der 12. BayIfSMV sei darauf hinzuweisen, dass dort Selbsttests anerkannt würden, die der Antragsteller nachweislich auch durchgeführt habe. Folglich sei auf dieser Grundlage eine Testanordnung ohne hinreichenden Verdacht nicht gerechtfertigt. Der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit sei damit unverhältnismäßig, weil es hierfür aufgrund der durchgeführten negativen Selbsttests keinen hinreichenden Grund gebe. Aufgrund der Rechtswidrigkeit der Anordnung seien auch die Zwangsgeldandrohung und die Kostenentscheidung rechtswidrig. Die aufschiebende Wirkung sei deshalb anzuordnen.

12

Auf den weiteren Inhalt des Antragschriftsatzes vom 5. Mai 2021 wird ergänzend verwiesen.

13

Der Antrag wurde dem Antragsgegner zugeleitet. Wegen der Eilbedürftigkeit wurde von der Notwendigkeit einer Stellungnahme abgesehen.

14

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte und die wechselseitigen Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

II.

15

Der Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage (Az. Au 9 K 21.1090) hat Erfolg.

16

1. Der Antrag ist zulässig.

17

Der Antragsteller begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner am 5. Mai 2021 erhobenen Klage (Aktenzeichen Au 9 K 21.1090) hinsichtlich der gesetzlich sofort vollziehbaren Nrn. 1 und 2 des Bescheids des Antragsgegners vom 4. Mai 2021 (Verpflichtung zur Testung auf das Virus SARS-CoV-2). Hinsichtlich der in Nr. 1 des streitgegenständlichen Bescheids getroffenen Testverpflichtung des Antragstellers gilt insoweit § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) i.V.m. § 28 Abs. 3 IfSG und § 16 Abs. 8 IfSG. Bezüglich der in Nr. 2 des Bescheids getroffenen Zwangsgeldandrohung folgt die gesetzliche Vollziehbarkeit aus § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. Art. 21a VwZVG.

18

2. Der Antrag ist in der Sache auch begründet.

19

Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht in den Fällen, in denen die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsakts angeordnet ist, die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen den

zugrundeliegenden Bescheid ganz oder teilweise wiederherstellen bzw. in den Fällen, in denen die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs kraft Gesetzes entfällt, die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs anordnen. Bei einer gesetzlichen Entscheidung für einen Sofortvollzug hat das Gericht eine eigene Abwägungsentscheidung zu treffen. Bei der im Rahmen dieser Entscheidung gebotenen Interessenabwägung kommt vor allem den Erfolgsaussichten des Verfahrens in der Hauptsache besondere Bedeutung zu. Bleibt das Hauptsacheverfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolglos, so wird die Abwägung in der Regel zum Nachteil des Betroffenen ausfallen. Hat der Rechtsbehelf in der Hauptsache hingegen voraussichtlich Erfolg, so ist dessen aufschiebende Wirkung anzuordnen. Wenn sich bei der im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens allein möglichen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage dagegen weder die offensichtliche Rechtswidrigkeit noch die offensichtliche Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung feststellen lässt, ist in Fällen gesetzlichen Sofortvollzugs maßgeblich auf die Gesetzgeberische Entscheidung des Sofortvollzugs aus § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO abzustellen.

20

Dies zugrunde gelegt bestehen erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der mit der Klage (Aktenzeichen Au 9 K 21.1090) angegriffenen Testungsverpflichtung des Antragstellers am 6. Mai 2021 (Nrn. 1.1 und 1.2 des Bescheids), so dass die vom Antragsteller erhobene Anfechtungsklage in der Hauptsache voraussichtlich Erfolg haben wird.

21

Dies ergibt sich bereits daraus, dass die vom Antragsgegner für die Testungsverpflichtung des Antragstellers herangezogene Rechtsgrundlage aus § 25 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 und § 29 Abs. 1 IfSG die Anordnung nicht rechtfertigen kann. Es ist bereits nicht ersichtlich, dass die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 IfSG beim Antragsteller vorliegen. Nach § 25 Abs. 1 IfSG stellt das Gesundheitsamt die erforderlichen Ermittlungen an, sofern sich ergibt oder anzunehmen ist, dass jemand krank, krankheitsverdächtig, ansteckungsverdächtig oder Ausscheider ist oder dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war. Nur die in § 25 Abs. 1 IfSG genannten Personen können nach § 25 Abs. 3 Satz 1 IfSG durch das Gesundheitsamt vorgeladen und zur Duldung von Untersuchungen verpflichtet werden (§ 25 Abs. 3 Satz 2 IfSG). § 29 Abs. 1 IfSG bestimmt weiter, dass Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider einer Beobachtung unterworfen werden können.

22

Vorliegend bestehen bereits erhebliche Zweifel, ob der Antragsteller (noch) als Krankheits- bzw. Ansteckungsverdächtig betrachtet werden kann. Der Antragsteller trägt vor, den letzten persönlichen Kontakt zu den Quelfällen in der Schule am 14. April 2021 gehabt zu haben. In Bezug auf diese Quelfälle wurde der Antragsteller bereits nicht als enge Kontaktperson im Sinne der Allgemeinverfügung über die Quarantäne von Kontaktpersonen und von Verdachtspersonen, Isolation für positiv auf das Corona-Virus SARS-CoV-2 getesteten Personen (AV Isolation) vom 14. April 2021 (Az. G51s-G8000-2021/505-38) eingestuft. Selbst wenn man die angeordnete Testpflicht als milderes Mittel gegenüber der Anordnung einer 14-tägigen Quarantäne betrachten würde, wäre zumindest Voraussetzung, dass der Antragsteller als enge Kontaktperson im Sinne der AV Isolation eingestuft worden ist, was hier offensichtlich nicht der Fall ist. Unter diesen Voraussetzungen kann der Antragsteller nicht mehr als Krankheitsverdächtig bzw. Ansteckungsverdächtig im Sinne der §§ 25 Abs. 1, Abs. 3, 29 Abs. 1 IfSG betrachtet werden.

23

Sofern in Bezug auf die angeordnete Testpflicht auf das Tätigwerden des Antragstellers als Lehrer und einen mit dieser Tätigkeit einhergehendem Ansteckungsverdacht ausgegangen wird, sind die Regelungen der 12. BayIfSMV vom 5. März 2021 einschlägig. Nach dessen § 18 Abs. 4 Satz 1 ist Schülerinnen und Schülern die Teilnahme am Präsenzunterricht oder an Präsenzphasen des Wechselunterrichts sowie an der Notbetreuung und Mittagsbetreuung nur erlaubt, wenn sie sich zweimal wöchentlich nach Maßgabe der Sätze 2 bis 5 einem Test in Bezug auf eine Infektion mit dem Corona-Virus SARS-CoV-2 unterziehen. Nach § 18 Abs. 4 Satz 2 der 12. BayIfSMV haben die Schülerinnen und Schüler hierfür zu Beginn des Schultages über ein schriftliches oder elektronisches negatives Ergebnis eines PCR- oder POC-Antigentest zu verfügen und dieses auf Anforderung vorzuweisen oder müssen in der Schule unter Aufsicht einen Selbsttest mit negativem Ergebnis vorgenommen haben. Für Lehrkräfte und Schulverwaltungspersonal bestimmt insoweit § 18 Abs. 4 Satz 7 der 12. BayIfSMV hinsichtlich der Tätigkeit in den Schulräumen die entsprechende Anwendung der Sätze 1 bis 5 mit der Maßgabe, dass bei Lehrkräften auch ein Selbsttest außerhalb der

Schule und ohne Aufsicht vorgenommen werden kann, wenn die jeweilige Person versichert, dass das Testergebnis negativ ausgefallen ist. Dass der Antragsteller dieser für ihn geltenden Verpflichtung aus § 18 Abs. 4 Satz 7 der 12. BayIfSMV bislang nicht nachgekommen ist, ist nicht erkennbar. Sollten diesbezüglich Zweifel an den vom Antragsteller vorgenommenen zweimal wöchentlichen Selbsttestungen bestehen, so wäre dem bei entsprechendem Verdacht mit dienstrechtlichen Mitteln zu begegnen. Die fortdauernde Behandlung des Antragstellers als Krankheitsverdächtigem bzw. Ansteckungsverdächtigem im Sinne des § 25 Abs. 1 IfSG kann aus einem bloßen Verdacht, sollte dieser überhaupt bestehen, hingegen nicht gefolgert werden.

24

Da die Testungsverpflichtung des Antragstellers daher voraussichtlich rechtswidrig ist und im Hauptsacheverfahren demnach voraussichtlich aufzuheben ist, kann hinsichtlich der Zwangsgeldandrohung nichts anderes gelten. Am gesetzlichen Sofortvollzug (Art. 21a VwZVG) einer voraussichtlich rechtswidrigen Maßnahme kann kein überwiegendes Interesse bestehen.

25

Nach allem war dem Antrag des Antragstellers daher stattzugeben und die aufschiebende Wirkung seiner am 5. Mai 2021 erhobenen Klage gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 4. Mai 2021 anzuordnen.

26

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Als im Verfahren unterlegen

27

hat der Antragsgegner die Kosten des Verfahrens zu tragen.

28

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 2 Gerichtskostengesetz (GKG) i.V.m. Nr. 1.5 der Empfehlungen des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (BayVBI - Sonderbeilage Januar 2014). Der in der Hauptsache gebotene Streitwert in Höhe von 5.000 EUR war demnach im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes zu halbieren.