

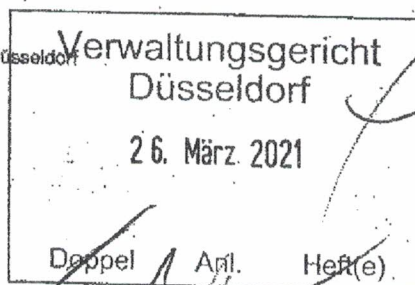
Ministerium für
Schule und Bildung
des Landes Nordrhein-Westfalen



Ministerium für Schule und Bildung NRW, 40190 Düsseldorf

Verwaltungsgericht Düsseldorf
40213 Düsseldorf

per FAX



26. März 2021
Seite 1 von 10

Aktenzeichen:
221
bei Antwort bitte angeben

Auskunft erteilt:
Herr LMR Pfaff

Telefon 0211 5867-3531
Telefax 0211 5867-3676
ulrich.pfaff@msb.nrw.de

In den verwaltungsgerichtlichen Verfahren

des Herrn Dr. Henning Zoz

gegen

das Land Nordrhein-Westfalen

- 7 K 1893/21 -

- 7 L 627/21 -

wird beantragt,

sowohl die Klage mit den Anträgen zu 1. und 2. in der Hauptsache abzuweisen als auch den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen.

A. Klage in der Hauptsache

I. Unzulässigkeit

Die Klage in der Hauptsache ist bereits unzulässig. Der Kläger begehrt die Unterlassung der Zurverfügungstellung, Anleitung und Durchführung von Corona-Selbsttests an allen weiterführenden Schulen sowie die Verbreitung von Informationen hierzu.

Dieses Begehren kann jedoch keine statthafte Klage begründen. Vielmehr liegt eine unstatthafte Popularklage vor. Durch die Klageanträge schwingt der Kläger sich unzulässiger Weise zum quivis ex populo auf. Aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ist der Rechtsweg nur dann eröffnet, wenn

Anschrift:
Völklinger Straße 49
40221 Düsseldorf
Telefon 0211 5867-40
Telefax 0211 5867-3220
poststelle@msb.nrw.de
www.schulministerium.nrw.de

Öffentliche Verkehrsmittel:
S-Bahnen S 8, S 11, S 28
(Völklinger Straße)
Rheinbahn Linie 709
(Georg-Schulhoff-Platz)

jemand durch die öffentliche Gewalt „in seinen Rechten“ verletzt wird. Eine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle der Verwaltung kann der Kläger jedoch nicht in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren erlangen.

Vielmehr steht das subjektive Recht des Einzelnen im Mittelpunkt. Dem Kläger fehlt es daher an der Klagebefugnis. Durch seine Klageanträge möchte der Kläger zulasten Dritter ein freiwilliges Angebot des Landes, welches er nicht wahrnehmen möchte, untersagen. Hierdurch kann der Kläger keine mögliche Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts geltend machen. Eine Verletzung von konkreten Rechten seines Sohnes macht der Kläger nicht geltend, insoweit ist er auch nicht aktivlegitimiert.

Ferner fehlt der Klage das Rechtsschutzbedürfnis. Denn auch bei Obsiegen bringt die Klage dem Kläger offensichtlich keinerlei rechtlichen oder tatsächlichen Vorteile. Dem hinter dem Antrag stehenden Begehren des Klägers, die Nichttestung seines Sohnes, wird bereits derzeit aufgrund der Freiwilligkeit der Testung entsprochen.

II. Unbegründetheit

Hilfweise wird zur Unbegründetheit der Klage vorgetragen:

1. Grundlage der Selbsttests an weiterführenden Schulen

Der Kläger rügt, dass es an einer rechtlichen Grundlage für die Einführung von Selbsttests an weiterführenden Schulen mangle.

Dem freiwilligen Testangebot an weiterführenden Schulen liegt der Beschluss der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder zu Grunde. Die Beschlüsse dieses Gremiums stellen dabei politische Willenskundgebungen dar, die von den Ländern mit Selbstbindungswillen gefasst werden. Eine rechtliche Überprüfung dieser Beschlüsse ist nicht möglich, weil sie keine Rechtsakte sind.

Durch den der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder gefassten Beschluss vom 03.03.2021 wurde die nationale Teststrategie um folgende Maßnahmen im schulischen Bereich ergänzt, die bis Anfang April schrittweise umgesetzt werden sollen: „Für einen sicheren Schulbetrieb und eine sichere Kinderbetreuung stellen die Länder im Rahmen von Testkonzepten sicher, dass das Personal in Schulen und Kinderbetreuung sowie alle Schülerinnen und Schüler pro Präsenzwoche das Angebot von mindestens einem kostenlosen Schnelltest erhalten.“

Vgl. Beschluss der der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 03.03.2021: <https://www.bundesregierung.de/re-source/blob/975226/1872054/66dba48b5b63d8817615d11edaaed849/2021-03-03-mpk-data.pdf?download=1>

Im Beschluss der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 22.03.2021 hat das Gremium die Grundsatzentscheidung zur freiwilligen Testung an Schulen bestätigt und erweitert. Die Testungen von Beschäftigten im Bildungsbereich und von Schülerinnen und Schülern werden weiter ausgebaut, es werden baldmöglichst zwei Testungen pro Woche angestrebt.

Die Bundeskanzlerin und die Regierungschefinnen und Regierungschefs bekräftigten, dass „nach Ostern umfangreiches Testen für die Bekämpfung der Pandemie noch mehr eine entscheidende Rolle spielen wird. Durch diese Maßnahme wird zum einen ein besserer Infektionsschutz in Schulen erreicht, zum anderen auch das Erkennen und die Unterbrechung von Infektionsketten in der Gesamtbevölkerung unterstützt.“

Vgl. Beschluss der der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 22.03.2021: <https://www.bundesregierung.de/re-source/blob/997532/1879672/6059d343a54df7da465f93a4af2e2af6/2021-03-22-mpk-data.pdf?download=1>

Aufgrund der Tatsache, dass es sich bei den Selbsttests an weiterführenden Schulen um ein freiwilliges Angebot handelt, bedarf es hierfür keiner gesetzlichen Normierung als Rechtsgrundlage.

In der SchulMail vom 15.03.2021 wurden detaillierte Informationen zu den Testungen und deren Ablauf sowie zur Ergebnisinterpretation des Selbsttests veröffentlicht.

Vgl. <https://www.schulministerium.nrw/ministerium/schulverwaltung/schulmail-archiv/15032021-informationen-zum-einsatz-von-selbsttests> (Anlage 1)

Mit SchulMail vom 25.03.2021 hat das Ministerium für Schule und Bildung darüber informiert, dass aufgrund des derzeit absehbaren Infektionsgeschehens es auch nach den Osterferien keinen Regelbetrieb mit vollständigem Präsenzunterricht in den Schulen geben wird. Sofern es die Lage zulässt, soll der Schulbetrieb bis einschließlich zum 23. April 2021 daher unter den bisherigen Beschränkungen stattfinden.

Mit dem Versand von 1,8 Millionen Selbsttests an alle weiterführenden Schulen wurde in der vergangenen Woche das Angebot gemacht, dass alle Schülerinnen und Schüler dieser Schulen noch vor den Osterferien einen Selbsttest durchführen können. Damit erfolgte der Einstieg in eine Teststrategie, die nach den Osterferien ausgebaut werden soll. Weitere 1,5 Millionen Selbsttests werden den Schulen zugesandt. Das Ziel der Landesregierung ist es, das Angebot für alle Schülerinnen und Schüler an den weiterführenden Schulen bereits für die Woche nach den Osterferien auf zwei Testungen zu erweitern.

Zudem ist die Landesregierung bestrebt, den Schülerinnen und Schülern der Primarstufe (Grund- und Förderschulen) schnellstmöglich ein alters- und kindgerechtes Testangebot machen zu können. Hierbei wird die Verfügbarkeit passgenauer Testmöglichkeiten zu berücksichtigen sein.

Vgl. <https://www.schulministerium.nrw/ministerium/schulverwaltung/schulmail-archiv/25032021-informationen-zum-schulbetrieb-nrw> (Anlage 2)

2. Widerspruch gegen die Durchführung eines Selbsttests

Der Kläger hat die Möglichkeit, durch die vom Ministerium für Schule und Bildung bereit gestellte Muster-Widerspruchserklärung seinen Widerspruch gegen eine freiwillige Durchführung von COVID-19-Selbsttests seines Sohnes zu erklären.

Hierzu verhält sich die SchulMail vom 15.03.2021 wie folgt:

„Mit den Testungen wollen wir neben den schon lange geltenden Verhaltensregeln und den nun aufwachsenden Impfungen ein weiteres Schutzinstrument aufbauen. Damit dies seine Wirkung entfalten kann, sollten die Testungen möglichst flächendeckend bzw. bei allen Schülerinnen und Schülern in der Schule durchgeführt werden. Gleichwohl: Die Testung ist freiwillig. Bei Kindern und Jugendlichen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres können die Eltern Widerspruch gegen die Teilnahme ihres Kindes an der Testung erheben. [...] Wir bitten Sie darum, die Eltern im Rahmen der oben genannten Informationen auch auf die

Möglichkeit eines Widerspruchs hinzuweisen, damit die Schule die Testung planen kann und damit bei der Lieferung der Schnelltests an Ihre Schule keine Zeit verloren geht und umgehend die anwesenden Schülerinnen und Schüler getestet werden können. Verantwortlich für die rechtzeitige Vorlage des Widerspruchs sind die Eltern. Behaupten Schülerinnen und Schüler das Vorliegen eines elterlichen Widerspruchs und kann dies aus Zeitgründen nicht überprüft werden, wird die Testung möglichst nachgeholt."

Klarstellend wurde ausgeführt, dass Vereinbarungen jedweder Art innerhalb der Schulgemeinschaft zum Umgang mit den Schnelltests nicht zulässig sind.

Dementsprechend wurde der Kläger bereits mit dem Elternbrief der Schule seines Sohnes vom 16.03.2021 auf die Möglichkeit eines Widerspruchs wie folgt hingewiesen. „Da die Teilnahme für Ihr Kind freiwillig ist, muss ich Sie auf die Möglichkeit hinweisen, dass Sie als Erziehungsberechtigte der Teilnahme Ihres Kindes schriftlich widersprechen können.“

Nach Auskunft des Schulleiters des Peter-Paul-Rubens-Gymnasiums Siegen hat der Kläger der Teilnahme seines Sohnes an den freiwilligen Corona-Selbsttests widersprochen. Daher nahm sein Sohn an dem durchgeführten Test an der Schule nicht teil. Hierauf wurde seitens der Schulleitung geachtet.

Nachteile durch die Nichtteilnahme sind für den Schüler nicht entstanden. Nach der Testdurchführung der teilnehmenden Schülerinnen und Schüler fand planmäßiger Unterricht für alle getesteten und nicht getesteten Schülerinnen und Schüler statt.

Ein solcher Widerspruch gegen eine freiwillige Durchführung von COVID-19-Selbsttests stellt keinen Einzelfall dar, sodass bereits der vom Kläger geschilderte „Mobbingdruck“ bezweifelt wird. Nach Auskunft des Schulleiters haben auch andere Eltern einen Widerspruch erklärt.

Bereits durch die SchulMail vom 15.03.2021 wird darauf hingewiesen, dass die Teilnahme an den Testungen auf freiwilliger Basis erfolgt. Daher ergeben sich aus der Verweigerung eines Tests durch eine Schülerin oder einen Schüler keine Konsequenzen. Zudem wurden die Schulen explizit gebeten, mit ihren Lehrkräften in geeigneter Weise darauf hinzuwirken, dass aus der möglichen Nicht-Teilnahme von Schülerinnen und Schülern keine gruppendynamischen Prozesse zu deren Nachteil entstehen.

Vor diesem Hintergrund hat der Schulleiter mittels Lautsprecherdurchsage an den Tagen der Testungen erneut die Freiwilligkeit der Testungen betont und darauf hingewiesen, dass sowohl durch die Teilnahme an den Tests als auch durch die Nicht-Teilnahme keine Vor- und Nachteile für die Schülerinnen und Schüler entstehen.

3. Gefahr von Selbstverletzungen der Schülerinnen und Schüler

Soweit der Kläger hinsichtlich des behaupteten Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit auf den Artikel von n-tv vom 11.01.2021 verweist, wird bereits verkannt, dass sich dieser offensichtlich auf einen PCR-Test bezieht. Zu diesem Zeitpunkt waren sog. Laientest noch gar nicht auf dem Markt verfügbar.

Soweit bei PCR-Tests die Probeentnahme mittels eines nasopharyngeal- bzw. oropharyngeal-Abstriches erfolgt, erfordert dies die Durchführung durch professionelles, d.h. fachkundiges oder zumindest entsprechend geschultes Personal. Die sog. Selbsttests, die an Schulen zur Anwendung kommen, sind dagegen zur Anwendung durch Privatpersonen bestimmt.

Durch die Dritte Verordnung zur Änderung der Medizinprodukte-Abgabeverordnung im Rahmen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 01.02.2021 (Veröffentlicht am Dienstag, 02.02.2021 BAnz AT 02.02.2021 V1) wurden hierfür bundesrechtlich die Voraussetzungen geschaffen.

Um in Deutschland auf den Markt kommen zu dürfen, benötigen diese Tests entweder eine CE-Kennzeichnung oder eine Sonderzulassung durch das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM). Es muss nachgewiesen werden, dass die Tests für die Anwendung durch Laien geeignet sind. Dafür müssen die Probenentnahme und -auswertung entsprechend einfach sein. Der Test kann zum Beispiel mit einem vorderen Nasenabstrich (ca. 2 bis 4 cm tief) oder mit Speichel erfolgen. Das BfArM überprüft zusammen mit dem Paul-Ehrlich-Institut Qualität und Aussagekraft der Tests und listet diese auf

Vgl. https://www.bfarm.de/DE/Medizinprodukte/Antigen-tests/_node.html

Die in NRW bislang an Schulen eingesetzten Selbsttests der Firma Roche haben diese Sonderzulassung erhalten.

Ziel des vom Land verfolgten Maßnahmenkonzeptes durch einen Dreiklang von Schützen, Testen und Impfen ist es gerade, die sozial und gesellschaftlich besonders gravierenden Beschränkungen der Freiheits- und Teilhaberechte wie die Untersagung der Nutzung der Schulen und die Aussetzung von Präsenzunterricht für größere Gruppen von Schülerinnen und Schülern zurückzunehmen.

Der vom Kläger behauptete Eingriff in die körperliche Unversehrtheit liegt nicht vor. Das Angebot der freiwilligen Testung ist kein staatliches Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht.

Entgegen der Ansicht des Klägers liegt hier schon deswegen kein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (körperliche Unversehrtheit) vor, weil der Schutzbereich dieses Grundrechts bereits nicht eröffnet ist. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit gewährleistet zum einen die Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinne, einschließlich der Integrität der Körpersphäre. Über den Wortlaut hinaus garantiert das Recht auf körperliche Unversehrtheit auch das psychisch-seelische Wohlbefinden. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit schützt damit jedenfalls vor solchen psychischen Beeinträchtigungen, die in ihren Wirkungen körperlichen Schmerzen gleichkommen. Dazu gehören z.B. psychische Folterungen und seelische Quälereien. Die Gesundheit umfasst auch die Freiheit von Schmerz.

Vgl. SächsOVG, Beschluss v. 19. März 2021 – 3 B 81/21 – (Zutrittsverbot), Rz. 54

Laut den Herstellerangaben zeichnen sich die den Schülerinnen und Schülern zur Verfügung gestellten Selbsttests durch eine einfache Anwendung mittels Nasen-Abstrichs aus dem vorderen Bereich der Nase aus. Eine Abstrichentnahme aus dem Nasen-Rachen-Raum ist nicht erforderlich. Damit ist die Probenentnahme weniger invasiv. Die Selbsttests führen die Schülerinnen und Schüler unter Aufsicht und Anleitung von Lehrkräften oder sonstigem schulischen Personal selbst durch.

Das in Rede stehende freiwillige Testangebot berührt den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht. Denn der Nachweis, nicht vom Virus infiziert zu sein, wird mit einem sogenannten Selbsttest erbracht, der aller Voraussicht nach nicht mit Beeinträchtigungen verbunden ist, die in ihren Wirkungen körperliche Schmerzen hervorrufen. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob (derzeit) solche (Selbst)Tests Anwendung finden, bei denen ein Abstrich im vorderen Nasenbereich erfolgt oder (zukünftig) auch solche mit einer anderen Testmethodik, wie Spuck- oder Speichel-Tests.

Vgl. SächsOVG, Beschluss v. 19. März 2021 – 3 B 81/21 – (Zutrittsverbot), Rz. 55

Dies gilt im Sinne eines „Erst-recht-Schlusses“, wenn schon die verpflichtende Teilnahme an Testungen in Schulen keinen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit darstellt, wie das Sächsische Obergericht dies in seinem Beschluss vom 19.03.2021 bestätigt.

Mithin liegt kein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit vor. Ungeachtet dessen hat das Land aufgrund des hohen Schutzgutes eine Widerspruchsmöglichkeit zusätzlich zur Freiwilligkeit vorgesehen. Eine Einwilligung ist entgegen der Ansicht des Klägers aus dem oben aufgeführten jedoch nicht erforderlich.

Es bleibt dem Land unbenommen, nach einer Überprüfung eine anderweitige Teststrategie in Schulen zu verfolgen. Hierzu wird die Landesregierung das Infektionsgeschehen weiterhin intensiv beobachten, ebenso könnten weitere Beschlussfassungen der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder, die für den 12. April 2021 zu erwarten sind, dann Berücksichtigung finden. Zudem wird das Ministerium für Schule und Bildung in den Osterferien Gespräche mit den zahlreichen am Schulleben beteiligten Verbänden sowie der Schulaufsicht führen. Die Ergebnisse dieser Gespräche werden dann ebenso für den weiteren Schulbetrieb Berücksichtigung finden. Diesbezüglich bleibt weiterer Vortrag vorbehalten.

4. Eignung der PoC-Schnelltests

Hinsichtlich des Vorbringens des Klägers, dass die Tests nicht geeignet seien, um die Verbreitung des COVID-19-Virus einzudämmen, wird wie folgt ausgeführt: Das BfArM hat die Zulassung von bestimmten Antigen-Tests zur Eigenanwendung durch Laien (Selbsttests) zum Nachweis von SARS-CoV-2 erteilt.

Die Verlässlichkeit des Ergebnisses eines Selbsttests ist wesentlich von sorgfältigen Probenentnahmen abhängig. Insbesondere jüngere Kinder sollen bei den Testungen in geeigneter Weise durch anschauliche Erklärungen unterstützt werden. Bei der Durchführung der Testungen sind medizinische Hilfeleistungen (z.B. Abstriche vornehmen, Teströhrchen befüllen etc.) durch Lehrkräfte und sonstiges schulisches Personal weder erforderlich noch zulässig. Lehrkräfte dürfen also in die konkrete Durch-

führung der Tests nicht korrigierend eingreifen. Die Lehrkräfte kontrollieren das Ergebnis der Testung und dokumentieren dieses bei positivem Befund.

Ein positives Ergebnis eines Selbsttests ist noch kein positiver Befund einer COVID-19-Erkrankung, stellt allerdings einen begründeten Verdachtsfall dar. Ein positives Selbsttestergebnis ist durch eine PCR-Testung zu bestätigen. Durch die nachfolgende PCR-Testung ist die Einbindung des Gesundheitsamts gewährleistet.

Durch diese Art von Testungen kann eine frühzeitige Vermeidung von Infektionsclustern erreicht oder zumindest zeitnah erkannt werden. Die Testungen dienen als Grundlage für weitere auf dem Infektionsschutzgesetz basierende Maßnahmen.

Bei unsachgemäßer Abstrichentnahme kann die Aussagekraft der Selbsttests limitiert sein. Ein fälschlicherweise negatives Testergebnis, welches durch nicht sachgerechte Abstrichentnahme oder Testdurchführung entstanden ist, birgt die Gefahr, dass eine nichterkannte akut infizierte Person SARS-CoV-2 weiterverbreitet. Die Gefahr einer Infektion mit SARS-CoV-2 besteht jedoch bei einer weltweiten Pandemie jederzeit.

B. Eilantrag

Der Eilantrag, mit dem beantragt wird, die Durchführung der Corona-Selbsttests an weiterführenden Schulen einzustellen und die Informationen nebst Muster einer Widerspruchserklärung zu löschen, ist abzulehnen. Die ausgeführten Erwägungen zu der Klage in der Hauptsache gelten entsprechend auch für den Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO.

Der Antrag ist nach den Ausführungen unter A. I bereits unzulässig, da es schon an einer Antragsbefugnis mangelt. Hilfsweise ist der Antrag aus den Gründen unter A. II. jedenfalls unbegründet, da ein entsprechender Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht wurde.

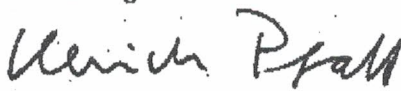
Im Übrigen fehlt es auch an einem Anordnungsgrund für den Erlass einer einstweiligen Anordnung: Der Erlass einer einstweiligen Anordnung ist weder zur Abwehr wesentlicher Nachteile noch zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen dringend geboten. Dem Antragsteller kann zugemutet werden, die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten.

C. Beifügung der Verwaltungsakten

Dem Klage-/Antragsgegner ist es nicht möglich, wie vom Gericht erbeten, in der Sache über die SchulMail vom 15.03.2021 hinausgehende Verwaltungsakten der Antrags-/ und Klageerwiderung beizufügen. Die SchulMail vom 15.03.2021 stellt das Ergebnis eines dynamischen Prozesses dar, auf diese wird verwiesen. Dieser ist eine Vielzahl von Absprachen mit verschiedenen Akteuren und Beteiligten innerhalb der Landesregierung auf der Arbeitsebene vorangegangen (Videokonferenzen, Telefonate, kurzfristige Besprechungen). Aufgrund der ständigen Anpassung an die Pandemielage sind Einigungs- und Abspracheprozesse zum Teil unter engsten zeitlichen Ressourcen notwendig.

Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass dem Klage-/Antragsgegner die in der Klageschrift bezeichneten Anlagen nicht zur Verfügung standen.

Im Auftrag



Ulrich Pfaff