

CliniGo GmbH
Hauptstraße 41
21266 Jesteburg

Hamburg, den 21.12.2021/brandes

Unser Aktenzeichen: 3966621006

Rechtliche Begutachtung des von Ihnen vorgehaltenen Onlineportals „Test-Express“

Sehr geehrte Damen und Herren,
Sehr geehrter Herr Bönig,

Sie haben uns beauftragt, eine rechtliche Einordnung oder Begutachtung des von Ihnen betriebenen Onlineportals „Test-Express“ und dem dort unterbreiteten Dienstleistungsangebot vorzunehmen.

Vorausgeschickt sei, dass unsere Einschätzung lediglich eine Momentaufnahme darstellen kann, da Rechtsprechung und Schrifttum zu diesem Thema bisher kaum verfasst sind.

Der Unterzeichner, der sich sachbearbeitend Ihrem Auftrag widmet, hat seit März 2020 einen Themenschwerpunkt zu vornehmlich zivil-, verwaltungs- und auch strafrechtlichen Vorgängen im Zusammenhang gebildet. Er ist zum einen unter diesem Briefbogen, zum anderen auch als Rechtsanwalt bei Bernzen, Sonntag Rechtsanwälte tätig (www.msbh.de).

1. Ansatz und Beschreibung des Angebots von Test-Express

Auf der Seite <https://test-express.de/> bietet die Firma Clinigo GmbH Nutzern bzw. Kunden an, Corona-Antigen-Selbsttests dezentral und vor Ort selbst durchzuführen. Bei der jeweiligen Testdurchführung werden die sich testenden oder getesteten Kunden von geschulten Personen begleitet oder überwacht.

Geschult heißt hier, dass „bei ca. 70% all dieser Personen die Fachkunde durch Zertifikate von Johannitern, DRK, Dekra, MDK, TÜV, etc. nachgewiesen worden ist. Jedes Zertifikat wurde und wird manuell von Clinigo geprüft.“ Die weiteren Personen werden hausintern geschult.

Die so geschulte Person überwacht die Testdurchführung. D.h., sie prüft den Test nach Art (Rachenabstrich-, Nasenabstrich-, Lolly- oder Spucktest), überwacht die anleitungsgerechte Durchführung des Tests und stellt im Anschluss das Ergebnis fest.

Die Daten zur getesteten Person (Name, Anschrift, Geburtsdatum), Testdatum, -uhrzeit und -ort werden erfasst, die genaue Bezeichnung des Testanbieters und der Testart und letztlich das Ergebnis des Tests.

Die Daten werden an Test-Express übermittelt. Hier findet dann eine Plausibilitätsprüfung statt, insbesondere ein Abgleich des verwendeten Tests mit der vom BfArM in Abstimmung mit den PEI empfohlenen oder zugelassenen Tests.

Des Weiteren werden die Daten der die Testung Überwachenden Person, die letztlich auch die Richtigkeit und Durchführung versichert und dokumentiert, mit der bei Test-Express" geführten Liste auf Übereinstimmung geprüft.

Stichprobenhaft werden die eingereichten Testprotokolle von dem im Ergebnis auch zertifizierenden Arzt geprüft.

Bei dem Arzt handelt es sich um Dr. med. Rudolf Sebastian. Dieser betreibt eine Praxis in Nürnberg und ist ärztlicher Leiter von CliniGo.

Test-Express bewirkt oder erzeugt auf seiner Online-Plattform sodann die Testzertifikate, welche im Anschluss den Getesteten überwiegend per E-Mail und mit einlesbarem QR-Code übersandt werden.

Anmerkungen:

Der Unterzeichner hat die Beschreibungen im Wesentlichen der Webseite von Test-Express entnommen und weitere Auskünfte eingeholt. Er hat Personen befragt, die dieses Angebot nutzen oder genutzt haben, sei es als Getestete als auch die beschriebenen Tests Überwachende Personen.

2. Bewertungen oder Berichterstattung zu Test-Express

Es lassen sich zu Test-Express seit etwa Oktober 2021 Berichte recherchieren, die teilweise negativ oder tendenziös sind. So berichtete bspw. die Tagesschau u.a. am 25.10.2021 und stellte das Modell oder Angebot von Test-Express in Frage.

(<https://www.tagesschau.de/investigativ/test-express-111.html>)

Gegen entsprechende Berichterstattungen ist CliniGo gerichtlich vorgegangen, u.a. gegen den NDR, Google und die Stuttgarter Zeitung. Die Genannten wurden auf Unterlassung oder Richtigstellung ihrer Berichterstattung erfolgreich in Anspruch genommen (LG Hamburg v. 07.12.21, AZ: 324 O 499/21 – Google, AZ: 324 O 497/21 – NDR)

3. Bisherige Rechtsprechung oder Schrifttum zu Online-Testanbieter

Bisher sind mir nur zwei Entscheidungen bekannt, die sich mit Online-Testanbietern auseinandergesetzt haben.

Hier ist bereits anzumerken, dass es sich bei den dort behandelten Fällen letztlich um wohl nicht vergleichbare Anbieter handelt.

Beispielhaft gibt es den Anbieter wie die Ärztin Dr. Eva-Maria Ansay (www.dransay.com). Hier fällt bereits auf, dass der Sitz lt. Impressum auf eine pakistanische Adresse hinweist. Hier werden die Test-

zertifikate allerdings ausschließlich auf die Angaben der sich selbst testenden Person gestützt, die dieser womöglich an Eides statt versichert. Ein Vier-Augen-Prinzip, also eine Überwachung durch eine geschulte Person, findet nicht statt.

Ein solches Angebot haben sowohl jüngst das LG Hamburg am 14.12.21 (AZ: 406 HKO 129/21 – Wettbewerbsrecht) aber auch das VG München v. 03.11.21 (AZ: M 26a E 21.5490 – Schulrecht) als nicht ausreichend oder rechtswidrig abgelehnt.

Weitere Anbieter bieten Tests via Videoüberwachung an.

Bereits im Juli 2021 wurde über bspw. „freetogo“ berichtet. (<https://www.rnd.de/digital/freetogo-online-testzentrum-fuer-corona-schnelltests-startet-mit-videosprechstunde-CRIJDKNIF5DLRCW7NOQLMOGYEY.html>)

Diese App (<https://www.freetogo-app.de/>) ist insbesondere bei Reisenden beliebt und wohl hierfür auch anerkannt und zugelassen. Letztlich findet auch hier – wie bei Test-Express -das Vier-Augen-Prinzip statt, also die Überwachung des sich Testenden durch eine geschulte Person statt; hier allerdings nicht persönlich, sondern durch eine Videofernübertragung.

4. Rechtliche Einordnung

Mit den Einführungen der 2G, 3G und 2G+-Maßnahmen meistens im Rahmen verschiedener Warnstufen der jeweiligen Corona-Eindämmungsverordnungen der Länder ist die Nachfrage und die Erforderlichkeit nach Testangeboten deutlich gestiegen.

Die Einführung der 3G-Regelung am Arbeitsplatz ab dem 24.11.2021, aber auch die Nachfrage von geimpften Personen hat dazu deutlich beigetragen.

Ob „Test-Express“ ein alternatives Angebot zu den analogen Angeboten von Testzentren, Arztpraxen oder Apotheken darstellen könnte, ist zuvorderst an den vom Normgeber gesetzten Regelungen zu prüfen.

So sind insbesondere der § 28b Abs. 1 IfSG, neugefasst ab 24.11.2021, für die Durchführung der 3G-Regelung am Arbeitsplatz, weiterführend § 2 Nr.7 a) – c) der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom 8. Mai 2021 (SchAusnahmeVO) und zuletzt § 6 der Corona-Testverordnung zuletzt geändert am 13.11.2021 (TestV) beachtlich.

Außerdem sind jeweils länderspezifische Verordnungsregeln zu beachten, die an dieser Stelle jedoch unberücksichtigt bleiben.

Im Ergebnis stellt das Angebot von Test-Express eine Ergänzung oder alternative Regelung zunächst zu § 2 Nr. 7b SchAusnahmeVO. Dort ist die „Vier-Augen“-Regelung am Arbeitsplatz normiert.

Hiernach soll die testende Person bei der Durchführung der Testung durch eine andere Person beaufsichtigt werden, die sodann den durchgeführten Test dokumentiert und bezeugt. Die Arbeitgeber können hier eine beliebige Person beauftragen, den Test zu überwachen.

Üblicherweise wird dies ebenfalls ein Beschäftigter oder eine Beschäftigte des Unternehmens sein. Nicht vorgeschrieben ist, dass diese Testung am Arbeitsplatz durchgeführt wird, wohl aber vor Beginn der Arbeit.

Durch ihre Erklärung oder Versicherung der überwachenden Person bestätigt diese, dass die Testung durchgeführt wurde. Dadurch ist eine ausreichende Sicherheit und im Übrigen Dokumentation gegeben, um der 3G-Regelung am Arbeitsplatz zu genügen.

Die vom Normgeber getroffene Regelung, die Testungen zeit- und ortsnah beim Arbeitgeber oder beim Arbeitnehmer durchführen zu lassen, korrespondiert auch mit der Überlegung, die analogen und allgemeinen Testzentren nicht noch weiter zu überlasten.

Gerade in Zeiten, in denen der Ruf nach Kontaktbeschränkungen wieder lauter wird und auch Genesene und Geimpfte verstärkt auf das Testangebot wegen u.a. der 2G+-Regelung zugreifen, ist jede Möglichkeit oder Maßnahme, die dahingehend für Entlastung sorgt, deshalb zu prüfen und als Alternative in Betracht zu ziehen.

Grundsätzlich halte ich es, nicht nur aus Kontaktbeschränkungsgesichtspunkten für wünschenswert, wenn zu den beschriebenen analogen Testangeboten digitale hinzutreten.

Ebenso ist es auch begrüßenswert und die Möglichkeit verlängert worden, dass erkrankte Arbeitnehmer/-innen sich telefonisch über ihren Hausarzt krankschreiben lassen konnten, um so den Gang in überfüllte Wartezimmer mit Ansteckungsgefahr zu vermeiden.

Nicht nur in diesem Kontext, sondern auch konkret ist das Angebot von Test-Express deshalb auch als ein solches im Sinne von § 2 Nr. 7c) SchAusnahmenVO i.V.m. § 6 TestV zu qualifizieren.

Vorausgesetzt man setzt hier bei der rechtlichen Bewertung beim betreuenden oder leitenden Arzt als verantwortlich zeichnende Person, in persona Dr. med. Rudolf Sebastian, an und betrachtet das digitale Angebot von Test-Express als digitales Hilfsmittel oder Vermittlungsplattform.

Auch analoge Testzentren, Arztpraxen oder Apotheken gestalten ihr Testprocedere oft außerhäusig (außerhalb ihrer Praxen oder Läden) und durch angeschulte Personen.

5. Dagegen sprechende Erwägungen

Einzig sachfremde Erwägungen kann ich derzeit erkennen, die das Angebot von Test-Express als unzulässig oder schlecht, etc. einstufen. Sie lassen sich meistens dort verorten, wo man Tests eigentlich für überflüssig hält, weil man ja geimpft ist oder eigentlich faktischen Druck ausüben möchte, sich impfen zu lassen.

Um das Infektionsgeschehen einzudämmen, sind Tests sowohl für Geimpfte als auch für Ungeimpfte unentbehrlich. Digitale Angebote als Alternative zu analogen, sind hier durchaus beachtlich und bemerkenswert, da sie kontaktärmere Testungen ermöglichen.

Da sie zudem von den Verwendern oder Nutzern selbst bezahlt werden, bedeuten sie auch eine Entlastung der öffentlichen Kassen.

Ich stufe das Angebot von Test-Express mithin als rechtlich nicht zu beanstanden ein. Ohne weiteres ist das Angebot insbesondere im Bereich 3G-Regelung am Arbeitsplatz mithin klassifizierbar i.S.v. § 2 Nr. 7 a) u. c) SchAusnahmenVO i.V.m. § 6 TestV.

Dabei unterstelle ich, dass datenschutzrechtliche Bestimmungen eingehalten werden, die verwendeten Tests mit dem vom BfArM zugelassenen abgeglichen und überprüft werden und ein Prozedere verbindlich und nachprüfbar bestimmt ist, wie mit den Gesundheitsdaten verfahren wird und wie bspw. positive Testergebnisse weitergeleitet werden.

Für ergänzende Fragen oder Ausführungen stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Brandes', written in a cursive style.

Brandes
Rechtsanwalt