VG München, Beschluss v. 20.07.2021 – M 26a E 21.3315

Titel:

Erfüllung der Testnachweisobliegenheit an Schulen durch Sputum- oder Spucktests in der Schule

Normenketten:

VwGO § 47 Abs. 6, § 123
13. BayIfSMV § 4 Abs. 1 Nr. 1b, § 20 Abs. 2 S. 1

Leitsätze:

1. Geht es nicht um die Gültigkeit einer Norm, sondern um die Feststellung eines streitigen Rechtsverhältnisses unter Geltung dieser Norm, geht ein Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO als lex specialis einem Antrag nach § 123 VwGO nicht vor. (Rn. 30 und 33 – 35) (redaktioneller Leitsatz)
2. Durch die Feststellung, dass die Testnachweisobliegenheit in Schulen für die Teilnahme von Schülerinnen und Schülern am Präsenzunterricht und an Präsenzphasen des Wechselunterrichts sowie an der Mittags- und Notbetreuung nach § 20 Abs. 2 S. 1 des 13. BayIfSMV auch durch einen Sputum- oder Spucktests unter Aufsicht in der Schule erfüllt werden kann, wird nicht zugleich erreicht, dass ein solcher Test auch tatsächlich zur Verfügung gestellt wird. (Rn. 31) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Corona, Erfüllung der Testnachweisobliegenheit an Schulen durch Sputum- oder Spucktests in der Schule, fehlendes Rechtsschutzbedürfnis, fehlendes Feststellungsinteresse, Antrag nach § 123 unstatthaft, Coronavirus, Rechtsschutzbedürfnis, einstweilige Anordnung, Feststellungsantrag, Feststellungsinteresse, Präsenzunterricht, Grundschule, Selbsttest

Rechtsmittelinstanz:

VGH München, Beschluss vom 16.08.2021 – 25 CE 21.2083

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 5.000 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1
Der Antragsteller, der die vierte Klasse einer Grundschule besucht, begehrt mit seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, dass er mit einem negativen Spucktest am Präsenzunterricht teilnehmen darf.

2
Zum Zeitpunkt der Entscheidung ist die Dreizehnte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (13. BayIfSMV) vom 5. Juni 2021 (BayMBl. Nr. 384, BayRS 2126-1-17-G), die durch Verordnung vom 14. Juli 2021 (BayMBl. Nr. 497) geändert worden ist, in Kraft. Diese hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

§ 4

3
Testnachweis

4
Soweit in dieser Verordnung für die Nutzung oder die Zulassung zu bestimmten Einrichtungen, Betrieben oder Bereichen die Vorlage eines Nachweises hinsichtlich des Nichtvorliegens einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (Testnachweis) vorgesehen ist, gilt:

5
1. Es ist ein schriftliches oder elektronisches negatives Testergebnis

6
a) eines PCR- oder POC-Antigentests oder

7
b) eines vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zugelassenen, unter Aufsicht vorgenommenen Antigentests zur Eigenanwendung durch Laien (Selbsttests) nachzuweisen, das den Bestimmungen der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV) entspricht.

(…)

§ 20 Schulen (…)

8
(2) [1]Die Teilnahme am Präsenzunterricht und an Präsenzphasen des Wechselunterrichts sowie an der Mittags- und Notbetreuung ist Schülerinnen und Schülern nur erlaubt, wenn sie zwei Mal wöchentlich einen Testnachweis nach § 4 Nr. 1 Buchst. a erbringen oder in der Schule unter Aufsicht einen über die Schule zur Verfügung gestellten und dort zu verwendenden Selbsttest mit negativem Ergebnis vorgenommen haben, wobei die dem Testnachweis zugrundeliegende Testung oder der in der Schule vorgenommene Selbsttest höchstens 48 Stunden vor dem Beginn des jeweiligen Schultags vorgenommen worden sein dürfen; § 4 Nr. 2 und 4 findet keine Anwendung. [2]Soweit Tests in der Schule vorgenommen werden, verarbeitet die Schule das Testergebnis für die Zwecke nach Satz 1 sowie auf Antrag für eine Bestätigung zur Verwendung als Testnachweis für außerschulische Zwecke; eine Übermittlung an Dritte findet im Übrigen vorbehaltlich von Meldepflichten nach dem Infektionsschutzgesetz nicht statt. [3]Das Testergebnis wird höchstens 14 Tage aufbewahrt. [4]Für Schülerinnen und Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf kann das Staatsministerium für Unterricht und Kultus Ausnahmen bekanntmachen. [5]Für die Lehrkräfte und das Schulverwaltungspersonal gelten hinsichtlich ihrer Tätigkeit in den Schulräumen die Sätze 1 bis 3 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; soweit das Testergebnis für außerschulische Zwecke Verwendung finden soll, ist der Selbsttest unter Aufsicht in der Schule durchzuführen.

9
Mit Schreiben vom 22. Juni 2021 ließ der Antragsteller durch seinen Bevollmächtigten beim Bayerischen Verwaltungsgericht München im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes beantragen,

10
I. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragsteller mit sofortiger Wirkung auch ohne negativen Testnachweis auf das Coronavirus SARS-CoV-2 am Präsenzunterricht teilnehmen zu lassen.

11
hilfsweise zu Ziffer I:

12
II. Es wird festgestellt, dass eine Testpflicht auf das Coronavirus SARS-CoV-2 des Antragstellers zur Teilnahme am Präsenzunterricht nicht notwendig ist.

13
hilfsweise zu Ziffer I und II:

14
III. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragsteller mit sofortiger Wirkung auch mit einem vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) zugelassenen und unter Aufsicht vorgenommenen negativen Sputum- bzw. Spuck-Antigentest auf das Coronavirus SARS-Cov-2 zur Eigenanwendung durch Laien (Selbsttest) am Präsenzunterricht teilnehmen zu lassen.

15

hilfsweise zu Ziffer I, II und III:

16
IV. Es wird festgestellt, dass der Antragsteller die Testpflicht auf das Coronavirus SARS-CoV-2 auch durch einen vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) zugelassenen und unter Aufsicht vorgenommenen negativen Sputum- bzw. Spuck-Antigentest auf das Coronavirus SARS-CoV-2 zur Eigenanwendung durch Laien (Selbsttest) erfüllt und damit am Präsenzunterricht teilnehmen kann.

17
Zur Begründung wird ausgeführt, dass an der Grundschule des Antragstellers zweimal wöchentlich ein nasaler Selbsttest zur Testung auf das Coronavirus SARS-CoV-2 zur Eigenanwendung durchgeführt werde. Der Antragsteller verspüre bei dieser Testung extreme Schmerzen und habe Schwierigkeiten, sich selbst das Stäbchen tief in die Nase zu schieben. Am 14. Juni 2021 sei es dem Antragsteller so schlecht gegangen, dass er das Klassenzimmer habe verlassen müssen, geweint habe, desorientiert gewesen sei und Kopfweh gehabt habe. Die Schule habe hinsichtlich einer Abhilfe der nasalen Testung auf das Bayerische Staatsministerium für Unterricht und Kultus verwiesen. Auf die Anfrage des Vaters des Antragstellers dort, ob er seinem Kind einen Spucktest mit in die Schule geben könne, sei geantwortet worden, dass zur Frage nach Spucktests an Schulen derzeit keine Aussage getroffen werden könne. Die nasale Testung an Schulen sei rechtswidrig und verletze den Antragsteller in seinen Rechten, insbesondere auf körperliche Integrität und Gleichbehandlung. Mittlerweile seien vom BfArM Sputum- bzw. Spucktests zugelassen, die genauso als zuverlässig anerkannt seien. Diese Variante stelle ein milderes Mittel dar, das ebenso effektiv und mit der 13. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (13. BayIfSMV) konform sei. Es bestünden erhebliche Bedenken, ob die bisher zugelassenen und verwendeten Testkits an Schulen einer kindgerechten Anwendung entsprächen. Bei einem Spucktest könnten Verletzungen im Rachen und Nasengang vermieden werden und es würden keine Teststäbchen mit Chemikalien eingeführt. Die Beibringung eines aktuellen negativen PCR- oder POC-Antigentests nach § 4 Nr.1 der 13. BayIfSMV zweimal wöchentlich sei mit wesentlich mehr Aufwand verbunden als eine Sputum- bzw. Spucktest vor Ort in der Schule. Auch ein Verweis auf die Möglichkeit der gänzlichen Testverweigerung stelle keine echte Alternative dar, da zwar durch den Distanzunterricht der Schulpflicht genüge getan werde, aber dennoch ein Bildungsnachteil entstehe und der Kontakt zu Gleichaltrigen nicht gepflegt werden könne.

18
Mit Schreiben vom 24. Juni 2021 wies das Gericht darauf hin, dass voraussichtlich nicht das Verwaltungsgericht München, sondern der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) für die Entscheidung über den Rechtsstreit zuständig sei, da sich die Pflicht zur Testung an Schulen unmittelbar aus § 20 Abs. 2 Satz 1 der 13. BayIfSMV ergebe und nach § 47 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 6 VwGO das Oberverwaltungsgericht (in Bayern der BayVGH) auf Antrag über die Gültigkeit von anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften entscheidet. Der Verordnungsgeber habe durch Änderung des § 20 Abs. 2 Satz 1 der 13. BayIfSMV vom 22. Juni 2021, BayMBl.2021 Nr.419) klarstellen wollen, dass in der Schule nur die von der Schule gestellten Selbsttests verwendet werden dürfen, nicht aber selbst mitgebrachte Spuck- oder Gurgeltests, so dass auch dahingehend eine unmittelbare Regelung durch Verordnung vorliege. Es sei daher eine Verweisung an den BayVGH beabsichtigt.

19
Mit Schreiben vom 24. Juni 2021 führte der Antragsgegner aus, dass er die Auffassung des Gerichts teile.

20
Mit Schreiben vom 12. Juli 2021 ließ der Antragsteller durch seinen Bevollmächtigten beantragen, folgende einstweilige Anordnung zu erlassen:

21
I. Es wird festgestellt, dass der Antragsteller die Testpflicht auf das Coronavirus SARS-CoV-2 auch durch einen vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) zugelassenen und unter Aufsicht vorgenommenen negativen Sputum- bzw. Spuck-Antigentest auf das Coronavirus SARS-CoV-2 zur Eigenanwendung durch Laien (Selbsttest) erfüllt und damit am Präsenzunterricht teilnehmen kann.

22
Hilfsweise zu Ziffer I:

23

II. Es wird vorläufig festgestellt, dass der Antragsteller die nach § 20 Abs. 2 Satz 1 der Dreizehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung als Voraussetzung für die Teilnahme am Präsenzunterricht vorgesehene Verpflichtung zur Durchführung eines SARS-CoV-2- Selbsttests in der Schule unter Aufsicht gleichermaßen erfüllen kann, indem er unter schulischer Aufsicht die vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zugelassenen Antigentests zur Eigenanwendung durch Laien (Selbsttests) "AMP Rapid Test SARS-CoV-2 Ag Sputum" des Herstellers Ameda Labordiagnostik GmbH oder "Coronavirus (2019-nCoV)-Antigenschnelltest-Speichel" des Herstellers Beijing Hotgen Biotech Co., Ltd. mit negativem Testergebnis auf eigene Kosten und unter Eigenbeschaffung des jeweiligen Tests durchführt.

24
Zur Begründung wird vorgebracht, der Vater des Antragstellers gehe davon aus, dass der Ethylenoxidgehalt in den zugelassenen Teststäbchen ein Gesundheitsrisiko für den Antragsteller darstelle und krebserregende Stoffe enthalten könne, die vor allem die Grenzwerte bei Kindern überschreiten, da die Grenzwerte der zugelassenen und an Schulen angewandten Testkits nur für erwachsene Personen gelten würden. Die Regelungen der 13. BayIfSMV stünden einer Entscheidung durch das Verwaltungsgericht nicht entgegen. Ein Sputum- bzw. Spucktest sei in § 20 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 4 Nr. 1 b der 13. BayIfSMV nicht ausgeschlossen. Die nasale Testung sei rechtswidrig und verletzte den Antragsteller in seinen Rechten, insbesondere auf körperliche Unversehrtheit, der allgemeinen Handlungsfreiheit, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, der Gleichbehandlung und dem Schutz der Familie. Die Begründung der Verordnung zur Änderung der Dreizehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 22. Juni 2021 (BayMBl. 2021 Nr.420 vom 22.06.2021) zu § 20 Abs. 2 halte einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht stand. Ein Sputum- bzw. Speicheltest werde unter gleichen Bedingungen und derselben Zeit durchgeführt, ein Mehraufwand sei damit nicht verbunden. Es bestehe ein Feststellungsinteresse dahingehend, dass über die aktuelle Regelung zur Testung entschieden werde, um dem Antragsteller Rechtssicherheit zu geben und um die Schule und gegebenenfalls das Bayerische Staatsministerium für Unterricht und Kultus zu einer Neuregelung bzw. zu einer Zulassung geeigneter Spucktests zu veranlassen.

25
Der Antragsgegner führte im Schreiben vom 16. Juli 2021 aus, dass sich der Antragsteller auch nach der Umstellung seiner Anträge mit Schriftsatz vom 12. Juli 2021 weiterhin gegen die Regelungen des § 20 Abs. 2 der 13. BayIfSMV wende. § 20 Abs. 2 Satz 1 der 13. BayIfSMV verweise - entgegen der Auffassung des Antragstellers - für Testnachweise nicht auf § 4 Nr. 1 Buchst. b der 13. BayIfSMV, sondern allein auf § 4 Nr. 1 Buchst. a der 13. BayIfSMV und stehe damit dem Hauptantrag direkt entgegen. Hinsichtlich Selbsttests beschränke § 20 Abs. 2 Satz 1 der 13. BayIfSMV diese auf die über die Schule zur Verfügung gestellten und dort zu verwendenden Selbsttests. Damit stehe § 20 Abs. 2 Satz 1 der 13. BayIfSMV direkt auch dem Hilfsantrag entgegen. Das Rechtsschutzziel des Antragstellers sei nur mit einer Außervollzugsetzung von Vorschriften der 13. BayIfSMV erreichbar.

26
Zu den weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Gerichtsakte verwiesen.

II.

27
Der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz hat keinen Erfolg, er ist bereits unzulässig.

28
1. Das Gericht legt den mit Schriftsatz vom 12. Juli 2021 gestellten Antrag unter Ziffer I dahingehend aus (§§ 122 Abs. 1, 88 Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO), dass der Antragsteller die (vorläufige) Feststellung begehrt, dass die Testpflicht auf das Coronavirus SARS-CoV-2 auch durch einen vom BfArM zugelassenen und in der Schule unter Aufsicht vorgenommenen negativen Sputum- bzw. Spuck-Antigentest auf das Coronavirus SARS-CoV-2 zur Eigenanwendung durch Laien (Selbsttest) erfüllt und damit am Präsenzunterricht teilnehmen kann. Der Antragsteller selbst formuliert in seinem Antrag zwar nicht, dass der Test in der Schule vorgenommen werden muss, allerdings wird aus dem weiteren Vortrag des Antragstellers deutlich, dass es ihm gerade darum geht, in der Schule einen entsprechenden Test vornehmen zu können, da er ausführt, dass die Beibringung eines aktuellen negativen PCR- oder POC-Antigentests zweimal wöchentlich mit wesentlich mehr Aufwand verbunden sei, als ein Sputum- bzw. Spucktest vor Ort an der Schule (vgl. S. 7 des Schreibens vom 12. Juli 2021). Im Übrigen stünde der Antrag

auf Erfüllung der Testpflicht durch einen Selbsttest unter Aufsicht außerhalb der Schule der Regelung des § 20 Abs. 2 der

13. BayIfSMV entgegen, der gerade nicht auf § 4 Abs. 1 Nr. 1 b der 13. BayIfSMV verweist, so dass ein Selbsttest nur unter Aufsicht in der Schule anerkannt wird. Der Antragsteller hat jedoch nach dem Hinweis des Gerichts vom 24. Juni 2021 seine Anträge neu formuliert und damit zum Ausdruck gebracht hat, dass er keine Verweisung an den BayVGH wünscht, sondern eine Feststellung begehrt, der die Regelungen der 13. BayIfSMV nicht entgegenstehen.

29
2. Der so ausgelegte Feststellungsantrag unter Ziffer I ist jedoch bereits unzulässig, da es dem Antragsteller am hierfür erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis sowie am Feststellungsinteresse fehlt.

30
2.1 Der Feststellungsantrag ist statthaft. Im vorliegenden Fall geht der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO nicht als lex specialis dem Antrag nach § 123 VwGO vor, da nicht die Ungültigkeit der streitentscheidenden Vorschrift des § 20 Abs. 2 Satz 1 der 13. BayIfSMV geltend gemacht wird, sondern die Feststellung, dass das Begehren des Antragstellers unter Geltung dieser Vorschrift erlaubt ist. Es geht mithin nicht um die Gültigkeit der Norm, welche der Antragsteller mit seinem neu formulierten Antrag unter Ziffer I nicht in Zweifel zieht, sondern um eine Feststellung eines streitigen Rechtsverhältnisses unter Geltung dieser Norm.

31
2.2 Dem Antragsteller fehlt es jedoch am erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis, denn die Rechtsposition des Antragstellers würde auch durch die begehrte Feststellung nicht verbessert werden. Nach § 20 Abs. 2 Satz 1 der 13. BayIfSMV ist die Teilnahme am Präsenzunterricht und an Präsenzphasen des Wechselunterrichts sowie an der Mittags- und Notbetreuung Schülerinnen und Schülern nur erlaubt, wenn sie zwei Mal wöchentlich einen Testnachweis nach § 4 Nr. 1 Buchst. a erbringen oder in der Schule unter Aufsicht einen über die Schule zur Verfügung gestellten und dort zu verwendenden Selbsttest mit negativem Ergebnis vorgenommen haben. Das Feststellungsbegehren setzt daher voraus, dass über die Schule entsprechende Sputum- bzw. Spucktests zur Verfügung gestellt werden. Dies ist derzeit jedoch unstreitig nicht der Fall. Durch die Feststellung, dass der Antragsteller seine Testnachweisobliegenheit auch durch einen solchen Test erfüllen kann, kann der Antragsteller jedoch nicht erreichen, dass ihm ein solcher Test auch tatsächlich zur Verfügung gestellt wird.

32
2.3 Aus demselben Grund fehlt auch das Interesse des Antragstellers an der begehrten Feststellung.

33
3. Da der Hauptantrag keinen Erfolg hat, ist über den Hilfsantrag unter Ziffer II zu entscheiden. Dieser ist ebenfalls unzulässig, da er nicht statthaft ist.

34
In diesem Fall geht der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO als lex specialis dem Antrag nach § 123 VwGO vor (BayVGH, B.v. 18.06.2020 - 20 CE 20.1388 -, Rn. 4 juris; Sodan/Ziekow, § 123 VwGO Rn. 40 f., Beck OK VwGO, § 123 Rn. 16; Fehling/Kastner/Stürmer, § 123 VwGO Rn. 22). Die vom Antragsteller begehrte Feststellung ist unter Geltung des § 20 Abs. 2 Satz 1 der 13. BayfSMV nicht möglich, da hier explizit geregelt ist, dass nur ein über die Schule zur Verfügung gestellter Selbsttest anerkannt wird. Der Antragsteller stellt damit die Regelung des § 20 Abs. 2 Satz 1 VwGO und damit eine im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift infrage. Zur Entscheidung über deren Gültigkeit ist jedoch nach § 47 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 6 VwGO das Oberverwaltungsgericht (in Bayern der BayVGH) zuständig.

35
Eine Verweisung an den für die Entscheidung zuständigen BayVGH kam nicht in Betracht, da der Antragsteller durch das Schreiben seines Bevollmächtigten vom 12. Juli 2021 deutlich gemacht hat, dass er trotz des Hinweises des Gerichts vom 24. Juni 2021 eine Entscheidung durch das Verwaltungsgericht begehrt.

36
4. Der Antrag war daher mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen.

37

5. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG i.V.m. Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013. Das Gericht hat vorliegend von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, den Streitwert im Hinblick auf die Vorwegnahme der Hauptsache bis zur Höhe des Streitwerts der Hauptsache anzupassen.