

Titel:

Testpflicht bei Teilnahme am schulischen Präsenzunterricht und für Beschäftigte in Kindertageseinrichtungen rechtmäßig

Normenketten:

VwGO § 47 Abs. 6

14. BayIfSMV § 3, § 11, 13 Abs. 2, § 14 Abs. 3

Leitsätze:

1. Die Testobliegenheit nach § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV hat eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage. (Rn. 21) (redaktioneller Leitsatz)
2. Durch die Regelung des § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV wird keine Testpflicht im Rechtssinne statuiert; Gegenstand ist lediglich das Verbot, ohne einen hinreichenden Testnachweis oder eine in der Schule durchgeführte Selbsttestung am Präsenzunterricht, an schulischen Veranstaltungen in Präsenzphasen oder an der Mittags- und Notbetreuung teilzunehmen. (Rn. 22) (redaktioneller Leitsatz)
3. Die Testobliegenheit führt zu keinen unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen. (Rn. 23) (redaktioneller Leitsatz)
4. Für die in § 14 Abs. 3 14. BayIfSMV geregelte Testobliegenheit für Beschäftigte in Kindertageseinrichtungen besteht eine ausreichende Verordnungsermächtigung. (Rn. 45) (redaktioneller Leitsatz)
5. Zur Rechtmäßigkeit der Testobliegenheiten als Zugangsvoraussetzung zu Betrieben, Einrichtungen oder Angeboten mit Publikumsverkehr. (Rn. 47) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Normenkontrollantrag, Einstweilige Anordnung, Tests in Schulen, Vorlage eines Testnachweises für Beschäftigte in der Kindertagesbetreuung

Tenor

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
- III. Der Streitwert wird auf 10.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die 19-jährige Antragstellerin, die eine bayerische Realschule besucht und nachmittags als Aushilfe in einer Kindertagesstätte arbeitet, beantragt, § 13 Abs. 2 sowie § 14 Abs. 3 der 14. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (14. BayIfSMV vom 1. September 2021, BayMBl. 2021 Nr. 615), in der Fassung der Änderungsverordnung vom 15. September 2021 (BayMBl. Nr. 661), die mit Ablauf des 1. Oktober 2021 außer Kraft tritt (§ 20 Abs. 1 14. BayIfSMV), durch Erlass einer einstweiligen Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen.

2

Die angegriffenen Regelungen haben folgenden Wortlaut:

3

§ 13 Schulen

(1) (...)

4

(2) Die Teilnahme am Präsenzunterricht, an sonstigen Schulveranstaltungen oder schulischen Ferienkursen in Präsenz sowie an der Mittags- und Notbetreuung ist Schülerinnen und Schülern nur erlaubt, wenn sie drei Mal wöchentlich einen Testnachweis nach § 3 Abs. 4 Nr. 1, 2 erbringen oder in der Schule unter Aufsicht einen über die Schule zur Verfügung gestellten und dort zu verwendenden Selbsttest mit negativem Ergebnis vorgenommen haben. Für Schülerinnen und Schüler der Grundschulstufe sowie an Förderschulen mit den Schwerpunkten geistige Entwicklung, körperliche und motorische Entwicklung sowie Sehen gilt Satz 1 mit der Maßgabe, dass an die Stelle dreier wöchentlicher Selbsttests nach Entscheidung des Staatsministeriums für Unterricht und Kultus zwei wöchentliche PCR-Pooltestungen treten können. Bei einem Infektionsfall in einer Klasse kann die Kreisverwaltungsbehörde für die Teilnehmer dieser Klasse tägliche Testnachweise anordnen. Die Schule verarbeitet das Testergebnis für die Zwecke nach Satz 1 und 2. Eine Übermittlung von Testdaten an Dritte findet im Übrigen vorbehaltlich von Meldepflichten nach dem Infektionsschutzgesetz nicht statt. Bei der Teilnahme an PCR-Pooltestungen gelten die mit der Testung beauftragten Labore und Transportpersonen nicht als Dritte im Sinne von Satz 5. Das Testergebnis wird höchstens 14 Tage aufbewahrt. Für Schülerinnen und Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf kann das Staatsministerium für Unterricht und Kultus Ausnahmen bekanntmachen. Für die Lehrkräfte und sonstige an Schulen tätige Personen gelten hinsichtlich ihrer Tätigkeit in den Schulräumen sowie den Räumen der Mittagsbetreuung die Sätze 1 und 3 bis 7 mit der Maßgabe entsprechend, dass ein Selbsttest auch außerhalb der Schule und ohne Aufsicht vorgenommen werden kann, wenn die Person versichert, dass das Testergebnis negativ ausgefallen ist; soweit das Testergebnis für außerschulische Zwecke Verwendung finden soll, ist der Selbsttest unter Aufsicht in der Schule durchzuführen.

5

§ 14 Kindertagesbetreuung

(1) - (2) (...)

6

(3) Das Betreten von Kindertageseinrichtungen und Heilpädagogischen Tagesstätten ist deren Beschäftigten und den sonstigen dort tätigen Personen nur erlaubt, wenn sie drei Mal wöchentlich einen Testnachweis nach § 3 Abs. 4 Nr. 1, 2 erbringen oder versichern, einen Selbsttest mit negativem Ergebnis vorgenommen zu haben. Soweit das Testergebnis eines Selbsttests für Zwecke außerhalb der Einrichtung Verwendung finden soll, ist der Selbsttest unter Aufsicht in der Einrichtung durchzuführen.“

7

Zur Begründung ihres Antrags trägt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die epidemische Lage sei derzeit entspannt. Zudem würden sich Kinder seltener mit dem SARS-CoV-2-Virus infizieren und auch im Falle einer Infektion nur sehr selten schwer erkranken. Vor diesem Hintergrund müsse bei Grundrechtseingriffen bei Kindern ein strengerer Maßstab angelegt werden. Das Infektionsgeschehen in Kindertageseinrichtungen bewege sich auf niedrigem Niveau. Es gebe daher keine unmittelbar abzuwendende Gefahr und folglich keine Notwendigkeit, in der Kinderbetreuung verschärfte Regelungen einzuführen bzw. die Grundrechte der Mitarbeiter derart massiv zu beschneiden. Tatsächlich könne dies zu einem gegenteiligen Effekt für die Betreuungssituation führen, wenn die Betreuer in Kindertagesstätten die Einschränkung ihrer Grundrechte nicht hinnähmen und die Betreuung einstellten. Verpflichtende Testungen stellten einen massiven Eingriff in die Grundrechte der Antragstellerin dar. Der Eingriff sei unverhältnismäßig, da keine zwingende Notwendigkeit hierfür bestehe. Eine vertragliche Regelung zwischen allen Beteiligten (Betreuungseinrichtung, Eltern und Betreuer) wäre ausreichend. Auch die Testpflicht in Schulen sei rechtswidrig, sie stelle einen schweren Eingriff in die Rechte der Kinder, insbesondere in die informationelle Selbstbestimmung dar. Außerschulische Tests seien keine Alternative mehr, da diese bald kostenpflichtig würden. Die Privilegierung von geimpften Personen sei nicht sachgerecht und gleichheitswidrig, weil sich auch Geimpfte anstecken und dann andere anstecken könnten. Eine Testpflicht für Geimpfte sei rechtlich zulässig. Das Ziel der Testpflicht in den Schulen sei nach der Begründung des Antragsgegners die Unterbrechung von Infektionsketten, also der Fremdschutz. Die Regelung, dass sich geimpfte Personen nicht testen lassen müssen, widerspreche diesem Schutzziel offensichtlich.

8

Die Antragstellerin beantragt,

9

1. Die Vorschrift des § 14 Abs. 3 der 14. BayIfSMV in der Fassung vom 20. September 2021 (Testpflicht für Beschäftigte von Kindertagesstätten) wird vorläufig für ungültig erklärt.

10

2. Die Vorschrift des § 13 Abs. 2 der 14. BayIfSMV (Testpflicht an Schulen generell) wird vorläufig für ungültig erklärt.

11

3. Hilfsweise für den Fall der Abweisung der Anträge zu 1) und 2) wird die Vorschrift des § 3 der 14. BayIfSMV in Bezug auf § 13 Abs. 2 Satz 9 der 14. BayIfSMV (Ausnahme von der Testpflicht für geimpftes Lehrpersonal an Schulen) vorläufig für ungültig erklärt, soweit geimpften Personen ohne gültigen negativen Test der Zugang zu den Schulgebäuden gewährt wird. Es wird vorläufig festgestellt, dass geimpfte Personen nicht von der Testpflicht ausgenommen sind und auch geimpfte Personen für das Betreten der Schulgebäude einen negativen Testnachweis vorlegen müssen.

12

Mit Schriftsatz vom 22. September 2021 hat die Antragstellerin ergänzend vorgetragen.

13

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

14

Der Eilantrag bleibt ohne Erfolg.

15

Die Voraussetzungen des § 47 Abs. 6 VwGO, wonach das Normenkontrollgericht eine einstweilige Anordnung erlassen kann, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist, liegen nicht vor. Ein Normenkontrollantrag in der Hauptsache gegen § 13 Abs. 1 i.V.m. § 2 14. BayIfSMV sowie gegen § 14 Abs. 3 14. BayIfSMV hat unter Anwendung des geltenden Prüfungsmaßstabs im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO bei summarischer Prüfung keine durchgreifende Aussicht auf Erfolg. Auch eine hiervon unabhängige Folgenabwägung geht zulasten der Antragstellerin aus.

16

Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen oder noch zu erhebenden Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 12; zustimmend OVG NW, B.v. 25.4.2019 - 4 B 480/19.NE - NVwZ-RR 2019, 993 - juris Rn. 9). Dabei erlangen die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Eilverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Normen befristet und je geringer damit die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag noch vor dem Außerkrafttreten der Normen ergehen kann.

17

Ergibt die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist (BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 12).

18

Lassen sich die Erfolgsaussichten nicht absehen, ist im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden. Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung nicht erginge, der Normenkontrollantrag aber später Erfolg hätte, und die Folgen, die entstünden, wenn die

begehrte Außervollzugsetzung erlassen würde, der Normenkontrollantrag aber später erfolglos bliebe. Die für eine einstweilige Außervollzugsetzung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, also so schwer wiegen, dass sie - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - juris Rn. 12; Ziekow in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 395; Hoppe in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 47 Rn. 106).

19

A. Der zulässige Eilantrag hinsichtlich § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV (Testnachweis) bleibt nach den oben dargelegten Maßstäben in der Sache ohne Erfolg, weil die Erfolgsaussichten in der Hauptsache nicht gegeben sind (I.) und eine hiervon unabhängige Folgenabwägung zu Lasten der Antragstellerin ausgeht (II.).

20

I. Bei summarischer Prüfung hat die Hauptsache voraussichtlich keinen Erfolg.

21

1. Der Senat geht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren davon aus, dass die Testobliegenheit nach § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV mit § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG (Auflagen für die Fortführung des Schulbetriebs) eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage hat (BayVGh, B.v. 8.12.2020 - 20 NE 20.2461 - juris Rn. 24 ff.; B.v. 9.7.2021 - 25 NE 21.1757 - juris Rn. 57). Jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung bestehen keine durchgreifenden Bedenken dahingehend, dass die vorgenannten Bestimmungen eine ausreichende Verordnungsermächtigung für die durch sie erfolgenden Grundrechtseingriffe darstellen und sie insbesondere auch dem Wesentlichkeitsgrundsatz und dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entsprechen. Als Ermächtigungsnorm kommt dagegen nicht § 32 Satz 1 i.V.m. § 29 IfSG in Betracht (vgl. dazu BayVGh, B.v. 2.3.2021 - 20 NE 21.1036 - juris Rn. 13; B.v. 9.7.2021 - 25 NE 21.1757 - juris Rn. 57), wovon wohl auch die Antragstellerin im Ergebnis ausgeht.

22

Der Senat hält daran fest, dass auch durch die streitgegenständliche Regelung des § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV keine Testpflicht im Rechtssinne statuiert wird, weil nach dem Wortlaut die Erfüllung der Testung nicht vom Antragsgegner erzwungen werden kann; Gegenstand ist lediglich das Verbot, ohne einen hinreichenden Testnachweis oder eine in der Schule durchgeführte Selbsttestung am Präsenzunterricht, an schulischen Veranstaltungen in Präsenzphasen oder an der Mittags- und Notbetreuung teilzunehmen (vgl. VerfGH, E.v. 21.4.2021 - Vf. 26-VII-21 - juris Rn. 26; BayVGh, B.v. 16.4.2021 - 20 NE 21.1036 - juris Rn. 14, 19 ff.; B.v. 12.4.2021 - 20 NE 21.926 - juris Rn. 18 ff.; B.v. 9.7.2021 - 25 NE 21.1757 - juris Rn. 58). Daher trifft Schülerinnen und Schüler lediglich eine Obliegenheit zur Testung. Dies geht auch aus der insofern weiterhin maßgeblichen Begründung der 12. BayIfSMV (BayMBI 2021 Nr. 262, vgl. die Bezugnahme durch die Begründung der 14. BayIfSMV vom 1.9.2021, BayMBI. Nr. 616, S. 1) hervor. Die Regelung des § 18 Abs. 4 12. BayIfSMV wurde in § 20 Abs. 2 13. BayIfSMV sowie in § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV inhaltlich fortgeführt, ohne dass der Normgeber dies abweichend begründet hätte (vgl. Begründung zur 13. BayIfSMV, BayMBI 2021, Nr. 385 und zur 14. BayIfSMV, BayMBI. Nr. 616). Nichts Anderes ergibt sich aus den einschlägigen Hinweisen des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus (<https://www.km.bayern.de/allgemein/meldung/7230/selbsttests-fuer-bayerische-schuelerinnen-und-schueler.html>). Erfüllen Schülerinnen und Schüler die Testobliegenheit daher nicht, findet für sie Distanzunterricht und Distanzlernen statt (vgl. BayVGh, B.v. 16.4.2021 - 20 NE 21.1036 - juris Rn. 14, 19 ff.; B.v. 12.4.2021 - 20 NE 21.926 - juris Rn. 18 ff.; B.v. 9.7.2021 - 25 NE 21.1757 - juris Rn. 58; VerfGH, E.v. 21.4.2021 - Vf. 26-VII-21 - juris Rn. 26).

23

2. Die angegriffene Regelung ist voraussichtlich materiell rechtmäßig, weil sie mit den Ermächtigungsgrundlagen im Einklang steht. Im Zeitpunkt des Erlasses der 14. BayIfSMV wie auch der Entscheidung des Senats liegen die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG vor. Es handelt sich um eine notwendige Schutzmaßnahme zur Kontrolle des Infektionsgeschehens im Sinne des § 28a Abs. 3 Satz 7 IfSG in der im Zeitpunkt des Erlasses der angegriffenen Regelung und bis zum 14. September 2021 geltenden Fassung bzw. des präventiven Infektionsschutzes gemäß des zum 15. September 2021 neu gefassten § 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG. Bei summarischer Prüfung führt die Testobliegenheit auch zu keinen unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen.

24

a) Im Zeitpunkt des Erlasses der 14. BayIfSMV am 1. September 2021 wie auch der Entscheidung des Senats liegen die Voraussetzungen des § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG weiterhin vor.

25

aa) Der Deutsche Bundestag hat die in § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG vorgesehene Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite mit Blick auf das Corona-Virus SARS-CoV-2 erstmals am 25. März 2020 getroffen (BT-PIPr 19/154, 19169C). Er hat diese Feststellung seither auch nicht - wie in § 5 Abs. 1 IfSG vorgesehen - aufgehoben und diese Aufhebung im Bundesgesetzblatt bekannt gemacht, sondern am 18. November 2020, am 4. März 2021, am 11. Juni 2021 und zuletzt am 25. August 2021 den Fortbestand einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG für weitere drei Monate festgestellt (vgl. BT-Drs. 19/24387; Annahme des Entschließungsantrags BT-Drs. 19/27196; Annahme des Entschließungsantrags BT-Drs. 19/30398; Annahme des Entschließungsantrags BT-Drs. 19/32091, BT-PIPr 19/238 S. 21076C).

26

bb) Die vom Ordnungsgeber getroffene Gefährdungsprognose, dass die beanstandete Testobliegenheit bei summarischer Prüfung eine geeignete, erforderliche und gemäß § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1 IfSG notwendige Schutzmaßnahme darstellt, ist auch gegenwärtig nicht zu beanstanden.

27

(1) Nach der aktuellen Risikobewertung des RKI vom 24. September 2021 (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html) wird die Gefährdung für die Gesundheit der nicht vollständig geimpften Bevölkerung in Deutschland insgesamt weiterhin als hoch, für vollständig Geimpfte als moderat eingeschätzt. Nach einem Anstieg der Fälle im ersten Quartal 2021 und deutlichem Rückgang der 7-Tage-Inzidenzen und Fallzahlen im Bundesgebiet im zweiten Quartal sind die Fallzahlen zuletzt in allen Altersgruppen wieder angestiegen. In Bayern liegt die landesweite 7-Tage-Inzidenz aktuell bei 83,1 und der 7-Tage-R-Wert bei 0,99. In den sieben vergangenen Tagen wurden bayernweit 199 an COVID-19 erkrankte Personen in ein bayerisches Krankenhaus eingewiesen; 269 Intensivbetten sind durch an COVID-19 erkrankte Personen derzeit belegt (Stand 27.9.2021, https://www.lgl.bayern.de/gesundheits/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm). Es lassen sich nicht alle Infektionsketten nachvollziehen. Häufungen werden oft in Privathaushalten und in der Freizeit (z.B. im Zusammenhang mit Reisen) und größere Ausbrüche bei Veranstaltungen dokumentiert, z.B. bei Tanz-, Gesangs- und anderen Feiern, besonders auch bei Großveranstaltungen und in Innenräumen, in denen - insbesondere bei schlechter Belüftung - eine Übertragung durch Aerosole allein durch die Einhaltung der Abstands- und Hygieneregeln nicht sicher verhindert werden kann. Neben den AHA-Regeln können Tests als ein zusätzliches Element durch frühe Erkennung der Virusausscheidung vor dem Auftreten von Krankheitszeichen die Sicherheit weiter erhöhen (RKI, Risikobewertung, a.a.O.).

28

Die Zahl der Todesfälle befindet sich aktuell auf niedrigem Niveau mit leicht steigender Tendenz. Die Zahl schwerer Erkrankungen an COVID-19, die im Krankenhaus behandelt werden müssen, steigt derzeit ebenfalls wieder an. Bei der überwiegenden Zahl der Fälle verläuft die Erkrankung mild. Die Wahrscheinlichkeit für schwere und auch tödliche Krankheitsverläufe steigt mit zunehmendem Alter und bei bestehenden Vorerkrankungen; allerdings kann es auch ohne bekannte Vorerkrankungen und bei jungen Menschen zu schweren oder zu lebensbedrohlichen Krankheitsverläufen kommen. Langzeitfolgen können auch nach leichten Verläufen auftreten. Die Therapie schwerer Krankheitsverläufe ist komplex und erst wenige Therapieansätze haben sich in klinischen Studien als wirksam erwiesen. Die Anforderungen an das Gesundheitssystem waren in weiten Teilen Deutschlands vorübergehend sehr hoch, so dass das öffentliche Gesundheitswesen und die Einrichtungen für die stationäre medizinische Versorgung örtlich an die Belastungsgrenze kamen. Da eine vollständige Impfung mit den verfügbaren Impfstoffen auch bei der in Deutschland nun dominierenden Delta-Variante (VOC B.1.617.2) einen guten Schutz vor der Entwicklung einer COVID-19-Erkrankung (insbesondere vor einem schweren Verlauf) bietet, ist davon auszugehen, dass mit steigenden Impfquoten auch eine Entlastung des Gesundheitssystems einhergeht (RKI, Risikobewertung, a.a.O.; vgl. auch Schuppert/Weber-Carstens/Karagiannidis, Intensivbettenbedarf für COVID-19 im Herbst/Winter 2021, abrufbar unter <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s00063-021->

00862-9.pdf). In Bayern haben bis zum 27. September 2021 rund 64,5% der Bevölkerung eine Erstimpfung und 61,7% den vollständigen Impfschutz erhalten, wobei letztere Quote in der Altersgruppe der 18 bis 59-Jährigen bei 67,2% und in der Altersgruppe der über 60jährigen bei 81,8% liegt (Impfmonitoring des RKI, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html). Damit liegt die Impfquote aber noch deutlich von einer sog. Herdenimmunität entfernt (rund 85% vollständig Geimpfte in der Altersgruppe der 12 bis 59-Jährigen sowie von 90% für Personen ab dem Alter von 60 Jahren, vgl. https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/27_21.pdf?blob=publicationFile).

29

Internationale Studien weisen darauf hin, dass die Delta-Variante, die in den letzten Wochen die dominierende Variante in Deutschland geworden ist, verglichen mit früher dominierenden Varianten zu schwereren Krankheitsverläufen mit mehr Hospitalisierungen und häufigerer Todesfolge führen kann. Aufgrund der leichteren Übertragbarkeit dieser Variante und der noch nicht ausreichenden Impfquoten muss mit einem weiteren Anstieg der Infektionszahlen in den nächsten Wochen gerechnet werden. Nur bei einer niedrigen Zahl von neu Infizierten und einem hohen Anteil der vollständig Geimpften in der Bevölkerung können viele Menschen, nicht nur aus den Risikogruppen wie ältere Personen und Menschen mit Grunderkrankungen, gut vor schweren Krankheitsverläufen, intensivmedizinischer Behandlungsnotwendigkeit und Tod geschützt werden. Ein weiteres wichtiges Ziel ist die Vermeidung von Langzeitfolgen, die auch nach milden Krankheitsverläufen auftreten können. Es ist nach Einschätzung des RKI weiterhin von entscheidender Bedeutung, die Zahl der Erkrankten so gering wie möglich zu halten und Ausbrüche zu verhindern. Nur dadurch kann die Belastung im Gesundheitswesen so niedrig gehalten werden, dass einerseits eine gute medizinische Versorgung aller kranken Personen (auch unabhängig von COVID-19) möglich ist und andererseits das Infektionsgeschehen durch die Gesundheitsämter bearbeitet werden kann (RKI, Risikobewertung, a.a.O.).

30

Immer noch sind viele europäische Staaten, so auch in direkter Nachbarschaft zu Deutschland nach gemeinsamer Analyse und Entscheidung durch das Bundesministerium für Gesundheit, das Auswärtige Amt und das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat als Hochrisikogebiete für eine Infektion mit SARS-CoV-2 eingestuft. Die Zahl der Neuinfektionen ist nicht zuletzt auch durch die insgesamt zunehmende Mobilität und insbesondere durch die Reiserückkehr aus den Sommerferien bedingt gestiegen (BT-Drs. 19/32091 S. 2). Zudem ist in einer Phase, in der die Infektionszahlen zwar steigen, insgesamt aber verhältnismäßig niedrig sind und die Impfungen in Deutschland und Europa fortschreiten, weltweit jedoch auf einem regional sehr unterschiedlichen Niveau sind, auch mit sogenannten Escape-Mutationen zu rechnen, das heißt Virusvarianten, die eine verringerte Sensitivität gegenüber den gegenwärtig verfügbaren Impfstoffen haben (BT-Drs. 19/32091 S. 3).

31

(2) Die Regelung ist zur Erreichung des Ziels, der Ausbreitung des Infektionsgeschehens zu begegnen und einer Überlastung des Gesundheitssystems vorzubeugen, voraussichtlich geeignet, was der Fall ist, wenn durch das eingesetzte Mittel der angestrebte Erfolg gefördert werden kann (grundlegend BVerfG, B.v. 16.3.1971 - 1 BvR 52/66 u.a. - BVerfGE 30, 292/316 - juris Rn. 64).

32

Die Testobliegenheit trägt zur Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) bei, weil dadurch die Teilnahme am Präsenzunterricht auf Personen beschränkt wird, die ein aktuelles negatives Testergebnis erbringen oder vorlegen können. Unabhängig von der Art und der Zuverlässigkeit der verwendeten oder von der Schule zur Verfügung gestellten Tests kann so zumindest ein Teil infizierter und damit in der Regel auch infektiöser Schulbesucher festgestellt werden. Einer Weiterverbreitung der Erkrankung innerhalb des Schulbetriebs wird damit entgegengewirkt (vgl. VerfGH, E.v. 21.4.2021 - Vf. 26-VII-21 - juris Rn. 28; BayVGh, B.v. 9.7.2021 - 25 NE 21.1757 - juris Rn. 60; OVG NW, B.v. 10.6.2021 - 13 B 948/21.NE - juris Rn. 2 m.w.N.). Es ist zu erwarten, dass vor allem Personen mit einer hohen Virenlast detektiert werden können. Zudem erhöht die regelmäßig wiederholte Testung derselben Personen die Wahrscheinlichkeit, das diagnostische Fenster eines Antigentests zu treffen, so dass eine übertragungsrelevante Infektion erkannt werden kann (vgl. RKI, Epid. Bull. 17/2021, S. 14 ff., https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/17_21.html; RKI, Flyer „Antigentests als ergänzende Maßnahmen zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie“, S. 2 f., https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Downloads/Flyer-Antigentests.html; OVG

Berlin-Bbg, B.v. 10.6.2021 - OVG 11 S 76/21 - juris Rn. 58). Die Testung trägt nicht zuletzt deshalb zur Reduzierung des allgemeinen Infektionsgeschehens bei, weil bei Kindern und Jugendlichen oftmals atypische Krankheitsbilder auftreten und sie häufig keine oder nur eine milde Symptomatik zeigen (vgl. RKI, SARS-CoV-2 Testkriterien für Schulen während der COVID-19 Pandemie, Stand 23.2.2021, https://www.rki.de/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Teststrategie/Testkriterien-Schulen.pdf?blob=publicationFile).

33

Dies steht in Einklang mit der Einschätzung des Netzwerks Universitätsmedizin vom 22. März 2021, wonach der Präsenzunterricht an Schulen durch die Anwendung systematischer Testungen zwingend begleitet werden sollte, mit denen die Ausbreitung von SARS-CoV-2 erkannt und kontrolliert werden kann (vgl. BayVGh, B.v. 16.4.2021 - 20 NE 21.1036 - juris Rn. 23 m.w.N.). Im Übrigen hat auch der Bundesgesetzgeber die allgemeine Testobliegenheit für Schülerinnen und Schüler als geeignetes Mittel angesehen, das dem möglichst frühzeitigen Erkennen von potentiell schwer kontrollierbaren Infektionsherden dient, nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass insbesondere im Falle von jüngeren Schulkindern eine durchgehende Umsetzung von Hygienekonzepten teilweise nur begrenzt möglich ist (vgl. die Begründung des Entwurfs eines Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes zu § 28b Abs. 3 IfSG, BT-Drs. 19/28444 S. 14). Insbesondere jüngere Kinder können Abstands- und Hygieneregeln nicht oder nur bedingt umsetzen. Während eine Zulassung von Impfstoffen für Kinder ab einem Alter von zwölf Jahren erfolgt ist, werden Impfungen für jüngere Kinder vermutlich erst zu einem weitaus späteren Zeitpunkt möglich sein. Zudem hat die Ständige Impfkommission (STIKO) die Empfehlung für eine Impfung aller Kinder und Jugendlichen im Alter von 12 bis 17 Jahren gegen COVID-19 erst Mitte August 2021 auf der Grundlage neuer Überwachungsdaten ausgesprochen (vgl. https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/STIKO/Empfehlungen/PM_2021-08-16.html). Es wird daher für diese Altersgruppe noch keine hohe Impfquote erreicht (Stand 27.9.2021 sind in Bayern 29,4% der 12 bis 17-Jährigen vollständig geimpft). Somit stellen Schülerinnen und Schüler (derzeit noch) eine große Gruppe dar, die für SARS-CoV-2 suszeptibel ist und unter der sich ein beträchtlicher Teil des Infektionsgeschehens im Herbst/Winter 2021/22 abspielen könnte (vgl. RKI, Epidemiologisches Bulletin 26/2021 vom 1.7.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/AktuelleAusgaben/aktuelleAusgaben_table.html). Daher ist es nach überzeugender Auffassung des RKI jetzt besonders wichtig, dass wirksame Vorkehrungen in Schulen getroffen werden, um Kinder vor einer SARS-CoV-2-Infektion zu schützen sowie eine Weiterverbreitung zu verhindern und dennoch einen Schulbetrieb zu ermöglichen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass ein fortbestehendes Infektionsgeschehen mit regelmäßiger Exposition geimpfter Personen im privaten Umfeld der Kinder die Gefahr der Selektion neu entstehender Mutationen begünstigt, die dem Immunschutz nach Impfung ausweichen könnten („Fluchtmutationen“). Zudem stellt die Situation ein Risiko für Personen (z.B. Eltern, Großeltern) dar, die nicht geimpft werden können oder die keinen ausreichenden Immunschutz gegen SARS-CoV-2 aufbauen könnten (z.B. angeborene Immundefekte, medikamentöse Immunsuppression).

34

(3) Vor dem Hintergrund der dargestellten aktuellen pandemischen Lage, namentlich der drohenden weiteren Ausbreitung von leichter übertragbaren und wohl schwerere Krankheitsverläufe verursachenden Varianten (vgl. § 28a Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 IfSG), des insbesondere unter den Schülern mit Vorerkrankungen noch nicht hinreichenden Impffortschritts sowie des Beginns einer vierten Welle, spricht aus ex-ante-Sicht vieles dafür, dass die Testobliegenheit in der Schule eine weiterhin erforderliche und notwendige Schutzmaßnahme zur Kontrolle des Infektionsgeschehens im Sinne des § 28a Abs. 3 Satz 7 IfSG in der im Zeitpunkt des Erlasses der angegriffenen Regelungen und bis zum 14.9.2021 geltenden Fassung bzw. des präventiven Infektionsschutzes gemäß des zum 15. September 2021 neu gefassten § 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG darstellt. Die Wiederaufnahme des (angepassten) Regelbetriebs an Schulen, mit der der Antragsgegner dem gesetzlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag nach Art. 1 Abs. 1 BayEUG nachkommt, geht epidemiologisch mit einer gesteigerten Gefahrensituation einher, da Mindestabstände in geschlossenen Klassenräumen vielfach nicht eingehalten werden können. Die Maßnahme soll dazu beitragen, die Weiterverbreitung des SARS-CoV-2-Virus unter den Schülern und Lehrern sowie deren Bezugspersonen außerhalb des Unterrichts zumindest zu reduzieren und hierdurch die Virusausbreitung insgesamt (bis zu einer hinreichenden Immunisierung der Bevölkerung) einzudämmen bzw. zu verlangsamen. Damit wiederum sollen insbesondere Personen, die sich aus medizinischen Gründen bislang

nicht impfen lassen konnten oder für die noch kein Impfstoff zugelassen wurde (beispielsweise Schüler mit Vorerkrankungen unter zwölf Jahren), vor einem schweren Krankheitsverlauf und Langzeitfolgen geschützt und der bei einer unkontrollierten Infektionsausbreitung weiterhin bestehenden Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems vorgebeugt werden.

35

b) Die angegriffene Regelung trägt nach summarischer Prüfung auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinn Rechnung. Eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere der damit verbundenen Eingriffe und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der sie rechtfertigenden Gründe führt zu dem Ergebnis, dass die Grenze der Zumutbarkeit (noch) gewahrt ist (vgl. dazu BVerfG, B.v. 18.7.2005 - 2 BvF 2/01 - BVerfGE 113, 167/260).

36

aa) Soweit die Antragstellerin einwendet, die Testung in der Schule führe zu schwerwiegenden Eingriffen in die Rechte der Betroffenen und sei daher nicht mehr angemessen, überzeugt dies nicht. Nach § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV steht es den Schülern und den Eltern frei, entweder eine Selbsttestung in der Schule vorzunehmen oder einen Test nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 und 2 14. BayIfSMV zu erbringen. Hiervon sind insbesondere PCR- oder POC-Antigentests erfasst, die nach der Covid-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung erbracht werden. Die Antragstellerin hat nicht dargelegt, dass eine solche Testung unzumutbar wäre. Die Vorschrift belässt den betreffenden Schülerinnen und Schülern bzw. den Eltern damit die Wahl, den Test entweder durch geschultes Personal, etwa in einem Testzentrum, bei einem Arzt oder in der Apotheke, und damit außerhalb der Wahrnehmungsmöglichkeiten der Mitschüler vornehmen zu lassen oder aber diesen direkt in der Schule selbst durchzuführen.

37

bb) Angesichts der Freiwilligkeit der Testungen (vgl. oben I.1.) kann in Bezug auf das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) bereits die Eingriffsqualität der Maßnahme verneint werden (vgl. VerfGH, E.v. 21.4.2021 - Vf. 26-VII-21 - juris Rn. 26, 30; OVG Berlin-Bbg, B.v. 10.6.2021 - OVG 11 S 76/21 - juris Rn. 65 ff.).

38

Selbst wenn dem nicht gefolgt würde und ein Eingriff in den Schutzbereich der genannten Grundrechte (mangels Freiwilligkeit) vorläge, wäre die Regelung angemessen. Ein Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, läge im unteren Bereich der Eingriffsintensität. Der bei den verwendeten Tests (vgl. <https://www.km.bayern.de/allgemein/meldung/7230/selbsttests-fuer-bayerische-schuelerinnen-und-schueler.html>) erforderliche Abstrich aus dem Mund-, Nasen- oder Rachenraum dürfte zwar als Beeinträchtigung der körperlichen Integrität zu werten sein. Diese wäre indes nur von kurzer Dauer und niedrighschwelliger Intensität (VerfGH, E.v. 21.4.2021 - Vf. 26-VII-21 - juris Rn. 27 m.w.N.). Gleiches gilt für Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die allgemeine Handlungsfreiheit. Angesichts des verfolgten Ziels, in Erfüllung der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht des Staates für das Leben und die körperliche Unversehrtheit, der weiteren Ausbreitung von Infektionen mit dem Corona-Virus entgegenzuwirken (vgl. VerfGH, E.v. 14.9.2020 - Vf. 70-IVa-20 - juris Rn. 24), sind die Eingriffe angemessen und zumutbar. Dass die Tests ab dem 11. Oktober 2021 nach § 4a Coronavirus-Testverordnung (TestV) bei asymptomatischen Personen über 18 Jahren - wie der Antragstellerin - nicht mehr kostenlos durchgeführt werden können, ändert hieran aufgrund der geringen Eingriffsintensität der Testobliegenheit nichts.

39

Nichts Anderes ergibt sich im Übrigen bei Einbeziehung der von der Antragstellerin nicht näher problematisierten Eingriffe durch die Verarbeitung personenbezogener Daten (vgl. Art. 4 Nr. 2, Art. 9 Abs. 1 und 2 Buchst. g) und i) Datenschutz-Grundverordnung - DSGVO, Art. 85 BayEUG, sowie OVG NW, B.v. 22.4.2021 - 13 B 559/21.NE - juris Rn. 98 ff.). Ungeachtet der Frage, inwiefern sich Beeinträchtigungen schon durch eine Testung nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 und 2 14. BayIfSMV in Teilen vermeiden lassen, stehen die Belastungen der Betroffenen bei summarischer Prüfung auch insofern nicht außer Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen. Zwar besteht ein hohes Interesse, die Verarbeitung von Gesundheitsdaten zu untersagen (vgl. Art. 9 Abs. 1 DSGVO), die Testung und die Isolierung erkrankter Personen dient aber über den allgemeinen Gesundheitsschutz hinaus (vgl. Art. 9 Abs. 2 Buchst. i DSGVO)

der Erfüllung der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht des Staates für das Leben und die körperliche Unversehrtheit, der angesichts der grundsätzlich bestehenden Schulpflicht sowie des Rechts der Schüler, am Unterricht teilzunehmen, besonderes Gewicht zukommt.

40

cc) Schließlich hält der Senat die Koppelung des Schulbesuchs an einen vorangegangenen Test auch in Bezug auf das (Teilhabe-)Recht der betroffenen Eltern sowie der Schülerinnen und Schüler auf Erziehung und Bildung von Kindern in der Schule (Art. 6 Abs. 2 Satz 1, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 und 2 GrCh) nicht für unverhältnismäßig (vgl. OVG NW, B.v. 22.4.2021 - 13 B 559/21.NE - juris Rn. 101 ff.). Es erscheint bereits fraglich, ob überhaupt ein Eingriff vorliegt; die Ausgestaltung des Schulverhältnisses wäre - aus den genannten Gründen - aber jedenfalls nicht unangemessen und nicht unzumutbar (vgl. BayVGh, B.v. 16.4.2021 - 20 NE 21.1036 - juris Rn. 32; B.v. 9.7.2021 - 25 NE 21.1757 - juris Rn. 72).

41

c) Soweit die Antragstellerin auf den Wegfall der Tests in Thüringen verweist und insofern einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG rügt, ist lediglich darauf hinzuweisen, dass ein Gleichheitsverstoß grundsätzlich nicht damit begründet werden kann, dass unterschiedliche Hoheitsträger innerhalb ihrer jeweiligen Rechtsetzungskompetenz unterschiedliche Sachregelungen treffen (stRspr., vgl. etwa BVerfG, B.v. 9.12.2008 - 2 BvR 443/04 - juris Rn. 17 m.w.N.).

42

II. Eine von den Erfolgsaussichten in der Hauptsache unabhängige Folgenabwägung geht nach den eingangs dargestellten Maßstäben ebenfalls zulasten der Antragstellerpartei aus. Denn die zu erwartenden Folgen einer Außervollzugsetzung der angegriffenen Norm wiegen deutlich schwerer als die Folgen ihres einstweilig weiteren Vollzugs, die die von der Regelung betroffenen Schülerinnen und Schüler hinzunehmen haben. Diesbezüglich gelten die bereits zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne angestellten Erwägungen entsprechend.

43

B. Unbegründet ist der Antrag auch, soweit er sich gegen § 14 Abs. 3 14. BayIfSMV (Testobliegenheit für Beschäftigte in Kindertageseinrichtungen) wendet.

44

I. § 14 Abs. 3 BayIfSMV erweist sich bei summarischer Prüfung als voraussichtlich rechtmäßig.

45

1. Die in der angegriffenen Regelung verankerte Zugangsbeschränkung zu Kindertagesstätten für Personen, die nicht getestet sind (oder nach § 7 SchAusnahmV aufgrund einer Impfung oder Genesung getesteten gleichstehen) findet ihre Rechtsgrundlage in § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 15 IfSG, welche den Ordnungsgeber ermächtigen, Betretungsverbote oder -bedingungen hinsichtlich sozialer Einrichtungen zu regeln. Jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung bestehen keine durchgreifenden Bedenken dahingehend, dass die vorgenannten Bestimmungen eine ausreichende Verordnungsermächtigung für die durch sie erfolgenden Grundrechtseingriffe darstellen und sie insbesondere auch dem Wesentlichkeitsgrundsatz und dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entsprechen. Unterstrichen wird dies durch die zum 14. September 2021 in Kraft getretene Regelung des § 28a Abs. 1 Nr. 2a IfSG (vgl. Art. 12 des Gesetzes vom 10.9.2021 - BGBl. I S. 4147), die den Ordnungsgeber nunmehr explizit zur Etablierung der Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises ermächtigt (BT-Drs. 19/32275 v. 3.9.2021, S. 28).

46

2. Die formellen und materiellen Voraussetzungen an das Tätigwerden des Ordnungsgebers (dazu s.o.) sind erfüllt. Auch im Übrigen begegnet die Regelung bei summarischer Prüfung keinen materiell-rechtlichen Bedenken.

47

Der Senat hat jüngst die Testobliegenheit im Rahmen der sog. 3G-Regelung für voraussichtlich rechtmäßig erachtet und einen Antrag auf vorläufige Außervollzugsetzung der entsprechenden Regelung in § 3 Abs. 1 und 2 14. BayIfSMV abgelehnt (B.v. 15.9.2021 - 25 NE 21.2226 - abrufbar unter https://www.vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/25_ne_21.2226.pdf). Die Testobliegenheiten als Zugangsvoraussetzung zu den in § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 14. BayIfSMV genannten Betrieben,

Einrichtungen oder Angeboten mit Publikumsverkehr sind demnach sowohl mit den Freiheitsrechten der zu testenden Personen und der zur Kontrolle verpflichteten Betriebe und Dienstleister vereinbar. Testobliegenheiten sind nach ständiger Rechtsprechung des Senats grundsätzlich ein wenig belastendes Mittel, um die Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus bei Betrieben, Einrichtungen, Veranstaltungen, Angeboten und körpernahen Dienstleistungen im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 und § 11 14. BayIfSMV einzudämmen (vgl. BayVerfGH, E.v. 28.6.2021 - Vf. 73-VII-20 - juris Rn. 22; BayVGH, B.v. 2.3.2021 - 20 NE 21.369 - juris Rn. 11; VGH BW, B.v. 11.6.2021 - 1 S 1533/21 - juris Rn. 92; NdsOVG, B.v. 10.6.2021 - 13 MN 281/21 - juris Rn. 19). Auch verstößt die Testobliegenheit nach § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 14. BayIfSMV nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz im Hinblick auf die Befreiung Geimpfter und Genesener, weil die Ungleichbehandlung von immunisierten und nicht geimpften Personen mit der durch Studien belegten Auffassung des RKI zur deutlich selteneren Ansteckung immunisierter Personen derzeit voraussichtlich sachlich gerechtfertigt ist.

48

Daran hält der Senat auch im Hinblick auf § 14 Abs. 3 14. BayIfSMV und unter Berücksichtigung des Vorbringens der Antragstellerin fest. Zwar greift die Testobliegenheit in § 14 Abs. 3 14. BayIfSMV in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit der in der Kindertagesbetreuung Beschäftigten ein. Dieser Eingriff erweist sich aber bei summarischer Prüfung als verfassungsrechtlich gerechtfertigt (vgl. auch SächsOVG, B.v. 30.3.2021 - 3 B 83/21 - juris Rn. 54 ff.).

49

In das durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Grundrecht der Berufsfreiheit darf nur auf gesetzlicher Grundlage und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingegriffen werden. Der Eingriff muss zur Erreichung eines legitimen Eingriffsziels geeignet sein und darf nicht weiter gehen, als es die Gemeinwohlbelange erfordern; ferner müssen Eingriffszweck und Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis stehen (stRespr., vgl. BVerfG, B.v. 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. - juris Rn. 121 m.w.N.).

50

Dass Testpflichten ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Eindämmung der Verbreitung des SARS-CoV-2-Virus ist, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats (s.o.). Dies gilt auch und insbesondere im Zusammenhang mit dem Betrieb von Einrichtungen zur Kindertagesbetreuung. Der Antragsgegner hat zur Begründung der streitgegenständlichen Regelung ausgeführt (Begründung der Verordnung zur Änderung der Vierzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 15. September 2021 - BayMBI. 2021 Nr. 662):

51

„Aus infektiologischer Sicht soll eine Ansteckung der Kinder in großem Ausmaß („Durchseuchung“) verhindert werden. Zwar soll nach bisherigen Erkenntnissen der Manifestationsindex, also der Anteil der Infizierten, die Symptome entwickeln, bei Kindern etwas niedriger liegen als bei Erwachsenen, für die allgemein ein Wert zwischen 55 und 85% angegeben wird. Dennoch sind schwere Krankheitsverläufe auch bei Kindern möglich; das RKI sieht hierfür insbesondere für Säuglinge und Kleinkinder ein höheres Risiko. Daher ist es besonders wichtig, dass alle Personen, die Kontakt zu Kindern in Betreuungseinrichtungen haben, geimpft, genesen oder negativ getestet sind.“

52

Vor dem Hintergrund dieses Lagebilds sind folgende Regelungen vorgesehen:

53

Nach § 14 Abs. 3 Satz 1 der 14. BayIfSMV ist das Betreten von Kindertageseinrichtungen und Heilpädagogischen Tagesstätten deren Beschäftigten und den sonstigen dort tätigen Personen nur erlaubt, wenn sie drei Mal wöchentlich einen Testnachweis erbringen oder versichern, einen Selbsttest mit negativem Ergebnis vorgenommen zu haben. Für Lehrkräfte und sonstige an Schulen tätige Personen besteht bereits nach § 13 Abs. 2 Satz 9 der 14. BayIfSMV ein gleichsinniges Testnachweiserfordernis.

54

Vor dem Hintergrund des aktuellen Infektionsgeschehens sind möglichst engmaschige Testungen von Beschäftigten und sonstigen dort tätigen Personen nunmehr auch im Bereich der Kindertageseinrichtungen und der heilpädagogischen Tagesstätten erforderlich, um Infektionen frühzeitig zu erkennen und

Infektionsketten so schnell wie möglich zu unterbrechen. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass für die in den Kindertageseinrichtungen und Heilpädagogischen Tagesstätten überwiegend betreute Altersgruppe noch kein zugelassener Impfstoff zur Verfügung steht, der Mindestabstand häufig nicht eingehalten werden kann und die Kinder aufgrund ihres Alters mit Ausnahme der Hortkinder auch keine Maske tragen können.“

55

Diese Begründung deckt sich auch mit der Einschätzung des RKI (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=71CB6D746B6CE6D9658BDF66D9317A50.internet092?nn=13490888#doc13776792bodyText17). Dass Kleinkinder für das Gesamtinfektionsgeschehen Relevanz haben, belegen auch die Infektionszahlen in der entsprechenden Altersgruppe. Demnach weist die Altersgruppe der 0 bis 4-jährigen eine überdurchschnittliche 7-Tage-Inzidenz von 72 auf (vgl. RKI, Wochenbericht vom 23.9.2017, S. 4, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-09-23.pdf?blob=publicationFile).

56

Vor diesem Hintergrund erweist sich § 14 Abs. 3 14. BayIfSMV - wie die Testobliegenheit in § 3 Abs. 1 und 2 14. BayIfSMV (s.o.) - als geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahme zur Eindämmung weiterer Infektionen.

57

Eine andere Bewertung (hinsichtlich der Geeignetheit) gebieten derzeit auch die von der Antragstellerin angeführten sog. Impfdurchbrüche nicht. Diese zeigen lediglich, dass (ebenso wie andere Schutzmaßnahmen auch) eine Impfung keinen vollständigen, einhundertprozentigen Schutz bietet. Gemessen an der Zahl der insgesamt geimpften Personen und der insgesamt neu infizierten Personen ist der Anteil der sog. Impfdurchbrüche aber gering und stellt die Effektivität der Corona-Schutzimpfung nicht grundlegend infrage. Ob das fraglos verbleibende (Rest-)Risiko einer Virusverbreitung durch Geimpfte und Genesene jedenfalls in bestimmten Einrichtungen und Konstellationen durch eine Testobliegenheit auch für diese Personengruppen noch weiter reduziert werden könnte und abhängig von der epidemischen Lage auch weiter reduziert werden müsste, ist keine Frage der Geeignetheit der hier zu beurteilenden „Testpflicht“ für nicht geimpfte und nicht genesene Personen (NdsOVG, B.v. 7.9.2021 - 13 MN 378/21 - juris Rn. 43). Die Mutmaßungen der Antragstellerin über Schließungen von Einrichtungen wegen testunwilliger Beschäftigter bleiben spekulativ.

58

Auch sind keine mildereren, die Normadressaten weniger belastenden und gleichermaßen geeignete Mittel ersichtlich, das Infektionsgeschehen im Bereich der Einrichtungen der Kindertagesbetreuung einzudämmen. Gerade vor dem Hintergrund, dass für Kleinkinder mit Vorerkrankungen derzeit kein zugelassener Impfstoff zur Verfügung steht, ist die Einschätzung des Antragsgegners, dass besondere Maßnahmen zu ihrem Schutz, aber auch zur Unterbrechung von Infektionsketten aus den Kindertageseinrichtungen heraus, erforderlich sind, rechtlich nicht zu beanstanden. Andere Schutzmaßnahmen, wie die Einhaltung der AHA-Regeln (Abstand, Hygiene, Alltagsmasken), sind im Kleinkinderbereich kaum oder gar nicht zuverlässig möglich. Auch die von der Antragstellerin angedachte „vertragliche Lösung“ zwischen Eltern, Einrichtungsträgern und Beschäftigten dürfte schon aufgrund des erheblichen bürokratischen Aufwands, jedenfalls aber aufgrund der Möglichkeit einer Kinderbetreuung durch ungetestete Personen und der damit in Kauf genommenen zusätzlichen Infektionen nicht gleichermaßen geeignet sein.

59

Die Testobliegenheit für Beschäftigte in Einrichtungen der Kindertagesbetreuung sind auch im Hinblick auf die Berufsfreiheit angemessen. Zum einen sind von der Testobliegenheit solche Beschäftigte ausgenommen, die im Sinne der SchAusnahmV gegen das SARS-CoV-2-Virus geimpft und davon genesen sind (§ 7 SchAusnahmV), sodass die Testobliegenheit nur in diesem Sinne nicht immunisierte Beschäftigte trifft. Die Belastung für diese Personengruppe ist dabei nicht unzumutbar. Der Senat verkennt dabei nicht, dass die Ausübung des Berufes zur wirtschaftlichen Existenzsicherung nicht in gleicher Weise verzichtbar ist, wie die in § 3 Abs. 1 und 2 14. BayIfSMV genannten, überwiegend der Freizeitgestaltung zuzuordnenden Tätigkeiten. Indes wiegt der Eingriff durch die Testobliegenheit nicht besonders schwer,

zumal der Verordnungsgeber den Interessen der Beschäftigten insofern in besonderer Weise Rechnung getragen hat, als es ihnen - anders als den von § 3 Abs. 1 und 2 14. BayIfSMV Betroffenen - möglich ist, die Testobliegenheit durch die bloße Versicherung eines (grundsätzlich ohne Aufsicht) selbst vorgenommenen Tests mit negativem Ergebnis zu erfüllen. Nennenswerte Kosten entstehen - entgegen der Annahme der Antragstellerin - dadurch nicht, denn die Arbeitgeber sind nach § 4 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) verpflichtet, den Arbeitnehmern wöchentlich mindestens zwei kostenlose Selbsttests zur Verfügung zu stellen. Der Senat geht davon aus, dass die Einrichtungsträger auch den dritten wöchentlichen, durch § 14 Abs. 3 14. BayIfSMV geforderten Selbsttest kostenfrei zur Verfügung stellen. Selbst wenn der Arbeitgeber hiernach nicht verpflichtet sein und sich daher weigern sollte, einen dritten Selbsttest kostenfrei zur Verfügung zu stellen, bliebe es den Beschäftigten rechtlich und faktisch unbenommen, ihre wöchentliche Testobliegenheit durch den Zukauf eines einzelnen Selbsttests, der mittlerweile im Einzelhandel für deutlich unter einem Euro erhältlich ist, zu erfüllen. Ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit ist darin nicht zu sehen.

60

Dass die angegriffenen Vorschriften, wie die Antragstellerin meint, zu einer faktischen Impfpflicht „durch die Hintertür“ führten und daher unverhältnismäßig seien, überzeugt nicht, zumal der Antragsgegner negativ Getestete den immunisierten Personen in ihren Möglichkeiten zur Teilhabe am Wirtschafts- und Sozialleben gerade gleichstellt und hiervon nicht ausschließt (vgl. BayVGh, B.v. 14.9.2021 - 25 NE 21.2226; OVG Saarl, B.v. 1.9.2021 - 2 B 197/21 - juris Rn. 11). Die Obliegenheit zur Vorlage eines negativen Testnachweises hindert gerade nicht an der Berufsausübung. Im Übrigen verlangt die Verfassungsordnung nicht, dass mit der eigenverantwortlichen Ausübung grundrechtlicher Freiheiten stets und ausnahmslos positive Konsequenzen verbunden sind, insbesondere wenn, wie im Falle von COVID-19, Impfstoffe ausreichend vorhanden sind (vgl. Ernst, Privilegierung Geimpfter und faktischer Impfwang v. 1.9.2021 unter <https://verfassungsblog.de/privilegierung-geimpfter-und-faktischer-impfwang/>).

61

Etwas Anderes folgt auch nicht aus der von der Antragstellerin angeführten Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zur Testpflicht in Pflegeeinrichtungen vom 2. März 2021 (Az.: 20 NE 21.353 - juris). Die vorläufig außer Vollzug gesetzte Regelung war vom Verordnungsgeber auf Grundlage von § 32 Satz 1 i.V.m. § 29 i.V.m. § 25 Abs. 3 IfSG erlassen worden, deren Voraussetzungen der Senat als nicht gegeben ansah. Die Entscheidung ist auf die vorliegende Regelung, die ihre Rechtsgrundlage in § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nrn. 2a und 15 IfSG findet, nicht übertragbar.

62

II. Auch bei „offenen“ Erfolgsaussichten in der Hauptsache und einer Folgenabwägung in Anlehnung an § 32 BVerfGG hätte das Interesse der Antragstellerin, von der Vorlage eines negativen SARS-CoV-2-Tests als Voraussetzung für die Ausübung ihrer Aushilfstätigkeit sofort verschont zu bleiben, hinter den schwerwiegenden öffentlichen und privaten Interessen an einer Eindämmung des Infektionsgeschehens zurückzutreten. Dass die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Interessen der Antragstellerin die gegenläufigen Interessen deutlich überwiegen und deshalb die nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht kommende „vorläufige“ Außervollzugsetzung der Verordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO rechtfertigen, kann jedenfalls nicht angenommen werden. Zur Begründung wird auf die obigen Ausführungen zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme Bezug genommen.

63

Würde der Senat die angegriffenen Regelungen außer Vollzug setzen, bliebe ein Normenkontrollantrag in der Hauptsache aber ohne Erfolg, könnte die Antragstellerin zwar vorübergehend die geltend gemachten Beeinträchtigungen in Form der Vorlage eines negativen Tests vermeiden. Ein durchaus wesentlicher Baustein der komplexen Pandemiebekämpfungsstrategie des Antragsgegners würde jedoch in seiner Wirkung reduziert, und zwar in einem Zeitpunkt eines immer noch dynamischen Infektionsgeschehens. Die Möglichkeit, eine solche Schutzmaßnahme zu ergreifen und so die Verbreitung der Infektionskrankheit zum Schutze der Gesundheit der Bevölkerung, einem auch mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG überragend wichtigen Gemeinwohlbelang, effektiver zu verhindern, bliebe zumindest zeitweise - irreversibel - ungenutzt. Dadurch könnte sich die Gefahr der Ansteckung mit dem Virus, der erneuten Erkrankung vieler Personen, der Überlastung der gesundheitlichen Einrichtungen bei der Behandlung schwerwiegender Fälle und schlimmstenfalls des Todes von Menschen erhöhen.

64

Würde hingegen die streitgegenständliche Verordnungsregelung nicht vorläufig teilweise außer Vollzug gesetzt, hätte ein Normenkontrollantrag aber in der Hauptsache Erfolg, wäre der Antragstellerin für eine gewisse Zeit zu Unrecht die Berufsausübung ohne die Vorlage eines negativen Testergebnisses verwehrt. Der dadurch bewirkte Eingriff in ihre Berufsfreiheit wöge allerdings - wie dargelegt - nicht allzu schwer. Das Interesse der Antragstellerin hat daher hinter dem überragenden öffentlichen Interesse an Schutz von Leben und Gesundheit von Menschen zurückzustehen. In die Folgenabwägung ist auch einzustellen, dass die Verordnung mit Ablauf des 1. Oktober 2021 außer Kraft tritt. Damit ist sichergestellt, dass sie unter Berücksichtigung neuer Entwicklungen der Pandemie und wissenschaftlicher Erkenntnisse fortgeschrieben werden muss (vgl. auch OVG Saarl, B.v. 1.9.2021 - 2 B 197/21 - juris Rn. 16).

65

C. Der Hilfsantrag, mit dem die Antragstellerin die vorläufige Außervollzugsetzung von „§ 3 der 14. BaylFSMV in Bezug auf § 13 Abs. 2 Satz 9 der 14. BaylFSMV“ erstrebt, ist bereits unzulässig, da § 3 14. BaylFSMV für Schulen i.S.v. § 13 14. BaylFSMV (aber auch für Kindertagesstätten i.S.v. § 14 14. BaylFSMV) keine Regelung enthält. Die Privilegierung von Geimpften und Genesenen ergibt sich vielmehr unmittelbar aus § 7 SchAusnahmV, die als bundesrechtliche Regelung nicht Gegenstand einer Normenkontrolle nach § 47 VwGO sein kann.

66

Selbst wenn man dies anders sähe und annähme, die 14. BaylFSMV enthielte eine solche Befreiung für Geimpfte und Genesene für den Bereich der Schulen und der Kindertageseinrichtungen, würde es dem Antrag am Rechtsschutzbedürfnis fehlen.

67

Das Rechtsschutzinteresse für einen Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO fehlt einer natürlichen Person immer dann, wenn sie durch die einstweilige Außervollzugsetzung der Norm ihre Rechtsstellung nicht verbessern kann und die Inanspruchnahme des Gerichts deshalb für sie nutzlos ist (vgl. BVerwG, B.v. 9.2.1989 - 4 NB 1.89 - Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 37). Das ist wäre der Fall. Denn selbst wenn die angegriffenen Bestimmungen wie beantragt gemäß § 47 Abs. 6 VwGO einstweilen außer Vollzug gesetzt würden, kämen die unmittelbar geltenden bundesrechtlichen Bestimmungen der §§ 7 und 8 SchAusnahmV zur Anwendung, so dass die beanstandeten Ausnahmen und Erleichterungen für vollständig geimpfte Personen weiterhin gelten würden. Damit kann die Antragstellerin mit ihrem einstweiligen Rechtsschutzbegehren ihr Rechtsschutzziel von vornherein nicht erreichen und ihre Rechtsposition nicht verbessern.

68

D. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG. Da die von der Antragstellerpartei angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 1. Oktober 2021 außer Kraft tritt (§ 20 Abs. 1 14. BaylFSMV), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 hier nicht angebracht erscheint.

69

E. Dieser Beschluss ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO.