VG Regensburg, Beschluss v. 15.10.2021 – RN 5 E 21.1875

Titel:

Keine Anerkennung von häuslichen Corona-Spucktests für den Schulbesuch

Normenketten:

VwGO § 43, § 47 Abs. 6, § 123
MPG § 11 Abs. 1
BGB § 133, § 157
14. BayIfSMV § 3 Abs. 4 Nr. 1, Nr. 2, § 13 Abs. 2 S. 1
TestV § 6 Abs. 1, Abs. 2
SchAusnahmV § 2 Nr. 7

Leitsätze:

1. Mitarbeiter von Arztpraxen, Zahnarztpraxen und Apotheken unterstehen nur im Rahmen des Praxisbetriebs den strengen berufsrechtlichen Regelungen und der Aufsicht und Verantwortung des jeweiligen Arztes bzw. Apothekers, sodass diese lediglich im Rahmen des Praxisbetriebs Testungen vornehmen dürfen. (Rn. 27) (redaktioneller Leitsatz)
2. Aus einem ärztlichen Attest muss sich regelmäßig nachvollziehbar ergeben, welche konkret benannten gesundheitlichen Beeinträchtigungen alsbald zu erwarten sind und woraus diese im Einzelnen resultieren, wobei Vorerkrankungen konkret zu bezeichnen sind und im Regelfall auch erkennbar sein muss, auf welcher Grundlage der attestierende Arzt zu seiner Einschätzung gelangt ist. (Rn. 31) (redaktioneller Leitsatz)
3. Ein Schulkind, das nicht getestet werden will oder kann, muss sich auf den Distanzunterricht verweisen lassen. (Rn. 35) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Keine Anerkennung von häuslichen Corona-Spucktests für Schulbesuch, Coronavirus, Spucktests, Testnachweis, ärztliches Attest, Eilrechtsschutz, Vorwegnahme der Hauptsache

Fundstelle:

BeckRS 2021, 31612

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Kosten des Verfahrens hat die Antragstellerin zu tragen.

III. Der Streitwert wird auf 5.000,-- EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1
Die Antragstellerin ist Mutter zweier schulpflichtiger Töchter. Sie begehrt im Wege des Eilrechtsschutzes die Feststellung, dass durch sie durchgeführte bzw. beaufsichtigte Spucktests ausreichen, um für ihre Töchter den Besuch des Schulunterrichts und sonstiger schulischer Angebote und Veranstaltungen zu ermöglichen.

2
Mit Schreiben vom 7.7.2021 wandte sich die Antragstellerin an das Schulamt D.-L. mit dem Anliegen, ihre beiden Töchter mittels vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) nach § 11 Medizinproduktegesetz (MPG) in Deutschland zugelassenen Spucktests zu Hause testen zu wollen. Die Tochter L …, 8 Jahre alt, besucht die Grundschule …, die Tochter A …, 14 Jahre alt, besucht die M. Schule … Mitgebrachte Spuck- oder Gurgeltests seien in der Schule nicht erlaubt. Aus ärztlicher Sicht sei von den in der Schule angewandten Nasentests abzuraten. Ausweislich der vorgelegten Atteste von Dr. med …, Facharzt für Allgemeinmedizin, vom 15.9.2021 bestehe sowohl bei beiden Töchtern eine hyperreagible

Nasenschleimhaut mit Neigung zu Epistaxis. Außerdem sei bei L … ein Rachenabstrich als sehr schmerzhaft und traumatisierend erlebt worden. Seitdem bestehe eine panische Angst bei jeglichen Manipulationen im Mund-Rachen-Raum. Alle Arten von Nasen-, Mund- und Rachenabstrichen (inklusive der sogenannten Lollitests) sollten deshalb bei ihr vermieden werden. Bei beiden Kindern sei ein Antigenspucktest aus ärztlicher Sicht zu empfehlen und zu akzeptieren. Die Antragstellerin führte in ihrem Schreiben weiter aus, dass sie eine Online-Fortbildung mit Prüfung absolviert habe, die ihr die Durchführung und Beaufsichtigung von Corona-Selbsttestungen erlaube, ebenso die Ausstellung von Testbescheinigungen. Laut telefonischer Auskunft des Kultusministeriums falle sie durch ihren Beruf als Krankenschwester und durch die Absolvierung dieser Fortbildung unter „medizinisch geschultes Personal“ nach § 6 Abs. 1 der Coronavirus-Testverordnung (TestV) und sei daher berechtigt ihre Kinder zu Hause zu testen. Im Anhang reichte sie die beiden ärztliche Atteste bezüglich ihrer Töchter vom 15.9.2021, das Zertifikat der Schulung, einen Nachweis über die Inhalte der Fortbildung und ihre Urkunde zur staatlich geprüften Krankenschwester ein.

3
Das staatliche Schulamt im Landkreis D.-L. nahm mit E-Mail vom 9.7.2021 zum Schreiben der Antragstellerin vom 7.7.2021 Stellung. Man könne diesem Antrag nicht nachkommen und bitte die Antragstellerin um ihre Bereitschaft, das Testangebot der Schule in Anspruch zu nehmen. Alternativ akzeptiere die Schule natürlich auch einen Testnachweis einer offiziellen Testeinrichtung, die Spuck- bzw. Gurgeltests anbiete (wie beispielsweise einer Apotheke). Ob eine Qualifikation durch die von der Antragstellerin besuchte Online-Schulung ausreiche, könne nicht beurteilt werden. In einem ähnlichen Sinne beantwortete das Gesundheitsamt D.-L. eine Anfrage der Antragstellerin mit E-Mail vom 12.7.2021. Es sei nicht möglich, dass Testungen von Eltern zu Hause in der Schule anerkannt werden könnten, wenn sie - wie die Antragstellerin - nicht persönlich zu den Leistungserbringen nach § 6 TestV zählten.

4
Mit Schreiben des Prozessbevollmächtigten an den Antragsgegner vom 23.7.2021 verfolgte die Antragstellerin das Anliegen zunächst außergerichtlich weiter. Mit Schreiben des staatlichen Schulamts im Landkreis D.-L. vom 28.7.2021 wurde ihr die Rechtslage zur Teilnahme am Präsenzunterricht und an sonstigen schulischen Veranstaltungen daraufhin nochmals erläutert. Von der Antragstellerin durchgeführte Testungen mittels Spucktest genügten den Anforderung nicht.

5
Mit Schreiben vom 16.9.2021 ließ die Antragstellerin sinngemäß beantragen,

Es wird vorläufig, bis zur Entscheidung in der Hauptsache, festgestellt, dass die Testergebnisse der durch die Antragstellerin durchgeführten bzw. beaufsichtigten Spucktests, solange und soweit diese zugelassene und anerkannte Testmöglichkeiten darstellen, die Anforderungen an einen Besuch des Präsenzunterrichts, an sonstigen Schulveranstaltungen oder schulischen Ferienkursen in Präsenz sowie an der Mittags- und Notbetreuung an bayerischen Schulen erfüllen.

6
Der Antrag sei zulässig und begründet. Die Feststellungsklage sei statthafte Klageart; diese sei nicht subsidiär, da eine Gestaltungsklage nicht in Betracht komme. Die Auslegung der relevanten Bestimmungen und deren Zusammenspiel ergebe, dass Spucktests von geschulten Personen durchgeführt werden dürften. Dies ergebe sich auch aus einem Vergleich mit den für Lehrpersonal geltenden Regelungen. Wie ein Testnachweis auszusehen habe bzw. von wem dieser auszustellen sei, gebe das Gesetz gerade nicht vor. Auch im Sinne der Verhältnismäßigkeit müssten häusliche Spucktests vorgenommen werden können, da diese den geringsten Eingriff in die körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 GG darstellten. Bei den aktuell für Pooltestungen verwendeten Lollitests sei unklar, ob diese gesundheitsschädlich seien. Im vorliegenden Fall sei zu berücksichtigen, dass bei den Kindern der Antragstellerin ausweislich der ärztlichen Atteste nur ein Spucktest zu empfehlen sei. Es sei zudem unverhältnismäßig für die Antragstellerin, immer in ein Testzentrum fahren zu müssen. Die nächstgelegene Testmöglichkeit sei 13 Kilometer entfernt. Auch der Wortlaut des § 28b Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 IfSG spreche für die Möglichkeit von häuslichen Spucktests. Die TestV sei überdies nicht anwendbar. Verschiedene, von der Antragstellerin dargelegte Überlegungen zur Sinnhaftigkeit der bayerischen Corona-Strategie insgesamt, aber auch insbesondere im Hinblick auf den Schulbesuch, wie Kindeswohlkriterien, Vergleiche mit anderen Berufsgruppen und Lebensbereichen führten dazu, dass es der Antragstellerin erlaubt sein müsse, einen Selbsttest zu überwachen.

7
Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzuweisen.

8
Der Antrag nach § 123 VwGO sei abzulehnen. Die Antragstellerin habe insbesondere nicht glaubhaft gemacht, dass ihr der behauptete Anspruch zustehe. Es könnten nur Testnachweise anerkannt werden, die in § 2 Nr. 7 der Covid-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmen-Verordnung (SchAusnahmV) genannt seien. Die Antragstellerin sei insbesondere kein Leistungserbringer im Sinne von § 6 Abs. 1 TestV. Sie habe auch keinen Anspruch darauf als Leistungserbringer im Sinne dieser Regelung zugelassen zu werden. Sie habe vorliegend schon keinen Antrag auf Beauftragung gestellt. Zudem lägen die Voraussetzungen hierfür nicht vor. Auch sonst sei kein Anspruch der Antragstellerin auf Anerkennung ihrer zu Hause durchgeführten Spucktests erkennbar. Der Testnachweis für die Teilnahme am Präsenzunterricht, an sonstigen Schulveranstaltungen oder schulischen Ferienkursen in Präsenz sowie an der Mittags- und Notbetreuung sei in § 13 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 3 Abs. 4 Nr. 1, 2 der 14. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (14. BayIfSMV) geregelt. Eine Regelungslücke liege nicht vor, ebenso wenig wie eine willkürliche Ungleichbehandlung. Das Gleichheitsgebot gelte zudem nur für den gleichen Rechtsträger, weswegen die Rechtslage im Bundesland Rheinland-Pfalz irrelevant sei. Im Übrigen könne sich die Antragstellerin insoweit bei angezweifelter Sinnhaftigkeit der Regelungen nur mit einer Normenkontrollklage gegen die 14. BayIfSMV wenden. Dies gelte auch, soweit fehlende Verhältnismäßigkeit gerügt werde. Bezüglich der ärztlichen Atteste wird vorgetragen, dass diese nicht die Mindestanforderungen erfüllten, die an diese zu stellen seien. Um der Verwaltung und dem Gericht eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen müsse ein vorgelegtes ärztliches Attest gewisse Mindestanforderungen erfüllen. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Außerdem erschließe sich nicht, wieso Lollitests, bei denen die Schülerinnen und Schüler für 30 Sekunden an einem Abstrichtupfer lutschen wie an einem Lolli, ausgeschlossen sein sollten. Zwar sei dieses Verfahren noch nicht flächendeckend im Einsatz, die Lollitests sollten aber zeitnah flächendeckend die Selbsttests an den Schulen ersetzen. Die Grundschule …, bei der das Kind L … unterrichtet werde, nehme seit September an der Pooltestung mittels Lollitest teil, auch die Klasse von L … Auch das Attest für A … erläutere nicht, weshalb kein Test mittels Rachenabstrich gemacht werden könne bzw. für sie nur ein Spucktest infrage komme. Letztlich komme es darauf aber auch nicht an, da daraus nicht Folge sei, dass die Antragstellerin selbst Spucktests durchführen könne. Dies gelte auch für das Argument, dass die nächstgelegene Testmöglichkeit zu weit entfernt liege. Längere Fahrzeiten müssten die Eltern nur dann auf sich nehmen, wenn sie die von der Schule angebotenen Tests nicht wahrnehmen würden. Dies liege damit in der Eigenverantwortung der Eltern.

9
Hinsichtlich des weiteren Sachverhalts wird auf die Schriftsätze der Beteiligten und die Gerichtsakten Bezug genommen. Dem Gericht lag außerdem die Verfahrensakte des Landratsamts D. L. vor.

II.

10
Der Antrag war abzulehnen. Er ist zulässig, aber unbegründet.

11
1. Nach der gebotenen Auslegung durch das Gericht sind die in der Antragsschrift vom 16.9.2021 gestellten Anträge zu 1. und 2. zusammenzufassen in einen Antrag; dieser ist zulässig.

12
a) Das Gericht hat sich bei der Auslegung der im Eilrechtschutzverfahren gestellten Anträge in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB am erkennbaren Rechtschutzziel der Antragsteller zu orientieren (Schoch/Schneider VwGO/Schoch, 39. EL Juli 2020, VwGO § 123 Rn. 104a). Dabei darf das Gericht über das Antragsbegehren nicht hinausgehen, ist aber an die Fassung der Anträge auch nicht gebunden. Dies folgt aus § 88 VwGO, der gemäß § 122 Abs. 1 VwGO auf Beschlüsse entsprechende Anwendung findet.

13
Die Antragstellerin begehrt mit ihrem Antrag zu 1., dass vorläufig festgestellt werde, dass sie häusliche Spucktests für ihre Töchter A … und L … durchführen bzw. beaufsichtigen darf. Mit ihrem Antrag zu 2.

beantragt sie, dass vorläufig festgestellt werde, dass die Testergebnisse der durch sie durchgeführten bzw. beaufsichtigten Spucktests, solange und soweit diese zugelassene und anerkannte Testmöglichkeiten darstellen, die Anforderungen an einen Besuch des Präsenzunterrichts an Bayerischen Schulen erfüllen. Insbesondere der Antrag zu 1. ist auslegungsbedürftig. Denn in der gestellten Fassung ist unklar, worin und zwischen wem ein Rechtsverhältnis begründet sein soll. Dass die Antragstellerin ihre Kinder mit häuslichen Spucktest testen darf und Tests beaufsichtigen darf, zumindest wenn es sich um Tests zur Eigenanwendung handelt, dürfte unbestritten sein. Ein Rechtsverhältnis besteht zum Antragsgegner nicht, solange mit dem Testergebnis keine Rechtsfolge begehrt wird und hierfür kein Testnachweis ausgestellt wird. In Zusammmenschau mit dem Antrag zu 2. und der Antragsbegründung ergibt sich, dass die Antragstellerin als Rechtsfolge eines negativen Testergebnisses ihren Töchtern den Schulbesuch in Präsenz ermöglichen will. Der Antrag zu 2. konkretisiert das Rechtsschutzziel also insoweit, als dass festgestellt werden soll, dass die durch die Antragstellerin durchgeführten bzw. beaufsichtigten Spucktests die Anforderungen an einen Besuch des Präsenzunterrichts an Bayerns Schulen erfüllen. Zudem ist anzunehmen, dass neben dem Besuch des Präsenzunterrichts auch der Besuch der sonstigen schulischen Veranstaltungen, schulischer Ferienkurse in Präsenz, der Mittagsbetreuung und Notbetreuung an Schulen gemeint ist.

14
b) Der Antrag nach § 123 VwGO ist nicht durch die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes nach § 47 Abs. 6 VwGO in einem eventuellen Normenkontrollverfahren gegen die Vierzehnte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (14. BayIfSMV) vom 1.9.2021 (BayMBl. Nr. 615, BayRS 2126-1-18-G), die zuletzt durch Verordnung vom 5.10.2021 (BayMBl. Nr. 715) geändert worden ist, ausgeschlossen. § 47 Abs. 6 VwGO ist dann einschlägig, wenn sich das Rechtsschutzbegehren erkennbar auf das Ziel richtet, die entsprechenden Normen der BayIfSMV außer Vollzug zu setzen. Anders stellt sich die Situation dar, wenn der Normadressat, unter Weitergeltung der Normen der BayIfSMV, die Feststellung begehrt, ein bestimmter Sachverhalt falle (gegebenenfalls auch nach Auslegung der Norm) in ihren Anwendungsbereich. So liegt der Fall hier. Die Antragstellerin führt im Wesentlichen aus, dass sie als Krankenschwester und nach erfolgreich durchgeführter Online-Schulung berechtigt ist, häusliche Spucktests bei ihren Töchtern durchzuführen bzw. zu beaufsichtigen, und damit die Testobliegenheiten aus § 13 Abs. 2 der 14. BayIfSMV erfüllen zu können. Streitgegenstand des Verfahrens ist also nicht die generelle Wirksamkeit von § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV, sondern die Frage, ob das gewünschte Vorgehen unter die Voraussetzungen der BayIfSMV für den Schulbesuch fällt.

15
Soweit sich in der Antragsbegründung auch Argumente finden, die so verstanden werden können, dass die Antragstellerin zudem die Sinnhaftigkeit der Bayerischen Corona-Teststrategie im Hinblick auf den Schulbesuch anzweifelt, bleibt es der Antragstellerin unbenommen, gegen die Regelung in § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV direkt beim zuständigen Bayerischen Verwaltungsgerichtshof einen Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO zu stellen (vgl. VG München, B.v. 20.7.2021 - M 26a E 21.3315 - juris Rn. 34).

16
c) Der Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO auf Erlass einer einstweiligen Feststellungsanordnung ist auch unter Subsidiaritätsgesichtspunkten statthaft. In der Hauptsache wäre eine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO die richtige Klageart. Nach § 43 Abs. 2 VwGO kann Feststellung nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können.

17
aa) Dass es der Antragstellerin um die Beauftragung nach § 6 TestV geht, also um die Verpflichtung zum Erlass eines an sie gerichteten Verwaltungsakts mit dem Inhalt, dass sie als weitere Leistungserbringerin im Sinne von § 6 Abs. 1 Nr. 2 TestV Testungen für jedermann durchführen darf, ist nicht ersichtlich. Sie hat schon keinen Antrag diesbezüglich gestellt bzw. keine Unterlagen eingereicht.

18
bb) Des Weiteren besteht keine gemäß § 123 Abs. 5 VwGO vorrangige Möglichkeit eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO, da es sich in der Hauptsache nicht um die Aufhebung eines Verwaltungsakts im Sinne von Art. 35 Satz 1 BayVwVfG handelt. Die E-Mails des Schulamts bzw. des Gesundheitsamts stellen keine

Verwaltungsakte dar. Mit ihnen wurden Informationen über die Rechtslage weitergegeben und keine Regelungen getroffen.

19
2. Der Antrag ist unbegründet.

20
a) Nach § 123 Abs. 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts der Antragsteller vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gefahr zu verhindern oder wenn es aus anderen Gründen nötig erscheint. Der Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung setzt nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2, § 294 ZPO voraus, dass die Antragstellerin sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund (Eilbedürftigkeit) glaubhaft machen kann. Eine Glaubhaftmachung liegt vor, wenn das Vorliegen von Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch sich als überwiegend wahrscheinlich darstellt.

21
Vorliegend besteht zudem die Besonderheit, dass die begehrte Feststellung im Wege der einstweiligen Anordnung zu einer Vorwegnahme der Hauptsache führen würde. Denn selbst bei einem Obsiegen in der Hauptsache könnte den Antragstellern nicht mehr zugesprochen werden als das, was sie ausgehend von den gestellten Anträgen sowie unter Berücksichtigung des Vorbringens begehren. Eine Vorwegnahme der Hauptsache widerspricht grundsätzlich dem Wesen und dem Zweck der einstweiligen Anordnung. Im Wege des Erlasses einer einstweiligen Anordnung kann das Gericht grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen und nicht schon im vollen Umfang, wenn auch nur unter Vorbehalt einer neuen Entscheidung in der Hauptsache, das gewähren, was sie nur in einem Hauptsacheprozess erreichen könnte. Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG ist eine Vorwegnahme der Hauptsache im Eilverfahren ausnahmsweise dann zulässig, wenn dies im Interesse des Rechtsschutzes erforderlich ist und ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit auch für den Erfolg im Hauptsacheverfahren spricht (vgl. Schenke in Kopp/Schenke, VwGO, 27. Aufl. 2021, § 123 Rn. 13 f.). Maßgeblich für die Entscheidung über das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung (Schenke in Kopp/Schenke, VwGO, 27. Aufl. 2021, § 123 Rn. 27 m.w.N.).

22
b) Die Antragstellerin hat einen Anordnungsgrund im Sinne einer Eilbedürftigkeit glaubhaft gemacht. Der Schulbetrieb hat wieder begonnen. In beiden Schulen, die von den Töchtern der Antragstellerin besucht werden, werden häusliche Spucktests nicht akzeptiert. Es wurde aber kein Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht, weil die Erfolgsaussichten einer - derzeit noch nicht erhobenen - Klage bei summarischer Prüfung nicht gegeben sind. Die Antragstellerin hat keinen Anspruch auf Feststellung, dass die von ihr durchgeführten bzw. beaufsichtigten häuslichen Spucktests die Testobliegenheit an den Schulen ihrer Töchter gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV erfüllen. Eine derartige Auslegung der geltenden Regelungen kommt nicht in Betracht.

23
aa) Nach § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV ist Schülerinnen und Schülern die Teilnahme am Präsenzunterricht, an sonstigen Schulveranstaltungen oder schulischen Ferienkursen in Präsenz sowie an der Mittags- und Notbetreuung nur erlaubt, wenn sie drei Mal wöchentlich einen Testnachweis nach § 3 Abs. 4 Nr. 1, 2 der 14. BayIfSMV erbringen oder in der Schule unter Aufsicht einen über die Schule zur Verfügung gestellten und dort zu verwendenden Selbsttest mit negativem Ergebnis vorgenommen haben. Für Schülerinnen und Schüler der Grundschulstufe sowie an Förderschulen mit den Schwerpunkten geistige Entwicklung, körperliche und motorische Entwicklung sowie Sehen gilt § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV mit der Maßgabe, dass an die Stelle dreier wöchentlicher Selbsttests nach Entscheidung des Staatsministeriums für Unterricht und Kultus zwei wöchentliche PCR-Pooltestungen treten können. Durch den Verweis auf die Selbsttests in Satz 1 des § 13 Abs. 2 der 14. BayIfSMV wird klargestellt, dass auch diese PCR-Pooltestungen in der Schule vorgenommen werden müssen. Nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 der 14. BayIfSMV ist von getesteten Personen ein schriftlicher oder elektronischer negativer Testnachweis hinsichtlich einer Infektion mit dem Coronavirus aufgrund 1. eines PCR-Tests, PoC-PCR Tests oder eines

Tests mittels weiterer Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik, der vor höchstens 48 Stunden durchgeführt wurde, oder 2. eines PoC-Antigentests, der vor höchstens 24 Stunden durchgeführt wurde, zu erbringen, der im Übrigen den Bestimmungen der Covid-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung entspricht. Die Nr. 3 des § 3 Abs. 4 der 14. BayIfSMV ist ausdrücklich in der Verweisung des § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV nicht enthalten, so dass die dort geregelte Variante im Rahmen des § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV ausscheidet.

24
Nach § 2 Nr. 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom 8.5.2021 (BAnz AT 08.05.2021 V1) (SchAusnahmV) ist ein Testnachweis ein Nachweis hinsichtlich des Nichtvorliegens einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn die zugrundeliegende Testung durch In-vitro-Diagnostika erfolgt ist, die für den direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 bestimmt sind und die auf Grund ihrer CE-Kennzeichnung oder auf Grund einer gemäß § 11 Abs. 1 MPG erteilten Sonderzulassung verkehrsfähig sind, die zugrunde liegende Testung maximal 24 Stunden zurückliegt und a) vor Ort unter Aufsicht desjenigen stattfindet, der der jeweiligen Schutzmaßnahme unterworfen ist, b) im Rahmen einer betrieblichen Testung im Sinne des Arbeitsschutzes durch Personal, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt, erfolgt oder c) von einem Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 TestV vorgenommen oder überwacht wurde.

25
bb) Ein negativer Testnachweis kann demnach nur gem. § 13 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 3 Abs. 4 Nr. 1 und 2 der 14. BayIfSMV, § 2 Nr. 7 c) SchAusnahmV außerhalb der Schule erlangt werden. Dieser Sachverhalt wird auf der Homepage des Bayerischen Kultusministeriums wie folgt erläutert:

„Der Nachweis eines negativen Testergebnisses auf SARS-CoV-2 kann auch auf Grundlage eines PCR-Tests oder PoC-Antigen-Schnelltests erfolgen, der auf eigene Veranlassung bei medizinisch geschultem Personal außerhalb der Schule durchgeführt wurde (vgl. § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 3 Abs. 4 Nr. 1 und 2 der 14. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung - 14. BayIfSMV). § 2 Nr. 7 c) COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV) sieht vor, dass nur Testungen durch Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 Coronavirus-Testverordnung (TestV) anzuerkennen sind. Gemäß § 6 Abs. 1 TestV sind Leistungserbringer u. a. die zuständigen Stellen des öffentlichen Gesundheitsdienstes und die von ihnen betriebenen Testzentren sowie Arztpraxen und die von den Kassenärztlichen Vereinigungen betriebenen Testzentren. Der öffentliche Gesundheitsdienst sowie die von ihnen betriebenen Testzentren können zudem Dritte als Leistungserbringer beauftragen (vgl. § 6 Abs. 2 TestV).

Im Rahmen des § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 3 Abs. 4 Nr. 1 und 2 der 14. BayIfSMV ist daher grundsätzlich ein solcher Leistungserbringer aufzusuchen, falls die Möglichkeit der Selbsttests in den Schulen nicht genutzt werden soll.“

26
Soweit an anderen Stellen auf der Homepage nur von „medizinisch geschultem Personal“ die Rede ist, wie die Antragstellerin vorträgt, ist damit nicht gemeint, dass es ausreiche medizinisch geschult zu sein; vielmehr dient die Formulierung der Vereinfachung, um den Sachverhalt verkürzt darzustellen.

27
(1) Fällt ein Elternteil persönlich unter die in § 6 Abs. 1 TestV genannten Leistungserbringer, so kann dieser den Test auch zuhause durchführen und entsprechend bescheinigen. Diese Möglichkeit steht insbesondere den Elternteilen offen, die selbst als Ärzte oder Apotheker tätig sind. Soweit er zugelassen ist und die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, kann es sich dabei auch um einen Spucktest handeln. Mitarbeiter von Arztpraxen, Zahnarztpraxen und Apotheken unterstehen demgegenüber nur im Rahmen des Praxisbetriebs und somit gewissermaßen abgeleitet über den Arzt bzw. Apotheker den strengen berufsrechtlichen Regelungen und der Aufsicht und Verantwortung des jeweiligen Arztes bzw. Apothekers. Folglich können diese lediglich im Rahmen des Praxisbetriebs Testungen vornehmen, nicht jedoch zuhause, da hier gerade keine Aufsicht und Verantwortung des den berufsrechtlichen Regelungen unterstehenden Arztes oder Apothekers gewährleistet ist. Die Antragstellerin ist Krankenschwester. Sie fällt damit nicht persönlich unter die in § 6 Abs. 1 TestV genannten Leistungserbringer. Selbst als Mitarbeiterin z.B. in einer Arztpraxis dürfte sie nicht zu Hause Tests durchführen und bescheinigen, sondern lediglich in ihrem beruflichen Kontext.

28
(2) Der öffentliche Gesundheitsdienst sowie die von ihnen betriebenen Testzentren können Dritte als weitere Leistungserbringer beauftragen (vgl. § 6 Abs. 2 TestV). Die Antragstellerin ist nicht als weitere Leistungserbringerin beauftragt. Sie hat diesbezüglich schon keinen Antrag bei den hierfür zuständigen Stellen gestellt. Weitere Leistungserbringer können gemäß § 6 Abs. 2 TestV außerdem nur beauftragt werden, wenn sie unter Einhaltung der infektionsschutzrechtlichen, medizinprodukterechtlichen und arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen eine ordnungsgemäße Erbringung der Leistungen gewährleisten, die erforderliche Zuverlässigkeit aufweisen und gegenüber der beauftragenden Stelle begründete Angaben zur vorhandenen Testkapazität machen. Eine Beauftragung der Antragstellerin käme nach diesen Vorgaben nicht in Betracht. Ziel der Antragstellerin wäre nämlich insbesondere nicht das Anbieten von Testungen für jedermann. Zudem könnten weitere Gesichtspunkte, wie der Interessenskonflikt bei der Testung der eigenen Kinder, gegen eine Beauftragung sprechen. Der Antragsgegner hat demgemäß ausgeführt, dass eine Beauftragung nicht erfolgen kann, selbst wenn ein Antrag gestellt würde.

29
cc) Die Antragstellerin hat je ein ärztliches Attest für ihre Tochter A … und für ihre Tochter L … vorgelegt, die mit Datum vom 15.9.2021 von einem Facharzt für Allgemeinmedizin ausgestellt wurden. Auch die vorgelegten Atteste führen nicht dazu, dass im Falle der Töchter der Antragstellerin häusliche Spucktests anerkannt werden müssten und eine dementsprechende Auslegung des § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV erfolgen könnte und müsste.

30
(1) Die 14. BayIfSMV sieht zunächst bereits keine ausdrückliche Möglichkeit vor, sich von der Testobliegenheit nach § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV durch Attest entbinden zu lassen.

31
(2) Die vorgelegten ärztlichen Atteste erfüllen außerdem nicht die Mindestanforderungen, die an diese zu stellen sind. Im Rahmen von Verfahren zur Befreiung von der Maskenpflicht an Schulen wurde von den Gerichten gefordert, dass, um der Verwaltung und dem Gericht eine sachgerechte Entscheidung aus medizinischen Gründen zu ermöglichen, für den Nachweis grundsätzlich ein aktuelles ärztliches Attest vorgelegt werden muss, das gewissen Mindestanforderungen genügen muss. Aus dem Attest muss sich regelmäßig nachvollziehbar ergeben, welche konkret benannten gesundheitlichen Beeinträchtigungen alsbald zu erwarten sind und woraus diese im Einzelnen resultieren. Vorerkrankungen sind konkret zu bezeichnen; darüber hinaus muss im Regelfall auch erkennbar werden, auf welcher Grundlage der attestierende Arzt zu seiner Einschätzung gelangt ist. Mithilfe der ärztlichen Bescheinigungen soll eine überwiegende Wahrscheinlichkeit belegt werden, dass die betroffene Person aus gesundheitlichen Gründen einen Einzelfall darstellt. Anders als etwa bei einem Attest zur Befreiung vom Schulbesuch wegen Krankheit sind hier auch Grundrechtspositionen insbesondere von anderen Schülerinnen und Schülern sowie des Schulpersonals betroffen, für die die Schule eine herausgehobene Verantwortung trägt (vgl. zur Befreiung von der Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung: BayVGH, B.v. 26.10.2020 - 20 CE 20.2185 - juris, Rn. 19 m.w.N.). Die von der Antragstellerin für ihre Töchter vorgelegten ärztlichen Atteste erfüllen diese Voraussetzungen nicht. Es ergibt sich aus diesen keine konkrete Diagnose, die das Vorliegen eines Einzelfalles begründen könnte. Es fehlt zudem an der Bezeichnung der konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigung, die bei Durchführung von anderen als Spucktests zu erwarten sind. Außerdem ist nicht angegeben, auf welcher Grundlage der attestierende Arzt zu seinen Einschätzungen gelangt ist.

32
(3) Die Atteste sind darüber hinaus aufgrund ihres Inhalts nicht geeignet, darzulegen, dass bei den Töchtern der Antragstellerin nur häusliche Spucktests in Frage kommen. Im Attest für die Tochter A … wird ausgeführt, dass ein Nasenabstrich aufgrund einer hyperreagiblen Nasenschleimhaut mit Neigung zu Epistaxis vermieden werden sollte. Ein Antigenspucktest sei hier aus ärztlicher Sicht zu empfehlen und zu akzeptieren. Unter dem Fachbegriff Epistaxis versteht man den spontanen Austritt von Blut aus einem oder beiden Nasenlöchern bzw. die Durchmischung des Nasensekrets mit Blut, im allgemeinen Sprachgebrauch bezeichnet als Nasenbluten. Zunächst lässt das Attest selbst Spielräume offen („sollen vermieden werden“, „Antigen-„Spucktest“ ist zu empfehlen“). Selbst wenn ein Nasenabstrich bei A … aus medizinischen Gründen nicht durchführbar sein sollte, bedeutet dies noch nicht, dass nur häusliche Spucktests durch die Mutter in Frage kommen. Vielmehr gibt es verschiedene Testmethoden, die in den unterschiedlichen Teststellen angeboten werden wie z.B. Rachenabstriche, Gurgelwasser. Zu L … führt das entsprechende

ärztliche Attest ebenso hyperreagible Nasenschleimhaut mit Neigung zu Epistaxis aus mit der Folge, dass keine Nasenabstriche durchgeführt werden sollten. Außerdem habe sie aufgrund eines als sehr schmerzhaft und traumatisierend empfundenen Rachenabstrichs panische Angst bei jeglichen Manipulationen im Mundraum. Alle Arten von Nasen-, Mund- und Rachenabstrichen (inklusive der Lollitests) sollten deshalb bei L … vermieden werden. Ein Antigenspucktest sei auch hier aus ärztlicher Sicht zu empfehlen und zu akzeptieren. Auch dieses Attest lässt Spielräume offen („sollen vermieden werden", „Antigen-„Spucktest" ist zu empfehlen"). Die Grundschule …, bei der L … unterrichtet wird, nimmt außerdem bereits an der Pooltestung mittels Lollis teil. Es ist schon fraglich, ob es bei einem Lollitest zu einer Manipulation im Mundraum kommt. Beim Lollitest lutschen die Kinder ca. 30 Sekunden an jeweils zwei Abstrichtupfern wie an einem Lolli. Wie der Homepage des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus unter anderem unter Verweis auf ein Gutachten des Forschungszentrums Jülich vom 21.9.2021 zu entnehmen ist, enthalten die verwendeten Tupfer keine schädlichen Substanzen. Durch das Lutschen an den Abstrichtupfern werden keinerlei Stoffe an die Anwenderin bzw. den Anwender abgegeben. Dieser Test tritt an teilnehmenden Grund- und Förderschulen zweimal wöchentlich an die Stelle dreier wöchentlicher Selbsttests (§ 13 Abs. 2 Satz 2 der 14. BayIfSMV).

33
dd) Es ist der Antragstellerin auch nicht unzumutbar, alternativ zu einer Selbsttestung in der Schule einen außerschulischen PCR- oder PoC-Antigentest in einem öffentlichen Testzentrum, beim Arzt oder in einer Apotheke durchführen zu lassen. Die Antragstellerin hat vorliegend nicht glaubhaft gemacht, dass ihr eine solche Testung außerhalb der Schule unmöglich ist. Nach ihren Ausführungen befindet sich das Testzentren in einer Entfernung von 13 km von dem Wohnort der Antragstellerin. Es steht der Antragstellerin aufgrund des gewährten Zeithorizonts frei, den Test bei ihren Töchtern bereits am Nachmittag bzw. Abend des Vortags durchführen zu lassen. Dabei ist es Aufgabe der Erziehungsberechtigten sich entsprechend ihrer zeitlichen Verfügbarkeit um gegebenenfalls erforderliche Testtermine zu kümmern. Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit, die erforderlichen Tests beim Haus- bzw. Kinderarzt der Töchter der Antragstellerin durchführen zu lassen, um sich gegebenenfalls eine noch weitergehende zeitliche Flexibilität zu verschaffen.

34
ee) Der von der Antragstellerin zitierte § 28b Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 IfSG kann zu keiner anderen Auslegung des § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV führen, da die Regelung seit dem 1.7.2021 außer Kraft ist. Selbst unter Geltung der genannten Norm stand sie allerdings der Ausgestaltung der Testobliegenheit in § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV nicht entgegen (vgl. BayVGH, B.v. 25.6.2021 - 25 NE 21.1680 - juris Rn. 10).

35
ff) Im Ergebnis muss sich ein Schulkind, das nicht getestet werden will oder kann, auf den Distanzunterricht verweisen lassen (BayVGH, B.v. 12.4.2021 - 20 NE 21.926 - juris Rn. 24 u. 27; B.v.13.4.2021 - 20 NE 21.1032 - juris Rn. 24 u. 27). Die Antragstellerin hat nicht vorgetragen bzw. glaubhaft gemacht, dass ein entsprechender Unterricht nicht ersatzweise angeboten wird.

36
c) Auch verfassungsrechtliche Gründe gebieten keine anderweitige Auslegung des § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV. Die Regelung ist nach summarischer Prüfung voraussichtlich nicht zu beanstanden und verstößt nicht gegen höherrangiges Recht (vgl. etwa BayVGH, B.v. 24.8.2021 - 25 NE 21.2164 - juris; B.v. 24.8.2021 - 25 NE 21.2201 - juris; B.v. 28.7.2021 - 25 NE 21.1962 - juris; B.v. 23.7.2021 - 25 NE 21.1873 - juris; B.v. 23.7.2021 - 25 NE 21.1870 - juris; B.v. 19.7.2021 - 25 NE 21.1872 - juris; B.v. 13.7.2021 - 25 NE 21.1873 - juris; B.v. 12.7.2021 - 25 NE 21.1755 - juris; B.v. 9.7.2021 - 25 NE 21.1757 - juris; B.v. 25.6.2021 - 25 NE 21.1680 - juris; vgl. ferner zu anderen Bundesländern etwa VGH BW, B.v. 22.9.2021 - 1 S 2944/21 - juris; B.v. 7.9.2021 - 1 S 2698/21 - juris; SaarlOVG, B.v. 1.9.2021 - 2 B 197/21 - juris; OVG NRW, B.v. 1.7.2021 - 13 B 845/21.NE - juris). Gegenstand der Entscheidungen war auch der Aspekt, dass in der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung explizit Anforderungen an die Testnachweismöglichkeiten geregelt werden (vgl. BayVGH, B.v. 25.6.2021 - 25 NE 21.1680 - juris Rn. 10). Gegen einen verfassungsrechtlich unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte der Töchter der Antragstellerin gerade bei der Obliegenheit, einen Test mit einem Nasenabstrich durchzuführen, spricht insbesondere auch, dass die 14. BayIfSMV den Töchtern der Antragstellerin weiterhin die Wahlmöglichkeit lässt, einen PCR- oder PoC-Antigentest extern in einem Testzentrum oder beim Arzt oder in einer Apotheke oder aber einen über die Schule zur Verfügung gestellten und dort verwendeten Selbsttest direkt vor Ort in

der Schule durchzuführen (vgl. BayVGH, B.v. 25.6.2021 - 25 NE 21.1680 - juris Rn. 14). Schließlich verbleibt ohnehin die weitere Möglichkeit, den Distanzunterricht bzw. das Distanzlernen zu wählen, die zwar nicht mit dem Präsenzunterricht identisch sein können, aber doch - soweit im schulorganisatorischen Rahmen möglich - den vorgegebenen Stoff des Lehrplans zur Grundlage haben, ohne aber dem Lehrpersonal - wie auch sonst im Präsenzunterricht - die Ausgestaltung der konkreten Umsetzung vorzuschreiben (vgl. näher VG Bayreuth, B.v. 6.7.2021 - B 3 E 21.729 - juris Rn. 23 ff.; VG Würzburg, B.v. 11.5.2021 - W 8 E 21.613 - juris Rn. 25 ff.; BayVGH, B.v. 12.4.2021 - 20 NE 21.926 - juris Rn. 26 f.).

37
Das Gericht sieht insbesondere auch keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz und das Willkürverbot, weil sich die Gruppe der Schülerinnen und Schüler und deren Eltern nicht mit dem Lehrpersonal vergleichen lässt, das - anders als die Kinder und deren Eltern - in einem Beamten- oder Arbeitsverhältnis mit anderen Rechten und Pflichten stehen, sodass es vertretbare Gründe für eine unterschiedliche Behandlung gibt. Außerdem legt das Lehrpersonal ein anderes Kontaktverhalten an den Tag als Kinder. Nach der Willkür-Formel des Bundesverfassungsgerichts (seit U.v. 23.10.1951 - 2 BvG 1/51 - BVerfGE 1, 14, 52 - juris Rn. 147; B.v. 19.101982 - 1 BvL 39, 80 - BVerfGE 61, 138, 147 - juris Rn. 34) wäre Willkür nur dann anzunehmen, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Ungleichbehandlung nicht finden lässt. Dass andere Bundesländer abweichende Regelungen getroffen haben, ist für den Antragsgegner nicht bindend (vgl. schon VG Würzburg, B.v. 4.3.2021 - W 8 E 21.274 - juris Rn. 47 f.; VG Augsburg, B.v. 29.1.2021 - Au 9 E 21.148 - juris Rn. 25).

38
d) Da die Wahrscheinlichkeit des Obsiegens demnach in der Hauptsache nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, wäre eine hier notwendige Vorwegnahme der Hauptsache nicht möglich, ohne dass es hierauf ankäme.

39
Nach alledem war der Antrag mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen.

III.

40
Die Streitwertfestsetzung beruht auf den § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1 und 2 GKG i.V.m. den Empfehlungen des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (abgedruckt auf der Homepage des BVerwG). Das Gericht geht davon aus, dass in der Hauptsache der Regelstreitwert anzusetzen wäre. Nach Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs ist in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes grundsätzlich die Hälfte des Hauptsachestreitwerts anzusetzen. Da durch die beantragten einstweiligen Anordnungen die Hauptsache vorweggenommen worden wäre, hat das Gericht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, den Streitwert auch im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf die Höhe des Hauptsachestreitwerts anzuheben.