VG München, Beschluss v. 03.11.2021 – M 26a E 21.5490

Titel:

Testung unter Videoüberwachung durch Arzt zum Besuch des Präsenzunterrichts nicht ausreichend

Normenketten:

14. BayIfSMV § 3 Abs. 4 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3, § 13 Abs. 2 S. 1
SchAusnahmV § 2 Nr. 7
TestV § 6 Abs. 1
VwGO § 47 Abs. 6, § 123

Leitsätze:

1. Ein vom Vater eines Schülers vorgenommener Test, selbst unter Onlineüberwachung durch einen Arzt bzw. Ärztin, ist kein von einem Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 TestV vorgenommener Test iSv § 2 Nr. 7 c) SchAusnahmV. (Rn. 25) (redaktioneller Leitsatz)
2. Nach § 13 Abs. 2 S. 1 der 14. BayIfSMV sind unter Aufsicht durchgeführte Selbsttests im Sinne von § 3 Abs. 4 Nr. 3 der 14. BayIfSMV ausdrücklich nicht als Zugangsvoraussetzung für die Teilnahme am Präsenzunterricht zugelassen. (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Testnachweis zum Besuch des Präsenzunterrichts mittels Testung unter Videoüberwachung durch Arztpraxis, Corona, Schule, Präsenzunterricht, Testnachweis, Selbsttest, Überwachung, Arzt

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1
Der Antragsteller, welcher die 9. Klasse einer Realschule besucht, begehrt die Zulassung zum Präsenzunterricht aufgrund von Testungen, welche durch seinen Vater unter Videoüberwachung einer … Ärztin durchgeführt werden sollen.

2
Der Antragsteller besuchte im Schuljahr 2021/22 zunächst den Unterricht. Er legte dabei Nachweise über Tests, die von seinem medizinisch geschulten Vater unter Online-Überwachung durch die … Ärztin Dr. A … … durchgeführt wurden, vor. Da die Schule sich darüber im Unklaren war, ob diese Durchführung den Vorgaben nach § 13 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 3 Abs. 4 Nr. 1 und 2 der 14. BayIfSMV genügte, ließ sie, um Nachteile für den Antragsteller zu vermeiden, diesen bis zur Klärung innerhalb der Schulverwaltung zunächst vorläufig zum Präsenzunterricht zu. Am 28. September 2021 wurde der Vater des Antragstellers von der Schulleitung darüber informiert, dass die Testung per Videokonferenz kein geeigneter Testnachweis für den Schulbesuch sei. Der Antragsteller besuchte am 30. September 2021 letztmals die Schule, ging dann aber erkrankt nach Hause. Seit dem 4. Oktober 2021 hat er aufgrund der Weigerung, die von der Schule geforderten Testnachweise vorzulegen, die Schule nicht mehr besucht. Seitens der Antragsgegnerin wird darauf hingewiesen, dass spätestens nach den Allerheiligenferien die entsprechenden rechtlichen Konsequenzen aus dem unentschuldigten Fehlen des Antragstellers gezogen würden.

3
Mit am 15. Oktober 2021 bei Gericht eingegangenem Schreiben seines Bevollmächtigten vom 14. Oktober 2021 beantragt der Antragsteller,

4
der Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Anordnung aufzugeben, dem Antragsteller Zugang zum Schulgebäude der Antragsgegnerin zu gewähren bei Vorlage eines Testnachweises dreimal wöchentlich durch Dr. med. A … …, A … straße …, … A …

5
Hilfsweise beantragt er,

6
der Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Anordnung aufzugeben, dem Antragsteller Zugang zum Schulgebäude der Antragsgegnerin zu gewähren, wenn der Antragsteller dreimal wöchentlich einen Testnachweis nach § 3 Abs. 4 Nr. 3 14. BayIfSMV vorweisen kann.

7
Zur Begründung wird ausgeführt, dass die Tests online von Frau Dr. A … überwacht und vor Ort durch den medizinisch geschulten Vater des Antragstellers durchgeführt würden. Es sei nicht nachvollziehbar, warum Testungen durch Apotheken akzeptiert würden, eine ärztlich begleitete Online-Testung jedoch nicht. Aus der Verordnung zum Anspruch auf Testung in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronavirus-Testverordnung - TestV), Bundesanzeiger AT 21.09. 2021 V1, ergäbe sich keine Notwendigkeit einer Testung vor Ort, wenn eine Arztpraxis gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 3 TestV tätig werde. Es sei üblich, dass sich auch Arztpraxen und Apotheken zur Durchführung von Testungen regelmäßig ihres Hilfspersonals bedienen würden. Die bisher von der … Arztpraxis noch kostenlos angebotene Testung biete gegenüber Testungen in der Apotheke einen deutlichen Kosten-, Zeit- und Aufwandsvorteil. Der Antragsteller habe Angst vor schulischen Testungen, nachdem seine Mitschüler Nasenbluten infolge der Testung gehabt hätten. Infolge der hohen Arbeitsbelastung der Eltern des Antragstellers sei die Sicherstellung einer anderweitigen, vertrauenswürdigen externen Testung nicht mehr leistbar. Im Übrigen sei es auch nicht zumutbar, den Antragsteller auf eine Impfmöglichkeit zu verweisen. Die neuartigen Covid-19-Impfstoffe seien unwirksam, langfristig nicht getestet und hätten bereits millionenfach Nebenwirkungen und tausende Todesfälle verursacht.

8
Die Antragsgegnerin beantragt,

9
den Antrag abzuweisen.

10
Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die vom Antragsteller gewünschte Art der Testungen nicht der geltenden Rechtslage entspreche. Die Antragsgegnerin habe deshalb keine Möglichkeiten, von dieser zwingenden Vorgabe abzuweichen. Im Übrigen bestreitet die Antragsgegnerin, dass es einen Fall von Nasenbluten durch die Testungen an der Schule gegeben habe.

11
Zu weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Gerichtsakte sowie die vorgelegte Behördenakte Bezug genommen.

II.

12
1. Der Hauptantrag nach § 123 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) hat in der Sache keinen Erfolg.

13
Der Hauptantrag wird gemäß §§ 133,157 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) i. V. m.

§ 88 VwGO dahingehend ausgelegt, dass es dem Antragsteller um die vorläufige Feststellung geht, dass er mit der dreimal wöchentlichen Vorlage eines Testnachweises durch Dr. med. A … die Voraussetzungen für die Teilnahme am Präsenzunterricht im Sinne von § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV erfüllt.

14
1.1 Der so verstandene Hauptantrag ist nach § 123 Abs. 1 VwGO zulässig, insbesondere statthaft, da in der Hauptsache eine Feststellungsklage zu erheben wäre. § 47 Abs. 6 VwGO, der gegenüber einer

Feststellungsklage nach § 43 VwGO bzw. einem Antrag nach § 123 VwGO lex specialis ist (Sodan/Ziekow, § 123 VwGO Rn.40 f., Beck OK VwGO, § 123 Rn.16; Fehling/Kastner/Stürmer, § 123 VwGO Rn.22), ist vorliegend nicht anwendbar, da der Antragsteller nicht die Wirksamkeit der streitentscheidenden Normen des § 13 Abs. 2 Satz 1 und des § 3 Abs. 4 der 14. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (14. BayIfSMV) vom 1. September 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 615), zuletzt geändert durch Verordnung vom 27. Oktober 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 757) bestreitet. Im Hinblick auf § 2 Nr. 7 der Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (SchAusnahmV) vom 8. Mai 2021 (BAnz AT 08.05.2021 V1) kommt eine Vorrangigkeit von § 47 VwGO auch bereits deshalb nicht in Betracht, da es sich bei dieser Verordnung um eine Bundesverordnung handelt, die nicht Gegenstand einer Normenkontrolle nach § 47 VwGO sein kann.

15
Das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag ist gegeben, da sich der Antragsteller vor der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes mit seinem Begehren erfolglos an die Antragsgegnerin gewandt hatte.

16
1.2 Der Hauptantrag ist jedoch unbegründet.

17
Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Erforderlich ist, dass der Antragsteller einen materiellen Anspruch (Anordnungsanspruch) und die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung gerade im einstweiligen Rechtsschutzverfahren (Anordnungsgrund) glaubhaft macht.

18
Das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs hat der Antragsteller jedoch nicht glaubhaft gemacht.

19
Nach § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV ist eine Teilnahme am Präsenzunterricht, wenn keine Teilnahme an der Testung in der Schule erfolgt, nur dann erlaubt, wenn dreimal wöchentlich ein Testnachweis nach § 3 Abs. 4 Nr. 1, 2 der 14. BayIfSMV erbracht wird. § 3 Abs. 4 Nr. 1, 2 der 14. BayIfSMV regelt, dass ein Testnachweis hinsichtlich einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung entsprechen muss. Nach § 2 Nr. 7 SchAusnahmV muss die dem Nachweis zugrundeliegende Testung vor Ort unter Aufsicht desjenigen stattfinden, der der jeweiligen Schutzmaßnahme unterworfen ist (Nr. 7a), im Rahmen einer betrieblichen Testung im Sinne des Arbeitsschutzes durch Personal, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt, erfolgen (Nr. 7 b) oder von einem Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 der Coronavirus-Testverordnung vorgenommen oder überwacht werden (Nr. 7 c).

20
Die Voraussetzungen des § 2 Nr. 7 SchAusnahmV sind durch die vom Antragsteller beschriebenen Testungen nicht glaubhaft dargelegt.

21
§ 2 Nr. 7 a) SchAusnahmV ist nicht erfüllt, da der Antragsteller sich gerade nicht in der Schule testen lassen möchte. Die Schutzmaßnahme gilt vorliegend für den Besuch der Schule, sodass eine Testung nach dieser Vorschrift nur unter Aufsicht von Personal möglich ist, dass durch die Schule hierzu beauftragt wurde.

22
§ 2 Nr. 7 b) SchAusnahmV ist ebenfalls nicht erfüllt, da die Testungen nicht im Rahmen einer betrieblichen Testung im Sinne des Arbeitsschutzes erfolgen sollen.

23

Schließlich wird auch § 2 Nr. 7 c) SchAusnahmV durch die vom Antragsteller geplanten Tests nicht erfüllt. Der Antragsteller konnte nicht glaubhaft machen, dass die Tests von einem Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 TestV vorgenommen oder überwacht werden.

24
Nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 TestV sind Arztpraxen, Zahnarztpraxen, Apotheken, medizinische Labore, Rettungund Hilfsorganisationen, und die von den Kassenärztlichen Vereinigungen betriebenen Testzentren zur Erbringung von Testleistungen in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 berechtigt. Die Testleistung, auf die Versicherte nach Maßgaben TestV Anspruch haben, umfasst gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 TestV unter anderem das Gespräch mit der zu testenden Person im Zusammenhang mit der Testung, die Entnahme von Körpermaterial, die Diagnostik, die Ergebnismitteilung und die Ausstellung eines Zeugnisses über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Infektion.

25
Ein vom Vater des Antragstellers vorgenommener Test, selbst unter Onlineüberwachung durch einen Arzt bzw. Ärztin, ist kein von einem Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 TestV vorgenommener Test im Sinne von § 2 Nr. 7 c) SchAusnahmV. Der Vater ist kein Leistungserbringer im Sinne von § 6 Abs. 1 TestV. Der Test wird auch nicht von einem Arzt bzw. einer Ärztin und auch nicht von Personal, das dem Arzt bzw. der Ärztin zugerechnet werden kann, durchgeführt. Ein eventuell vorliegender Behandlungsvertrag zwischen Antragsteller bzw. dessen Vater und der Arztpraxis führt nicht dazu, dass Handlungen des Vaters als ärztliche Handlungen der Arztpraxis, für welche der Arzt bzw. die Ärztin gegebenenfalls einstehen müssten, angesehen werden können.

26
Der Antragsteller konnte auch nicht glaubhaft machen, dass der von seinem Vater vorgenommene Test im Sinne von § 2 Nr. 7 c) SchAusnahmV durch einen Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 TestV überwacht wird. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob eine (lückenlose) Online-Videoüberwachung durch einen Arzt bzw. eine Ärztin - sofern sie denn vorläge - die Voraussetzungen einer Überwachung im Sinne von § 2 Nr. 7 c) SchAusnahmV erfüllen würde. Der Antragsteller konnte bereits nicht glaubhaft machen, dass tatsächlich eine Online-Videoüberwachung der Testung stattfindet. Der Antragsteller hat unter anderem vortragen lassen, dass die Testungen bzw. Überwachungen durch die Arztpraxis von Frau Dr. A … kostenlos erfolgen würden. Dass ein in Deutschland zugelassener Arzt bzw. eine in Deutschland zugelassene Ärztin ohne besonderen Grund mit erheblichem Zeitaufwand dauerhaft per Video kostenlos die Durchführung von Testungen überwache, ist nach Überzeugung der Kammer jedoch nicht glaubhaft. Zudem wird ausweislich der Internet-Homepage der angegebenen … Ärztin www. …com dort unter der Rubrik „Selbsttest-Zertifikate“ für 0 EUR lediglich ein Testzertifikat „ohne Videochat“ angeboten. Für den Preis von 1 EUR soll zumindest eine nachträgliche Verifizierung stattfinden, dass der Selbsttest zuvor korrekt ausgeführt wurde; dieses Angebot ist auch lediglich als “bald verfügbar“ angegeben (Abfrage am 29. Oktober 2021 um 18:00 Uhr). Optional wird auf der Internet-Homepage für einen Preis von 50 EUR auch angeboten, den „Test während des Videochats zu machen“. Bei der von der … Arztpraxis für 0 EUR angebotenen Leistung wird nach Ausfüllen eines Fragebogens, in welchem unter anderem der Name des Getesteten, Testhersteller, Testergebnis sowie Datum und Uhrzeit des Selbsttestes selbst eingetragen werden, angeboten, dass durch „online Ärzte“ 5 Minuten nach Bestellung „ohne Terminvereinbarung und ohne Gespräch“ ein Testzertifikat erstellt wird und als PDF-Datei heruntergeladen werden kann. Das Vorliegen einer Überwachung im Sinne von § 2 Nr. 7c) SchAusnahmV ist angesichts dieser Selbstdarstellung der … Praxis vom Kläger nicht ausreichend dargelegt.

27
2. Der Hilfsantrag nach § 123 Abs. 1 VwGO hat in der Sache ebenfalls keinen Erfolg.

28
Der Hilfsantrag wird gemäß §§ 133,157 BGB i. V. m. § 88 VwGO analog dem Hauptantrag dahingehend ausgelegt, dass es dem Antragsteller um die vorläufige Feststellung geht, dass er mit der dreimal wöchentlichen Vorlage eines unter Aufsicht vorgenommenen Antigentests zur Eigenanwendung durch Laien (Selbsttest) nach § 3 Abs. 4 Nr. 3 der 14. BayIfSMV die Voraussetzungen für die Teilnahme am Präsenzunterricht im Sinne von § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV erfüllt.

29

Der so verstandene Hilfsantrag ist bereits unzulässig, jedenfalls aber unbegründet. Dem Hilfsantrag fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, da sich der Antragsteller vor der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes mit diesem Begehren noch nicht erfolglos an die Antragsgegnerin gewandt hat. Das bisherige Begehren des Antragstellers betraf lediglich unter Aufsicht von Frau Dr. A … vorgenommene Testungen, nicht jedoch Selbsttests im Sinne von § 3 Abs. 4 Nr. 3 der 14. BayIfSMV, die unter Überwachung durch andere Personen erfolgen sollen.

30
Im Übrigen ist der Hilfsantrag auch unbegründet, weil das mit dem Hilfsantrag verfolgte Antragsbegehren der 14. BayIfSMV widerspricht. Nach § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV sind unter Aufsicht durchgeführte Selbsttests im Sinne von § 3 Abs. 4 Nr. 3 der 14. BayIfSMV ausdrücklich nicht als Zugangsvoraussetzung für die Teilnahme am Präsenzunterricht zugelassen. Eine Inzidentkontrolle der Rechtmäßigkeit des durch § 13 Abs. 2 Satz 1 der 14. BayIfSMV angeordneten Ausschlusses überwachter Selbsttests als Zugangsvoraussetzung für die Teilnahme am Präsenzunterricht wird im vorliegenden Verfahren nicht durchgeführt, weil hierfür allein ein Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof statthaft wäre (vgl. BayVGH, Beschluss vom 18. Juni 2020, 20 CE 20.1388, Rn. 2, Beck online).

31
3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO, wonach die unterliegende Partei die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

32
4. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 52 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes und 1.5 Satz 1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Da das vorliegende Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes inhaltlich auf die Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung abzielt, erscheint eine Anhebung des Streitwerts auf der Grundlage von Nummer 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die Höhe des für das Hauptsacheverfahren anzunehmenden Streitwerts angebracht.