VG München, Beschluss v. 14.09.2021 – M 26a S 21.4276, M 26a E 21.4435

Titel:

Erfolglose einstweilige Anordnung zum Betrieb einer Corona-Teststation

Normenketten:

VwGO § 123 Abs. 1
TestV § 6 Abs. 2
GewO § 15 Abs. 2, § 35 Abs. 1

Leitsätze:

1. Die für den Betrieb einer Corona-Teststelle erforderliche Zuverlässigkeit liegt nicht vor, wenn es sich um ein Strohmannverhältnis handelt. (Rn. 46 – 48) (redaktioneller Leitsatz)
2. In sog. Strohmann-Fällen ist sowohl der Strohmann als auch der hinter diesem Stehende unzuverlässig. (Rn. 48) (redaktioneller Leitsatz)
3. Kennzeichnend für ein Strohmannverhältnis ist die Teilnahme des Strohmannes am Wirtschaftsleben, die von dem Hintermann gesteuert wird. Wesentlich ist die nach außen gerichtete Betätigung des Strohmannes, namentlich dadurch, dass die Geschäfte in seinem Namen abgewickelt werden und ihn rechtlich binden sollen. (Rn. 49) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Betrieb von Corona-Teststationen, Corona-Teststation, Coronavirus, Teststelle, Zuverlässigkeit, Strohmannverhältnis, Strohmann, Gewerbe, Betrieb

Tenor

I. Die Verfahren 26a S 21.4276 und M 26a E 21.4435 werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

II. Die Anträge werden abgelehnt.

III. Die Antragsteller tragen die Kosten des Verfahrens.

IV. Der Streitwert wird auf EUR 10.000,-- festgesetzt.

Gründe

I.

1
Die Antragstellerin zu 1 begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) den Betrieb einer Corona-Teststation. Die Antragsteller wenden sich außerdem beide im Eilverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO gegen eine Einstellungsverfügung hinsichtlich des Angebots von Corona-Testungen.

2
Die Antragstellerin zu 1 betrieb im Landkreis A… an insgesamt 4 Standorten Corona-Teststationen zur Durchführungen von so genannten „Bürgertestungen“ nach § 4a der Corona-Testverordnung (TestV) unter der Firma A … bzw. B… und möchte dies auch zukünftig tun. Sie ist Geschäftsführerin, der Antragsteller zu 2 ist ebenfalls im Betrieb tätig.

3
Vor dem 1. Juli 2021 hatte die Betreiberin der A…Apotheke in B… die Firma der Antragstellerin zu 1 beauftragt, Corona-Testungen im Namen ihrer Apotheke extern durchzuführen. Nach einer Rechtsänderung ab dem 1. Juli 2021, aufgrund der nunmehr jeder private Leistungserbringer für jede Teststation einen Antrag auf Durchführung von Bürgertestungen gemäß § 4a TestV mit Nachweisen beim Gesundheitsamt einzureichen hat, untersagte das Staatliche Gesundheitsamt A… der Betreiberin der „A…Apotheke“ den weiteren Betrieb von externen Teststationen durch die Antragstellerin zu 1 ohne Beauftragung durch das Staatliche Gesundheitsamt. Durch Kontrollen des Staatlichen Gesundheitsamtes am 2. Juli 2021, 9. Juli

2021, 13. Juli 2021, 14. Juli 2021 und 15. Juli 2021 ergab sich, dass die Corona-Teststationen weiter betrieben wurden.

4
Nach entsprechenden Telefonaten zwischen dem Antragsteller zu 2 und dem Antragsgegner am 12. Juli 2021 und 14. Juli 2021 stellte die Antragstellerin zu 1 unter der Firma B… am 14. Juli 2021 einen Antrag zum Betrieb der Teststationen beim Staatlichen Gesundheitsamt A…

5
Mit Bescheid vom 19. Juli 2021 lehnte der Antragsgegner den Antrag der Antragstellerin zu 1 auf Betrieb einer Teststation gemäß § 4a TestV ab (Ziff. 1 des Bescheides) und verpflichtete die Antragsteller zu 1 und 2 dazu, die Leistungserbringung von Testungen nach der Testverordnung an den betroffenen Standorten unverzüglich einzustellen und in Zukunft zu unterlassen (Ziff. 2 des Bescheides). Insbesondere dürften Testzertifikate nicht ausgestellt und der Beschaffungsaufwand und die Leistungserbringung der Tests nicht bei der Kassenärztlichen Vereinigung abgerechnet werden. In Ziffern 3 und 4 des Bescheides wurden gegen die Antragsteller zu 1 und 2 jeweils Zwangsgelder in Höhe von 5.000,- EUR angedroht, wenn Ziffer 2 des Bescheides zuwidergehandelt werde. In Ziffer 5 wurde die sofortige Vollziehung „dieses Bescheides“ angeordnet.

6
Zur Begründung wurde unter anderem ausgeführt:

7
Rechtsgrundlage für die Ablehnung des Antrags in Ziffer 1 des Bescheides sei § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 der TestV, der die Anforderungen an die weiteren Leistungserbringer für Bürgertestungen gemäß § 4a TestV festlege. Notwendige Angaben zur vorhandenen Testkapazität seien nicht gemacht, ein Hygienekonzept zum Betrieb der Teststationen sei nicht vorgelegt worden. Insbesondere besäßen die für den Betrieb verantwortlichen Personen nicht die erforderliche Zuverlässigkeit. Diese könne auch nicht kurz- und mittelfristig wiederhergestellt werden.

8
Die Antragstellerin zu 1 betreibe in A… ein Einzelgewerbe mit der Tätigkeit „A… … … …, B…, C…, D… und E…“. Sie sei die „Strohfrau“ des Antragstellers zu 2, der bislang gegenüber dem Antragsgegner als Hauptverantwortlicher für die Teststationen aufgetreten sei. Dem Antragsteller zu 2 gegenüber sei durch Bescheid der … …stadt C… vom 24. Juli 2018, rechtskräftig seit 27. August 2018, eine erweiterte Gewerbeuntersagung ausgesprochen worden. Eine Überprüfung der gewerblichen Zuverlässigkeit im Zuge eines Antrages auf Wiedergestattung am … November 2020 habe ergeben, dass bei ihm erhebliche Steuerrückstände und nicht unerhebliche Eintragungen im Führungszeugnis vorlägen. Dem zuwider sei der Antragsteller zu 2 inzwischen sogar dem Antragsgegner gegenüber als Händler von medizinischen Produkten aufgetreten und habe weder mündlich noch schriftlich Aufforderungen zur Einstellung seines Gewerbes Folge geleistet. Darüber hinaus würden die streitgegenständlichen Teststationen bereits seit Wochen ohne entsprechende Genehmigungen betrieben. Entsprechenden Anordnungen des Staatlichen Gesundheitsamts A…, den Betrieb unverzüglich einzustellen, sei beharrlich keine Folge geleistet worden.

9
Da die Voraussetzungen für eine Beauftragung nicht vorlägen und überdies derzeit auch kein Bedarf an weiteren Teststationen bestehe, werde der Antrag abgelehnt.

10
Die Untersagung des weiteren Betriebes in Ziff. 2 des Bescheides ergehe auf Grundlage von § 15 Abs. 2 GewO i.V.m. § 6 Abs. 2 Satz 3 TestV analog. Die Antragstellerin zu 1 betreibe gewerbliche Corona-Teststationen, ohne hierfür durch das Gesundheitsamt A… beauftragt worden zu sein. Die Untersagung ergehe im pflichtgemäßen Ermessen und sei geeignet, erforderlich und angemessen, um die Allgemeinheit im derzeit besonders sensiblen Bereich der Corona-Testungen vor unzuverlässigen Gewerbetreibenden zu schützen. Der Betrieb sei aufgrund der Unzuverlässigkeit der verantwortlichen Personen materiell nicht genehmigungsfähig.

11
Die Anordnung der sofortigen Vollziehung diene der effektiven Durchsetzung wichtiger Belange des Gemeinwohls. Aus Gründen des Gesundheitsschutzes solle im Fall von Verstößen gegen die

grundlegenden Anforderungen zur Durchführung von Testleistungen oder im Fall der Unzuverlässigkeit ein sofortiger Marktaustritt des jeweiligen Leistungserbringers bewirkt werden.

12
Hiergegen ließen die Antragsteller mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 11. August 2021, eingegangen beim Bayerischen Verwaltungsgericht München am 12. August 2021, Klage erheben, gerichtet auf Aufhebung des Bescheides des Antragsgegners vom 19. Juli 2021 und auf Verpflichtung, der Firma der Antragstellerin zu 1 die Erlaubnis zum Betrieb von Corona-Teststationen zu erteilen, hilfsweise über den Antrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden, weiter hilfsweise festzustellen, dass die Ablehnung der Erlaubnis zum Betrieb einer Teststation gemäß § 4a TestV gegenüber der Firma B… rechtlich keine Wirkung entfaltet für den Antrag der Firma A… (M 26a K 21.4274).

13
Gleichzeitig wurde zusätzlich im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes ein Antrag gemäß § 80 Abs. 5 VwGO auf

14
Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der jeweiligen Klagen

15
gestellt. Dieses Verfahren wird unter dem Aktenzeichen M 26a S 21.4276 geführt.

16
Zur Begründung wurde ausgeführt:

17
Der Adressat des Bescheides, die Firma B…, habe gar keinen Antrag beim Antragsgegner gestellt, weshalb die Ablehnung des Antrags bereits formell ins Leere gehe. Den Antrag habe vielmehr die Firma A… gestellt. Eine Anhörung habe nicht stattgefunden. Die fehlenden Unterlagen könnten alle nachgereicht werden. Wegen der fehlerhaften Bekanntgabe an eine Firma, die gar keinen Antrag gestellt habe, werde hilfsweise ein Feststellungsantrag gestellt des Inhalts, dass die Antragsablehnung unter Ziff. 1 des Bescheides für die tatsächliche Antragstellerin keine rechtlich bindende Wirkung entfalte. Die Antragstellerin zu 1 lege hiermit Bescheinigungen von Prof. Dr. med. A… … hinsichtlich des in ihren Teststationen eingesetzten Personals vor, aus denen sich ergebe, dass diese jeweils in der Technik und praktischen Durchführung des vorzunehmenden Nasenabstrichs kompetent fachmännisch eingewiesen worden seien. Auch ein Hygienekonzept, welches in den Teststationen beachtet werde, werde vorgelegt. Schließlich lege sie eine Vielzahl von Bestätigungen örtlicher Kliniken und Gewerbetreibender vor, die belegen würden, dass für deren Betrieb die Teststationen vor Ort von besonderer Bedeutung seien.

18
Die Antragstellerin zu 1 sei eine gewerberechtlich unbescholtene Person. Sie habe ein Einzelgewerbe angemeldet und erweitere dies aktuell auch auf den Betrieb von Corona-Teststationen. Insoweit noch fehlende Unterlagen werde sie nachreichen. Sie sei Schwägerin des Antragstellers zu 2, den sie bei sich angestellt habe, nachdem dieser aktuell kein eigenes selbständiges Gewerbe betreiben dürfe. Der Antragsteller zu 2 sei einfacher, weisungsgebundener Angestellter der Firma der Antragstellerin zu 1 ohne Leitungsfunktion oder gar Geschäftsführertätigkeit. Er sei gegenüber der Antragstellerin zu 1 als Geschäftsführerin weisungsabhängig; ein „Strohmann-Verhältnis“ liege entgegen der Annahme des Antragsgegners nicht vor.

19
Die streitgegenständlichen Teststationen seien derzeit geschlossen. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klagen durch das Gericht sei erforderlich, damit die Antragsteller ihren Betrieb und ihre Berufstätigkeit wiederaufnehmen könnten. Die Begründung des Sofortvollzuges sei nur allgemein gehalten und formelhaft und genüge den gesetzlichen Anforderungen nicht. Die Tatsache, dass in der Vergangenheit durch einzelne unzuverlässige Anbieter falsche Abrechnungen in Teststationen erstellt worden seien, könne nicht zu Lasten der Antragstellerin zu 1 gehen. Es gebe keinerlei Hinweise oder gar Beschwerden, dass die Tests in den Stationen der Antragstellerin zu 1 nicht fachgerecht, sorgfältig und korrekt vorgenommen worden seien. Ein vorrangiges Interesse des Gemeinwohls am Gesundheitsschutz bestehe nicht; die Antragsteller förderten im Gegenteil gerade den Gesundheitsschutz der Allgemeinheit.

20
Mit Schriftsatz vom 16. August 2021 beantragte der Antragsgegner,

21
die Anträge abzulehnen.

22
Zur Begründung wird ausgeführt, der Bescheid sei am 22. Juli 2021 durch Zustellung an die Geschäftsadresse der Firma B… zugestellt und wirksam bekanntgegeben worden. Im Übrigen sei das Unternehmen weder als B… noch als A… gewerberechtlich gemeldet noch im Handelsregister vermerkt. Auf dem tatsächlich eingereichten Antrag sei im Briefkopf der Name B… verwendet worden.

23
Von einer schriftlichen Anhörung sei vorliegend im öffentlichen Interesse abgesehen worden. Die Beteiligten hätten sich ohnehin während des gesamten Verfahrens ausgetauscht und die Antragsteller hätten stets die Möglichkeit gehabt, sich zur Sache zu äußern. Eine schriftliche Anhörung hätte das Verfahren lediglich zum Nachteil der Antragstellerin zu 1 verzögert. Hilfsweise könne eine Anhörung bis zum Abschluss des Verfahrens der letzten Tatsacheninstanz nachgeholt werden. Es liege ersichtlich ein „Strohmann-Verhältnis“ zwischen der Antragstellerin zu 1 und dem Antragsteller zu 2 vor. Nach Einschätzung des Landratsamtes A… seien auch ohne die Teststationen der Antragstellerin zu 1 aktuell ausreichend Testkapazitäten im Landkreisgebiet vorhanden.

24
Mit Schriftsatz vom 20. August 2021 ließen die Antragsteller unter anderem folgendes vortragen:

25
Für den Fall, dass die Firma B… tatsächlich als Antragstellerin des Antrags vom 14. Juli 2021 anzusehen sein sollte, sei der gestellte Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz so umzudeuten, dass im Wege der Regelungsanordnung sinngemäß beantragt werde:

26
Die Antragsgegnerin wird im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO verpflichtet, der Antragstellerin zu 1 (unter der oben genannten Firma) einstweilen zu gestatten, die Corona-Teststationen an den Standorten A… in D… … …, B… Straße … in D… … … (…Klinik), C… straße ... in E… … und D… straße … in F… … … … (am Hotel … … …) bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu betreiben.

27
Im Übrigen werde aber daran festgehalten, dass die tatsächliche Antragstellerin die Firma A… sei. Für diesen Antrag auf Beauftragung durch das Gesundheitsamt sei ein neuer Firmenname gewählt worden. Vorsorglich werde für die tatsächliche Antragstellerin ein eigener Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO auf einstweilige Zulassung zum Betreiben von Corona-Schnellteststationen gestellt, nachdem dieser Antrag noch nicht verbeschieden sei (dazu unten). Das Ermessen bei der Ablehnung des Antrags sei fehlerhaft ausgeübt worden. Es stelle allein auf die behauptete formale Rechtswidrigkeit der betriebenen Teststationen seit 1. Juli 2021 ab und berücksichtige nicht die bis dahin in großer Zahl fehlerfrei und zuverlässig vorgenommenen Tests. Der Erfahrungsschatz der Antragstellerin zu 1 sei zu würdigen. Sie könne sämtliche Testmaterialien rasch und auch in großen Mengen beziehen. Der Weiterbetrieb aller Testationen der Antragstellerin zu 1 sei möglich und für die umliegenden Gewerbetreibenden und Kliniken nützlich und sogar erforderlich. Dies habe der Antragsgegner im Bescheid nicht gewürdigt, sodass insoweit ein Ermessensausfall vorliege. Bei Berücksichtigung dieser Umstände sei das Ermessen des Antragsgegners sogar auf Null reduziert. Jedenfalls sei über den Antrag der Antragstellerin zu 1 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden. Eine Gewerbeanmeldung werde erfolgen, sobald die Beauftragung des Gesundheitsamtes für den Betrieb von Teststationen vorliege. Ein Strohmannverhältnis werde bestritten. Testkapazitäten im Kreisgebiet seien nicht ausreichend, zumal aktuell die 7-Tage-Inzidenz förmlich explodiere und ab dem 23. August 2021 wieder Pflichttestungen vorgesehenen seien. Die Teststation der Antragstellerin zu 1 dienten somit gerade dem Gesundheitsschutz und der Volksgesundheit. Der Antragsgegner fördere einseitig die Konkurrenz.

28

Mit Schriftsatz vom 20. August 2021 ließ der Bevollmächtigte für die Antragstellerin zu 1 unter der Firma A…, als deren Inhaberin die Antragsteller zu 1 ausgewiesen wird, gleichzeitig, wie angekündigt, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes beantragen,

29
Der Antragsgegner wird verpflichtet, die Antragstellerin zu 1 einstweilen bereits mit dem Betrieb von Corona-Schnelltest-Stationen an den Standorten A… in D… … …, B… Straße … in D… … … (…Klinik), C… straße ... in E… … und D… straße … in F… … … … (am Hotel … … …) zu beauftragen und ihr diesen Betrieb zu gestatten (Zulassung), bis über ihren diesbezüglichen Antrag vom 14.07.2021 an das staatliche Gesundheitsamt A… und das Hauptsacheverfahren zum Aktenzeichen M 26a K 21.4274 des Gerichts entschieden ist.

30
Dieses Verfahren wird unter dem Aktenzeichen M 26a E 21.4435 geführt.

31
Zur Begründung wird Bezug genommen auf das Vorbringen im Verfahren der Antragsteller zu 1 und 2 im Verfahren M 26a S 21.4276 und vorgetragen, über den Antrag der tatsächlichen Antragstellerin zu 1 sei bislang nicht entschieden worden. Entschieden worden sei über den Antrag der Vorgänger-Firma B…

32
Mit Schriftsatz vom 24. August 2021 beantragte der Antragsgegner auch in diesem Verfahren,

33
den Antrag abzulehnen.

34
Auf die gerichtliche Anfrage vom 2. September 2021, welche Rechtspersönlichkeit hinter den Antragstellerfirmen stehe, haben die Antragsteller bis dato nicht geantwortet.

35
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten in den vorliegenden Eilverfahren sowie im Klageverfahren M 26a K 21.4274 sowie auf die vorgelegten Behördenakten verwiesen.

II.

36
Die Anträge, die das Gericht nach § 93 VwGO zur gemeinsamen Entscheidung verbunden hat, haben keinen Erfolg. Sie sind zwar zulässig, aber unbegründet.

37
1. Die Auslegung der Antragsschriftsätze nach §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO nach dem erkennbaren Rechtsschutzziel ergibt, dass als Antragsteller nur die Antragstellerin zu 1 als natürliche Person und Inhaberin der Firmen B… und A… sowie daneben der Antragsteller zu 2 in Betracht kommen. Diese in den Antragsrubren jeweils als eigene Antragsteller aufgeführten Firmen sind als solche nicht nach § 61 VwGO beteiligungsfähig. Beteiligungsfähig ist die hinter diesen Firmen offenbar stehende Inhaberin, die Antragstellerin zu 1, die deshalb auslegungsweise und rechtsschutzfreundlich insoweit als Antragstellerin angenommen wird und die insoweit einheitlich nach § 123 VwGO beantragt, den Antragsgegner im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO zu verpflichten, der Antragstellerin zu 1 einstweilen zu gestatten, die CoronaTeststationen an den Standorten A… in D… … …, B… Straße … in D… … … (…Klinik), C… straße ... in E… … und D… straße … in F… … … … (am Hotel … … …) bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu betreiben.

38
2. Dieser Antrag der Antragstellerin zu 1 nach § 123 VwGO ist zwar zulässig, aber unbegründet.

39
Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht der Hauptsache, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Fall der sogenannten Sicherungsanordnung). Zur Regelung

eines vorläufigen Zustands kann es eine einstweilige Anordnung in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint (Fall der sogenannten Regelungsanordnung, § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO).

40
Die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch - also das Bestehen des zu sichernden Anspruchs (Anordnungsanspruch) und die Dringlichkeit einer gerichtlichen Eilentscheidung (Anordnungsgrund) - sind vom Antragsteller gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft zu machen.

41
Die Antragstellerin zu 1 hat jedenfalls keinen Anordnungsanspruch des beantragten Inhalts gegen den Antragsgegner glaubhaft gemacht.

42
2.1 Rechtsgrundlage für den Anspruch ist § 6 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung zum Anspruch auf Testung in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronavirus-Testverordnung - TestV) vom 24. Juni 2021.

43
Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 TestV haben Versicherte nach Maßgabe der §§ 2 bis 5 und im Rahmen der Verfügbarkeit von Testkapazitäten Anspruch auf Testung in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2. Nach § 4a TestV haben asymptomatische Personen Anspruch auf Testung mittels PoC-Antigen-Tests.

44
Nach § 6 Abs. 1 TestV sind zur Erbringung der Leistungen nach § 1 Absatz 1 berechtigt die zuständigen Stellen des öffentlichen Gesundheitsdienstes und die von ihnen betriebenen Testzentren (Nr. 1), die von den Stellen nach Nummer 1 als weitere Leistungserbringer beauftragten Dritten (Nr. 2) und Arztpraxen, Zahnarztpraxen, Apotheken, medizinische Labore, Rettungs- und Hilfsorganisationen und die von den Kassenärztlichen Vereinigungen betriebenen Testzentren (Nr. 3). Als weitere Leistungserbringer im Sinne von Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 können weitere Anbieter beauftragt werden, wenn sie unter Einhaltung der infektionsschutzrechtlichen, medizinprodukterechtlichen und arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen eine ordnungsgemäße Erbringung der Leistungen nach § 1 Absatz 1 Satz 2 gewährleisten (Nr. 1), die erforderliche Zuverlässigkeit aufweisen (Nr. 2) und gegenüber der beauftragenden Stelle begründete Angaben zur vorhandenen Testkapazität machen (Nr. 3).

45
2.2 Das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Satz 1 TestV hat die Antragstellerin zu 1 nicht glaubhaft gemacht.

46
2.2.1 Die Antragstellerin zu 1 weist die nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Nummer 2 TestV erforderliche Zuverlässigkeit nicht auf. An der erforderlichen Zuverlässigkeit fehlt es, wie die Begründung der TestV ausführt, insbesondere, wenn der Betreiber der Teststelle in der Vergangenheit vorsätzlich, wiederholt oder in erheblichem Maße unrichtige Zeugnisse oder Testzertifikate ausgestellt hat, Abrechnungspflichten nach dieser Verordnung nicht eingehalten hat oder andere Gründe erkennbar werden, die nach § 35 Abs. 1 der Gewerbeordnung (GewO) eine Gewerbeuntersagung rechtfertigen würden.

47
Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO ist die Ausübung eines Gewerbes von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Eine Person ist unzuverlässig, wenn diese nach dem Gesamteindruck ihres Verhaltens prognostisch nicht die Gewähr dafür bietet, dass sie das von ihr betriebene Gewerbe in Zukunft ordnungsgemäß ausführen wird (std. Rspr., vgl. statt vieler BVerwG, U.v. 15.4.2015 - 8 C 6.14 - BVerwGE 152, 39 Rn. 14).

48

In sog. Strohmann-Fällen ist sowohl der Strohmann als auch der hinter diesem Stehende unzuverlässig. Von einem „Strohmann“ spricht man im Gewerberecht, wenn jemand (der Strohmann) zur Verschleierung der tatsächlichen Verhältnisse als Gewerbetreibender vorgeschoben wird, das in Frage stehende Gewerbe in Wirklichkeit aber von einem anderen betrieben wird. Die eine Person gibt nur ihren Namen für den Gewerbebetrieb her und dient dem wahren Gewerbetreibenden als „Aushängeschild“. In der Rechtsprechung ist der Strohmann auch als jederzeit steuerbare Marionette bezeichnet worden, die von dem „Hintermann“ vorgeschoben wird, um zwecks Täuschung des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs die wahren faktisch-wirtschaftlichen Machtverhältnisse zu verschleiern (BVerwG, U.v. 2.2.1982 - BVerwG 1 C 3.81 - BVerwGE 65, 12 <13> = Buchholz 451.20 § 35 GewO Nr. 39, S. 23 = GewArch 1982, 334).

49
Ein Strohmannverhältnis ist dann anzunehmen, wenn eine genaue Analyse der Innenbeziehungen erweist, dass ein Gewerbetreibender zur Verschleierung der wirklichen Machtverhältnisse eine natürliche oder juristische Person vorschiebt, die ohne eigene unternehmerische Tätigkeit nur als Marionette des Gewerbetreibenden am Wirtschaftsleben teilnimmt (BVerwG, U.v. 2.2.1982 - BVerwG 1 C 20.78 - Buchholz 451.20 § 30 GewO Nr. 2, S. 5 = GewArch 1982, 200 <201 f.>). Kennzeichnend ist die Teilnahme des Strohmannes am Wirtschaftsleben, die von dem Hintermann gesteuert wird. Wesentlich ist die nach außen gerichtete Betätigung des Strohmannes, namentlich dadurch, dass die Geschäfte in seinem Namen abgewickelt werden und ihn rechtlich binden sollen.

50
Nach diesen Maßstäben ist die Antragstellerin zu 1 vom Antragsgegner zutreffend als Strohfrau des Antragstellers zu 2 gewürdigt worden. Die gesamten Umstände des Falles sprechen für ein Strohfrauverhältnis. Die Antragstellerin zu 1 betrieb bislang in A… ein Einzelgewerbe mit der Tätigkeit „A… … … … …“, also ein Gewerbe, dessen Geschäftsinhalt sich wesentlich von dem des Betriebs von Corona-Teststationen unterscheidet. Im Gegensatz dazu ist der Antragsteller zu 2 dem Antragsgegner gegenüber bereits als Händler von medizinischen Produkten aufgetreten, mithin in dem Geschäftsfeld, um das es auch im vorliegenden Antrag geht. In der Akte (Bl. 76) befindet sich eine E-Mail des Antragstellers zu 2 an den Landrat des Landkreises A…, in der er unter dem Briefkopf der Firma A… davon spricht, dass er einen überregional tätigen Medizinprodukte-Großhandel mit Produktion und Verpackung von Coronatests inklusive Logistik aufbauen wolle. Dem Antragsteller zu 2 gegenüber ist aber durch Bescheid der … …stadt C… vom 24. Juli 2018, rechtskräftig seit 27. August 2018, eine erweiterte Gewerbeuntersagung ausgesprochen worden. Deshalb liegt es bei lebensnaher Betrachtung nahe, dass der Antragsteller zu 2, der sich selbst gewerblich nicht betätigen darf, für den Betrieb von Corona-Teststationen seine Schwägerin als Gewerbetreibende vorschiebt, die unter verschiedenen Firmennamen die Teststationen betreiben soll. Damit dies nicht im Bereich der Spekulation verbleibt, ist weiter in den Blick zu nehmen, dass während des tatsächlichen Betriebs der Teststationen nach Aktenlage stets der Antragsteller zu 2 gegenüber der Behörde und auch gegenüber der beauftragenden Apotheke als Ansprechpartner aufgetreten ist, im Antrag an das Gesundheitsamt A… vom … Juli 2021 aber die Antragstellerin zu 1 erstmals in Erscheinung getreten ist und nun auch als angebliche Inhaberin der Firma, die die Teststation betreiben will, im gerichtlichen Verfahren auftritt. Damit ist unter Würdigung der Gesamtumstände ein klassisches Strohmannverhältnis gegeben. Dieses Ergebnis vermag auch die Bestätigung der Antragstellerin zu 1 (Anl. 2 der Klage- und Antragsschrift) nicht zu erschüttern, dass der Antragsteller zu 2 keine leitende Tätigkeit oder Geschäftsleitung ausübe, sondern nur Angestellter ohne Entscheidungskompetenzen sei. Damit wird ein Strohmannverhältnis dem Wortsinn nach nicht widerlegt. Gegen die inhaltliche Richtigkeit dieser pauschalen, durch nichts belegten Angaben sprechen außerdem die vorgenannten Umstände.

51
2.2.2 Die Antragstellerin zu 1 hat gegenüber der beauftragenden Stelle wohl auch keine begründeten Angaben zur vorhandenen Testkapazität gemacht, wie es § 6 Abs. 2 Satz 1 Nummer 3 TestV verlangt. Diesbezüglich ist in der Verordnungsbegründung ausgeführt, dass die Angabe der jeweils vorhandenen Testkapazität der beauftragenden Stelle den Überblick über das örtliche Testangebot erleichtern soll und für die Feststellung von Auffälligkeiten bei der Abrechnung erforderlich ist, etwa wenn die Anzahl der abgerechneten Leistungen die mitgeteilte Testkapazität übersteigt. Die beauftragende Stelle habe in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob die vorhandenen Testkapazitäten glaubhaft dargelegt sind. Die Darlegung kann etwa durch Angaben zur Größe der für die Testdurchführung vorgesehenen Räumlichkeiten, zur Anzahl der testenden Mitarbeiter und zu den Betriebszeiten erfolgen. Durch die Vorlage der Bestätigungen

örtlicher Kliniken und Gewerbetreibender, die belegen sollen, dass für deren Betrieb die Teststationen der Antragstellerin zu 1 notwendig seien, werden jedenfalls keine begründeten Angaben zur „vorhandenen Testkapazität“ gemacht. Damit ist, wie aus der soeben zitierten Begründung ersichtlich, nicht gemeint, dass es einen örtlich bezogenen Bedarf an Testungen gibt, etwa weil vorhandene Testmöglichkeiten den vorhandenen Bedarf nicht deckten, sondern anzugeben ist, wie viele Testungen durch den beauftragten Dritten durchgeführt werden.

52
2.3 Darüber hinaus ist ein Anspruch auf Beauftragung nach § 6 Abs. 2 Satz 1 TestV auch deshalb ausgeschlossen, da es sich bei der Rechtsgrundlage um eine Ermessensvorschrift handelt, und ein Fall der Ermessensreduzierung auf Null ersichtlich nicht vorliegt.

53
3. Die Anträge der Antragstellerin zu 1 und des Antragstellers zu 2 auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Einstellungsverfügung unter Ziffer 2 des angefochtenen Bescheides vom 19. Juli 2021 sind zulässig, aber unbegründet.

54
3.1 Die Anträge sind nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO statthaft, da in der Hauptsache gegen die Einstellungs- und Unterlassungsverfügungen die Anfechtungsklage statthaft ist. Der Antragsgegner hat den Sofortvollzug nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO angeordnet.

55
3.2 Die formellen Voraussetzungen für den Erlass einer Sofortvollzugsanordnung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO sind erfüllt. Insbesondere ist dem Begründungserfordernis des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO noch genügt. Nach dieser Vorschrift ist das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts schriftlich zu begründen.

56
An das Begründungserfordernis dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden (BayVGH, B.v. 10.07.2008 - 19 CS 08.1231, 19 CS 08.1741 - juris, Rn. 5). Nicht ausreichend ist es jedoch, die sofortige Vollziehbarkeit lediglich formelhaft zu begründen. Vielmehr müssen die besonderen, auf den konkreten Fall bezogenen Gründe angegeben werden, die die Behörde dazu bewogen haben, den Suspensiveffekt auszuschließen (BayVGH, B.v. 26.03.2008 - 20 CS 08.421 - juris, Rn. 20).

57
Die Begründung des Sofortvollzugs in dem angefochtenen Bescheid wird diesen Anforderungen gerade noch gerecht. Die Behörde hat ausreichend einzelfallbezogen dargelegt, dass aus Gründen des Gesundheitsschutzes im Fall von Verstößen gegen die grundlegenden Anforderungen zur Durchführung von Testleistungen oder im Fall der Unzuverlässigkeit ein sofortiger Marktaustritt des jeweiligen Leistungserbringers bewirkt werden solle und dass vor diesem Hintergrund die Anordnung der sofortigen Vollziehung der effektiven Durchsetzung wichtiger Belange des Gemeinwohls diene. Ob diese Begründung die Anordnung des Sofortvollzugs materiell trägt, ist dabei nicht im Rahmen des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO zu prüfen (BayVGH, B.v. 10.07.2008, a.a.O.).

58
3.3 Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag die aufschiebende Wirkung im Fall des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO ganz oder teilweise wiederherstellen. Das Gericht trifft dabei eine originäre Ermessensentscheidung. Es hat bei der Entscheidung über die Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzuwägen zwischen dem von der Behörde geltend gemachten Interesse an der sofortigen Vollziehung ihres Bescheids und dem Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs. Bei dieser Abwägung sind insbesondere die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens zu berücksichtigen. Ergibt die im Rahmen des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO allein mögliche, aber auch ausreichende summarische Prüfung, dass der Rechtsbehelf offensichtlich erfolglos sein wird, tritt das Interesse des Antragstellers regelmäßig zurück. Erweist sich dagegen der angefochtene Bescheid schon bei summarischer Prüfung als offensichtlich rechtswidrig, besteht kein öffentliches Interesse an dessen sofortiger Vollziehung. Ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens dagegen nicht hinreichend absehbar, verbleibt es bei einer Interessensabwägung.

59

Unter Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall war die aufschiebende Wirkung der Klagen nicht wiederherzustellen, weil die unter Ziffer 2 des Bescheids verfügte Einstellung des Betriebs der Coronavirus-Teststationen nach der hier gebotenen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung rechtmäßig ist und die Antragsteller nicht in ihren Rechten verletzt, so dass die hiergegen erhobenen Anfechtungsklagen voraussichtlich keinen Erfolg haben werden (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

60
Die Untersagung des weiteren Betriebes der Coronavirus-Teststationen in Ziff. 2 des Bescheides gegen die Antragsteller erging bei summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage zurecht auf der Grundlage von § 15 Abs. 2 GewO i.V.m. § 6 Abs. 2 Satz 3 TestV analog.

61
Nach § 6 Abs. 2 Satz 3 TestV kann die Beauftragung aufgehoben werden, wenn die Voraussetzungen nach Satz 1 Nummer 1 oder Nummer 2 bei der Beauftragung nicht vorgelegen haben oder nachträglich entfallen. Damit kann unter anderem das Entfallen der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit zu einer Aufhebung der Beauftragung führen. § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO bestimmt, dass, wenn ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Erlaubnis, Genehmigung, Konzession oder Bewilligung (Zulassung) erforderlich ist, ohne diese Zulassung betrieben wird, die Fortsetzung des Betriebes von der zuständigen Behörde verhindert werden kann.

62
Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Einstellungsverfügung ist - da es sich bei dieser um einen Dauerverwaltungsakt handelt - der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung.

63
3.3.1 Die Betriebsuntersagungen sind nicht wegen der unterbliebenen Anhörung nach Art. 28 BayVwVfG formell rechtswidrig. Denn die Anhörung ist nachträglich durch die Stellungnahmen des Antragsgegners auf die Anträge der Antragsteller im gerichtlichen Eilverfahren nachgeholt und der Verfahrensfehler dadurch nach Art. 45 Abs. 1 Nr. 3 BayVwVfG geheilt worden.

64
3.3.2 Die Betriebsuntersagungen sind auch materiell rechtmäßig Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Rechtsgrundlage liegen vor. Dabei kann im vorliegenden Eilverfahren dahinstehen, ob es der Anwendung der Vorschrift des § 6 Abs. 2 Satz 3 TestV, welche vom Antragsgegner hier in analoger Weise herangezogen wurde, neben § 15 Abs. 2 GewO überhaupt bedarf. Denn § 6 Abs. 2 Satz 3 TestV regelt die Aufhebung der Beauftragung, welche hier mangels vorhergehender Beauftragung der Antragsteller durch den Antragsgegner nicht notwendig ist. Richtig bleibt, dass sich aus dieser Vorschrift ergibt, dass eine anfänglich vorliegende oder nachträglich eintretende Unzuverlässigkeit zu einer Betriebseinstellung führen kann.

65
Die Antragstellerin zu 1 (als Strohfrau) und der Antragsteller zu 1 (als Hintermann) betreiben beide die im Tenor der Verfügung genannten Corona-Teststationen, ohne hierfür durch das Gesundheitsamt A… beauftragt worden zu sein. Beide sind deshalb richtige Adressaten der Betriebsschließungsanordnung (siehe dazu Friauf/Heß, GewO, § 15 Rn. 109, vor § 14 Rn. 76). Die Beauftragung durch das Gesundheitsamt als zuständiger Stelle des öffentlichen Gesundheitsdienstes ist auch zum Betrieb der Teststationen durch die Antragsteller als weitere Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 Nummer 2 TestV seit 1. Juli 2021 notwendig.

66
Sein ihm zustehendes Ermessen hat der Antragsgegner erkannt und in nicht zu beanstandender Weise ausgeübt. Insbesondere ist es nicht zu beanstanden, dass er davon ausgeht, dass der Betrieb der Teststationen nicht nur formell illegal, d. h. nicht genehmigt, jedoch genehmigungsfähig, sondern auch materiell illegal, das heißt dauerhaft nicht genehmigungsfähig ist, da die Antragsteller beide die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzen (zur fehlenden Zuverlässigkeit s.o. unter 2.2.1). Bei materieller Rechtswidrigkeit des Betriebes ist regelmäßig ein Eingreifen gerechtfertigt (vgl. Ennuschat/Wank/Winkler, Gewerbeordnung, 9. Auflage 2020).

67

Die Betriebsuntersagung ist darüber hinaus im konkreten Fall geeignet, erforderlich und angemessen, um die Allgemeinheit vor den unzuverlässigen Antragstellern zu schützen. Der ordnungsgemäße Betrieb von Corona-Teststationen durch zuverlässige Gewerbetreibende dient letztlich einem effektiven Infektionsschutz. Die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der Antragsteller nach Art. 12 Abs. 1 GG ist deshalb gerechtfertigt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nur derjenige den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG für sich in Anspruch nehmen kann, der seinen Beruf bzw. sein Gewerbe im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften ausüben will und diesen Vorschriften genügt (HmbOVG B. v. 24.9.2014 - 3 Bs 175/14 - juris Rn. 19 mit Verweis auf BVerfGE 61, 291, Rn. 55).

68
4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

69
5. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2, 52 Abs. 2 GKG i.V.m. dem Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dabei wird für das Verfahren nach § 123 VwGO ein Streitwert von 5.000 EUR angesetzt, da es inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache abzielt. Für die Anträge der Antragsteller zu 1) und zu 2) nach § 80 Abs. 5 VwGO werden nach Nr. 1.1.3 und Nr. 1.5 Satz 1 des Streitwertkatalogs jeweils 2.500 EUR angesetzt.