

Verwaltungsgericht Berlin

BESCHLUSS

§ 8 Abs. 1 3. InfSchMV, § 2 Nr. 5 SchAusnahmV; § 123 Abs. 1 VwGO

- 1. Die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung vom 8. Mai 2021 sieht eine Ausstellung von behördlichen Genesenennachweisen auf Antrag nicht vor. Als Genesenennachweis ist vielmehr ein positiver PCR-Test anzusehen, wenn die Testung mindestens 28 Tage und maximal sechs Monate zurückliegt; § 2 Nr. 5 SchAusnahmV enthält lediglich eine entsprechende Begriffsbestimmung.**
- 2. Die Durchführung von Antikörpertests reicht nicht aus, um als genesene Person zu gelten. Es ist nicht bekannt, wie hoch die Antikörperkonzentration sein muss, um nach durchgemachter SARS-CoV-2-Infektion von einem sicheren Schutz ausgehen zu können.**

VG Berlin , Beschluss vom 20.09.2021, Az.: 14 L 512/21

Tenor:

Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Der Wert des Verfahrensgegenstands wird auf 5.000,- € festgesetzt.

Gründe:

Der nach den §§ 88, 122 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) sachdienlich dahin auszulegende Antrag des Antragstellers, dem Antragsgegner im Wege einstweiliger Anordnung aufzugeben, ihm eine Bescheinigung auszustellen, dass er ein Genesener im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 3 der Dritten Verordnung über erforderliche Maßnahmen zum Schutz der Bevölkerung vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (Dritte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung - 3. InfSchMV -, vom 15. Juni 2021, GVBl. S. 634, zuletzt geändert durch Verordnung vom 17. August 2021, GVBl. S. 950) ist, ist zulässig (dazu unter I.), aber unbegründet (dazu unter II.).

I.

Statthaft ist ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf den streitgegenständlichen Anspruch. In der Hauptsache wäre nämlich eine allgemeine Leistungsklage (vgl. § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO) auf Ausstellung der begehrten

Bescheinigung, bei welcher es sich mangels Regelungswirkung nicht um einen Verwaltungsakt handelt, die richtige Klageart.

Der Antragsteller ist auch analog § 42 Abs. 2 VwGO antragsbefugt, da ein einfachgesetzlicher, verfassungs- oder unionsrechtlicher Anspruch auf Ausstellung der begehrten Bescheinigung zumindest als möglich erscheint.

Schließlich besteht auch ein Rechtsschutzbedürfnis, da der Antragsgegner dem Antragsteller die Ausstellung der begehrten Bescheinigung verweigert hat.

II.

Der Antrag ist jedoch unbegründet.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn die begehrte Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Nach § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2, § 294 der Zivilprozessordnung sind dabei die tatsächlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs (Anordnungsanspruch) in gleicher Weise glaubhaft zu machen wie die Gründe, welche die Eilbedürftigkeit der gerichtlichen Entscheidung bedingen (Anordnungsgrund).

Dem Wesen und Zweck des Verfahrens nach § 123 Abs. 1 VwGO entsprechend, kann das Gericht im Wege der einstweiligen Anordnung grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen und nicht schon das gewähren, was Ziel eines entsprechenden Hauptsacheverfahrens wäre. Wird, wie hier, die Vorwegnahme der Hauptsache begehrt, kommt die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nur dann in Betracht, wenn ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und andernfalls schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 17. Oktober 2017 – OVG 3 S 84.17 und 3 M 105.17 – juris, Rn. 2, sowie vom 28. April 2017 – OVG 3 S 23.17 u.a. – juris, Rn. 1; ferner: Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 123 Rn. 13 ff. m.w.N.).

Vorliegend hat der Antragsteller weder einen Anordnungsanspruch (dazu unter 1.) noch einen Anordnungsgrund (dazu unter 2.) in einer die Vorwegnahme der Hauptsache rechtfertigenden Weise glaubhaft gemacht.

1. Nach der in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung ist nicht mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Antragsteller einen Anspruch auf Ausstellung der begehrten Bescheinigung hat.

a. Ein solcher Anspruch ergibt sich zunächst nicht aus § 8 Abs. 1 3. InfSchMV in Verbindung mit der Legaldefinition in § 2 Nr. 4 und 5 der Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung - SchAusnahmV -, vom 8. Mai 2021, BAnz AT 08.05.2021 V1). Danach ist eine genesene Person eine asymptomatische Person, die im Besitz eines auf sie ausgestellten Genesenennachweises ist. Ein Genesenennachweis ist ein Nachweis in verkörperter oder digitaler Form hinsichtlich des Vorliegens einer vorherigen Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, wenn die zugrundeliegende Testung durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt ist und mindestens 28 Tage sowie maximal sechs Monate zurückliegt. Nach dieser Legaldefinition ist als

Genesenennachweis somit das in verkörperter oder digitaler Form vorliegende, personalisierte, positive Testergebnis als solches anzusehen, soweit der Test hinsichtlich Methodik und „Alter“ (mindestens 28 Tage und nicht mehr als sechs Monate) den in § 2 Nr. 5 SchAusnahmV normierten Anforderungen entspricht (vgl. in diesem Sinne auch die Begründung zu § 2 SchAusnahmV, BT-Drs. 19/29257, S. 15).

Die Ausstellung einer sonstigen – insbesondere behördlichen – Bescheinigung sieht in diesem Zusammenhang weder die bundesrechtliche COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung noch die landesrechtliche Dritte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vor.

b. Ein Anspruch ergibt sich ferner nicht aus § 22 Abs. 6 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes (- IfSG - vom 20. Juli 2000, BGBl. I S. 1045, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Juli 2021, BGBl. I S. 3274). Die Vorschrift regelt die Ausstellung eines – digitalen – so genannten COVID-19-Genesenzertifikats auf Wunsch einer positiv auf das Coronavirus SARS-CoV-2 getesteten Person. Die Ausstellung dieses Zertifikats obliegt jedoch nach der genannten Norm nicht etwa dem Antragsgegner, sondern erfolgt entweder „durch die zur Durchführung oder Überwachung der Testung berechnigte Person“ (vgl. § 22 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 IfSG) oder unter bestimmten Voraussetzungen nachträglich durch Ärzte/Ärztinnen oder Apotheker/Apothekerinnen (vgl. § 22 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 IfSG), wobei für das technische Generieren des Zertifikats allein das Robert Koch-Institut zuständig ist, an das zu diesem Zweck bestimmte Daten übermittelt werden müssen (vgl. § 22 Abs. 6 Satz 3 IfSG).

c. Ein Anspruch des Antragstellers gegen den Antragsgegner auf Ausstellung eines dort so genannten Genesungszertifikats ergibt sich schließlich auch nicht aus Artikel 3 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c, Artikel 7 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2021/953 des Europäischen Parlaments und des Rates (vom 14. Juni 2021, ABl. L 211/13; im Folgenden nur: Verordnung).

Zum einen obliegt die Ausstellung derartiger Zertifikate nach Artikel 3 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung den Mitgliedstaaten oder benannten Stellen, die im Namen der Mitgliedstaaten handeln – und damit nicht dem Antragsgegner –, und zum anderen setzen Genesungszertifikate nach Artikel 3 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der Verordnung einen positiven NAAT-Test voraus und dürfen nach Artikel 7 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung frühestens elf Tage nach dem Datum ausgestellt werden, an dem eine Person das erste Mal einem NAAT-Test unterzogen wurde, der ein positives Ergebnis erbracht hat. Unter einem NAAT-Test ist dabei nach Artikel 2 Nr. 4 der Verordnung ein molekularer Nukleinsäure-Amplifikationstest und kein Antikörpertest im Sinne von Artikel 2 Nr. 6 der Verordnung zu verstehen. Über einen positiven NAAT-Test verfügt der Antragsteller jedoch unstrittig nicht.

Allerdings ist der Europäischen Kommission durch Artikel 7 Abs. 4 der Verordnung die Befugnis übertragen worden, delegierte Rechtsakte zur Änderung der Bestimmungen in Artikel 7 Abs. 1 und in Artikel 3 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung zu erlassen, um die Ausstellung eines Genesungszertifikats auch auf der Grundlage eines positiven Antigen-Schnelltests, eines Antikörpertests einschließlich eines serologischen Tests auf Antikörper gegen SARS-CoV-2 oder auf der Grundlage jeder anderen wissenschaftlich validierten Methode zu ermöglichen. Über die mögliche Ausstellung von Genesungszertifikaten auf der Grundlage von Antikörpertests soll jedoch nach Artikel 16 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung zunächst bis zum 31. Oktober 2021 ein Bericht der Kommission erstellt werden, in dem die Kommission vor dem Hintergrund der verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse bewerten soll, ob der Erlass eines solchen delegierten Rechtsakts zweckmäßig und durchführbar ist (vgl. Artikel 7 Abs. 6 der Verordnung).

d. Ein Anspruch gegen den Antragsgegner auf Ausstellung eines „Genesenennachweises“ ergibt sich schließlich auch nicht aus Artikel 3 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) in Verbindung mit dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung daraus, dass die Behörde nach Aktenlage auf Antrag offenbar „Bestätigungen“ über das Vorliegen einer vorherigen Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 als Genesenennachweis nach § 2 Nr. 5 SchAusnahmV ausstellt.

Eine Rechtsgrundlage für diese Verwaltungspraxis ist – wie erörtert – nicht ersichtlich. Zwar ist im Bereich der Leistungsverwaltung anerkannt, dass die Anforderungen an die Regelungsdichte und die Bestimmtheit der rechtlichen Grundlage einer Maßnahme regelmäßig geringer als im Bereich der Eingriffsverwaltung sind und eine gesetzliche Grundlage auch mit Blick auf den Vorbehalt des Gesetzes (Artikel 20 Abs. 3 GG) nicht zwingend erforderlich sein muss (vgl. Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand 94. Erg.-Lfg. Januar 2021, Art. 20 Rn. 118). Entscheidend hierfür ist jedoch die Grundrechtsrelevanz der durch die Verwaltung gewährten Begünstigung (Grzeszick, a.a.O., Rn. 117 m.w.N.). Angesichts der weitreichenden infektionsschutzrechtlichen Auswirkungen der Rechtsstellung als „Genesener“ und im Hinblick darauf, dass der europäische Ordnungsgeber, der Bundesgesetzgeber sowie die Bundes- und Landesverordnungsgeber die Art und Weise der Nachweispflicht in Art. 7 Abs. 1 der Verordnung, in § 22 Abs. 6 IfSG, in § 2 Nr. 5 SchAusnahmV und in § 8 3. InfSchMV ausdrücklich und abweichend geregelt haben, dürfte die Ausstellung eines entsprechenden „amtlichen“ Zertifikats ohne rechtliche Grundlage hier rechtswidrig sein und sich ein subjektives Recht des Antragstellers schon deswegen hieraus nicht ableiten lassen („keine Gleichheit im Unrecht“, vgl. Kischel, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 47. Ed., Stand 15. Mai 2021, Art. 3 Rn. 115 m.w.N.).

Ein Anordnungsanspruch wäre hier überdies auch dann nicht hinreichend glaubhaft gemacht, wenn man abweichend von den vorstehenden Erwägungen davon ausginge, dass die Behörde berechtigt sei, separate „Genesenennachweise“ nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 3. InfSchMV in Verbindung mit § 2 Nr. 4 und 5 SchAusnahmV auszustellen. Auch das würde nämlich nichts daran ändern, dass der Antragsteller die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 2 Nr. 4 und 5 SchAusnahmV bzw. des inhaltlich entsprechenden § 8 Abs. 1 Nr. 3 3. InfSchMV nicht erfüllt, weil er – unstrittig – keinen positiven PCR-Test nachweisen kann.

Eine Auslegung der genannten Normen dahingehend, dass auch ein im Rahmen einer Blutuntersuchung gewonnener Antikörpernachweis dem positiven PCR-Test gleichzustellen ist, verbietet sich schon angesichts des eindeutigen und insoweit keiner erweiternden Auslegung zugänglichen Wortlauts der Normen und widerspräche im Übrigen auch dem erklärten Willen der Verordnungsgeberin auf Bundesebene (vgl. die Begründung zu § 2 SchAusnahmV, a.a.O.) sowie dem erklärten Willen des Landesverordnungsgebers zu einer im Einklang mit § 2 SchAusnahmV stehenden Regelung (vgl. Abgths-Drs. 18/3875 S. 52).

Die Frage, ob die fehlende Gleichsetzung von mittels Nukleinsäurenachweises positiv auf das Coronavirus SARS-CoV-2 getesteten Personen mit solchen Personen, die – wie der Antragsteller – über einen Antikörpernachweis verfügen, dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz nach Artikel 3 Abs. 1 GG widerspricht, bedarf in diesem Zusammenhang keiner Erörterung. Selbst wenn diese Frage zu bejahen wäre, würde dies nämlich den hier geltend gemachten Anspruch gegen den Antragsgegner nicht begründen.

Dies gilt schon allein deshalb, weil § 8 3. InfSchMV auf der Verordnungsermächtigung in § 11 Satz 1 SchAusnahmV beruht. Darin werden die Landesregierungen ausdrücklich nicht ermächtigt, den in der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung getroffenen Regelungen widersprechende landesrechtliche Regelungen zu treffen. Würde

also der Antragsgegner in der Landesverordnung den Kreis der im Rechtssinne „Genesenen“ über die bundesrechtliche Definition hinaus auf Personen mit Antikörpernachweis erweitern, würde sich eine solche Regelung nicht mehr im Rahmen der einschlägigen Verordnungsermächtigung halten und wäre daher nichtig. Einem etwaigen Verstoß gegen Artikel 3 Abs. 1 GG – von dem allerdings ohnehin nicht auszugehen ist (vgl. dazu ausführlich: VG München, Beschluss vom 6. Juli 2021 - M 26a E 21.3242 -, juris Rn. 29 ff.) – könnte mithin im hier interessierenden Zusammenhang nicht auf Landesebene und damit auch nicht im Verhältnis des Antragstellers zum Antragsgegner begegnet werden.

2. Unabhängig von den vorstehenden Erwägungen hat der Antragsteller schließlich auch keinen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre, hat der Antragsteller nicht hinreichend dargelegt.

Der vage Verweis auf Dienstreisen und Vereinsaktivitäten, die ohne Genesenennachweis „deutliche Einschränkungen“ und „finanziellen Mehraufwand“ mit sich brächten, versetzt das Gericht nicht in die Lage, das Vorliegen eines schweren und unzumutbaren Nachteils festzustellen. Der Antragsteller hat nichts dazu vorgetragen, inwieweit die Beibringung eines negativen Testergebnisses im Sinne des § 6 3. InfSchMV für ihn mit schweren und unzumutbaren, anders nicht abwendbaren Nachteilen verbunden sein soll. Soweit er geltend macht, die Sache sei eilbedürftig, weil nur innerhalb des Gültigkeitszeitraums einer Genesenenbescheinigung eine Einfachimpfung möglich sei, fehlt es an jedem Vorbringen dazu, warum es dem Antragsteller generell nicht möglich bzw. nicht zumutbar ist, sich gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 impfen zu lassen. Hierfür stehen allgemeinkundig inzwischen mehrere zugelassene Impfstoffe sowie ausreichende Kapazitäten in Impfzentren und bei niedergelassenen Ärztinnen und Ärzten zur Verfügung, wobei im Falle des Impfstoffs Janssen® von Johnson & Johnson bereits die Verimpfung einer einzigen Dosis – und damit der Sache nach eine „Einfachimpfung“ – ausreicht, um nach 14 Tagen den vollen Status als „Geimpfter“ zu erlangen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Werts des Verfahrensgegenstands beruht auf § 52 Abs. 1 und 2, § 53 Abs. 2 Nr. 1 des Gerichtskostengesetzes (GKG). Bietet der Sach- und Streitstand, wie hier, keine genügenden Anhaltspunkte für die Bedeutung der Sache für den Antragsteller, ist nach § 52 Abs. 2 GKG ein Streitwert von 5.000,- € anzunehmen. Das Gericht setzt diesen Auffangstreitwert wegen der hier begehrten Vorwegnahme der Hauptsache in voller Höhe an (vgl. Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ-Beilage 2013, 57, Punkt 1.5 Satz 2).