

OBERVERWALTUNGSGERICHT
DES LANDES SACHSEN - ANHALT



4 M 190/21
7 B 149/21 MD

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des

**Antragstellers und
Beschwerdeführers,**

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

die **Sekundarschule**

**Antragsgegnerin und
Beschwerdegegnerin,**

Prozessbevollmächtigter: Landesschulamt Sachsen-Anhalt,
vertreten durch den Direktor,
Turmschanzenstraße 32, 39114 Magdeburg,

w e g e n

Schulrechts
- einstweiliger Rechtsschutz (Beschwerde) -

hat das Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt - 4. Senat - am 22. September 2021 beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Magdeburg - 7. Kammer - vom 22. Juli 2021 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,00 Euro festgesetzt.

G r ü n d e :

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Magdeburg vom 22. Juli 2021 hat keinen Erfolg.

Die Einwände des Antragstellers gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts, auf deren Prüfung der Senat beschränkt ist (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), geben zu einer Änderung der erstinstanzlichen Entscheidung keinen Anlass.

Dem Verwaltungsgericht ist zunächst darin zu folgen, dass der Antragsteller hinsichtlich seines Hauptantrages, die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Fragen, welche er zur Geeignetheit der von der Antragsgegnerin eingesetzten SARS-CoV-2-Antigen-Schnelltests der Firmen Teda-Laukötter Technologie GmbH und Roche Deutschland Holding GmbH seit 26. März 2021 an die Antragsgegnerin gerichtet hat, wissenschaftlich plausibel zu beantworten oder für ihn zum Zwecke des Besuchs der Sekundarschule SARS-CoV-2-Antigen-Schnelltests zur Verfügung zu stellen, welche im Sinne des § 7 IfSG geeignet sind, akute Infektionen mit dem Krankheitserreger SARS-CoV-2 beim gesunden oder asymptomatischen Antragsteller mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nachweisen zu können, den für die begehrte einstweilige Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO erforderlichen Anordnungsgrund gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. §§ 920 ff. ZPO nicht glaubhaft gemacht hat.

Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis erlassen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder wenn die Regelung aus anderen Gründen nötig erscheint. Der geltend gemachte Anspruch (Anordnungsanspruch) sowie die Notwendigkeit der vorläufigen Regelung (Anordnungsgrund) sind gemäß § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit den §§ 920 Abs. 2, 924 ZPO glaubhaft zu machen. Da mit der hier begehrten Regelungsanordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO die Hauptsache ganz oder teilweise vorweggenommen werden soll, kann eine Regelung nur ergehen, wenn das Begehren des Antragstellers in der Hauptsache zumindest überwiegende Erfolgsaussichten hat und er

schlechthin unzumutbaren, anders nicht abwendbaren Nachteilen ausgesetzt wäre, wenn er auf den rechtskräftigen Abschluss eines Klageverfahrens verwiesen werden müsste. Letzteres hat das Verwaltungsgericht mit der Begründung verneint, bei den von der Antragsgegnerin eingesetzten SARS-CoV-2-Antigen-Schnelltests der Firmen Teda-Laukötter Technologie GmbH und Roche Deutschland Holding GmbH handele es sich um anerkannte Tests im Sinne des § 28b Abs. 9 Satz 1 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG), weil diese Schnelltests eine Sonderzulassung gemäß § 11 des Medizinproduktegesetzes (MPG) erhalten hätten und daher grundsätzlich anzunehmen sei, dass diese Tests auch geeignet seien, den direkten Erreger des Coronavirus SARS-CoV-2 nachzuweisen. Die auftretenden falsch-positiven Tests könnten die grundsätzliche Eignung der von der Antragsgegnerin verwendeten SARS-CoV-2-Antigen-Schnelltests nicht in Frage stellen, weshalb deren Verwendung für den Antragsteller bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache für diesen keine unzumutbaren Nachteile darstelle.

Das hiergegen gerichtete Beschwerdevorbringen greift nicht durch.

1. Soweit der Antragsteller meint, das Verwaltungsgericht habe ganz offenbar verkannt, dass ein Zutritt zur Schule nur nach einer Testung möglich sein werde, lässt sich dies dem angefochtenen Beschlusses nicht entnehmen. Vielmehr weist die Vorinstanz im Rahmen der Prüfung des Auskunftsanspruchs ausdrücklich auch auf § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG hin, wonach die Teilnahme am Präsenzunterricht nur zulässig ist für Schülerinnen und Schüler sowie für Lehrkräfte, die zweimal in der Woche mittels eines anerkannten Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet werden. Damit wird deutlich, dass das Verwaltungsgericht die Notwendigkeit einer Testung für die Teilnahme am Präsenzunterricht und damit für den Zutritt zur Schule durchaus erkannt hat.

Auch mit seinem Hinweis, er wolle den Unterricht besuchen und sich auch eines Tests unterziehen, verlange aber den Einsatz von Testkits, die eine Erkrankung an dem SARS-CoV-2 Virus im Vorfeld eines Ausbruchs, oder genauer bevor Symptome erkennbar seien - ähnlich einem PCR Test - feststellen könnten, und fordere insoweit einen Nachweis bzw. eine Auskunft der Antragsgegnerin, dass die von ihr verwendeten Testkits diesen Nachweis erbringen würden, lässt sich nicht begründen, dass das Verwaltungsgericht sich nicht bewusst war, dass ein Zutritt zur Schule nur nach einer Testung möglich ist.

2. Fehl geht auch der Hinweis des Antragstellers, das Verwaltungsgericht sei mit seiner Entscheidung bzw. Erklärung an Stelle der Antragsgegnerin zur (vermeintlichen) Wirksamkeit unter Verweis auf die Zulassung nach § 28b Abs. 9 Satz 1 IfSG weit über seine Entscheidungsbefugnis hinausgegangen. Das Verwaltungsgericht hat ausgehend von der Frage, ob für das Begehren bzw. Auskunftsersuchen des Antragstellers ein

Anordnungsgrund besteht, geprüft, ob dem Antragsteller ein Zuwarten bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache zugemutet werden könne. Die Prüfung eines Anordnungsgrundes, also einer besonderen Eilbedürftigkeit, ist aber wesentlicher Bestandteil der verwaltungsgerichtlichen Prüfung gemäß § 123 Abs 1 Satz 2 VwGO, wonach eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis nur dann zulässig ist, wenn diese Regelung notwendig ist, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Der Antragsteller muss nicht nur glaubhaft machen, dass ihm ein Anspruch auf die geltend gemachte Leistung zusteht (Anordnungsanspruch), sondern auch, dass das Abwarten einer gerichtlichen Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren für ihn mit schlechthin unzumutbaren Nachteilen verbunden wäre (Anordnungsgrund; vgl. § 123 Abs. 1 und 3 VwGO i. V. m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO).

Letzteres hat das Verwaltungsgericht anhand des Vortrags des Antragstellers geprüft und festgestellt, dass der Antragsteller gemäß § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG (lediglich) einen Anspruch auf die Verwendung anerkannter Tests habe, wozu gemäß § 28b Abs. 9 Satz 1 IfSG In-vitro-Diagnostika gehören, 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. Da die von der Antragsgegnerin verwendeten Testkits eine solche Zulassung gemäß § 11 Abs. 1 MPG hätten, sei grundsätzlich anzunehmen, dass diese Tests auch geeignet seien, den direkten Erreger des Coronavirus nachzuweisen. Aus diesem Grund seien auch keine dem Antragsteller unzumutbaren Nachteile zu erwarten, sofern der Anspruch des Antragstellers auf Beantwortung der von ihm aufgeworfenen Fragen erst im Hauptsacheverfahren geprüft werde und die Antragsgegnerin bis dahin die Tests der Firmen Teda-Laukötter Technologie GmbH und Roche Deutschland Holding GmbH zur Verfügung stelle. Damit hält sich das Verwaltungsgericht offensichtlich im Rahmen seiner Prüfungskompetenz.

Ob durch diese Prüfung die Fragen des Antragstellers beantwortet sind und sich daher das Verfahren erledigt hat, vermag der Senat nicht zu beantworten. Dies kann nur der Antragsteller entscheiden und ggf. eine Erledigung in der Hauptsache erklären.

3. Soweit der Antragsteller meint, dem Verwaltungsgericht könne nicht gefolgt werden, soweit dieses unter Bemühen der Regelung des „§ 28 Abs. 3 S.1 HS 2 IfSG“ ausgeführt habe, ihm sei es im Rahmen der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung nicht gelungen, Anordnungsansprüche glaubhaft zu machen, wendet er sich gegen die vom Verwaltungsgericht abgelehnten Hilfsanträge.

Diese Hilfsanträge sind allerdings nicht auf eine vom Antragsteller geforderte „Erklärung der Antragsgegnerin“, sondern im Kern darauf gerichtet, der Antragsgegnerin zu untersagen, von dem Antragsteller die Durchführung der Schnelltests der Firmen Teda-Laukötter Technologie GmbH und Roche Deutschland Holding GmbH zu verlangen

und der Antragsgegnerin aufzugeben, dem Antragsteller den Zutritt zum Schulgelände ohne vorherigen Schnelltest der Firmen Teda-Laukötter Technologie GmbH und Roche Deutschland Holding GmbH zu gewähren bzw. dem Antragsteller bis zur Bereitstellung geeigneter Schnelltests im Distanzunterricht vergleichbare Hausaufgaben zu erteilen. Im Übrigen ergibt sich aus dem Gesamtkontext ganz offensichtlich, dass das Verwaltungsgericht nicht auf § 28 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 IfSG abstellen wollte, es sich hierbei also um einen Schreibfehler handelt, sondern auf § 28b Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 IfSG.

4. Inwieweit sich aus dem Hinweis des Antragstellers, das Sächsische Oberverwaltungsgericht zitiere in seinem Beschluss vom 9. April 2021 (3 B 114/21) eine Passage aus einem vorherigen Beschluss vom 31. März 2021 (3 B 130/21), eine Rechtsfehlerhaftigkeit des erstinstanzlichen Beschlusses ergeben soll, erschließt sich dem Senat nicht. Ebenso stellt das Verwaltungsgericht zu Recht nicht in Frage, dass auch Schnelltests eine gewisse Fehlerquote aufweisen (vgl. hierzu etwa öffentlich abrufbare Informationen des RKI, https://rki-wiko.shinyapps.io/test_qual/ mit weiterführenden Links). Damit wird die Geeignetheit der von der Antragsgegnerin verwendeten Schnelltests allerdings nicht in Frage gestellt. Geeignet ist eine Regelung nämlich nicht erst bei dem Nachweis, dass der angegebene Zweck durch das eingesetzte Mittel vollständig erreicht wird. Es genügt vielmehr, dass das Mittel die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass der angestrebte Erfolg zumindest teilweise eintritt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 1. Dezember 2020 - 2 BvR 916/11 -, juris Rn. 192 m.w.N.). Dies steht nach Auffassung des Senats außer Frage, weil es an hinreichend belastbaren Anhaltspunkten dazu fehlt, dass die verwendeten Tests den an sie gestellten Anforderungen nicht genügen könnten.

Soweit der Antragsteller unter Hinweis auf sein Interesse/Recht auf Leben und Gesundheit - körperliche Unversehrtheit - geltend macht, er fordere nur den Einsatz/die Verwendung von Tests, die lt. der Verbraucherinformation geeignet seien, bei asymptomatischen (Test)Personen den SARS-CoV-2 Virus nachzuweisen, verkennt er, dass ihm dieser Anspruch - wie oben unter Ziffer 2. bereits ausgeführt - mit Blick auf § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG nicht zusteht, weil die von der Antragsgegnerin verwendeten Testkits eine Zulassung gemäß § 11 Abs. 1 MPG haben. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung der Antragsgegnerin, die Gebrauchsanweisungen der Schnelltests zu lesen und die dort gezeigten Grenzen des Tests zu berücksichtigen, ergibt sich aus dem Gesetz gerade nicht, weil die Sonderzulassung gemäß § 11 Abs. 1 MPG die Geeignetheit der Tests indiziert. Dem tritt der Antragsteller auch im Beschwerdeverfahren nicht substantiiert entgegen; insbesondere erschließt sich dem Senat nicht, inwieweit der von dem Antragsteller erwähnte medienwirksame Fall die Geeignetheit der von der Antragsgegnerin verwendeten Schnelltests in Frage stellen soll.

5. Soweit der Antragsteller schließlich aus der vom Deutschen Bundestag festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite einen Anspruch auf sofortige Entscheidung herleiten will, ist dem nicht zu folgen. Zwar dürfte die Gefahr eines schweren

Krankheitsausbruchs ein unzumutbarer Nachteil im Sinne des § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO sein. Das Verwaltungsgericht hat allerdings deutlich gemacht, dass die von der Antragsgegnerin verwendeten Tests aufgrund ihrer Sonderzulassung gemäß § 11 MPG geeignet sind, den direkten Erreger des Coronavirus nachzuweisen, und vor diesem Hintergrund keine für den Antragsteller unzumutbaren Nachteile gesehen, wenn sein Anspruch auf Beantwortung der von ihm aufgeworfenen Fragen erst im Hauptsacheverfahren geprüft wird. Mit seinem Hinweis auf die epidemische Lage tritt der Antragsteller diesem Ergebnis nicht substantiiert entgegen. Sein Vortrag erschöpft sich vielmehr in dem Aufzeigen einer Gegenposition, ohne sich mit den Erwägungen des Verwaltungsgerichts im Einzelnen auseinanderzusetzen.

6. Soweit der Antragsteller in seiner Beschwerdebegründung im Übrigen auf die Ausführungen in der Antragschrift Bezug nimmt (Seite 5 oben), fehlt es an der nach § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO geforderten Auseinandersetzung mit der angefochtenen Entscheidung. Erforderlich ist, dass der Beschwerdeführer mit seinem (fristgerechten) Beschwerdevorbringen - der Begründungsstruktur der angefochtenen Entscheidung folgend - die dieser Entscheidung zugrunde liegenden tragenden Überlegungen, die er in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht für falsch oder unvollständig hält, genau bezeichnet und sodann im Einzelnen ausführt, warum diese unrichtig sind, welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben und was richtigerweise zu gelten hat. Das erfordert eine Prüfung, Sichtung und rechtliche Durchdringung des Streitstoffs und eine sachliche Auseinandersetzung mit den Gründen des angefochtenen Beschlusses. Eine Bezugnahme auf erstinstanzliches Vorbringen genügt diesen Anforderungen nicht (vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 08. August 2007 - 4 M 208/07 -, juris Rn.12).

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus den §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG und erfolgt in Anlehnung an Nr. 1.5 Satz 1 und 2 des Streitwertkatalogs 2013 (NVwZ-Beilage 2013, 57ff.).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Schmidt

Dr. Bechler

Schneider

Die Übereinstimmung der vorstehenden
Abschrift mit der Urschrift wird beglaubigt.
Magdeburg, den 24.09.2021
elektronisch signiert: Rohde, Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle