

# Verwaltungsgericht Cottbus

## BESCHLUSS

§ 2 Nr. 5 SchAusnahmV

- 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.**
- 3. 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 Cottbus, Beschluss vom 28.09.2021, Az.: 8 L 237/21

### **Tenor:**

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsteller.

Der Streitwert wird auf 5.000 Euro festgesetzt.

### **Gründe:**

I.

Der Antragsteller begehrt von der Antragsgegnerin im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Ausstellung eines Genesenennachweises.

Der 1956 geborene Antragsteller ist Zahnarzt. Mit Schreiben vom 31. Mai 2021 beantragte er beim Gesundheitsamt der Antragsgegnerin einen Genesenennachweis nach seiner COVID-19-Infektion. Hierzu trug er vor, dass er sich offensichtlich während eines Hausbesuches am 6. November 2020 bei einer Patientin mit COVID-19 infiziert habe. Nachdem er erfahren habe, dass diese am 13. November 2020 mittels PCR-Tests entsprechend positiv getestet worden sei, habe er seine Praxis sofort geschlossen und sich bis zum 23. November 2020 eigenverantwortlich in häusliche Quarantäne begeben. Eine entsprechende Mitteilung des Gesundheitsamtes habe er nicht bekommen. Symptome habe er keine gehabt, sämtliche Schnelltests seien negativ gewesen. Ein am 9.

Dezember 2020 durchgeführter Antikörpertest habe jedoch Antikörper in Höhe des Vierfachen des Grenzwertes nachgewiesen. Weitere Tests am 22. Februar 2021 und am 12. Mai 2021 hätten einen Anstieg auf das 12- bzw. 26fache des Grenzwertes ergeben.

Mit Schreiben vom 11. Juni 2021 teilte die Antragsgegnerin daraufhin mit, dass ein Genesenennachweis nicht ausgestellt werden könne, da hierfür die Durchführung eines Antikörpertests nicht genüge. Vielmehr bedürfe es gemäß § 2 Nr. 5 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung (SchAusnahmV) eines labordiagnostischen Befundes über eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 mittels Nukleinsäurenachweises.

Am 6. Juli 2021 hat der Antragsteller diesbezüglich um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht.

Er ist der Auffassung, dass nach den Bestimmungen der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung eine Immunisierung lediglich gesetzlich vermutet werde, während die von ihm vorgelegten Antikörpertests den praktischen Beweis erbringen würden, dass er immun sei. Hierzu trägt er im Wesentlichen vor, dass die verwendeten Tests eine hohe klinische Sensitivität von 98,7% und ebenso eine hohe klinische Spezifität von 99,5% aufwiesen. Nach Auskunft des von ihm befragten Facharztes für Laboratoriumsmedizin sei vorliegend eine andere Ursache für die nachgewiesenen Antikörper als eine zurückliegende Infektion oder Impfung sehr unwahrscheinlich. Insofern gebe es keinen Grund, den Antikörpertest – der vielmehr sogar ein Mehr darstelle, da er zuverlässiger sei und Personen mit Antikörpern stärker geschützt seien - geringer zu werten als eine gesetzliche Vermutung ohne den Nachweis einer ausreichenden Menge an Antikörpern. Ein Test mittels Nukleinsäurenachweises scheidet bei ihm dagegen aus, da er aktuell nicht infiziert sei und auch nicht mehr infiziert werden könne. Angesichts des praktischen Nachweises seiner Immunität gebe es keinerlei Gründe, ihm die Grundrechte und Freiheiten vorzuenthalten, die anderen zugestanden würden, zumal er 64 Jahre alt sei und von seinem Leben noch etwas haben würde wollen. Eine entsprechende Ungleichbehandlung sei grundgesetzlich nicht geschützt; die Gruppe der Immunen bestehe nicht nur aus Geimpften und Genesenen, sondern auch aus Personen, die – unabhängig von den Ursachen hierfür - gegen den Krankheitserreger Antikörper in ausreichender Anzahl ausgebildet hätten.

Der Antragsteller beantragt, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihm vorab einen Genesenennachweis nach der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung auszustellen.

Die Antragsgegnerin beantragt, den Antrag abzulehnen.

Sie ist der Auffassung, dass der Antrag bereits unzulässig sei, da er die Hauptsache vorwegnehme und dem Antragsteller das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Selbst wenn bei ihm eine Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus vorgelegen haben sollte, sei der nach § 2 Nr. 5 SchAusnahmV bestimmte Zeitraum für die gesetzlich vermutete Immunität von sechs Monaten bereits abgelaufen. Auch habe der Antragsteller nicht vorgetragen, nicht geimpft zu sein, was die Erhöhung der Antikörper auch erklären könnte. Ob überhaupt ein Anspruch auf Erteilung eines Genesenennachweis bestehe, könne dahin gestellt bleiben, da jedenfalls die Voraussetzungen des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV nicht vorliegen würden. Die von dem Antragsteller verwendeten Tests genügten nicht den normierten Anforderungen, was sich auch aus dem eindeutigen Willen des Normgebers ergebe.

Hierauf hat der Antragsteller ergänzend erwidert, nicht geimpft zu sein, weshalb die Ausbildung der Antikörper ihre Ursache nur in einer überstandenen Krankheit haben

könne. Da der letzte Test im Mai 2021 erfolgt sei, sei auch die sechs-Monats-Frist noch nicht abgelaufen. Am 3. September 2021 hat er zudem einen weiteren Antikörperbefund vom 30. August 2021 vorgelegt, wonach die Anzahl der Antikörper aktuell das knapp 16fache des Grenzwertes betrage.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten und des Vortrages der Beteiligten im Übrigen wird auf die Gerichtsakte ergänzend Bezug genommen.

II.

Der auf die Ausstellung einer behördlichen Bestätigung über seine Immunisierung durch Genesung gerichtete Antrag des Antragstellers ist nach § 123 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) statthaft und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere hat der Antragssteller entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ein Rechtsschutzbedürfnis, nachdem die Antragsgegnerin die Ausstellung einer entsprechend beantragten Bestätigung verweigert hat.

Der Antrag ist jedoch unbegründet.

Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Der von einem Antragsteller geltend gemachte Anspruch (Anordnungsanspruch) und die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung, also eine besondere Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) sind von ihm glaubhaft zu machen, § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung. Erstrebt ein Antragsteller – wie hier – eine der Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes grundsätzlich widersprechende teilweise oder gänzliche Vorwegnahme der Entscheidung der Hauptsache, kommt eine einstweilige Anordnung dabei nur ausnahmsweise in Betracht, wenn nämlich das Begehren in der Hauptsache schon auf Grund der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes anzustellenden summarischen Prüfung des Sachverhaltes mit größter Wahrscheinlichkeit Erfolg haben wird und dem Antragsteller ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schlechthin unzumutbare, nicht anders abwendbare Nachteile entstünden (vgl. Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. Juni 2010 – 4 S 98.09 -, juris Rn. 17 ff.; Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25. Juli 2012 – 1 M 65/12 -, juris Rn. 3).

Hier hat der Antragsteller jedoch jedenfalls das Vorliegen eines Anordnungsanspruches nicht glaubhaft gemacht.

Soweit er diesbezüglich pauschal auf die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung vom 8. Mai 2021 verweist, sieht diese schon gar keine Ausstellung von behördlichen Genesenennachweis auf Antrag vor. Als Genesenennachweis ist vielmehr ein positiver PCR-Test mit entsprechendem Datum anzusehen; § 2 Nr. 5 SchAusnahmV enthält insoweit lediglich eine entsprechende Begriffsbestimmung (vgl. auch BR-Drs. 347/21, Seite 13).

Doch selbst wenn das Gesundheitsamt der Antragsgegnerin entsprechende amtliche Bestätigungen ausstellen würde, hätte der Antragsteller keinen Anspruch hierauf. Er ist keine genesene Person im Sinne der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung.

Gemäß § 2 Nr. 4 SchAusnahmV ist eine genesene Person eine asymptomatische Person, die im Besitz eines auf sie ausgestellten Genesenennachweises ist. Ein Genesenennachweis ist gemäß § 2 Nr. 5 SchAusnahmV ein Nachweis hinsichtlich des

Vorliegens einer vorherigen Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, 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.

Wie aus dem eindeutigen Wortlaut dieser Legaldefinition folgt, ist Grundlage eines Genesenennachweises eine positive Labordiagnostik mittel Nukleinsäurenachweises, über die der Antragsteller jedoch unstreitig nicht verfügt.

Eine erweiternde Auslegung der Norm dahingehend, dass für die Ausstellung eines Genesenennachweises auch das Vorliegen eines Antikörpernachweises genügen würde, verbietet sich angesichts des eindeutigen Wortlautes, zumal dies auch dem Zweck der Vorschrift, im Sinne einer Legaldefinition die Voraussetzungen eines Genesenennachweises klar und rechtssicher zu regeln, zuwiderliefe (vgl. ebenso: Verwaltungsgericht München, Beschluss vom 6. Juli 2021 – M 26a E 21.3242 -, juris Rn. 25). Zudem ist der Verordnungsgeber ausweislich der Begründung (vgl. BR-Drs. 347/21, Seite 13) ausdrücklich davon ausgegangen, dass als entsprechender Nachweis nur ein positiver PCR-Test in Betracht kommt und die Durchführung eines Antikörpertests nicht ausreicht, um als genesene Person zu gelten. Er hat sich also ganz bewusst auf ein bestimmtes Nachweisverfahren festgelegt, so dass § 2 Nr. 5 SchAusnahmV einem anderen Verständnis als entsprechend seines Wortlautes nicht zugänglich ist.

Entgegen der Auffassung des Antragstellers ergibt sich der von ihm geltend gemachte Anspruch auch nicht im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG).

Sein Vorbringen, dass die von ihm veranlassten Antikörpertests gleich- bzw. sogar höherwertig zu einer PCR-Testung seien, da sie den praktischen Beweis seiner Immunität erbrächten und statistisch zuverlässiger seien, vermag nicht hinreichend zu überzeugen und namentlich keinen Verstoß des Verordnungsgebers gegen Art. 3 Abs. 1 GG zu begründen. Es ist im Rahmen des vorliegenden Eilverfahrens vielmehr nicht ersichtlich, dass der Verordnungsgeber, indem er Antikörpertests nicht als geeignet angesehen hat, das Vorliegen einer vorherigen Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 nachzuweisen, den Rahmen seiner Einschätzungsprärogative überschritten hätte (vgl. ebenso Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 23. Juli 2021 – 25 CE 21.1883 -, juris Rn. 13). Ausweislich der Verordnungsbegründung (vgl. BR-Drs. 347/21, Seite 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 und die Einschätzungen des Robert-Koch-Instituts bezogen. Hiernach gewährleistet nur die Bestätigung der Infektion durch Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis, dass Betroffene tatsächlich mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 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 die COVID-19-Erkrankung durchgemacht haben und dennoch keine messbaren Antikörper entwickeln. Umgekehrt kann ein Antikörpernachweis nach Kontakt mit einem anderen Coronavirus als dem SARS-CoV-2-Virus positiv werden, obwohl die Person keine COVID-19-Erkrankung durchgemacht hat. Nach derzeitigem Kenntnisstand lässt zudem auch ein serologischer Nachweis SARS-CoV-2-spezifischer Antikörper keine eindeutige Aussage zur Infektiosität oder zum Immunstatus zu. Er schließt die Infektiosität eines Patienten nicht aus und erlaubt keine Rückschlüsse hinsichtlich des Infektionszeitpunktes. Auch ist bisher nicht bekannt, wie hoch die Antikörperkonzentration sein muss, um nach durchgemachter SARS-CoV-2-Infektion von einem sicheren Schutz ausgehen zu können - sog. serologisches Korrelat für den

Schutz – (vgl. zum Ganzen: Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung: Weshalb reicht ein positiver Antikörper-Test nicht als Nachweis für eine durchgemachte COVID-19-Erkrankung aus? (Stand 25.05.2021), abrufbar unter <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/fragen-und-antworten/ansteckung-und-uebertragung.html>; RKI, Hinweise zur Testung von Patienten auf Infektion mit dem neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 (Stand 22.09.2021), Unterpunkt Antikörpernachweis, abrufbar unter [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/Neuartiges\\_Coronavirus/Vorl\\_Testung\\_nCoV.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/Neuartiges_Coronavirus/Vorl_Testung_nCoV.html); vgl. auch Antwort der Bundesregierung vom 11. Juni 2021 auf Frage 140, BT-Drs. 19/30613, Seite 121 f., und vom 25. Juni 2021 auf Frage 86, BT-Drs. 19/31171, Seite 75). Hinzu kommt, dass die Qualität der auf dem Markt befindlichen Tests für den Nachweis von SARS-CoV-2-Antikörpern 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, weshalb es geboten ist, auch diejenigen zu schützen, die möglicherweise trotz positivem Antikörper-Test keinen Schutz vor COVID-19 aufgebaut haben (vgl. Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung: Weshalb reicht ein positiver Antikörper-Test nicht als Nachweis für eine durchgemachte COVID-19-Erkrankung aus? (Stand 25.05.2021), a. a. O.). Dass der Verordnungsgeber dem in § 2 Nr. 5 SchAusnahmV Rechnung getragen hat, unterliegt keinen durchgreifenden Bedenken.

Etwas anderes ergibt sich vorliegend auch nicht unter Berücksichtigung der von dem Antragsteller vorgelegten Einschätzung des MVZ Gemeinschaftslabors C... vom 24. Juni 2021, wonach im Hinblick auf den bei der Testung des Antragstellers verwendeten Testkit LIAISON® SARS-CoV-2 TrimericS IgG des Herstellers DiaSorin für die nachgewiesenen Antikörper im Serum des Antragstellers eine andere Ursache als eine zurückliegende Infektion (oder eine zurückliegende Impfung) insbesondere bei einer passenden Anamnese und zurückliegenden klinischen Symptomatik sehr unwahrscheinlich sei. Abgesehen davon, dass der Antragsteller auch auf den entsprechenden Vortrag der Antragsgegnerin hin nicht hinreichend – wie etwa durch Vorlage einer diesbezüglichen eidesstattlichen Versicherung - glaubhaft gemacht hat, bislang keinerlei Impfung erhalten zu haben, die ebenfalls zur Bildung von Antikörpern geführt haben könnte, knüpft die zitierte Bewertung der Wahrscheinlichkeit einer zurückliegenden Infektion u. a. an eine zurückliegende klinische Symptomatik an, die der Antragsteller nach seinem eigenem Vortrag aber zu keiner Zeit aufgewiesen hat. Dass sich den vorgelegten Testergebnissen der Beweis der Immunität des Antragstellers entnehmen lasse, ergibt sich der labormedizinischen Einschätzung entgegen dem Vorbringen des Antragstellers ohnehin nicht. Entsprechend heißt es etwa auch in der Laborinfo des MVZ C..., das den gleichen Antikörpertest verwendet, dass bislang noch keine belastbaren Daten bezüglich der Korrelation eines IgG-Titers und dem Vorhandensein bzw. der Dauer eines Immunschutzes nach Impfung vorlägen, weshalb eine generelle SARS-CoV-2-Antikörpertestung selbst nach Impfung aktuell nicht empfohlen werde (vgl. MVZ C...: Quantitative Bestimmung von SARS-CoV-2-IgG, vom 2. März 2021, abrufbar unter [www.mvz-clotten.de](http://www.mvz-clotten.de); zur maßgeblichen Funktion des LIAISON® SARS-CoV-2 TrimericS IgG Tests als Diagnoseinstrument zur Beurteilung der Wirksamkeit von COVID-19-Impfstoffen vgl. Der Tagesspiegel vom 15. Januar 2021, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/advertorials/ots/diasorin-deutschland-gmbh-diasorin-bringt-den-ce-markierten-liaison-sars-cov-2...n-neuen-quantitativen-serologischen-test-zur-bestimmung-von-igg-antikoerpern-gegen-sars-cov-2/26821198.html>).

Hinzu kommt, dass – wie oben bereits dargelegt – selbst hochspezifische validierte Antikörpertests keine Aussage zum Zeitpunkt der stattgehabten Infektion machen können. Der Zeitpunkt muss jedoch gesichert sein, da der „Genesenenstatus“ (nur) für den Zeitraum von mindestens 28 Tagen bis maximal sechs Monaten nach Infektion definiert ist. Für diesen Zeitraum liegen Daten vor, dass die Person ausreichend

geschützt ist (vgl. RKI, COVID-19 und Impfen, FAQ: Warum reicht nach durchgemachter SARS-CoV-2-Infektion eine Impfdosis aus? (Stand: 18.08.2021), abrufbar unter <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html>). Zwar definiert § 2 Nr. 5 SchAusnahmV diesen Zeitraum in Bezug auf die Testung, was aber lediglich auf den Umstand zurückzuführen ist, dass es sich bei einem PCR-Test um einen Erregernachweis im Zeitpunkt der Infektion handelt. Dass der letzte positive Antikörpertest des Antragstellers vom 30. August 2021 stammt, ist insofern ohne Relevanz.

Soweit der Antragsteller geltend macht, sich am 6. November 2020 mit dem SARS-CoV-2-Virus infiziert zu haben, handelt es sich zum einen um eine bloße, durch nichts belegte Vermutung, zumal er nach eigenem Vortrag keine Symptome aufgewiesen hatte. Zum anderen lag dieser Zeitpunkt bereits im Zeitpunkt der hiesigen Antragstellung mehr als sechs Monate zurück, so dass sich der Antragsteller auch insoweit nicht erfolgreich auf die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung berufen kann.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Der festgesetzte Streitwert entspricht dem gesetzlichen Auffangstreitwert gemäß § 52 Abs. 2 i. V. m. § 53 Abs. 2 Nr. 2 des Gerichtskostengesetzes, wobei die Kammer im Hinblick auf die von dem Antragsteller begehrte Vorwegnahme der Hauptsache von einer Halbierung des sich danach ergebenden Betrages absieht.