

Titel:

Vorläufige Ausstellung eines Genesenennachweises

Normenkette:

15. BayIfSMV § 4

SchAusnahmV § 2 Nr. 4, Nr. 5

VwGO § 123

GG Art. 3 Abs. 1

Leitsätze:

1. Aus der 15. BayIfSMV in Verbindung mit der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung ergibt sich kein Anspruch auf Ausstellung eines Genesenennachweises. (Rn. 14 – 18) (redaktioneller Leitsatz)

2. Ein Anspruch auf Ausstellung eines individuellen Genesenennachweises ergibt sich auch nicht unmittelbar aus Art. 3 Abs. 1 GG. (Rn. 19 – 21) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Coronavirus, Covid-19, PCR-Test, Genesenennachweis, Anspruch, Infektion, Antikörper, Anordnungsanspruch

Rechtsmittelinstanz:

VGH München, Beschluss vom 07.02.2022 – 20 CE 22.226

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

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

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

Gründe

I.

1

Der Antragsteller begehrt im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes die vorläufige Ausstellung eines Genesenennachweises.

2

Der im Stadtgebiet der Antragsgegnerin wohnhafte Antragsteller litt eigenen Angaben zufolge im November 2020 unter grippeähnlichen Symptomen. Einen PCR-Test zum Nachweis einer Infektion mit dem Coronavirus führte der Kläger nicht durch. Am 21. Dezember 2020 ließ er sich jedoch auf Antikörper gegen das SarsCov2-Virus testen und erhielt am 28. Dezember 2020 den Nachweis solcher Antikörper. Am 3. August 2021 ließ sich der Antragsteller erneut im Wege des sog. „Elisa“-Verfahrens auf Antikörper gegen das SarsCov2-Virus testen. Dabei wurden beim Antragsteller Antikörper in einer Konzentration von 230 IU/ml (International Units) festgestellt. Am 20. August 2021 beantragte der Antragsteller aufgrund der festgestellten Antikörper beim Bayerischen Staatsministerium für Gesundheit und Pflege die Gleichstellung mit geimpften Personen. Dem Antrag wurde nicht stattgegeben. Eine beim Antragsteller am 15. November 2021 erneut durchgeführte Untersuchung auf Antikörper gegen das SarsCov2-Virus ergab einen Wert von 74,6 BAU/ml (Binding Antibody Units).

3

Mit Schriftsatz vom 21. Dezember 2021 beantragt der Antragsteller im Wege vorläufigen Rechtsschutzes,

1. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller vorläufig einen Genesenennachweis auszustellen.

2. Hilfsweise wird vorläufig festgestellt, dass der Antragsteller als genesen gilt im Sinne der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung.

3. Hilfsweise wird vorläufig festgestellt, dass der Antragsteller als genesen gilt, soweit er durch einen Nachweis von neutralisierenden Antikörper IgG gegen das SarsCov2-Virus eine überstandene Infektion mit diesem Virus belegen kann und dieser Nachweis mindestens 28 Tage sowie maximal sechs Monate zurückliegt.

4

Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt, der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO sei zulässig, da der Antragsteller seinen Wohnsitz im Stadtgebiet der Antragstellerin habe und durch die angegriffene Verordnung unmittelbar betroffen sei. Der Antragsteller sei aufgrund der derzeit geltenden 2G-Regeln vom öffentlichen Leben ausgeschlossen. Zwischen den Beteiligten sei die Auslegung der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung streitig. Die angegriffene Norm sei nicht mit höherrangigem Recht vereinbar und daher außer Vollzug zu setzen. Der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG gebiete es dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Vorliegend würden gleiche Sachverhalte willkürlich ungleich behandelt. Der Antragsteller sei nachweislich an Covid19 erkrankt und könne aufgrund der nachgewiesenen Antikörper nicht erneut daran erkranken. Trotzdem würden ihm die Rechte der mutmaßlich Genesenen verwehrt. Ein sachlicher Differenzierungsgrund bestünde nicht. Auch die Gesamtabwägung spreche für eine Entscheidung zu Gunsten des Antragstellers. Da der Antragsteller nach den derzeitigen Erkenntnissen über den besten Schutz vor einer Infektion mit Covid19 verfüge, seien keine Nachteile zu Lasten der Allgemeinheit zu erkennen.

5

Mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2021 hat der Antragsteller sein Vorbringen ergänzt und führt weiter aus, dass es angesichts der neuesten Erkenntnisse nicht vertretbar sei, dass die vom Gesetzgeber gewollte Gleichstellung von Genesenen und Geimpften nicht beachtet werde. Ein sachlicher Differenzierungsgrund bestehe nicht. Allein Personen wie der Antragsteller könnten ihren aktuellen Status kennen und nachweisen.

6

Die Antragsgegnerin ist dem Antrag mit Schriftsatz vom 28. Dezember 2021 entgegengetreten und beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, der Antrag sei bereits unzulässig. Der Antragsteller habe keinen Anordnungsanspruch geltend gemacht. Es sei nicht ersichtlich, aus welcher Norm sich der Anspruch auf Ausstellung eines Genesenennachweises ergeben solle. Antikörpertests seien weder nach bayerischem Recht, noch nach Bundesrecht für den Nachweis einer Infektion ausreichend. Zudem seien in Bezug auf die vom Antragsteller behauptete Infektion bereits mehr als sechs Monate vergangen. Soweit der Antragsteller den Erlass einer Ausnahme für Personen mit positivem Antikörpertest begehrt, richte sich der Antrag gegen den falschen Antragsgegner. Der Freistaat Bayern habe die bindenden Regelungen erlassen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakten Bezug genommen.

II.

7

1. Bei sachgerechter Auslegung des Rechtsschutzziels des Antragstellers (§§ 88, 122 Abs. 1 VwGO) erweist sich der Antrag als zulässig.

8

a) Die statthafte Antragsart richtet sich grundsätzlich nach dem Rechtsschutzziel des Antragstellers. Entscheidend ist dabei das materielle Rechtsschutzbegehren und nicht der Wortlaut der Anträge (vgl. Fertig in Posser/Wolff, BeckOK VwGO, § 88 Rn. 6). Lässt sich das Rechtsschutzziel unter Berücksichtigung des Vorbringens der Beteiligten und des Inhalts eventuell beigezogener Verwaltungsakten jedoch nicht feststellen, so muss der Antrag als unzulässig abgelehnt werden (vgl. Riese in Schoch/Schneider, VwGO, § 88 Rn. 8).

9

Vorliegend bedarf das Rechtsschutzziel des Antragstellers sachgerechter Auslegung, da sich die Begründung des Antrags nicht mit den für den Antragsteller formulierten Anträgen deckt. Mit seinen Anträgen begehrt der Antragsteller die Ausstellung eines Genesenennachweises, hilfsweise die Feststellung, dass er als Genesener im Sinne der BayIfSMV gilt. In der Antragsbegründung wendet sich der Antragsteller hingegen vielmehr gegen die geltenden Regelungen der 15. BayIfSMV, die auf § 2 Nr. 4 und 5 der SchAusnahmV Bezug nehmen, und begehrt deren Außervollzugsetzung (vgl. S. 13 der Antragsschrift). Dabei wird insbesondere auch auf die Grundsätze der Folgenabwägung im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens verwiesen (vgl. S. 14 der Antragsschrift). Der auf Außervollzugsetzung der angegriffenen Regelungen verstandene Antrag wäre als Eilantrag im Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO jedoch unzulässig, da hierfür nach § 47 Abs. 1 VwGO nicht das vorliegend angerufene Verwaltungsgericht, sondern vielmehr der Bayerische Verwaltungsgerichtshof erstinstanzlich zuständig ist. Im Ergebnis war das Vorbringen des Antragstellers daher im Sinne der gestellten Anträge wohlwollend dahingehend auszulegen, dass auf Basis der derzeit geltenden Regelungen die Ausstellung eines Genesenennachweises und nicht primär die Außervollzugsetzung der in der Begründung angegriffenen Vorschriften begehrt wird. Dies erscheint auch insbesondere deshalb als sachgerecht, weil die Antragsgegnerin nicht Normgeberin, sondern Vollzugsbehörde ist.

10

b) Die fehlende Bezeichnung eines Anordnungsgrunds steht der Zulässigkeit des Antrags im Ergebnis ebenfalls nicht entgegen. Zwar wird im Antrag des Antragstellers ein Anordnungsgrund nicht ausdrücklich benannt, doch lässt sich dem Vorbringen im Hinblick auf die derzeit geltenden 3G und 2G-Regelungen entnehmen, dass es dem Antragsteller um die schnellstmögliche Wiederherstellung der Möglichkeit zur Teilhabe am öffentlichen Leben geht, sodass eine gewisse Dringlichkeit nicht von vorn herein ausgeschlossen werden kann. Ob die im Antrag zum Ausdruck kommende Eilbedürftigkeit des Begehrens des Antragstellers aber tatsächlich besteht, ist allein Frage der Begründetheit.

11

2. Der so verstandene Antrag ist jedoch unbegründet, da ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht ist.

12

a) Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts eines Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Sicherungsanordnung). Einstweilige Anordnungen sind darüber hinaus nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint (Regelungsanordnung). Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung ist dabei nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 1 und 2, 294 ZPO die Glaubhaftmachung sowohl der Dringlichkeit der Regelung (Anordnungsgrund) als auch das Bestehen des behaupteten Rechts (Anordnungsanspruch).

13

b) Gemessen hieran hat der Antragsteller das Bestehen eines Anordnungsanspruchs nicht glaubhaft gemacht.

14

(1) Ein Anspruch des Antragstellers auf Ausstellung eines Genesenennachweises ergibt sich nicht aus einfachgesetzlichem Recht.

15

Nach der derzeit geltenden 15. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (BayIfSMV) vom 23. November 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 816), zuletzt geändert durch Verordnung vom 14. Dezember 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 875) in Verbindung mit der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung des Bundes vom 8. Mai 2021 (BAnz AT 8.5.2021 V1 - im Folgenden: SchAusnahmV) sind verschiedene Erleichterungen und Ausnahmen von den anlässlich der Corona-Pandemie bestehenden Einschränkungen für bestimmte Personengruppen vorgesehen. Zu diesen Gruppen gehören insbesondere genesene

Personen, also asymptomatische Personen, die über einen Nachweis einer zuvor durch Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) festgestellten Infektion mit dem Coronavirus verfügen und die Testung mindestens 28 Tage sowie maximal sechs Monate zurückliegt (vgl. §§ 4 ff. der 15. BayIfSMV i.V.m. § 2 Nr. 4 und 5 SchAusnahmV).

16

Aus § 2 Nr. 4 und 5 der SchAusnahmV ergibt sich, dass nur solche Personen als genesen gelten, deren Infektion im Wege einer positiven Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis belegt ist. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers ist der Nachweis eines positiven PCR-Tests mit entsprechendem Datum als Genesenennachweis anzusehen; der Ausstellung eines zusätzlichen Dokuments bedarf es deshalb nicht (vgl. BR-Drs. 347/21, S. 13). Nachdem der Antragsteller vorliegend unstreitig keine entsprechende Labordiagnostik vorweisen kann, gilt er nicht als Genesener im Sinn des § 2 Nr. 4 und 5 der SchAusnahmV.

17

Auch lassen sich weder der SchAusnahmV, noch deren Begründung Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass auch Personen wie der Antragsteller, die sich zum Nachweis einer zuvor durchgemachten Infektion mit Covid19 ausschließlich auf die Ergebnisse eines positiven Antikörpertest berufen können, einen darüberhinausgehenden Anspruch auf die Ausstellung eines Genesenennachweises im Sinn von § 2 Nr. 5 der SchAusnahmV haben.

18

Einer entsprechenden verfassungskonformen Auslegung im Wege eines Erst-Recht-Schlusses bzw. einer Analogie stehen der ausdrückliche Wortlaut des § 2 Nr. 5 der SchAusnahmV, der die Grenze der möglichen Auslegung darstellt, sowie der in der Verordnungsbegründung zum Ausdruck gebrachte Wille des Ordnungsgebers entgegen. Hiernach geht der Ordnungsgeber ausdrücklich davon aus, dass als Nachweis der durchgemachten Infektion nur ein PCR-Test in Frage kommt und die Durchführung eines späteren Antikörpertests hingegen nicht ausreicht, um als genesene Person zu gelten. Das Nachweisverfahren hat der Ordnungsgeber damit ganz bewusst geregelt, sodass § 2 Nr. 5 der SchAusnahmV auch unter Beachtung von Sinn und Zweck der Verordnung seinem Wortlaut entsprechend auszulegen ist. Einen Anspruch auf die nachträgliche Ausstellung einer behördlichen Bescheinigung auf Grundlage eines Antikörperrnachweises ist damit nicht vorgesehen.

19

(2) Ein Anspruch des Antragstellers auf Ausstellung eines individuellen Genesenennachweises ergibt sich auch nicht unmittelbar aus Art. 3 Abs. 1 GG.

20

Das Vorbringen des Antragstellers, dass die von ihm veranlassten Antikörpertests im Vergleich zu einer PCR-Testung gleich- bzw. sogar höherwertig seien, da sie den praktischen Beweis der Immunität erbrächten und statistisch zuverlässiger seien, vermag nicht hinreichend zu überzeugen und namentlich keinen Verstoß des Ordnungsgebers gegen Art. 3 Abs. 1 GG zu begründen. Es ist im Rahmen des vorliegenden Eilverfahrens nicht ersichtlich, dass der Ordnungsgeber, indem er Antikörpertests nicht als geeignet angesehen hat, das Vorliegen einer vorherigen Infektion mit dem Coronavirus nachzuweisen, den Rahmen seiner Einschätzungsprärogative überschritten hätte (vgl. hierzu BayVGh, B.v. 23.7.2021 - 25 CE 21.1883 - juris Rn. 13). Ausweislich der Verordnungsbegründung (vgl. BR-Drs. 347/21, S. 13) hat er sich bei der Definition, wer eine genesene Person ist, vielmehr in rechtlich nicht zu beanstandender Weise auf den derzeitigen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis bezogen. Hiernach gewährleistet nur die Bestätigung der Infektion durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis, dass Betroffene tatsächlich mit dem Coronavirus infiziert gewesen sind und einen Immunschutz aufgebaut haben. Zwar können Antikörpertests einen Hinweis auf eine durchgemachte Erkrankung geben, als (alleiniger) Nachweis genügen sie aber nicht. Vielmehr kann eine Person eine Covid-19 Erkrankung durchgemacht haben und dennoch keine messbaren Antikörper entwickeln. Umgekehrt kann ein Antikörperrnachweis nach Kontakt mit einem anderen Infizierten positiv ausfallen, obwohl die Person keine Covid-19 Erkrankung durchgemacht hat. Nach derzeitigem Kenntnisstand lässt zudem auch ein serologischer Nachweis SarsCov2-spezifischer Antikörper keine eindeutige Aussage zum Immunstatus und zum Zeitpunkt der Infektion zu. Auch ist bisher nicht bekannt, wie hoch die Antikörperkonzentration überhaupt sein muss, um nach durchgemachter SarsCov2-Infektion von einem sicheren Schutz ausgehen zu können (vgl. VG Cottbus, B.v. 28.9.2021 - 8 L 237/21 - juris Rn.

23, m.w.N.). Hinzu kommt, dass die Qualität der auf dem Markt befindlichen Tests für den Nachweis von Antikörpern gegen das Coronavirus sehr variabel ist. Angesichts dessen und insbesondere im Hinblick auf das Fehlen eines serologischen Korrelats ist derzeit keine pauschale Bewertung von Antikörpertests für den Nachweis eines Immunschutzes möglich. Dass der Ordnungsgeber dem mit den in § 2 Nr. 4 und 5 der SchAusnahmV getroffenen Regelungen Rechnung getragen hat, unterliegt deshalb keinen durchgreifenden Bedenken.

21

Ungeachtet dessen würde dem Antragsteller selbst eine Gleichbehandlung mit Personen, die ihre Infektion durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis belegen können, nicht dazu verhelfen, dass er zum gegenwärtigen Zeitpunkt einen Anspruch auf Ausstellung eines Genesenennachweises hat. Denn nach § 2 Nr. 5 der SchAusnahmV beträgt die Gültigkeit eines Nachweises über eine vorgenommene Labordiagnostik lediglich maximal sechs Monate. Bei dem Antragsteller, bei dem bereits bei Untersuchungen im Dezember 2020 Antikörper festgestellt wurden, liegt die insoweit geltend gemachte Infektion aber bereits deutlich mehr als sechs Monate zurück.

22

(3) Nachdem die 15. BaylFSMV im Hinblick auf die Definition von Genesenen auf die Vorschrift des § 2 Nr. 4 und 5 der SchAusnahmV Bezug nimmt, bleiben damit im Ergebnis auch die hilfsweise gestellten Anträge des Antragstellers auf Feststellung, dass er - gegebenenfalls unter Vorlage eines aktuellen Antikörpernachweises - als Genesener im Sinne der 15. BaylFSMV gilt, erfolglos.

23

c) Auf die Tatsache, dass der Antragsteller darüber hinaus auch keine besondere Dringlichkeit glaubhaft gemacht hat und eine solche auch nicht ersichtlich ist, weil sich der Antragsteller trotz der bereits seit längerem geltenden 3G- und 2G-Regelungen und der zuletzt am 15. November 2021 vorgenommenen Antikörpertestung erst nach mehreren Wochen mit seinem Antrag an das Gericht wendet, kommt es daher im Ergebnis nicht (mehr) an.

24

3. Der Antrag war daher mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen.

25

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG). Von einer Halbierung des für die Hauptsache anzunehmenden Streitwerts von 5.000,00 EUR entsprechend Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 hat die Kammer im Hinblick auf die vom Antragsteller begehrte Vorwegnahme der Hauptsache abgesehen.