

Titel:

Rechtmäßigkeit der Testpflicht für Ungeimpfte als Zugangsbeschränkung zu bestimmten Veranstaltungen, Einrichtungen und Betrieben (3G-Regel)

Normenketten:

IfSG § 4 Abs. 1 S. 2, § 28 Abs. 1 S. 1, § 28a Abs. 1 Nrn. 4–8, Nrn. 10–13, Nr. 16, § 32 S. 1

14. BayIfSMV § 3

SchAusnahmV § 2 Nr. 2, Nr. 4, Nr. 6

GG Art. 2, Art. 3, Art. 4, Art. 12

Leitsätze:

1. Die vom Ordnungsgeber getroffene Gefährdungsprognose, dass eine „Testpflicht“ für nicht geimpfte oder genesene Personen als Zugangsbeschränkung zu Betrieben, Einrichtungen, Veranstaltungen, Angeboten und Dienstleistungen eine geeignete und notwendige Schutzmaßnahme zur Kontrolle des COVID-19-Infektionsgeschehens darstellt, ist nicht zu beanstanden. (Rn. 31) (redaktioneller Leitsatz)

2. Vor dem Hintergrund der pandemischen Lage, der drohenden weiteren Ausbreitung von leichter übertragbaren und wohl schwerere Krankheitsverläufe verursachenden Varianten, der noch nicht hinreichenden Grundimmunisierung der Bevölkerung sowie steigender Infektionszahlen und Hospitalisierungen spricht aus ex-ante-Sicht vieles dafür, dass die Testpflicht für nichtimmunisierte Personen als Zugangsbeschränkung zu bestimmten Veranstaltungen, Einrichtungen und Betrieben weiterhin eine geeignete, erforderliche und notwendige Schutzmaßnahme zur Kontrolle des Infektionsgeschehens darstellt. (Rn. 34 und 37) (redaktioneller Leitsatz)

3. Präventive Maßnahmen wie eine Testpflicht setzen nicht voraus, dass eine Überforderung des Gesundheitssystems bereits konkret und unmittelbar droht, da Leben und Gesundheit der Bevölkerung vor dem Hintergrund der aufgrund der spezifischen Charakteristika der vorliegenden Pandemie beruhenden Dynamik der Virusausbreitung dann nicht mehr hinreichend geschützt werden könnten. (Rn. 38) (redaktioneller Leitsatz)

4. Eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere der mit der sog. 3G-Regel verbundenen Eingriffe und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der sie rechtfertigenden Gründe führt zu dem Ergebnis, dass die Grenze der Zumutbarkeit voraussichtlich (noch) gewahrt ist. (Rn. 40) (redaktioneller Leitsatz)

5. Ein genereller „Primäranspruch“ auf kostenlose Testung unabhängig vom Nachweis einer einkommensrechtlichen Bedürftigkeit dürfte mangels entsprechender Grundlage weder (weiter) bestehen noch geboten sein, da mittlerweile jedem Bundesbürger über 12 Jahren, bei dem keine medizinische Kontraindikation besteht, die Möglichkeit offensteht, ein kostenloses und breit verfügbares Impfangebot wahrzunehmen und sich gegen COVID-19 impfen zu lassen. (Rn. 49) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Corona-Pandemie, COVID-19, Antrag auf vorläufige Außervollzugsetzung, Corona-Test, 3G-Regel, Testpflicht, Zugangsbeschränkung, Überforderung des Gesundheitssystems, nichtimmunisierte Personen, kostenlose Testung, COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung

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 Antragstellerin, die weder gegen COVID-19 geimpft noch hiervon genesen ist, beantragt sinngemäß, § 3 der Vierzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (14. BayIfSMV vom 1.9.2021, BayMBI. 2021 Nr. 615) in der Fassung der Änderungsverordnung vom 27. Oktober 2021 (BayMBI. 2021 Nr. 757), durch Erlass einer einstweiligen Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen.

2

Die angegriffene Regelung, die mit Ablauf des 24. November 2021 außer Kraft tritt (§ 20 14. BayIfSMV), hat folgenden Wortlaut:

„§ 3

3

Geimpft, genesen, getestet (3G)

4

(1) ¹Überschreitet im Gebietsbereich einer Kreisverwaltungsbehörde die Zahl an Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (7-Tage-Inzidenz) den Wert von 35, so darf im Hinblick auf geschlossene Räume der Zugang zu

5

1. öffentlichen und privaten Veranstaltungen bis 1 000 Personen in nichtprivaten Räumlichkeiten, Sportstätten und praktischer Sportausbildung, Fitnessstudios, dem Kulturbereich mit Theatern, Opern, Konzerthäusern, Bühnen, Kinos, Museen, Ausstellungen, Gedenkstätten, Objekten der Bayerischen Verwaltung der staatlichen Schlösser, Gärten und Seen, der Gastronomie, dem Beherbergungswesen, den Hochschulen, Tagungen, Kongressen, Bibliotheken und Archiven, zu außerschulischen Bildungsangeboten einschließlich der beruflichen Aus-, Fort- und Weiterbildung sowie Musikschulen, Fahrschulen und der Erwachsenenbildung, zoologischen und botanischen Gärten, außerdem zu Freizeiteinrichtungen einschließlich Bädern, Thermen, Saunen, Solarien, Seilbahnen und Ausflugsschiffen, Führungen, Schauhöhlen und Besucherbergwerken, Freizeitparks, Indoorspielplätzen, Spielhallen und -banken, Wettannahmestellen, dem touristischen Bahn- und Reisebusverkehr und infektiologisch vergleichbaren Bereichen,

6

2. Dienstleistungen, bei denen eine körperliche Nähe zum Kunden unabdingbar ist und die keine medizinischen, therapeutischen oder pflegerischen Leistungen sind,

7

vorbehaltlich speziellerer Regelungen dieser Verordnung nur durch Anbieter, Veranstalter, Betreiber, Besucher, Beschäftigte und ehrenamtlich Tätige erfolgen, soweit diese im Sinne des § 2 Nr. 2, 4, 6 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung (SchAusnahmV) geimpft, genesen oder getestet sind. 2Zu diesem Zweck sind Anbieter, Veranstalter und Betreiber zur zweiwöchigen Aufbewahrung der eigenen Testnachweise sowie zur Überprüfung der vorzulegenden Impf-, Genesenen- oder Testnachweise verpflichtet. 3Nicht geimpfte oder genesene Anbieter, Veranstalter, Betreiber, Beschäftigte und ehrenamtlich Tätige müssen dabei an mindestens zwei verschiedenen Tagen pro Woche über einen Testnachweis verfügen. 4Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht für Anbieter, Veranstalter, Betreiber, Beschäftigte und ehrenamtlich Tätige ohne Kundenkontakt.

8

(2) ¹Der Zugang zu Messen, zu Volksfesten, Clubs, Diskotheken, Bordellbetrieben sowie vergleichbaren Freizeiteinrichtungen und zu Veranstaltungen mit mehr als 1 000 Personen darf ohne Rücksicht auf die 7-Tage-Inzidenz nur durch in Abs. 1 Satz 1 genannte Personen erfolgen, soweit diese im Sinne des § 2 Nr. 2, 4, 6 SchAusnahmV geimpft, genesen oder getestet sind. ²Abs. 1 Satz 2 bis 4 gilt entsprechend.

9

(3) Zum Handel und zu den nicht von Abs. 1 und 2 erfassten Dienstleistungs- und Handwerksbetrieben, zum öffentlichen Personennah- und -fernverkehr, zur Schülerbeförderung, zu Prüfungen, Wahllokalen und Eintragungsräumen, Gottesdiensten, Versammlungen im Sinne des Artikel 8 des Grundgesetzes sowie zu Veranstaltungen von Parteien und Wählervereinigungen bestehen für im Sinne des § 2 Nr. 2, 4, 6 SchAusnahmV nicht geimpfte, genesene oder getestete Personen keine durch diesen Paragraphen begründeten Zugangsbeschränkungen.

10

(4) Im Rahmen der Abs. 1 und 2 ist von getesteten Personen ein schriftlicher oder elektronischer negativer Testnachweis hinsichtlich einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 aufgrund

11

1. eines PCR-Tests, PoC-PCR-Tests oder eines Tests mittels weiterer Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik, der vor höchstens 48 Stunden durchgeführt wurde,

12

2. eines PoC-Antigentests, der vor höchstens 24 Stunden durchgeführt wurde, oder

13

3. eines vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zugelassenen, unter Aufsicht vorgenommenen Antigentests zur Eigenanwendung durch Laien (Selbsttests), der vor höchstens 24 Stunden durchgeführt wurde,

14

zu erbringen, der im Übrigen den Bestimmungen der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung entspricht.

15

(5) Getesteten Personen stehen gleich:

16

1. Kinder bis zum sechsten Geburtstag;

17

2. Schülerinnen und Schüler, die regelmäßigen Testungen im Rahmen des Schulbesuchs unterliegen;

18

3. noch nicht eingeschulte Kinder.

19

(6) ¹Die zuständige Kreisverwaltungsbehörde macht unverzüglich amtlich bekannt, sobald in ihrem Gebietsbereich an drei aufeinanderfolgenden Tagen die vom Robert Koch-Institut im Internet veröffentlichte 7-Tage-Inzidenz den Wert von 35 überschreitet. ²In diesem Fall finden ab dem übernächsten auf die Bekanntmachung folgenden Tag die für diesen Fall vorgesehenen Bestimmungen Anwendung. ³Die Kreisverwaltungsbehörde macht in gleicher Weise bekannt, sobald der Wert von 35 an drei aufeinanderfolgenden Tagen nicht mehr überschritten wurde. ⁴Satz 2 gilt in diesem Fall entsprechend für das Ende der für diesen Inzidenzwert vorgesehenen Maßnahmen. ⁵Entsprechende Inzidenzbekanntmachungen während des Geltungszeitraums der Dreizehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung finden auch für die vorliegende Verordnung weiter Anwendung.“

20

Zur Begründung ihres Eilantrags trägt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, sie sei durch die streitgegenständliche Regelung in Art. 3 GG, in ihrem Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG sowie in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt. Die streitgegenständliche Regelung stelle sich insbesondere aufgrund des Zusammenspiels zwischen der den nicht immunisierten Bürgern auferlegten Kosten für Sars-CoV-2 Tests nach der TestV des Bundesministeriums für Gesundheit in der Fassung vom 21. September 2021 sowie der Beschränkung des Zugangs zu bestimmten Bereichen des täglichen Lebens nur unter Nachweis eines solchen Tests und der damit einhergehenden finanziellen Belastung für betroffene Bürger als rechtswidrig dar. Die Regelung verstoße gegen Art. 3 GG, da geimpfte Bürger von der Testnachweispflicht befreit seien, obwohl nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden könne, dass diese das Sars-CoV-2 Virus selbst nicht weitergeben könnten, und Bezugspunkt die von den Personen ausgehende Infektionsgefahr darstellen müsse. Der Zweck der Ungleichbehandlung könne vorliegend nur darin liegen, den Haushalt durch die übernommenen Kosten für die relevanten Tests zu entlasten, mittelbar nicht geimpfte Personen hierdurch zu einer Sars-CoV-2-Schutzimpfung zu bewegen sowie eine Überlastung des Gesundheitssystems durch eine Vielzahl an Sars-CoV-2-Infektionen zu vermeiden. Die Zwecke der Haushaltsentlastung und der Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems vermöchten eine Ungleichbehandlung aber nicht mehr zu rechtfertigen, da aufgrund der hohen Impfquote im Staatsgebiet

lediglich ein unbedeutender Anteil an Bürgern Bedarf an derartigen Tests habe und eine Überlastung des Gesundheitssystems in jedem Fall nicht mehr drohe. Im Ergebnis orientiere sich der Zweck insofern an den verbotenen Differenzierungskriterien nach Art. 3 Abs. 3 GG, als die Bedenken und Risiken in Bezug auf die Schutzimpfung in den Mittelpunkt gestellt würden und die Ungleichbehandlung finanziell stark benachteiligend wirke. Der Zweck der mittelbaren Verleitung nicht geimpfter Bürger zu einer Schutzimpfung sei verfassungswidrig, da hierin ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG liege, weil die Entscheidung zu einem körperlichen Eingriff lediglich zur Disposition der betroffenen Person selbst stehe. Bedenken wegen unerforschter Langzeitfolgen der Impfung stellten ein der politischen und religiösen Anschauung ähnelndes Kriterium dar. Es müsse den Bürgern freistehen, sich für die Impfung zu entscheiden, ohne hieraus - finanzielle - Nachteile zu erleiden. Finanzschwächeren Bürgern werde ein zumutbarer Zugang zum Sozialleben in Form von Restaurant- oder Veranstaltungsbesuchen faktisch verwehrt, was einen tiefen Einschnitt in die persönliche Lebensgestaltung und einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG sowie - mittelbar wegen der durch die Regelung bewirkten faktischen Impfpflicht - in die körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG darstelle. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten Bezug genommen.

II.

21

A. Der Antrag bleibt ohne Erfolg.

22

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 § 3 14. BayIfSMV hat unter Anwendung des geltenden Prüfungsmaßstabs im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO (I.) bei summarischer Prüfung keine durchgreifende Aussicht auf Erfolg (II.). Auch eine hiervon unabhängige Folgenabwägung geht zulasten der Antragstellerin aus (III.).

23

I. 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.

24

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 der Antragstellerin, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für die Antragstellerin günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist (BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 12).

25

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).

26

II. Nach diesen Maßstäben sind die Erfolgsaussichten der Hauptsache bei der nur möglichen, aber ausreichenden summarischen Prüfung (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 14) voraussichtlich nicht gegeben.

27

1. Der Senat geht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren davon aus, dass die in den angegriffenen Regelungen verankerte Zugangsbeschränkung zu Betrieben, Einrichtungen, Veranstaltungen, Angeboten und Dienstleistungen für Personen, die nicht im Sinne des § 2 Nr. 2, 4, 6 SchAusnahmV geimpft, genesen oder getestet sind, mit § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nrn. 4 bis 8, 10 bis 13 und 16 IfSG, welche den Ordnungsgeber ermächtigen, Betretungsverbote oder -bedingungen hinsichtlich bestimmter Orte zu definieren (§ 28 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz IfSG) sowie die Verpflichtung zur Anwendung von Hygienekonzepten für Angebote mit Publikumsverkehr und Beschränkungen für Veranstaltungen, Reisen, Freizeit-, Sport-, Beherbergungs-, Bildungs- und Kultureinrichtungen sowie der Gastronomie vorzusehen (§ 28a Abs. 1 Nrn. 4 bis 8, 10 bis 13 und 16 IfSG), eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage hat (BayVGh, B.v. 8.12.2020 - 20 NE 20.2461 - juris Rn. 24 ff; B.v. 16.4.2021 - 20 NE 21.1036 - juris Rn. 13; B.v. 15.7.2021 - 25 NE 21.1811 - juris Rn. 33; B.v. 15.7.2021 - 25 NE 21.1811 - juris Rn. 33; B.v. 14.9.2021 - 25 NE 21.2226 - juris Rn. 27; OVG Saarl, B.v. 1.9.2021 - 2 B 197/21 - juris Rn. 9). 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 15. 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).

28

2. Die angegriffenen Regelungen, die sich nach ihrem Schwerpunkt und Eingriffscharakter im Wesentlichen als „Testpflicht“ für nicht immunisierte Personen darstellen, sind voraussichtlich materiell rechtmäßig, weil sie mit der Ermächtigungsgrundlage in § 32 Satz 1, § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nrn. 4 bis 8, 10 bis 13 und 16 IfSG im Einklang stehen (2.1) und sich bei summarischer Prüfung nicht als unverhältnismäßig (2.2) oder gleichheitswidrig (2.3) erweisen.

29

2.1 Im Zeitpunkt des Erlasses der 14. BayIfSMV am 1. September 2021 wie auch der Entscheidung des Senats liegen die Voraussetzungen des § 28a Abs. 1 Nrn. 4 bis 8, 10 bis 13 und 16 i.V.m. Abs. 3 IfSG weiterhin vor.

30

Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite mit Blick auf das Corona-Virus SARS-CoV-2 besteht während der Geltungsdauer der angegriffenen Regelungen fort (vgl. Entschließung des Bundestags vom 25.8.2021, Plenarprotokoll 19/238, S. 31076C) und die vom Ordnungsgeber getroffene Gefährdungsprognose, dass die beanstandete Testpflicht bei summarischer Prüfung eine geeignete und gemäß § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1 IfSG notwendige Schutzmaßnahme darstellt, ist auch gegenwärtig nicht zu beanstanden (vgl. BayVGh, B.v. 28.7.2021 - 25 NE 21.1962 - juris Rn. 59; B.v. 11.10.2021 - 25 NE 21.2525 - BeckRS 2021, 30069 Rn. 15 ff.).

31

Die vom Ordnungsgeber getroffene Gefährdungsprognose, dass die beanstandete „Testpflicht“ für nicht geimpfte oder genesene Personen als Zugangsbeschränkung zu Betrieben, Einrichtungen, Veranstaltungen, Angeboten und Dienstleistungen eine geeignete 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. September 2021 geltenden Fassung bzw. des präventiven

Infektionsschutzes gemäß des zum 15. September 2021 neu gefassten § 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG darstellt, ist auch gegenwärtig nicht zu beanstanden.

32

2.1.1 Nach der aktuellen Risikobewertung des Robert-Koch-Instituts (RKI), dessen Expertise der Gesetzgeber im Bereich des Infektionsschutzes mit § 4 IfSG besonderes Gewicht beimisst (vgl. BVerfG, B.v. 10.4.2020 - 1 BvQ 28/20 - NJW 2020, 1427 - juris Rn. 13; VerfGH, E.v. 26.3.2020 - Vf. 6-VII-20 - juris Rn. 16), vom 27. Oktober 2021 (abrufbar unter 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 zweiten Quartal sind die Fallzahlen, insbesondere seit Ende September, wieder stark angestiegen; gleichzeitig steigt der Anteil positiv getesteter Proben unter den in den Laboren durchgeführten PCR-Tests weiter an (42. KW: 10,6%; 41. KW: 8,3%; 40. KW: 6,6%; vgl. RKI, Wochenberichte v. 21.10. und 28.10.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html). Die landesweite 7-Tage-Inzidenz liegt in Bayern aktuell bei 229,2 (Stand 3.11.2021); der 7-Tage-R-Wert in Bayern liegt bei 0,93 (Stand 3.11.2021; https://www.lgl.bayern.de/gesundheits/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm). Auch ist aktuell ein verstärkter Anstieg der Belegung der Krankenhaus- und Intensivbetten durch bestätigte Covid-19-Fälle zu verzeichnen (Intensivbettenbelegung: Steigerung gegenüber der Vorwoche um 35,6% von 360 auf 488; Bettenbelegung: Steigerung um 42,6% von 1504 auf 2144, abrufbar unter https://www.lgl.bayern.de/gesundheits/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm). Die Zahl der Todesfälle befindet sich aktuell auf niedrigem Niveau mit allerdings steigender Tendenz. 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 sowie bei jungen Menschen zu schweren und sogar 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.

33

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>). Wenngleich nach Einschätzung des RKI angenommen werden kann, dass der Anteil vollständig geimpfter Personen in der erwachsenen Bevölkerung um bis zu 5 Prozentpunkte höher liegt als nach den offiziell gemeldeten, im Impfmonitoring des RKI verzeichneten Daten (vgl. COVIMO-Report v. 6.10.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Projekte_RKI/covimo_studie.html; zum Impfmonitoring s. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html), sind bei den gegenwärtig erreichten Impfquoten bei gleichzeitig steigender Inzidenz an Neuinfektionen weiterhin eine sehr hohe Zahl schwerer Erkrankungen mit entsprechender Belastung des Gesundheitssystems möglich (RKI, Risikobewertung, a.a.O.). Das RKI hält eine Zielimpfquote von 85% für die 12 bis 59-Jährigen, sowie von 90% für Personen ab dem 60. Lebensjahr zur Kontrolle des Infektionsgeschehens für notwendig (vgl. RKI, Welche Impfquote ist notwendig, um COVID-19 zu kontrollie..., in Epidemiologisches Bulletin Nr. 27/2021, Seite 3 ff., abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/27_21.pdf?blob=publicationFile). Von dieser ist Bayern noch weit entfernt, wobei der Anteil geimpfter Personen in den letzten Wochen nur noch langsam gestiegen ist (RKI, Wochenberichte v. 21.10. und 28.10.2021, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html).

Internationale Studien weisen darauf hin, dass die nun vorherrschende Delta-Variante verglichen mit früher dominierenden Varianten zu schwereren Krankheitsverläufen mit mehr Hospitalisierungen und häufigerer Todesfolge führen kann. Aufgrund der leichteren Übertragbarkeit dieser Variante, der noch nicht ausreichenden Impfquoten und vermehrter Kontakte in Innenräumen muss mit einem weiteren Anstieg der Infektionszahlen in den nächsten Wochen gerechnet werden. Nur bei einer niedrigen Zahl von Neuinfizierten 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.

34

2.1.2 Die sog. 3G-Regel, die für Kunden, Gäste und Besucher, die weder geimpft noch genesen sind, den Zugang zu den in § 3 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 der 14. BayIfSMV genannten Veranstaltungen und Einrichtungen von einem negativen Test nach Maßgabe des § 3 Abs. 4 14. BayIfSMV i.V.m. § 2 Nrn. 6 und 7 SchAusnahmV abhängig macht, 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).

35

Die Testpflicht trägt zur Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) bei, weil dadurch der Besuch der genannten Einrichtungen und Veranstaltungen auf Personen beschränkt wird, die ein aktuelles negatives Testergebnis erbringen oder vorlegen können. Auch wenn keine absolute Zuverlässigkeit der verfügbaren zugelassenen Tests bestehen mag, kann so zumindest ein Teil infizierter und damit potentiell infektiöser Besucher, Gäste und Kunden festgestellt werden. Im Übrigen ist im Zusammenhang mit der Zuverlässigkeit der auch zur Anwendung zugelassenen Antigen-Schnelltests bereits höchstrichterlich entschieden, dass sie - auch wenn sie weniger ergebnissicher als PCR-Tests sein mögen - aus Sicht des Ordnungsgebers, dem hierbei eine Einschätzungsprärogative zukommt, einen unverzichtbaren Beitrag im Rahmen seines Gesamtkonzepts leisten (BayVerfGH, E.v. 21.4.2021 - Vf. 26-VII-21 - juris Rn. 29). Laut Robert-Koch-Institut ist Testen zudem essenzieller Bestandteil einer umfassenden Pandemie-Bekämpfungs-Strategie: Es ist Grundlage für die zeitnahe Erkennung und Behandlung von Infektionen, für die Unterbrechung von Infektionsketten und für einen Schutz vor Überlastung des Gesundheitssystems. Testen dient zudem der Erfassung der Zahl und Verteilung von infizierten Personen in Deutschland und trägt damit zu einem aktuelleren und besseren Lagebild bei (vgl. RKI, Nationale Teststrategie, Stand 2.11.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Teststrategie/Nat-Teststrat.html).

36

Die Eignung wird nicht dadurch infrage gestellt, dass Geimpften und Genesenen Zugang zu den Einrichtungen und Veranstaltungen gewährt wird, ohne der Testobliegenheit unterworfen zu sein. Nach den Erkenntnissen des nach § 4 Abs. 1 Satz 2 IfSG auch zur Forschung zu Ursache, Diagnostik und Prävention übertragbarer Krankheiten berufenen RKI belegen Daten aus Zulassungsstudien wie auch aus Untersuchungen im Rahmen der breiten Anwendung (sog. Beobachtungsstudien), dass die in Deutschland zur Anwendung kommenden COVID-19-Impfstoffe SARS-CoV-2-Infektionen (symptomatisch und asymptomatisch) in einem erheblichen Maße verhindern und so das Risiko einer Virusübertragung deutlich vermindern (vgl. im Einzelnen: RKI, COVID-19 und Impfen: Antworten auf häufig gestellte Fragen (FAQ), Gesamtstand 29.10.2021, www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html). Gleiches gilt für Personen, die eine gesicherte SARS-CoV-2-Infektion durchgemacht haben, die weniger als sechs Monate zurückliegt (vgl. RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html). Eine andere Bewertung gebieten derzeit auch die 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 (vgl. im Einzelnen: Wöchentlicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vom 28.10.2021,

www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-10-28.pdf). 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).

37

2.1.3 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), der noch nicht hinreichenden Grundimmunisierung der Bevölkerung sowie steigender Infektionszahlen und Hospitalisierungen spricht aus ex-ante-Sicht vieles dafür, dass die Testpflicht für nichtimmunisierte Personen als Zugangsbeschränkung zu den in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 14. BayIfSMV genannten Veranstaltungen, Einrichtungen und Betrieben weiterhin eine 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. September 2021 geltenden Fassung bzw. des präventiven Infektionsschutzes gemäß des zum 15. September 2021 neu gefassten § 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG darstellt. Die Testpflicht bezieht sich im Wesentlichen auf Angebote und Leistungen, deren Inanspruchnahme aufgrund einer größeren Zahl wechselnder Personen, einer mit der Leistungserbringung einhergehenden körperlichen Nähe (s. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 14. BayIfSMV) oder wegen eines längeren Aufenthalts im besonders infektionsträchtigen „Innenbereich“ epidemiologisch mit einer gesteigerten Gefahrensituation einhergehen. Die Testnachweispflicht soll dazu beitragen, die Weiterverbreitung des SARS-CoV-2-Virus unter den Gästen, Kunden und Besuchern der in Rede stehenden Einrichtungen, Veranstaltungen und Betriebe 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, die keinen hinreichenden Immunschutz aufbauen können oder für die noch kein Impfstoff zugelassen wurde (beispielsweise Kinder mit Vorerkrankungen unter zwölf Jahren, Menschen mit angeborenen Immundefekten oder medikamentöser Immunsuppression), vor einem schweren Krankheitsverlauf und Langzeitfolgen geschützt und der bei einer unkontrollierten Infektionsausbreitung weiterhin bestehenden Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems vorgebeugt werden.

38

Präventive Maßnahmen wie eine Testpflicht setzen auch nicht voraus, dass eine Überforderung des Gesundheitssystems bereits konkret und unmittelbar droht, da Leben und Gesundheit der Bevölkerung vor dem Hintergrund der aufgrund der spezifischen Charakteristika der vorliegenden Pandemie beruhenden Dynamik der Virusausbreitung dann nicht mehr hinreichend geschützt werden könnten. Unterstrichen wird dies durch die zum 15. September 2021 in Kraft getretene Neufassung des § 28a Abs. 3 Satz 2 und 3 IfSG. Danach können zum präventiven Infektionsschutz insbesondere die in Abs. 1 Nrn. 1, 2, 2a, 4 und 17 genannten Schutzmaßnahmen, mithin auch die streitgegenständliche Testnachweispflicht, ergriffen werden; weitergehende Schutzmaßnahmen sollen unter Berücksichtigung des jeweiligen regionalen und überregionalen Infektionsgeschehens mit dem Ziel getroffen werden, eine drohende Überlastung der regionalen und überregionalen stationären Versorgung zu vermeiden. Daraus, dass eine flächendeckende Überlastung des Gesundheitswesens bisher abgewendet werden konnte, kann weder geschlossen werden, es habe keine solche Gefahr bestanden, noch kann insbesondere vor dem Hintergrund der weitreichenden „Lockerungen“ und Wiederzulassung des gesellschaftlichen Lebens, der noch nicht hinreichenden Immunisierung der Bevölkerung und der bevorstehenden kalten Jahreszeit mit zu erwartenden steigenden Infektionszahlen mit Sicherheit angenommen werden, eine Überlastung könne auch im weiteren Pandemieverlauf nicht mehr eintreten. Der Deutsche Bundestag geht unter Hinweis auf Stellungnahmen des RKI davon aus, dass eine Überlastung nicht ausgeschlossen werden, sondern weiterhin drohen kann (vgl. Antrag zur Feststellung des Fortbestehens der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 20.8.2021, BT-Drs. 19/32040 S. 2 m.w.N.). Vor dem Hintergrund, dass Medienberichten zufolge im Südosten Bayerns, wo die Fallzahlen derzeit deutschlandweit am höchsten sind, die örtlichen Kliniken bereits ihre Belastungsgrenze erreichen (s. z.B. SZ v. 26.10.2021, <https://www.sueddeutsche.de/bayern/muehldorf-coronavirus-krankenhausampel-1.5449769>) und - wie

ausgeführt - im Herbst und Winter landesweit wegen der nur langsam steigenden Impfquote mit einem weiteren Anstieg der Inzidenzen gerechnet werden muss, erscheint diese Annahme aus ex-ante-Sicht nicht offensichtlich verfehlt. Zu berücksichtigen ist dabei nicht zuletzt, dass eine Überlastung des Gesundheitssystems auch dazu führen kann, dass die lebensnotwendige intensivmedizinische Versorgung von nicht an COVID-19 erkrankten Patienten nicht gewährleistet werden kann, was zu weiteren Gefahren für Leib und Leben führen könnte. Vor diesem Hintergrund kommt der Antragsgegner mit dem angegriffenen Testerfordernis weiterhin der ihm zukommenden Schutzpflicht für Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nach, zu deren Erfüllung sich die Maßnahme als weiterhin notwendig bzw. erforderlich erweist.

39

Mildere, zur Erreichung der genannten Ziele gleichermaßen wirksame Mittel sind für den Senat nicht ersichtlich. Die Testpflicht stellt einen Baustein dar, der einen Beitrag zur Infektionskontrolle leistet. Auch entfällt die Erforderlichkeit nicht schon deshalb, weil eine Finanzierung der Aufgabe aus Steuermitteln für die Betroffenen ein milderes Mittel wäre (vgl. BVerfG, B.v. 18.11.2003 - 1 BvR 302/96 - juris Rn. 199; U.v. 23.1.1990 - 1 BvL 44/86 - juris Rn. 140). Mildere Mittel sind nicht solche, die eine Kostenlast lediglich verschieben (vgl. BVerfG, B.v. 20.3.2001 - 1 BvR 491/96 - BVerfGE 103, 172/183 f.). Ob und in welchem Umfang die bei der Erfüllung der erforderlichen „Testpflicht“ anfallenden Kosten von den betreffenden noch nicht immunisierten Personen zu tragen sind, ist keine Frage der Erforderlichkeit, sondern der Zumutbarkeit der Verordnungsregelung (vgl. BVerfG, B.v. 15.12.1987 - 1 BvR 563/85 - juris Rn. 94).

40

2.2 Die Regelungen in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 14. BayIfSMV zur Beschränkung des Zugangs zu Veranstaltungen und Dienstleistungen, insbesondere in geschlossenen Räumen, für Personen, die nicht im Sinne des § 2 Nr. 2, 4, 6 SchAusnahmV geimpft, genesen oder getestet sind, erweisen sich bei summarischer Prüfung auch in Verbindung mit den Regelungen der §§ 4, 4a der Coronavirus-Testverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit (TestV) aller Voraussicht nach derzeit nicht als offensichtlich unverhältnismäßig im engeren Sinne. 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 voraussichtlich (noch) gewahrt ist (vgl. dazu BVerfG, B.v. 18.7.2005 - 2 BvF 2/01 - BVerfGE 113, 167/260).

41

2.2.1 Testnachweispflichten sind 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 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). Der bei den verwendeten Tests in der Regel durchzuführende Abstrich aus dem Mund-, Nasen- oder Rachenraum dürfte zwar als Beeinträchtigung der körperlichen Integrität zu werten sein, welche indes nur von kurzer Dauer und niedrigschwelliger Intensität ist (BayVerfGH, E.v. 21.4.2021 - Vf. 26-VII-21 - juris Rn. 27 m.w.N.). Auch der Bundesgesetzgeber sieht die allgemeine Vorlagepflicht hinsichtlich eines Impf-, Genesenen oder Testnachweises als Voraussetzung zum Zugang zu Betrieben, Einrichtungen oder Angeboten mit Publikumsverkehr als niederschwellige Schutzmaßnahme zum präventiven Infektionsschutz an (BT-Drs. 19/32275 S. 28).

42

Soweit die Durchführung je nach Erreichbarkeit und Öffnungsdauer einer Teststation Vorplanungen und organisatorischen Aufwand voraussetzt, geht der Senat davon aus, dass Testangebote landesweit noch immer niedrigschwellig erreichbar sind, und der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) insoweit nicht schwerwiegend ist.

43

Der Verordnungsgeber hat die Nachweispflicht auf bestimmte räumliche, zeitliche und soziale Situationen beschränkt, in denen typischerweise viele Personen aus verschiedenen Haushalten aufeinandertreffen. Zudem sind gemäß § 3 Abs. 3 14. BayIfSMV der Handel, Handwerksbetriebe, medizinische, therapeutische und pflegerische Leistungen (s. § 3 Abs. 1 Nr. 2 14. BayIfSMV), der öffentliche Personennah- und -fernverkehr, die Schülerbeförderung, Prüfungen, Wahllokale und Eintragungsräume, Gottesdienste,

Versammlungen im Sinne des Art. 8 des Grundgesetzes und Veranstaltungen von Parteien und Wählervereinigungen von der Zugangsbeschränkung bzw. „Testpflicht“ ausgenommen. Des Weiteren gilt die Zugangsbeschränkung nicht für Schülerinnen und Schüler sowie noch nicht eingeschulte Kinder (§ 3 Abs. 5 14. BayIfSMV).

44

Bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen ist zudem zu berücksichtigen, dass die angefochtene Regelung nicht isoliert steht, sondern einen Ausgleich für „Lockerungen“ zuvor deutlich eingriffsintensiverer Grundrechtsbeschränkungen darstellt und in diesem Sinne - als milderes Mittel gegenüber einer vollständigen Schließung oder stärkeren Beschränkung - auch der Ausübung grundrechtlicher Freiheiten Dritter dient, die insbesondere in ihrer Berufsfreiheit betroffen sind (so auch OVG Saarl, B.v. 1.9.2021 - 2 B 197/21 - juris Rn. 11). Die Obliegenheit der Vorlage eines Testnachweises ist eine der letzten verordneten Schutzmaßnahmen vor dem Hintergrund eines ansteigenden Infektionsgeschehens sowie einer noch nicht hinreichenden Immunisierungsquote der Bevölkerung. Mit dem Anstieg der Impfquote haben weitgehende Öffnungen und Lockerungen in allen gesellschaftlichen Bereichen stattgefunden, die Anzahl der Kontakte und die Mobilität der Menschen haben sich wieder signifikant erhöht, was auf der anderen Seite ein wachsendes Infektionsrisiko birgt. Die Einschätzung des Ordnungsgebers, dass diese Lockerungen durch Maßnahmen zu Hygiene- und Abstandsregelungen, aber auch der Obliegenheit zur Vorlage von Impf-, Genesenen- oder Testnachweisen begleitet werden müssen, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

45

2.2.2 Vor diesem Hintergrund sowie dem mit den angegriffenen Regelungen verfolgten hochrangigen Gemeinwohlinteresse, das Leben und die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems zu erhalten bzw. ausreichende medizinische Versorgungskapazitäten zu gewährleisten (vgl. § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG), steht das Maß, in dem die in Rede stehende Verpflichtung noch nicht immunisierter Personen zur Vorlage eines negativen „Corona-Tests“ beim Besuch bzw. der Inanspruchnahme der in § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 der 14. BayIfSMV genannten Veranstaltungen und Einrichtungen voraussichtlich zur Eindämmung des Infektionsgeschehens beiträgt, zu dem Gewicht der sich für diese auch durch die für die Durchführung der Tests anfallenden Kosten ergebenden Beeinträchtigungen in einem angemessenen, die Grundrechtseingriffe rechtfertigenden Verhältnis.

46

Durch die Kostentragungspflicht für die durchzuführenden Tests erhält der Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen allerdings ein erheblich schwereres Gewicht. Die angegriffene Regelung tangiert die Besucher und Kunden je nach deren Einkommensverhältnissen teils in schwerwiegender Weise in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit. Gleiches gilt, soweit - wie im Bereich der beruflichen Aus-, Fort- und Weiterbildung - das Grundrecht der Berufsfreiheit betroffen ist. Für die Betroffenen fallen nach den auf den Internetpräsenzen der Teststationen verfügbaren Preisen Kosten in einer Größenordnung zwischen 10 bis 25 Euro pro Test an. Da der Antigen-Schnelltest maximal 24 Stunden zurückliegen darf (§ 3 Abs. 4 Nr. 2 14. BayIfSMV), können auf den Normadressaten je nach Häufigkeit der Inanspruchnahme des Tests nicht nur unerhebliche Kosten zukommen. Allerdings bestehen für zahlreiche Personen Kostenbefreiungstatbestände, insbesondere für solche Personen, bei denen eine Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 aus medizinischen Gründen nicht möglich ist (§ 4a Nr. 2 TestV) sowie für Studierende an bayerischen Hochschulen bis 30. November 2021 und damit während der Laufzeit der Verordnung (<https://www.stmgp.bayern.de/coronavirus/bayerische-teststrategie>). Soweit Beschäftigte der genannten Betriebe und Einrichtungen einer Testpflicht unterliegen, wird die Testfrequenz auf zwei Tage pro Woche begrenzt (§ 3 Abs. 1 Satz 3 14. BayIfSMV), wobei nach § 4 der Corona-ArbschV Arbeitgeber den Beschäftigten mindestens zweimal pro Kalenderwoche kostenfrei einen Test anzubieten haben. Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist daher von lediglich geringer Intensität. Gleiches gilt hinsichtlich der Veranstalter, Betreiber und Anbieter, die die Tests zu besorgen, selbst zweimal wöchentlich durchzuführen sowie die Testnachweise ihrer Beschäftigten sowie der Besucher und Kunden zu überprüfen und diese im Falle eines positiven Testergebnisses gegebenenfalls zurückzuweisen haben. Dafür, dass ihnen dies unter Berücksichtigung der mit der Regelung verfolgten Gemeinwohlziele unzumutbar sein könnte, ist nichts ersichtlich.

47

Die Inanspruchnahme elementarer Angebote der Daseinsvorsorge wie medizinischer und therapeutische Leistungen, das Aufsuchen von Einzelhandelseinrichtungen oder die Nutzung des öffentlichen Personennah- und -fernverkehrs sind zudem - wie bereits ausgeführt - ohne Vorlage eines negativen Testnachweises möglich. Gleiches gilt etwa für das Treiben von Sport oder einen Gastronomiebesuch im Freien sowie für private Zusammenkünfte. Darüber hinaus besteht nach der Verordnungslage auch im Übrigen, i.e. auch für die Kunden und Besucher der genannten Einrichtungen, Betriebe und Veranstaltungen, die Möglichkeit, den Test vor Ort unter Aufsicht desjenigen, der das Vorliegen eines Testnachweises überprüfen muss, durchzuführen (§ 3 Abs. 1 Satz 1 14. BayIfSMV i.V.m. § 2 Nrn. 6 und 7 SchAusnahmV; vgl. auch VGH BW, B.v. 12.10.2021 - 1 S 3038/21 - juris Rn. 117; OVG NW, B.v. 29.10.2021 - 13 B 1393/21.NE - juris Rn. 144 ff.); die Regelung des § 3 Abs. 4 14. BayIfSMV ist insoweit einschränkend (verfassungskonform) auszulegen, um die bundesrechtliche Regelung des § 2 Nr. 7 lit. a) SchAusnahmV zur Anwendung zu bringen (vgl. auch die Begründung zur Änderungsverordnung vom 14.10.2021, BayMBI. 2021 Nr. 734, S. 4, hinsichtlich der Testpflicht für Beschäftigte mit Kundenkontakt). Soweit eine Vielzahl privater Einrichtungsbetreiber diese Möglichkeit nicht eröffnen sollte, kann dies dem Verordnungsgeber grundsätzlich nicht zugerechnet werden. Einrichtungen der öffentlichen Hand, die der Daseinsvorsorge dienen, sowie Anbieter von Leistungen, deren Inanspruchnahme für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet (vgl. BVerfG, B.v. 11.4.2018 - 1 BvR 3080/09 - BVerfGE 148, 267 - juris Leitsatz 3), i.e. insbesondere Bibliotheken und Einrichtungen der beruflichen Aus- und Fortbildung, dürften aufgrund ihrer grundrechtlichen Bindungen im Hinblick auf die Gewährung gleichen Zugangs zu ihren Einrichtungen verpflichtet sein, im Einzelfall, insbesondere bei einkommensrechtlicher Bedürftigkeit der Betroffenen, von dieser nach der Verordnung vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch zu machen; etwaige Ansprüche wären den Einrichtungsbetreibern und Anbietern gegenüber geltend zu machen.

48

Keiner Entscheidung im Rahmen des normenkontrollrechtlichen Eilverfahrens bedarf die Frage, ob hilfebedürftigen Personen - mangels Bestehens einer Impfpflicht - ein Anspruch auf Gewährung höherer Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II zustehen kann. Etwaige Ansprüche wären vor den Sozialgerichten - insbesondere im Rahmen vorläufigen Rechtsschutzes - zu verfolgen; für die Frage der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Verordnungsregelung hat ihr Bestehen indes keinen entscheidungserheblichen Einfluss.

49

Ein darüber hinaus gehender, genereller „Primäranspruch“ auf kostenlose Testung unabhängig vom Nachweis einer einkommensrechtlichen Bedürftigkeit dürfte mangels entsprechender Grundlage weder (weiter) bestehen noch geboten sein. Mittlerweile steht jedem Bundesbürger über 12 Jahren, bei dem keine medizinische Kontraindikation besteht, die Möglichkeit offen, ein kostenloses und breit verfügbares Impfangebot wahrzunehmen und sich gegen COVID-19 impfen zu lassen. Eine Empfehlung der Ständigen Impfkommision (STIKO) gemäß § 20 Abs. 2 Satz 3 IfSG liegt vor (vgl. RKI, Epidemiologisches Bulletin 39/2021, STIKO-Empfehlung zur COVID-19-Impfung: Personen mit Immundefizienz, 30.9.2021, S. 3 ff., abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/39_21.pdf?blob=publicationFile). Die Impfempfehlungen der STIKO sind in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als medizinischer Standard anerkannt worden. Daran nimmt die den Empfehlungen zugrundeliegende Einschätzung teil, dass der Nutzen der jeweils empfohlenen Impfung das Impfrisiko überwiegt (vgl. BGH, B.v. 3.5.2017 - XII ZB 157/16 - juris Rn. 25 m.w.N.). Vor diesem Hintergrund ist es voraussichtlich nicht unangemessen, dass Personen in der Konsequenz ihrer freien Entscheidung, sich nicht impfen zu lassen, - eine Impfpflicht besteht nicht - die hierfür entstehenden Kosten selbst zu tragen und die mit der Testnachweispflicht im Übrigen verbundenen Unannehmlichkeiten hinzunehmen haben (VGH BW, B.v. 12.10.2021 - a.a.O. - Rn. 118 f; OVG NW, B.v. 29.10.2021 - 13 B 1393/21.NE - juris Rn. 158; vgl. auch Ernst, Privilegierung Geimpfter und faktischer Impfpflicht v. 1.9.2021, <https://verfassungsblog.de/privilegierung-geimpfter-und-faktischer-impfpflicht/>).

50

Offenbleiben kann im Rahmen des vorliegenden Verfahrens die Frage, ob Betroffenen Personen, die der Testnachweispflicht unterliegen und insoweit als Nichtstörer im sicherheitsrechtlichen Sinn zum Schutz der Allgemeinheit in Anspruch genommen werden, Entschädigungsansprüche nach dem IfSG, nach allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht oder Aufopferungsrecht zustehen (vgl. hierzu Winter/Thürk

Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Auflage 2021, § 22 Rn. 59 ff). Derartige Ansprüche wären vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.

51

Nach alldem erscheinen die mit der Testnachweispflicht verbundenen Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen im Ergebnis gerechtfertigt, da sie im Ergebnis gegenüber dem mit der Verordnung bezweckten Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Sätze 1 und 3 GG) zurücktreten.

52

2.2.3 Nach der im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes allein möglichen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung kann auch nicht festgestellt werden, dass die angegriffenen Vorschriften in Verbindung mit der Kostenlast für die vorzulegenden Testnachweise zu einer faktischen Impfpflicht führen mit der Folge, dass sie insoweit an den Grundrechten des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und möglicherweise des Art. 4 Abs. 1 GG (Glaubens- und Religionsfreiheit) zu messen wären.

53

Zwar können auch staatliche Maßnahmen, die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, Grundrechte beeinträchtigen, wenn sie sowohl in ihrer Zielsetzung als auch ihrer Wirkung einem normativen und direkten Eingriff gleichkommen (vgl. BVerfG, U.v. 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15 u.a. - juris Rn. 215, 217 m.w.N.). Vorliegend dürfte es allerdings sowohl an dem erforderlichen finalen Element fehlen als auch die faktischen Wirkungen zur Eingriffsschwelle noch nicht überschritten sein.

54

Mit der im Wesentlichen bereits am 1. September 2021 und damit unter Geltung der bundesrechtlichen Kostenerstattung für die durchzuführenden Tests erlassenen Regelung verfolgt der Verordnungsgeber gefahrenabwehrrechtliche Zwecke, wobei die Differenzierung zwischen immunisierten und nicht immunisierten Personen darauf beruht, dass von Ersteren deutlich verminderte Infektionsgefahren im Hinblick auf die Übertragung des Corona-Virus SARS-CoV-2 bestehen (s. dazu oben 2.1.2 und unten 2.3.1), unter gleichzeitiger größtmöglicher Gewährleistung der Ausübung grundrechtlicher Freiheiten. Für einen finalen Grundrechtseingriff durch die angegriffene Regelung ist schon deshalb nichts ersichtlich, weil die Aufhebung der Kostenerstattung durch die Änderung einer bundesrechtlichen Regelung herbeigeführt wurde. Wenn sich Personen aufgrund von § 3 Abs. 1 und Abs. 2 14. BayIfSMV für eine Impfung entscheiden sollten, dürfte es sich daher nicht um einen mittelbaren Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, sondern um die bloße Nebenfolge einer gefahrenabwehrrechtlichen Regelung sowie der gebotenen Rücknahme von Grundrechtsbeschränkungen für vormals intensiv in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigte Betreiber von Einrichtungen sowie für geimpfte und genesene Personen handeln.

55

Nicht immunisierten Personen ist zudem der Zugang zu den in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 14. BayIfSMV genannten Veranstaltungen, Betrieben und Einrichtungen nicht generell verwehrt; ein Ausschluss vom gesellschaftlichen Leben wird durch die angegriffenen Regelungen nicht bewirkt. Darüber hinaus sind - wie oben ausgeführt - Bereiche der elementaren Daseinsvorsorge von dem Testnachweiserfordernis ausgenommen und wird der Eingriff durch die eröffnete Möglichkeit, einen Selbsttest unter der Aufsicht desjenigen durchzuführen, der der Überprüfungspflicht unterliegt, abgemildert (s.o.).

56

2.2.4 Gleichwohl ist der Verordnungsgeber aus Gründen der Verhältnismäßigkeit gehalten, fortlaufend zu überprüfen, wie wirksam die Testnachweisobliegenheit im Hinblick auf eine Verlangsamung der Verbreitung des Coronavirus ist und wie sie sich für die Betroffenen auswirkt. Zu berücksichtigen wird er dabei auch haben, welche Folgen die fortschreitende Impfquote für die Belastung der Krankenhäuser und des Gesundheitssystems hat. Dies erscheint durch die Befristung hinreichend gewährleistet; auch dass der Verordnungsgeber dieser Verpflichtung zur Überprüfung bislang nicht nachgekommen ist, ist derzeit nicht erkennbar.

57

2.3 Eine von der Antragstellerpartei geltend gemachte Verletzung des mit dem allgemeinen oder besonderen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG) korrespondierenden Grundrechts auf Gleichbehandlung liegt ebenfalls nicht vor.

58

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfG, B.v. 7.2.2012 - 1 BvL 14/07 - BVerfGE 130, 240, 252 - juris Rn. 40; B.v. 15.7.1998 - 1 BvR 1554/89 u.a. - BVerfGE 98, 365/385 - juris Rn. 63). Er gilt auch für ungleiche Begünstigungen, weshalb ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird, nicht zulässig ist (BVerfG, B.v. 21.7.2020 - 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07 - BVerfGE 126, 400 - juris Rn. 78 m.w.N.). Es sind nicht jegliche Differenzierungen verwehrt, allerdings bedürfen sie der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen reichen die Grenzen für die Normsetzung vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse. Insoweit gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (vgl. BVerfG, B.v. 18.7.2012 - 1 BvL 16/11 - BVerfGE 132, 179/188 - juris Rn. 30; B.v. 21.6.2011 - 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49/69 - juris Rn. 65; B.v. 21.7.2010 - 1 BvR 611/07 u.a. - BVerfGE 126, 400/416 - juris Rn. 79). Der Normgeber darf im Bereich des Infektionsschutzrechts - als besonderem Gefahrenabwehrrecht (vgl. BVerwG, U.v. 22.3.2012 - 3 C 16.11 - juris Rn. 32) - besonders bei Massenerscheinungen, die sich wie das gegenwärtige Infektionsgeschehen auf eine Vielzahl von Fallgestaltungen auswirken, generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen treffen, ohne wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstoßen; Unebenheiten, Friktionen und Mängel sowie gewisse Benachteiligungen in besonders gelagerten Einzelfällen müssen in Kauf genommen werden, solange sich für das insgesamt gefundene Regelungsergebnis ein plausibler, sachlich vertretbarer Grund anführen lässt (vgl. BayVerfGH, E.v. 12.8.2020 - Vf. 34-VII-20 - juris Rn. 20; E.v. 22.3.2021 - Vf. 23-VII-21 - juris Rn. 39 jew. m.w.N.). In diesem Zusammenhang kommt daher neben der Entwicklung des Pandemiegeschehens dem Gesamtkonzept bzw. Maßnahmenbündel, mit dem der Ordnungsgeber dem Infektionsgeschehen begegnet, eine maßgebliche Bedeutung zu, wobei dem Normgeber nicht zuletzt im Falle komplexer und wissenschaftlich nicht abschließend geklärter Zusammenhänge (wie hier) ein weiterer Einschätzungsspielraum zuzubilligen ist (OVG Saarl, B.v. 26.5.2021 - 2 B 136/21 - juris Rn. 15).

59

Unter Anlegung dieser Maßstäbe ist die von der Antragstellerin gerügte Ungleichbehandlung zwischen Geimpften und Genesenen einerseits und nicht Geimpften andererseits aus infektionsschutzrechtlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt.

60

3.3.1 Wenngleich bei der Delta-Variante von einer etwas reduzierten Wirksamkeit der Impfung gegen SARS-CoV-2-Infektionen auszugehen ist, der Impfschutz über die Zeit nachlässt und einzelne Studien darauf hindeuten, dass vollständig geimpfte Personen, die sich dennoch mit der Delta-Variante infizieren, möglicherweise dieselbe Viruslast tragen können wie Ungeimpfte (vgl. https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/mm7031e2.htm?s_cid=mm7031e2_x; vgl. <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/126034/US-Gesundheitsbehoerde-Delta-Variante-so-ansteckend-wie-Windpocken-trotz-Impfung>), ist nach Einschätzung des RKI bei allen derzeit dominierenden Virusvarianten das Risiko einer Virusübertragung deutlich vermindert. Daten aus Zulassungsstudien wie auch aus Untersuchungen im Rahmen der breiten Anwendung (sog. Beobachtungsstudien) belegen, dass die in Deutschland zur Anwendung kommenden COVID-19-Impfstoffe SARS-CoV-2-Infektionen (symptomatisch und asymptomatisch) in einem erheblichen Maße verhindern. Die Wahrscheinlichkeit, dass eine Person trotz vollständiger Impfung PCRpositiv wird und dabei auch infektiöse Viren ausscheidet, ist im Verhältnis zu ungeimpften Personen auch unter der Delta-Variante deutlich vermindert. Dieses Risiko muss durch das Einhalten der Infektionsschutzmaßnahmen (AHA- +L-Regeln) zusätzlich reduziert werden. Darüber hinaus ist die Virusausscheidung bei Personen, die trotz Impfung eine SARS-CoV-2-Infektion haben, kürzer als bei ungeimpften Personen mit SARS-CoV-2-Infektion. In welchem Maß die Impfung darüber hinaus die Übertragung des Virus weiter reduziert, kann derzeit nicht genau quantifiziert werden

(RKI, FAQ „Covid-19 und Impfen“, „Können Personen, die vollständig geimpft sind, das Virus weiterhin übertragen?“, Gesamtstand 2.11.2021, a.a.O.).

61

In tatsächlicher Hinsicht wird diese wissenschaftlich fundierte Einschätzung des RKI gestützt durch die aktuellen Infektionszahlen in Bayern, wenngleich man hierbei zu berücksichtigen haben wird, dass Geimpfte einer geringeren Testfrequenz unterliegen, da sie kaum Testverpflichtungen trifft und bei ihnen Infektionen häufiger unbemerkt bleiben. So liegt die 7-Tage-Inzidenz bei abgeschlossener Impfsreihe bei 50,9, wohingegen sie bei nicht (vollständig) Immunisierten bei 451,5 liegt (Stand 27.10.2021; LGL, Übersichtskarte der Fälle in Bayern, https://www.lgl.bayern.de/gesundheits/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm).

62

Bei dieser Sachlage besteht aber für die Ungleichbehandlung von immunisierten und nicht geimpften Personen im hier zu prüfenden Zusammenhang derzeit voraussichtlich ein sachlicher Grund und erweist sich der hiermit verbundene Eingriff in die grundrechtlich geschützten Interessen nicht geimpfter Personen nicht als unverhältnismäßig (s.o.). Nicht erforderlich für die Rechtfertigung einer Differenzierung ist entgegen der Auffassung der Antragstellerpartei, dass von Geimpften keinerlei Infektionsgefahr mehr ausgeht; vielmehr ist eine Verminderung der Gefahr ausreichend.

63

Im Übrigen können bei der Vornahme von Differenzierungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie auch gesellschaftliche Auswirkungen berücksichtigt werden (vgl. § 28a Abs. 6 Satz 2 IfSG). Da der Staat bei der Bekämpfung der Pandemie zur Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems neben der Ergreifung von Schutzmaßnahmen, die der Verlangsamung der Virusausbreitung dienen, maßgeblich auch auf die Mitwirkung der Bevölkerung durch Impfung angewiesen ist, ist es ihm grundsätzlich nicht verwehrt, im Rahmen seines Gestaltungsspielraums Maßnahmen zur Kontrolle des Infektionsgeschehens (nur) für nicht vollständig Geimpfte wie die Vorlage eines Testnachweises vorzusehen, solange der Zugang zu besonders grundrechtssensiblen sowie der Daseinsvorsorge dienenden Lebensbereichen gewährleistet bleibt, und die Gruppe der Geimpften hiervon auszunehmen. Denn letztere Gruppe leistet bereits durch die Impfung, welche sie selbst wirksam vor einem schweren, hospitalisierungsbedürftigen Verlauf der Erkrankung schützt, einen Beitrag zur Entlastung des Gesundheitssystems und damit für die Allgemeinheit. Die Wahrscheinlichkeit, schwer an COVID-19 zu erkranken, ist bei Geimpften um etwa 90% geringer als bei nicht geimpften Personen (vgl. RKI, FAQ „COVID-19 und Impfen, Wirksamkeit, Stand 2.11.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Liste_Wirksamkeit.html). Die 7-Tage Hospitalisierungsinzidenz mit Impfschutz liegt bei 1,4, und ohne vollen Impfschutz bei 5,1 (vgl. LGL, a.a.O.). Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht sachwidrig, dass der Ordnungsgeber nicht immunisierte Personen beim Besuch infektiologisch risikoträchtiger Veranstaltungen und Einrichtungen in geschlossenen Räumen dadurch in die Pflicht nimmt, das dabei von ihnen ausgehende Risiko einer Ansteckung Dritter durch die Vorlage eines negativen Corona-Tests zu minimieren.

64

2.3.2 Eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund einer politischen Anschauung liegt ebenfalls nicht vor. Zum einen ist - wie bereits ausgeführt - in der Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 14. BayIfSMV auch in Verbindung mit dem Wegfall der Kostenübernahme für die Testungen durch den Bund kein staatlicher Grundrechtseingriff durch die Etablierung einer faktischen Impfpflicht zu sehen. Zum anderen wird bei der Differenzierung zwischen Geimpften und Genesenen einerseits und nicht immunisierten Personen andererseits auf objektive Sachgründe der Gefahrenabwehr, i.e. den unterschiedlichen Beitrag, den die jeweilige Personengruppe zur Weiterverbreitung des Virus und zur Inanspruchnahme des Gesundheitssystems leistet, abgestellt, die eine Differenzierung vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen (vgl. oben 2.2 und 2.3.1).

65

III. Auch bei „offenen“ Erfolgsaussichten in der Hauptsache und einer Folgenabwägung in Anlehnung an § 32 BVerfGG hätte das Interesse der Antragstellerpartei, von der Notwendigkeit der Vorlage eines negativen SARS-CoV-2-Tests als Voraussetzung für das Aufsuchen von in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 14. BayIfSMV genannten Veranstaltungen, Betrieben und Einrichtungen sowie Dienstleistungen nach § 3 Abs.

1 Satz 1 Nr. 2 14. BayIfSMV 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.

66

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 durch die Vorlage eines kostenpflichtigen negativen Tests vermeiden. Ein durchaus wesentlicher Baustein der komplexen Pandemiebekämpfungsstrategie des Antragsgegners würde jedoch in seiner Wirkung reduziert, und zwar in einem Zeitpunkt eines dynamischen Infektionsgeschehens bei einer noch nicht hinreichenden Immunisierung der Bevölkerung, um eine Überlastung des Gesundheitssystems sicher zu vermeiden. 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 einzudämmen, bliebe zumindest zeitweise - irreversibel - ungenutzt. Dadurch könnte sich die Gefahr der erneuten Erkrankung vieler Personen, der Überlastung der gesundheitlichen Einrichtungen bei der Behandlung schwerwiegender Fälle und schlimmstenfalls des Todes von Menschen erhöhen.

67

Würden hingegen die streitgegenständlichen Verordnungsregelungen nicht vorläufig teilweise außer Vollzug gesetzt, hätte ein Normenkontrollantrag aber in der Hauptsache Erfolg, wäre der Antragstellerin für eine gewisse Zeit zu Unrecht die Möglichkeit des Zugangs unter anderem zu Einrichtungen der Kultur, der Bildung, der Freizeit und der Gastronomie sowie zu körpernahen Dienstleistungen ohne Test verwehrt. Der dadurch bewirkte Eingriff in seine allgemeine Handlungsfreiheit würde verfestigt. Das Interesse der Antragstellerin hat aber aus den oben zur Verhältnismäßigkeit angestellten Erwägungen 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 24. November 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).

68

B. 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 24. November 2021 außer Kraft tritt (§ 20 14. BayIfSMV), 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

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