

Beglaubigte Abschrift

Az.: 20 L 1647/20

Beschluss

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

der Frau Inhaberin des ambulanten Pflegedienstes


 Dr. Ulbrich & Kaminski *DK*
 01. DEZ. 2020 *W*
 EINGEGANGEN *EK*

Antragstellerin,



Dr. Ulbrich & Kaminski
RECHTSANWÄLTE | NOTAR

Grabenstr. 12 | 44787 Bochum
Telefon +49 (0)234 579 521
Telefax +49 (0)234 579 521 - 21
E-Mail: kontakt@ulbrich-kaminski.de
www.ulbrich-kaminski.de

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Ulbrich und Kaminski,
Grabenstraße 12, 44787 Bochum,
Gz.: 200777,

gegen

das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch das Ministerium für Arbeit,
Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen,
Fürstenwall 25, 40219 Düsseldorf,

Antragsgegner,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. Redeker und andere,
Willy-Brandt-Allee 11, 53113 Bonn,
Gz.: 57/004399-20,

wegen Infektionsschutzrechts (Allgemeinverfügung Testung vom 2. November 2020)
hier: Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung

hat die 20. Kammer des

VERWALTUNGSGERICHTS GELSENKIRCHEN

am 30. November 2020

durch
den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Dr. Henke,
die Richterin am Verwaltungsgericht Rieck,
die Richterin Dr. Jahrmarkt

*o.a.B.
JK*

beschlossen:

Verfügung / vom			
Priorität	A	B	C
<input type="radio"/>	Neue Akte anlegen		
<input type="radio"/>	Welche Sache?		
<input checked="" type="radio"/>	Vorliegen mit Akte an		
<input checked="" type="radio"/>	Abschrift an		
<input type="radio"/>	Abheften / Anlegen		
<input type="radio"/>	Buchhaltung		
<input checked="" type="radio"/>	KEA		
<input type="radio"/>	WV: wie not. /		

- Die aufschiebende Wirkung der Klage 20 K 4521/20 gegen die Allgemeinverfügung des Antragsgegners vom 2. November 2020 zur Umsetzung des Anspruchs auf Testung in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des

Coronavirus SARS-CoV-2 gemäß Coronavirus-Testverordnung (TestV) vom 14. Oktober 2020 wird angeordnet, soweit darin eine Pflicht zur regelmäßigen PoC-Antigen-Testung auch asymptomatischer Personen vorgesehen ist.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragstellerin und der Antragsgegner jeweils zur Hälfte.

2. Der Streitwert wird auf 5.000,- Euro festgesetzt.

Gründe:

I. Der Antrag der Antragstellerin auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes mit dem sinngemäßen Antrag,

die aufschiebende Wirkung ihrer Klage 20 K 4521/20 gegen die Allgemeinverfügung des Antragsgegners vom 2. November 2020 zur Umsetzung des Anspruchs auf Testung in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 gemäß Coronavirus-Testverordnung (TestV) vom 14. Oktober 2020 anzuordnen,

hat in dem tenorierten Umfang Erfolg.

Er ist zulässig (hierzu unter 1.), aber nur teilweise begründet (hierzu unter 2.).

1. Das Gericht kann nach § 80 Abs. 5 Satz 1 1. Alt. der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) in dem vorliegenden Fall des nach § 28 Abs. 3 in Verbindung mit § 16 Abs. 8 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 18. November 2020 (BGBl. I S. 2397), gesetzlich angeordneten Sofortvollzuges die aufschiebende Wirkung einer Klage ganz oder teilweise anordnen.

2. Der Antrag ist begründet, soweit in der angefochtenen Allgemeinverfügung des Antragsgegners eine Pflicht zur regelmäßigen PoC-Antigen-Testung auch asymptomatischer Personen vorgesehen ist. Die gerichtliche Entscheidung ergeht dabei auf der Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung. Gegenstand der Abwägung sind das Aufschubinteresse der Antragstellerin einerseits und das öffentliche Interesse an der Vollziehung des streitbefangenen Verwaltungsakts gegenüber der Antragstellerin andererseits. Im Rahmen dieser Interessenabwägung können auch Erkenntnisse über die Rechtmäßigkeit und die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes, der vollzogen werden soll, Bedeutung erlangen, allerdings nicht

als unmittelbare Entscheidungsgrundlage, sondern als in die Abwägung einzustellende Gesichtspunkte, wenn aufgrund der gebotenen summarischen Prüfung Erfolg oder Misserfolg des Rechtsbehelfs offensichtlich erscheinen. Lässt sich bei der summarischen Überprüfung die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts ohne weiteres feststellen, ist sie also offensichtlich, so ist die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs anzuordnen, weil an der sofortigen Vollziehung einer offensichtlich rechtswidrigen Verfügung kein öffentliches Interesse bestehen kann. Erweist sich nach der genannten Überprüfung die angefochtene Verfügung als offensichtlich rechtmäßig, so führt dies in Fällen des gesetzlich angeordneten Sofortvollzuges regelmäßig dazu, dass der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung abzulehnen ist.

Lässt sich nach der im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotenen summarischen Überprüfung weder die offensichtliche Rechtmäßigkeit noch die offensichtliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts mit der erforderlichen Sicherheit feststellen, so ergeht die Entscheidung aufgrund einer weiteren Interessenabwägung, in der zum einen die Auswirkungen in Bezug auf das öffentliche Interesse in dem Fall, dass dem Antrag stattgegeben wird, der Rechtsbehelf im Hauptsacheverfahren indes erfolglos bleibt, und zum anderen die Auswirkungen auf den Betroffenen für den Fall der Ablehnung eines Antrags und des erfolgreichen Rechtsbehelfs in der Hauptsache gegenüberzustellen sind.

Gemessen an diesen Maßstäben ist mit Blick auf die Regelungen betreffend eine Pflicht zur regelmäßigen PoC-Antigen-Testung auch asymptomatischer Personen die aufschiebende Wirkung der Klage anzuordnen. Denn insoweit bietet die Klage erhebliche Aussicht auf Erfolg und an der Vollziehung der insoweit wohl rechtswidrigen Allgemeinverfügung besteht kein öffentliches Interesse (dazu a)). Im Übrigen hat es vorliegend bei dem gesetzlich angeordneten Sofortvollzug zu bleiben. Denn die Erfolgsaussichten in der Hauptsache erweisen sich allenfalls als offen und das öffentliche Interesse am Sofortvollzug überwiegt (dazu b)).

a) Soweit die Allgemeinverfügung – jedenfalls aus Sicht des Antragsgegners – offenbar eine Pflicht zur regelmäßigen PoC-Antigen-Testung auch asymptomatischer Personen vorsieht bzw. vorsehen soll, erweist sie sich nach summarischer Prüfung als rechtswidrig. Sie ist nicht hinreichend bestimmt.

Nach § 37 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes Nordrhein-Westfalen (VwVfG NRW) muss ein Verwaltungsakt – und damit auch eine Allgemeinverfügung als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Satz 2 VwVfG NRW – hinreichend bestimmt sein.

Dies ist der Fall, wenn die in dem Verwaltungsakt geregelte Rechtsbeziehung und auch deren Ausgestaltung klar sind. Der Wille der Behörde muss vollständig zum Ausdruck kommen und es muss für die Beteiligten des Verfahrens eindeutig erkennbar sein, welche Rechtsfolge gewollt ist. Insbesondere muss der Adressat erkennen können, was von ihm gefordert wird. Zudem muss der Verwaltungsakt geeignet sein, Grundlage für Maßnahmen zu seiner zwangsweisen Durchsetzung zu sein.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Oktober 2017 – 8 C 18.16 –, juris, Rdnr. 13; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl. 2018, § 37 Rdnr. 2.

Der Regelungsgehalt eines Verwaltungsakts ist durch Auslegung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung des Empfängerhorizontes und der speziellen Sachkunde des adressierten Fachkreises in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 des Bürgerlichen Gesetzbuches zu ermitteln. Hinreichende Bestimmtheit liegt vor, wenn sich die Regelung aus dem gesamten Inhalt des Bescheides, insbesondere seiner Begründung, sowie den weiteren, den Beteiligten bekannten oder ohne weiteres erkennbaren Umständen unzweifelhaft erkennen lässt.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 26. Oktober 2017 – 8 C 18.16 –, juris, Rdnr. 13, und vom 20. Juni 2013 – 8 C 46.12 –, juris, Rdnr. 27, sowie vom 3. Dezember 2003 – 6 C 20.02 –, juris, Rdnr. 17 (ständige Rechtsprechung).

Mithin genügt es, dass der Regelungsinhalt bestimmbar ist, wobei das Maß der jeweils notwendigen Konkretisierung von der Art des Verwaltungsakts, den Umständen seines Erlasses und seinem Zweck abhängt.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 26. September 2008 – 13 B 1395/08 – juris, Rdnr. 18, und vom 22. Januar 2004 – 18 B 38/03 – juris, Rdnr. 6; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl. 2018, § 37 Rdnr. 5.

Mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot genügt es ferner, wenn sich die getroffene Regelung unmissverständlich erst aus der Begründung des Verwaltungsakts ergibt.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 1987 – 3 C 33.85 –, juris, Rdnr. 15; OVG NRW, Beschluss vom 22. Januar 2004 – 18 B 38/03 –, juris, Rdnr. 6.

Die vorgenannten Maßstäbe zugrunde gelegt erweist sich die angefochtene Allgemeinverfügung hinsichtlich der darin offenbar enthaltenen Pflicht zur

regelmäßigen Durchführung von PoC-Antigen-Tests auch bei asymptomatischen Personen als nicht hinreichend bestimmt.

aa) Der Verfügungstext lässt bereits nicht zweifelsfrei erkennen, ob eine solche Pflicht in der Allgemeinverfügung tatsächlich statuiert wird.

So ergibt sich aus Ziffer 1.3 der Allgemeinverfügung zwar die Pflicht für ambulante Pflegedienste, ab dem 9. November 2020 PoC-Tests „verpflichtend anzuwenden bzw. zu veranlassen“. Eine Aussage dahingehend, dass diese Tests regelmäßig durchzuführen sind, enthält diese Regelung hingegen nicht. Auch rechtfertigt die Zusammenschau mit der Begründung zu Ziffer 1 der Allgemeinverfügung keine andere Auslegung. Darin wird lediglich wiederholt, dass die in Ziffer 1.3 Satz 2 genannten Einrichtungen PoC-Antigen-Tests verpflichtend anzuwenden haben.

Auch Ziffer 2.2 statuiert eine Pflicht zur regelmäßigen Anwendung von PoC-Antigen-Tests bei asymptomatischen Personen nicht. Zwar legt die in der Bestimmung gewählte Formulierung nahe, dass eine solche Pflicht bestehen soll. Klar geregelt ist eine solche Verpflichtung der Adressaten der Allgemeinverfügung hier indes nicht. Vielmehr wird in Ziffer 2.2 – ausgehend von der vom Allgemeinverfügungsgeber gewählten Formulierung („über hinaus auch dann...“) – das Bestehen einer solchen Pflicht vorausgesetzt.

Die Statuierung einer Pflicht zur regelmäßigen Testung auch asymptomatischer Personen ist der Allgemeinverfügung schlussendlich auch in einer Gesamtschau mit ihrer Anlage nicht zu entnehmen, in der als Mindestinhalt des von den Adressaten der Allgemeinverfügung gemäß Ziffer 2.1 vorzulegenden Testkonzepts die Beschreibung der Testhäufigkeiten aufgeführt ist. Auch dies deutet auf das Bestehen einer Pflicht zur regelmäßigen PoC-Antigen-Testung hin, begründet eine solche jedoch nicht. Daran ändert die Bezugnahme auf die Testverordnung des Bundesgesundheitsministeriums nichts, denn in dieser wird keine Testpflicht geregelt; sie verhält sich vielmehr zu Ansprüchen in der gesetzlichen Krankenversicherung.

bb) Ungeachtet dessen erweist sich die Allgemeinverfügung hinsichtlich des Inhalts einer – wie ausgeführt, nicht zweifelsfrei statuierten – regelmäßigen Testpflicht asymptomatischer Personen als nicht hinreichend bestimmt, weil diese Pflicht ihrem Umfang nach, namentlich in Bezug auf die Testhäufigkeit, nicht hinreichend konkret ausgestaltet ist. Die Adressaten der Allgemeinverfügung können nicht eindeutig erkennen, in welchem Umfang, insbesondere in welchen zeitlichen Intervallen, sie regelhafte PoC-Antigen-Tests bei ihrem Personal bzw. gegebenenfalls auch bei den

von ihnen Behandelten, Betreuten, Gepflegten oder Untergebrachten und deren Besuchern vorzunehmen verpflichtet sind.

Konkrete Vorgaben zum Umfang einer Pflicht zur regelmäßigen PoC-Antigen-Testung von asymptomatischen Personen enthält die Allgemeinverfügung selbst nicht. Dies beruht nach dem Vorbringen des Antragsgegners darauf, dass der Allgemeinverfügungsgeber es den Adressaten der Allgemeinverfügung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit überlassen wollte, die Häufigkeit der regelmäßigen Testungen selbst zu bestimmen. Dass es in der Verantwortung der Adressaten der Allgemeinverfügung selbst liegen soll, die Häufigkeit der von ihnen durchzuführenden Testungen zu bestimmen, folgt jedoch nicht aus einer ausdrücklichen dahingehenden Bestimmung der Allgemeinverfügung. Diese scheint vielmehr eine gewisse Mindesthäufigkeit der Tests zu fordern, wenn sie in Ziffer 2.2 Testungen „über die regelhaften Testungen hinaus“ verlangt.

Auch enthält die Allgemeinverfügung weder für sich gesehen noch in einer Gesamtschau mit den darin in Bezug genommenen „Richtlinien und Empfehlungen des Robert Koch-Instituts“ eine hinreichend klare Ausgestaltung oder eindeutige Vorgaben betreffend die regelmäßigen Testungen. So ergibt sich aus der Begründung „zu 2“ der Allgemeinverfügung lediglich, dass die regelhaft durchzuführenden Testungen in dem von den Einrichtungen und Unternehmen vorzulegenden Testkonzept zu beschreiben sind. Vorgaben zur Häufigkeit der Testungen sind hier nicht enthalten. Auch der Anlage zur Allgemeinverfügung lassen sich keine Vorgaben hinsichtlich des Umfangs einer regelmäßigen Testpflicht entnehmen. Nach dem vierten Spiegelstrich der Anlage hat das nach Ziffer 2.1 der Allgemeinverfügung vorzulegende Testkonzept auch eine Beschreibung der Testhäufigkeiten, unterschieden nach Personal, Behandelten, Betreuten, Gepflegten oder Untergebrachten sowie Besuchern, zu enthalten. Hieraus lässt sich allerdings entgegen der Auffassung des Antragsgegners lediglich der Schluss ziehen, dass überhaupt eine Aussage zu Testhäufigkeiten zu erfolgen hat. Vorgaben zu der Häufigkeit an sich enthält die Anlage der Allgemeinverfügung nicht.

Hinreichend bestimmte Vorgaben hinsichtlich des Umfangs der regelhaften Testungen ergeben sich auch nicht unter Berücksichtigung der in Ziffer 1.1 und 1.2 in Bezug genommenen „Richtlinien und Empfehlungen des Robert Koch-Instituts“. Diese werden in der Allgemeinverfügung selbst nicht konkret benannt, sodass für die Adressaten der Allgemeinverfügung bereits nicht deutlich ist, welche konkreten Richtlinien und Empfehlungen hier maßgeblich sein sollen. Zwar wird in der Begründung der Allgemeinverfügung klargestellt, dass es sich dabei um die „Richtlinien und Empfehlungen des Robert Koch-Instituts (RKI) zur Testung von

Personen auf SARS-CoV-2“ handeln soll. Richtlinien und Empfehlungen des Robert Koch-Instituts mit diesem konkreten Titel existieren jedoch derzeit nicht. Insoweit mag dem Antragsgegner durchaus zuzugestehen sein, dass bei einer entsprechenden Recherche im Internet verschiedene Dokumente des Robert Koch-Instituts aufgefunden werden können, die den Bereich der Pflege und Betreuung betreffen. Auch lässt sich ohne weiteres eine umfangreiche Gesamtübersicht von Dokumenten, Empfehlungen und Richtlinien zu verschiedenen Themenkomplexen zum Thema „Corona“ finden. Soweit der Antragsgegner in dem – im Parallelverfahren durchgeführten – telefonischen Erörterungstermin der Kammer vom 19. November 2020 ausgeführt hat, anhand dieser Übersicht könne der jeweilige Adressat der Allgemeinverfügung ohne weiteres das für ihn passende Dokument mit den auf ihn zugeschnittenen Empfehlungen finden, führt dies aus Sicht der Kammer nicht dazu, dass hier eine klare Bezugnahme auf eindeutig einschlägige Dokumente mit konkreten Vorgaben vorliegt. Vor dem Hintergrund, dass in der Begründung gerade nicht auf die Gesamtübersicht der nach Themen sortierten Richtlinien und Empfehlungen und anderen Dokumente des Robert Koch-Instituts mit Bezug zum Coronavirus verwiesen wird, sondern konkret auf „Richtlinien und Empfehlungen des Robert Koch-Instituts (RKI) zur Testung von Personen auf SARS-CoV-2“, ist die von dem Antragsgegner vorgenommene Interpretation nämlich gerade nicht zwingend. Vielmehr ist in gleicher Weise eine Auslegung dahingehend naheliegend, dass der Allgemeinverfügungsgeber auf ein konkretes Dokument mit dem vorgenannten Titel verwiesen hat, welches die Adressaten vergeblich suchen würden.

Ungeachtet dessen führt aber auch eine Berücksichtigung des Inhalts der – nach dem Vorbringen des Antragsgegners – vom Allgemeinverfügungsgeber als Bezugsdokument gemeinten Veröffentlichung des Robert Koch-Instituts „Prävention und Management von COVID-19 in Alten- und Pflegeeinrichtungen und Einrichtungen für Menschen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen (Empfehlungen des Robert Koch-Instituts für Alten- und Pflegeeinrichtungen und Einrichtungen für Menschen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen und für den öffentlichen Gesundheitsdienst) vom 7. Oktober 2020 resp. vom 25. November 2020 nicht dazu, dass den Adressaten der Allgemeinverfügung eine klare Vorgabe hinsichtlich der Testhäufigkeit gemacht wird. In diesem Dokument mit Stand 7. Oktober 2020 hieß es (bis zum 24. November 2020): „Bei ausreichenden Testkapazitäten kann eine regelmäßige Testung der Mitarbeiter (z.B. wöchentlich oder häufiger) auch unabhängig von dem Auftreten von Symptomen in Abhängigkeit von der lokalen Situation und in Absprache mit dem Gesundheitsamt veranlasst werden. [...] Eine regelmäßige Testung von Personal in Gebieten mit erhöhter

Inzidenz kann erwogen werden.“ Im selben Dokument mit Stand 25. November 2020 heißt es hingegen: „Die Mitarbeiter sollten in Absprache mit dem Gesundheitsamt auch unabhängig von dem Auftreten von Symptomen regelmäßig getestet werden (z.B. wöchentlich).“ Selbst bei einer strikten Einhaltung dieser Empfehlungen (vgl. Ziffer 1.1. der Allgemeinverfügung) ergibt sich hieraus jedoch allenfalls, dass eine regelmäßige Testung des asymptomatischen Personals „z.B. wöchentlich“ (aber offenkundig zulässigerweise auch in anderen, kürzeren oder längeren Intervallen) erfolgen „sollte“. Um eine verbindliche Vorgabe im Hinblick auf die zeitlichen Intervalle zwischen den einzelnen Testungen handelt es sich hierbei nicht.

Welche zeitlichen Abstände zwischen regelhaften Testungen von den Adressaten der Allgemeinverpflichtung gewählt werden könnten, ohne dass sie gegen die – auch vom Antragsgegner als Teil der Allgemeinverfügung postulierte – Verpflichtung zur regelmäßigen Testung verstoßen würden, ist nach alledem nicht mit hinreichender Deutlichkeit erkennbar.

b) Im Übrigen erweist sich die angefochtene Allgemeinverfügung als rechtmäßig.

aa) Rechtsgrundlage für die vorliegende Allgemeinverfügung ist § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (CoronaSchVO) vom 30. September 2020. Diesem entspricht der seit dem 2. November 2020 geltende § 5 Abs. 1 CoronaSchVO vom 30. Oktober 2020, so dass auch nach dem Außerkrafttreten der Coronaschutzverordnung vom 30. September 2020 eine gleichlautende Ermächtigungsgrundlage für die angefochtene Allgemeinverfügung vorliegt. Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Nach § 5 Abs. 1 CoronaSchVO haben Krankenhäuser, Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen, vollstationäre Einrichtungen der Pflege und besondere Wohnformen der Eingliederungshilfe sowie ähnliche Einrichtungen die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um den Eintrag von Coronaviren zu erschweren und Patienten, Bewohner und Personal zu schützen. Hierbei sind nach § 5 Abs. 1 Satz 2 CoronaSchVO insbesondere die Richtlinien und Empfehlungen des Robert Koch-Instituts zu beachten.

Die Kammer lässt es dahingestellt, ob die angefochtenen Regelungen zu Recht in der Form einer Allgemeinverfügung ergangen sind oder ob der Antragsgegner die Rechtsform einer Rechtsverordnung hätte wählen müssen. Jedenfalls bestehen im vorliegenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach summarischer Prüfung keine durchgreifenden Bedenken gegen die gewählte Rechtsform.

bb) Gegen die formelle Rechtmäßigkeit der Allgemeinverfügung bestehen keine Bedenken. Insbesondere ergibt sich die Zuständigkeit des Antragsgegners aus § 3 Abs. 2 Nr. 2 des Gesetzes zur Regelung besonderer Handlungsbefugnisse im Rahmen einer epidemischen Lage von nationaler oder landesweiter Tragweite und zur Festlegung der Zuständigkeiten nach dem Infektionsschutzgesetz (IfSBG-NRW).

cc) Die Regelungen der Allgemeinverfügung des Antragsgegners sind im Übrigen – namentlich mit Blick auf die darin festgelegten Pflichten zur Durchführung eines täglichen Symptommonitorings (Ziffer 1.2), zur Durchführung anlassbezogener PoC-Antigen-Testungen beim Vorliegen von Symptomen (Ziffer 2.2) und (mit Ausnahme des oben erörterten Problems der regelhaften Testung asymptomatischer Personen) zur Einreichung eines Testkonzepts (Ziffer 2.1) sowie zur Durchführung einer Schulung des Personals (Ziffer 4) – auch materiell rechtmäßig.

(1) Die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG liegen vor. Bei der Coronavirus-Krankheit (COVID-19) handelt es sich um eine übertragbare Krankheit im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG. Es wurden zahlreiche Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider festgestellt und es ist belegt, dass Verstorbene krank waren. An den Tatbestandsvoraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG fehlt es auch nicht deshalb, weil die bei der Antragstellerin Beschäftigten, die von ihr und ihren Mitarbeitern Betreuten oder deren Besucher möglicherweise aktuell weder „krank“ noch „ansteckungsverdächtig“ im Sinne von § 2 Nr. 5 und 7 IfSG sind. § 28 Abs. 1 IfSG ermächtigt nach seinem Wortlaut, seinem Sinn und Zweck und dem Willen des Gesetzgebers zu Maßnahmen auch gegenüber „Nichtstörern“. Im Übrigen ist zu beachten, dass eine Vielzahl von Übertragungen des SARS-CoV-2-Virus bereits in der präsymptomatischen Phase oder gar durch vollkommen symptomlose Überträger stattfinden kann. Es stellt sich daher schon die Frage, ob eine Differenzierung von „Störern“ und „Nichtstörern“ im Falle von SARS-CoV-2 überhaupt sachgerecht ist.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. März 2012 – 3 C 16.11 –, juris, Rdnr. 26; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 30. Juli 2020 – 1 S 2087/20 –, juris, Rdnr. 44 m.w.N.

Bei den der Antragstellerin auferlegten Pflichten zum täglichen Symptommonitoring und der PoC-Antigen-Testung symptomatischer Personen sowie zur Einreichung eines Testkonzepts und zur Veranlassung einer Schulung des Personals zur Durchführung dieser Tests handelt es sich auch um Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG. Bei § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG handelt es sich um eine Generalklausel, die die zuständigen Behörden zum Handeln verpflichtet (gebundene Entscheidung). Hinsichtlich Art und Umfang der Bekämpfungsmaßnahmen – „wie“

des Eingreifens – ist der Behörde jedoch ein Ermessen eingeräumt. Das behördliche Ermessen wird dadurch beschränkt, dass es sich um „notwendige Schutzmaßnahmen“ handeln muss, nämlich Maßnahmen, die zur Verhinderung der (Weiter-) Verbreitung der Krankheit geboten sind. Der Begriff der „Schutzmaßnahmen“ ist umfassend und eröffnet der Infektionsschutzbehörde ein möglichst breites Spektrum an geeigneten Schutzmaßnahmen, welches durch die Notwendigkeit der Maßnahme im Einzelfall begrenzt wird. Schutzmaßnahmen sind nur erlaubt, soweit dies inhaltlich („soweit“) und zeitlich („solange“) erforderlich ist. Darüber hinaus sind dem Ermessen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Grenzen gesetzt.

Vgl. so schon VG Münster, Beschluss vom 6. August 2020 – 5 L 596/20 –, juris, Rdnr. 12 m.w.N.

Wie sich bereits aus dem letzten Satzteil des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG ergibt, erfüllen all solche Maßnahmen den Begriff der „Schutzmaßnahme“, die der Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten dienen. Bei den in der Allgemeinverfügung enthaltenen Verpflichtungen zum täglichen Symptommonitoring, zur Testung des Personals und der Behandelten, Betreuten, Gepflegten oder Untergebrachten beim Vorliegen von Symptomen einer COVID-19-Erkrankung, zur Einreichung eines Testkonzepts und zur Veranlassung der Schulung des Personals ist das der Fall. Diese Maßnahmen können dazu beitragen, namentlich in dem Bereich von Alten- und Pflegeeinrichtungen Infektionen mit dem Coronavirus frühzeitig und schnell zu identifizieren und die betroffenen infizierten Personen bei Bedarf zu isolieren und hierdurch einen Eintrag des Coronavirus in eine Einrichtung (beispielsweise durch infiziertes Personal) oder eine Weiterverbreitung des Virus innerhalb einer Einrichtung zu verhindern. Dass das Symptommonitoring ebenso wie die Durchführung von anlassbezogenen PoC-Antigen-Tests einen bereits Infizierten nicht mehr vor der Infektion schützen kann, steht der Einordnung der Maßnahmen als „Schutzmaßnahme“ im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG daher nicht entgegen.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 30. Juli 2020 – 1 S 2087/20 –, juris, Rdnr. 46; vgl. a. VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 21. August 2020 – 20 L 1097/20 –, nicht veröffentlicht, hinsichtlich der Allgemeinverfügung betreffend Reihentestungen des Personals fleischverarbeitender Betriebe.

(2) Die in der Allgemeinverfügung enthaltenen Verpflichtungen sind auch verhältnismäßig.

Der Antragsgegner ist im Rahmen des ihm zustehenden Einschätzungsspielraums beanstandungsfrei davon ausgegangen, dass es sich bei den von den Einrichtungen und Unternehmen nach Ziffer 1.1 und 1.3 der angefochtenen Allgemeinverfügung Behandelten, Betreuten, Gepflegten oder Untergebrachten – nach dem aktuellen Erkenntnisstand – um besonders vulnerable Personen handelt und daher besondere Maßnahmen betreffend diesen Bereich zu ergreifen sind.

Bewohner von Alten- und Pflegeeinrichtungen und Bewohner sowie Betreute von Einrichtungen für Menschen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen gehören aufgrund ihres Alters und/oder des Vorliegens von Vorerkrankungen (z.B. Diabetes, Herz- Kreislauferkrankungen) zu dem Personenkreis mit erhöhtem Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf. Darüber hinaus besteht bei Auftreten einer COVID-19-Erkrankung in der Einrichtung aufgrund der gemeinsamen räumlichen Unterbringung, der Teilnahme an gemeinsamen Aktivitäten und z.T. nahem physischen Kontakt bei pflegerischen Tätigkeiten ein erhöhtes Risiko für eine Infektion.

Vgl. Robert Koch-Institut, Prävention und Management von COVID-19 in Alten- und Pflegeeinrichtungen und Einrichtungen für Menschen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen, S. 4, Stand: 25. November 2020, abrufbar unter://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Corona_virus/Alten_Pflegeeinrichtung_Empfehlung.pdf;jsessionid=8E9493A2A09DC6FC02AEA6B1C83346F4.internet071?__blob=publicationFile.

(a) Die vorgenannten Verpflichtungen zum täglichen Symptommonitoring und einer PoC-Antigen-Testung symptomatischer Personen dienen dem legitimen Zweck, eine weitere Ausbreitung des Coronavirus unter den besonders vulnerablen Personengruppen der Gesellschaft und in der Folge vermehrte schwere, mitunter tödliche Krankheitsverläufe sowie eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern, indem im Rahmen der Nationalen Teststrategie auch PoC-Antigen-Testungen vorgesehen werden.

Die Durchführung einer Schulung des Personals der betroffenen Einrichtungen und Unternehmen sowie die Erstellung und Einreichung eines Testkonzepts dienen der flächendeckenden Realisierbarkeit der vorgenannten Testpflicht und der Sicherstellung der Beschaffungsmöglichkeiten und gerechten Verteilung der PoC-Antigen-Tests und damit ebenfalls einem legitimen Ziel.

(b) Die Maßnahmen sind zur Erreichung dieses Ziels auch geeignet. Die streitgegenständlichen Regelungen beruhen auf der Grundannahme, dass die in oder von Einrichtungen und Unternehmen im Sinne der Ziffer 1.1 und 1.3

Behandelten, Betreuten, Gepflegten oder Untergebrachten überdurchschnittlich häufig mit schweren und letalen Krankheitsverläufen zu rechnen haben und daher in Bezug auf sie ein besonderes Schutzbedürfnis besteht, welches sich auch auf die in diesem Bereich tätigten Einrichtungen und Unternehmen und ihr Personal und ggfs. auch auf die Besucher der Betroffenen auswirkt.

Dass die Durchführung von PoC-Antigen-Tests dazu beitragen kann, die Weiterverbreitung des Coronavirus in diesem besonders vulnerablen Bereich zu vermindern, liegt auf der Hand. Dies gilt für die der Testpflicht vorgelagerte Pflicht zum täglichen Symptommonitoring, das der Entdeckung von Krankheitssymptomen dient, und die Verpflichtung zur Schulung von Personal sowie die Pflicht zur Einreichung eines Testkonzepts als begleitende Maßnahmen in gleicher Weise.

(c) Ferner sind die getroffenen Maßnahmen auch erforderlich. Es sind keine anderen, mildereren, aber ebenso effektiven Maßnahmen ersichtlich, die den angestrebten Zweck genauso gut erreichen würden.

Insbesondere lässt sich das verfolgte Ziel nicht ebenso gut durch die Durchführung von PCR-Tests oder ein Verbot erreichen, wonach symptomatisches Personal seiner Tätigkeit nicht nachgehen dürfte oder symptomatische Behandelte, Betreute, Gepflegte oder Untergebrachte sich zu isolieren hätten. Denn im Gegensatz zu den PCR-Tests liegt das Ergebnis eines PoC-Antigen-Tests innerhalb kurzer Zeit vor. Auch trägt die Durchführung von PoC-Antigen-Tests dazu bei, eine Überlastung der Labore zu verhindern und die Durchführung aufwändiger PCR-Tests auf das erforderliche Maß zu begrenzen. Auch kann – bei sachgerechter Anwendung – eine Infektion mit dem Coronavirus mit einiger Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, so dass sich ungerechtfertigte Isolierungen und Engpässe beim Personal verhindern lassen.

Auch das Tragen einer Alltagsmaske oder einer medizinischen Maske ist nicht in gleicher Weise geeignet, Infektionsübertragungen auszuschließen, da durch die PoC-Antigen-Tests bei einem bestehenden Verdacht auf eine Infektion bereits eine Begegnung mit einer weiteren oder weiteren vulnerablen Personen und damit das Risiko einer Infektion verhindert wird.

Wegen der geringeren Sensitivität der PoC-Antigen-Tests müssen jedoch alle zurzeit auf dem Markt befindlichen Antigen-Schnelltests von eingewiesenen Personen angewendet werden, die die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzen.

Vgl. Robert Koch-Institut, Nationale Teststrategie – wer wird in Deutschland auf das Vorliegen einer SARS-CoV-2 Infektion getestet? Stand 24. November 2020, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Teststrategie/Nat-Teststrat.html.

Vor diesem Hintergrund erweist sich auch die in Ziffer 4 der Allgemeinverfügung vorgesehene Schulung des Personals der Adressaten der Allgemeinverfügung als erforderlich, da nur so die fachgerechte Durchführung der Tests sichergestellt werden kann. Das Testkonzept schließlich ist nach § 6 TestV eine Grundvoraussetzung, die sicherstellen soll, dass die vorhandenen Kapazitäten an PoC-Antigen-Tests entsprechend den bestehenden Bedürfnissen gerecht verteilt werden und ein ungerechtfertigtes Horten von PoC-Antigen-Tests verhindert wird.

(d) Schließlich erweisen sich die genannten Verpflichtungen auch unter Abwägung der gegenläufigen Interessen als angemessen. Der verfolgte Zweck steht nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs. Die angefochtenen Verpflichtungen stellen sich als Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes (GG)) dar, sind aber aus vernünftigen Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt. Der Schutz der Gesundheit besonders vulnerabler Personengruppen vor einer Erkrankung an COVID-19 und die Verhinderung einer mit einem vermehrten Auftreten verhältnismäßig schwererer Krankheitsverläufe einhergehende zu befürchtende Überlastung des Gesundheitssystems sind solche vernünftige Gemeinwohlerwägungen. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die Belastungen der hiervon betroffenen Einrichtungen und Unternehmen als zumutbar. Das tägliche Symptommonitoring nimmt regelmäßig jeweils nur wenige Momente in Anspruch. Für den jeweils bei Vorliegen von Symptomen durchzuführenden PoC-Antigen-Test gilt das Gleiche. Die Schulung des Personals ist – ebenso wie die Erstellung und Einreichung des Testkonzepts – eine einmalige Belastung von zeitlich insgesamt untergeordneter Bedeutung. Soweit die Antragstellerin die mit der Schulung und dem Erwerb der PoC-Antigen-Tests einhergehenden finanziellen Belastungen anführt, sind ihr diese mit Blick auf §§ 11 und 12 TestV zuzumuten. Für die Schulung des Personals darf ein zugelassener Arzt pro Betrieb nach § 12 Abs. 2 TestV nicht mehr als 70,- Euro berechnen. Erfolgt die Schulung durch eine Stelle des öffentlichen Gesundheitsdienstes, darf die Schulungsmaßnahme nicht vergütet werden, ist demnach kostenlos. Für den Erwerb der PoC-Antigen-Tests sieht § 11 TestV – unter Zugrundelegung der jeweiligen einrichtungs- und unternehmensbezogenen Testkonzepte – eine Vergütung der Sachkosten in Höhe der entstandenen Beschaffungskosten in Höhe von bis zu sieben Euro vor, so dass die Antragstellerin jedenfalls einen anteiligen Ersatz der Kosten der Beschaffung

erhalten kann. Auch wenn etwaige mit dem zusätzlichen Arbeitsaufwand einhergehende zusätzliche Personalkosten wegen Überstunden oder der Notwendigkeit, zusätzliches Personal einzustellen, nicht oder nicht vollständig über § 150 SGB XI ausgeglichen werden können, handelt es sich insgesamt doch in erster Linie um wirtschaftliche Aspekte, die hinter den dem gegenüberstehenden Rechtsgütern, Gesundheit und Leben der hier betroffenen besonders vulnerablen Personen, und hinter dem Interesse an der Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems zurückzustehen haben.

(3) Selbst wenn man nach alledem insoweit von offenen Erfolgsaussichten der Klage ausgehen wollte – eine offensichtliche Rechtswidrigkeit, insbesondere hinsichtlich der Erforderlichkeit der getroffenen Maßnahmen, ist jedenfalls nach summarischer Prüfung nicht gegeben –, führt die Interessenabwägung vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen zu einem klaren Überwiegen des öffentlichen Vollzugsinteresses gegenüber dem Aussetzungsinteresse der Antragstellerin. Würde der Vollzug der Allgemeinverfügung vollständig ausgesetzt, erwiese sich diese aber im Hauptsacheverfahren als rechtmäßig, so könnten in der Zwischenzeit durch eine weitere Zunahme des Infektionsgeschehens schwerwiegende und erhebliche Schädigungen eines überragenden Schutzgutes – der menschlichen Gesundheit – eintreten. Bleibt die Allgemeinverfügung dagegen (mit Ausnahme der vermeintlichen Pflicht zur regelhaften Testung auch asymptomatischer Personen) sofort vollziehbar, erweist sie sich aber im Hauptsacheverfahren als rechtswidrig, entstehen bei der Antragstellerin keine tief greifenden und vor allem keine dauerhaften Beeinträchtigungen. Die zu befürchtenden Gesundheitsschädigungen sind dagegen möglicherweise irreversibel. Das Schutzgut der menschlichen Gesundheit der Behandelten, Betreuten, Gepflegten und Untergebrachten ist gegenüber dem der Antragstellerin abverlangten zusätzlichen Aufwand in zeitlicher und finanzieller Hinsicht – zumindest im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes – daher ohne Zweifel als höherrangig einzustufen.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 VwGO.

II. Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG) und berücksichtigt die mit dem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz beabsichtigte Vorwegnahme der Hauptsache.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen den Beschluss zu 1. steht den Beteiligten die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster zu.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses schriftlich oder als elektronisches Dokument, letzteres nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV), bei dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, Bahnhofsvorplatz 3, 45879 Gelsenkirchen, einzulegen. Sie ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, beim Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, schriftlich oder als elektronisches Dokument, letzteres nach Maßgabe des § 55a VwGO und der ERVV, einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen. Das Oberverwaltungsgericht prüft nur die dargelegten Gründe.

*Lot. US/DC**Lot. US/DC*

Im Beschwerdeverfahren gegen den Beschluss zu 1. muss sich jeder Beteiligte durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde. Der Kreis der als Prozessbevollmächtigte zugelassenen Personen und Organisationen bestimmt sich nach § 67 Abs. 4 VwGO.

Gegen den Beschluss zu 2. findet innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, Beschwerde statt, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt.

Die Beschwerde ist schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder als elektronisches Dokument, letzteres nach Maßgabe des § 55a VwGO und der ERVV, bei dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen einzulegen. Über sie entscheidet das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, falls das beschließende Gericht ihr nicht abhilft.

Dr. Henke**Rieck****Dr. Jahrmarkt**

Beglaubigt
als Urkundsbeamter/in
der Geschäftsstelle des
Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen