VGH München, Beschluss v. 07.10.2021 – 25 NE 21.2444

Titel:

Rechtmäßigkeit der Testpflicht bei Präsenzunterricht

Normenketten:

VwGO § 47 Abs. 6
IfSG § 28 Abs. 1 S. 1, § 28a Abs. 1 Nr. 16, Abs. 3, § 32 S. 1
14. BayIfSMV § 13 Abs. 2
GG Art. 3 Abs. 1

Leitsätze:

1. Die regelmäßigen Testungen von Schülern können dazu beitragen, den Eintrag bzw. die Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) in Schulen zu verringern, indem prä- sowie asymptomatisch Infizierte zeitnah erkannt und isoliert werden, und somit einen Beitrag zur Eindämmung der Pandemie leisten. (Rn. 15) (redaktioneller Leitsatz)
2. Vor dem Hintergrund der weiteren Ausbreitung von leichter übertragbaren und wohl schwerere Krankheitsverläufe verursachenden Varianten, des insbesondere unter den Schülern mit Vorerkrankungen noch nicht hinreichenden Impffortschritts, der deutlichen Zunahme der übermittelten Schulausbrüche sowie des möglichen Beginns einer vierten Welle spricht aus ex-ante-Sicht vieles dafür, dass die Testung als Voraussetzung für die Teilnahme am schulischen Präsenzunterricht und an Präsenzveranstaltungen eine weiterhin erforderliche und notwendige Schutzmaßnahme zur Kontrolle des Infektionsgeschehens darstellt. (Rn. 21) (redaktioneller Leitsatz)
3. Eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere der mit den Testungen verbundenen Eingriffe und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der sie rechtfertigenden Gründe führt zu dem Ergebnis, dass die Grenze der Zumutbarkeit (noch) gewahrt ist. (Rn. 22) (redaktioneller Leitsatz)
4. Es ist nicht zu beanstanden, dass der Normgeber davon ausgeht, dass die häusliche Testung – bei jüngeren Kindern durch Anleitung der Eltern – schon deshalb kein gleich effektives, milderes Mittel zu einer Testung nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 und 2 14. BayIfSMV oder in der Schule unter Aufsicht darstellt, weil sie nicht wirksam zu kontrollieren ist. (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Corona-Pandemie, COVID-19, Antrag auf vorläufige Außervollzugsetzung, Corona-Tests als Voraussetzung für Teilnahme an Präsenzunterricht, häusliche Testung, Kontrollmöglichkeit, asymptomatisch Infizierte, vierte Welle, Kontrolle des Infektionsgeschehens, höhere Verlässlichkeit

Fundstelle:

BeckRS 2021, 33611

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 10.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

1
Der zwölfjährige Antragsteller, der ein Gymnasium in Bayern besucht, beantragt, § 13 Abs. 2 Satz 1 der Vierzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (14. BayIfSMV vom 1. September 2021, BayMBl. 2021 Nr. 615, zuletzt geändert durch Verordnung vom 5. Oktober 2021, BayMBl. 2021 Nr. 715), die mit Ablauf des 29. Oktober 2021 außer Kraft tritt (§ 20 14. BayIfSMV), durch Erlass einer einstweiligen

Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen sowie hilfsweise (sinngemäß) § 13 Abs. 2 Satz 10 14. BayIfSMV vorläufig außer Vollzug zu setzen.

2
Die Regelung hat folgenden Wortlaut:

„§ 13

3
Schulen …

4
(2) [1]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. [2]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. [3]Die Schulpflicht bleibt unberührt. [4]Bei einem Infektionsfall in einer Klasse kann die Kreisverwaltungsbehörde für die Teilnehmer dieser Klasse tägliche Testnachweise anordnen. [5]Die Schule verarbeitet das Testergebnis für die Zwecke nach Satz 1 und 2. [6]Eine Übermittlung von Testdaten an Dritte findet im Übrigen vorbehaltlich von Meldepflichten nach dem Infektionsschutzgesetz nicht statt. [7]Bei der Teilnahme an PCR-Pooltestungen gelten die mit der Testung beauftragten Labore und Transportpersonen nicht als Dritte im Sinne von Satz 5. [8]Das Testergebnis wird höchstens 14 Tage aufbewahrt. [9]Für Schülerinnen und Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf kann das Staatsministerium für Unterricht und Kultus Ausnahmen bekanntmachen. [10]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
Zur Begründung trägt der Antragsteller im Wesentlichen vor, die angegriffene Vorschrift sei im Ergebnis unverhältnismäßig und verletze ihn in seinem Grundrecht auf Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG. Kinder seien weniger infektiös als Erwachsene und wiesen im Infektionsfall wahrscheinlich eine niedrigere Viruslast auf. Sie seien nicht von schwereren Verläufen bedroht, was durch Studien belegbar sei (wird ausgeführt). Selbst die Delta-Variante stelle für Schulkinder keine größere Gefahr dar. Zwar sei diese deutlich ansteckender, sie führe aber bei Kindern zu keinen schweren Verläufen. Studien belegten auch, dass Schulen grundsätzlich keine Infektionsherde seien, sondern dass das Virus meist von außen durch ältere Personen an Schülerinnen und Schüler herangetragen werde. Daher sei für den Schutz von Kindern und Jugendlichen eine hohe Impfquote der Erwachsenen entscheidend. Die gegenwärtigen Corona-Schutzmaßnahmen dienten zwar dem Schutz hochwertiger Rechtsgüter, sie seien aber stets auf ihre Verhältnismäßigkeit zu prüfen und aufzuheben, sofern sie offensichtlich außer Verhältnis zu dem erhofften Nutzen stünden. Die angegriffene Regelung sei rechtswidrig und verletze ihn in eigenen Rechten. Einen Verstoß gegen sein Grundrecht auf Gleichbehandlung sieht der Antragsteller vor allem darin, dass nach § 13 Abs. 2 Satz 10 14. BayIfSMV Lehrkräfte und sonstige an Schulen tätige Personen einen Selbsttest auch außerhalb der Schule und ohne Aufsicht vornehmen dürften, nicht dagegen Schülerinnen und Schüler. Beide Gruppen seien wesentlich gleich und die Differenzierung daher nicht gerechtfertigt. Es reiche aus, wenn die Eltern die Tests überwachten und gegenüber der Schule versicherten, dass das Testergebnis negativ ausgefallen sei. Es sei nicht gerechtfertigt, ihnen weniger Vertrauen entgegenzubringen als dem Lehrpersonal. Vor allem seien Schülerinnen und Schüler weniger für das Virus empfänglich und die mit lautem Sprechen verbundene Unterrichtstätigkeit sei eher geeignet, zur Virusverbreitung beizutragen.

II.

6

Der Antrag bleibt im Haupt- und im Hilfsantrag ohne Erfolg.

7
A. 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. 2 Satz 1 und 10 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 des Antragstellers aus (III.).

8
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.

9
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).

10
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).

11
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.

12
1. Der Senat geht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren weiterhin davon aus, dass die Regelung über die Testung von Schülerinnen und Schülern in § 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 (vgl. 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).

13
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 Regelung auch zu keinen unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen. Die vom Antragsteller geübte Kritik verfängt nicht.

14
a) 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).

15
Die Testungen nach § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV können dazu beitragen, den Eintrag bzw. die Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) in Schulen zu verringern, indem präsowie asymptomatisch Infizierte zeitnah erkannt und isoliert werden, und somit einen Beitrag zur Eindämmung der Pandemie leisten (vgl. RKI, Ergänzung und aktuelle Einordnung der RKI-Empfehlungen „Präventionsmaßnahmen in Schulen während der COVID-19 Pandemie“ aus Oktober 2020, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Praevention-Schulen_Ergaenzung.html). Dadurch wird die Teilnahme am Präsenzunterricht auf Personen beschränkt, 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., abrufbar unter 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., abrufbar unter 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 kann nicht zuletzt deshalb zur Reduzierung des allgemeinen Infektionsgeschehens beitragen, weil bei Kindern und Jugendlichen oftmals atypische Krankheitsbilder auftreten und sie häufig keine oder nur eine milde Symptomatik zeigen, worauf der Antragsteller in anderem Zusammenhang ebenfalls hinweist.

16
b) Die Einschätzung des Verordnungsgebers, dass die Testung als Voraussetzung für die Teilnahme am Präsenzunterricht und an Präsenzveranstaltungen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 14. BayIfSMV) weiterhin eine erforderliche und notwendige Schutzmaßnahme im Sinn des § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG darstellt, ist gegenwärtig nicht zu beanstanden. Der Normgeber hat den ihm zustehenden Einschätzungsspielraum nicht überschritten (vgl. dazu auch BayVerfGH, E.v. 21.4.2021 - Vf. 26-VII-21 - juris Rn. 29; OVG NW, B.v. 22.4.2021 - 13 B 559/21.NE - juris Rn. 60 f. m.w.N.).

17
(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; BayVerfGH, E.v. 26.3.2020 - Vf. 6-VII-20 - juris Rn. 16), vom 24. September 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 im dritten Quartal wieder erheblich angestiegen, wobei vor allem die jüngeren Altersgruppen betroffen sind (vgl. für Bayern die Übersicht des LGL, abrufbar unter

https://www.lgl.bayern.de/gesundheit/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm). In Bayern liegt die landesweite 7-Tage-Inzidenz pro 100.000 Einwohner aktuell bei 88,9 und der 7-Tage-R-Wert bei 1,02. In den sieben vergangenen Tagen wurden bayernweit 253 an COVID-19 erkrankte Personen in ein bayerisches Krankenhaus eingewiesen; 246 Intensivbetten sind durch an COVID-19 erkrankte Personen derzeit belegt (Stand 6.10.2021, abrufbar unter https://www.lgl.bayern.de/gesundheit/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm). Die Zahl schwerer Erkrankungen an COVID-19, die im Krankenhaus behandelt werden müssen, ist seit Mitte des Jahres wieder angestiegen. Die Zahl der Todesfälle befindet sich aktuell auf niedrigem Niveau. 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. 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.

18

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 6. Oktober 2021 rund 65,0% der Bevölkerung eine Erstimpfung und 62,5% den vollständigen Impfschutz erhalten, wobei letztere Quote in der Altersgruppe der 18 bis 59-Jährigen bei 68,2% und in der Altersgruppe der über 60jährigen bei 82,1% liegt (Impfmonitoring des RKI, abrufbar unter 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. Epid. Bull. 27/2021, S. 3 ff, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/27_21.pdf? blob=publicationFile).

19

Internationale Studien weisen darauf hin, dass die nunmehr in Deutschland dominierende Delta-Variante verglichen mit früher dominierenden Varianten zu schwereren Krankheitsverläufen mit mehr Hospitalisierungen und häufigerer Todesfolge führen kann (RKI, Risikobewertung, a.a.O.). Aufgrund der leichteren Übertragbarkeit dieser Variante, der noch nicht ausreichenden Impfquoten sowie dem jahreszeitlich bedingten stärkeren Aufenthalt in Innenräumen 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.).

20

Durch die zunehmende Grundimmunität der erwachsenen Bevölkerung ist mit einer gewissen Verlagerung des Infektionsgeschehens hin zu jüngeren, nicht in ausreichendem Maß geimpften bzw. nicht impfbaren, Altersgruppen zu rechnen (Ergänzung und aktuelle Einordnung der RKI-Empfehlungen „Präventionsmaßnahmen in Schulen während der COVID-19 Pandemie“ aus Oktober 2020, abrufbar unter

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Praevention-Schulen_Ergaenzung.html), also vor allem auch der Gruppe der Schülerinnen und Schüler. Die Ständige Impfkommission (STIKO) hat 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. Mitteilung der STIKO zur Aktualisierung der COVID-19-Impfempfehlung für Kinder und Jugendliche, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/STIKO/Empfehlungen/PM_2021-08-16.html). Daher wird für diese Altersgruppe noch keine hohe Impfquote erreicht (Stand 5.10.2021 sind in Bayern 32,0% der 12 bis 17-Jährigen vollständig geimpft, 38,6% haben mindestens eine Impfung erhalten). Für jüngere Kinder werden Impfungen vermutlich erst zu einem weitaus späteren Zeitpunkt möglich sein. 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, Epid. Bul. 26/2021 vom 1.7.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/26/Art_01.html; jsessionid=8754EF3BA053B403B131CE314D24DB31.internet111). Daher ist es nach überzeugender Auffassung des RKI wichtig, dass infektionspräventive Vorkehrungen in Schulen getroffen werden, um eine Weiterverbreitung der Infektionen zu verhindern (Ergänzung und aktuelle Einordnung der RKI-Empfehlungen „Präventionsmaßnahmen in Schulen während der COVID-19 Pandemie“ aus Oktober 2020, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Praevention-Schulen_Ergaenzung.html). Dabei können Tests als ein wichtiges Element des Schutzkonzepts durch frühe Erkennung der Virusausscheidung vor dem Auftreten von Krankheitszeichen die Sicherheit weiter erhöhen (vgl. RKI, Risikobewertung, a.a.O.). Nach Einschätzung des Netzwerks Universitätsmedizin vom 22. März 2021 sollte der Präsenzunterricht an Schulen durch die Anwendung systematischer Testungen zwingend begleitet werden, 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.). Auch der Bundesgesetzgeber hat die allgemeine Testobliegenheit für Schülerinnen und Schüler als 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). Sie können die Abstands- und Hygieneregeln vielfach noch nicht oder nur bedingt umsetzen.

21

(2) Vor diesem Hintergrund, namentlich der 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, der deutlichen Zunahme der übermittelten Schulausbrüche von Anfang August bis Mitte September 2021 (vgl. Wöchentlicher COVID-19-Lagebericht vom 30.09.2021, S. 9, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-09-30.pdf? blob=publicationFile) sowie des möglichen Beginns einer vierten Welle, spricht aus ex-ante-Sicht vieles dafür, dass die in § 13 Abs. 2 Satz 1 und 10 14. BayIfSMV normierte Testung als Voraussetzung für die Teilnahme am schulischen Präsenzunterricht und an Präsenzveranstaltungen eine weiterhin erforderliche und notwendige Schutzmaßnahme zur Kontrolle des Infektionsgeschehens im Sinn 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 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. § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV trägt dem als ein Element des Schutzkonzepts Rechnung. Die Maßnahme dient nicht allein dem Schutz der Schülerinnen und Schüler. Sie soll vielmehr dazu beitragen, die Weiterverbreitung des SARS-CoV-2-Virus unter den Schülern und Lehrern sowie deren Bezugspersonen außerhalb des Unterrichts zu reduzieren und hierdurch die Virusausbreitung insgesamt (bis zu einer hinreichenden Immunisierung der Bevölkerung) einzudämmen bzw. zu verlangsamen. Damit wiederum sollen vor allem auch Personen, die sich aus medizinischen Gründen bislang nicht impfen lassen konnten, bei denen eine Impfung weniger wirksam ist oder für die noch kein Impfstoff zugelassen wurde (beispielsweise Schüler mit Vorerkrankungen unter zwölf Jahren oder Angehörige 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.

22
c) 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).

23
Die in § 13 Abs. 2 Satz 1 und 10 14. BayIfSMV geregelten Testungen sind grundsätzlich ein wenig belastendes Mittel, um die Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus einzudämmen (vgl. BayVerfGH, E.v. 28.6.2021 - Vf. 73-VII-20 - juris Rn. 22). Die angegriffene Regelung tangiert die Betroffenen in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit, wobei die Eingriffe im unteren Bereich der Eingriffsintensität liegen. Gleiches gilt, soweit mangels „Freiwilligkeit“ durch die Testpflicht in den Schutzbereich des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) eingegriffen wird. 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.). Die Maßnahme dient dem Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter. Das Maß, in dem die in Rede stehende Verpflichtung voraussichtlich zur Eindämmung des Infektionsgeschehens beiträgt, steht zu dem Gewicht der sich ergebenden Beeinträchtigungen in einem angemessenen, die Grundrechtseingriffe rechtfertigenden Verhältnis. Der Vortrag des Antragstellers gibt keinen Anlass für durchgreifende Zweifel an der Angemessenheit. Gründe dafür, warum für Schüler im Allgemeinen und ihn im Besonderen eine Testung nicht in Betracht kommen soll, hat er nicht dargelegt. Im Übrigen besteht in besonderen Härtefällen die Möglichkeit von Ausnahmegenehmigungen (§ 18 Abs. 2 14. BayIfSMV).

24
3. Die angegriffene Regelung verstößt auch nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).

25
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.).

26
Dies zugrunde gelegt vermag der Senat im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht festzustellen, dass die personengruppenbezogene Differenzierung hinsichtlich der Pflicht, die Tests unter Aufsicht durchzuführen, zwischen Lehrkräften und sonstigen an Schulen beschäftigten Personen einerseits sowie Schülerinnen und Schülern andererseits willkürlich sein könnte oder mit einer unverhältnismäßigen Belastung für die Personengruppe der Schülerinnen und Schüler verbunden wäre. Die Unterscheidung ist vielmehr durch hinreichende Sachgründe gerechtfertigt. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat zur Vorgängerregelung in § 18 Abs. 4 Satz 7 12. BayIfSMV ausgeführt (BayVerfGH, E.v. 21.4.2021 - Vf. 26-VII-21 - juris Rn. 31):

27
„Ein offensichtlicher Verstoß der Testobliegenheit gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 118 Abs. 1 BV) ist nicht festzustellen. Weder ist eine Gleichheitswidrigkeit darin zu erblicken, dass § 18 Abs. 4 Satz 7 12. BayIfSMV es Lehrern und Lehrerinnen ermöglicht, sich zu Hause ohne Aufsicht selbst zu testen, noch verletzt es den Gleichheitsgrundsatz, dass der Verordnungsgeber für Arbeitsstätten nicht ebenfalls eine Testobliegenheit eingeführt hat. In beiden Fällen gibt es sachliche Differenzierungsgründe. Lehrerinnen und Lehrer sowie das Schulverwaltungspersonal sind ein kleinerer und überschaubarerer Personenkreis als Schülerinnen und Schüler. Dass der Verordnungsgeber bei diesem Personenkreis, der zu einem großen Teil beamtenrechtlichen Verpflichtungen unterliegt, bei pauschalierender Betrachtung im Rahmen seines Einschätzungsspielraums eine höhere Verlässlichkeit annimmt, begründet keinen Verstoß gegen das Willkürverbot. …“

28
Dem hat sich der Senat in seinem Beschluss vom 28. Juli 2021 (Az.: 25 NE 21.1962 - juris Rn. 72) im Ergebnis vollumfassend angeschlossen und einen Gleichheitsverstoß durch die entsprechende Bestimmung des § 20 Abs. 2 Satz 5 13. BayIfSMV ebenfalls verneint. Daran ist - auch unter Berücksichtigung des Vorbringens in der Antragsbegründung - für die im Wesentlichen gleichlautende Regelung des § 13 Abs. 2 Satz 10 14. BayIfSMV festzuhalten.

29
Der Antragsteller hat nicht dargelegt, dass die Testung in der Schule oder nach Maßgabe des § 3 Abs. 4 Nr. 1 und 2 14. BayIfSMV für Schüler eine unzumutbare Belastung darstellen würde. Der eidesstattlichen Versicherung seines Vaters ist lediglich zu entnehmen, dass dieser zusichert, eine ordnungsgemäße Selbsttestung zu garantieren, und dass eine Testung in der Schule, in einem Testzentrum oder in einer Apotheke nach seinem Dafürhalten nicht in Betracht komme, ohne die Gründe dafür im Einzelnen zu benennen. Mangels näherer Darlegung ist das Vorbringen nicht überzeugend. Ebenso wenig verfängt der Hinweis des Antragstellers auf die vermeintlich höheren Gefahren, die nach seiner Einschätzung von Lehrkräften und sonstigen an der Schule tätigen Personen ausgehen. Zweifel an diesem Einwand sind bereits deshalb angebracht, weil es sich bei Lehrpersonal - ausweislich der Erkenntnisse des RKI (vgl. COVIMO-Studie: Impfverhalten, Impfbereitschaft und -akzeptanz in Deutschland, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Projekte_RKI/COVIMO_Reports/covimo_studie_bericht_5.pdf? blob=publicationFile) - um eine Personengruppe mit relativ hoher Impfquote handelt, so dass bereits die Annahme eines höheren Beitrags zum Infektionsgeschehen fraglich erscheint (vgl. zur Ausnahme von der Testpflicht für geimpfte Personen § 7 Abs. 1 SchAusnahmV). Vor allem bestehen zwischen den Vergleichsgruppen aber - wie bereits dargelegt - hinreichende, die Differenzierung rechtfertigende Unterschiede. Auf die Frage des Beitrages zum Infektionsgeschehen kommt es somit nicht entscheidend an. Lehrkräfte und sonstige an der Schule tätige Personen stehen als Beamte oder als an der Schule Beschäftigte in einem besonderen Pflichtenverhältnis zum Dienstherrn bzw. zur Beschäftigungsstelle. Es begegnet daher keinen durchgreifenden Bedenken, wenn diesen bei der vom Normgeber angestellten pauschalierenden Betrachtung eine höhere Verlässlichkeit zugesprochen wird. Hinzu kommt, dass diese Personengruppe im Rahmen des Dienst- und Beschäftigungsverhältnisses hinreichend in die korrekte Durchführung der Tests eingewiesen werden kann, was etwa bei Eltern jüngerer Schülerinnen und Schüler nicht oder allenfalls auf freiwilliger Basis möglich wäre. Im Übrigen wird die Selbsttestung konsequent auf den schulischen Bereich beschränkt (§ 13 Abs. 2 Satz 10 Halbsatz 1 14. BayIfSMV). Für außerschulische Zwecke sind Lehrkräfte und Beschäftigte gemäß § 13 Abs. 2 Satz 10 Halbsatz 2 14. BayIfSMV den Schülerinnen und Schülern gleichgestellt. Der Testnachweis wird dann nur anerkannt, wenn der Selbsttest unter Aufsicht vorgenommen wird.

30
Gleichermaßen ist es nicht zu beanstanden, dass der Normgeber davon ausgeht, dass die häusliche Testung - bei jüngeren Kindern durch Anleitung der Eltern - schon deshalb kein gleich effektives, milderes Mittel zu einer Testung nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 und 2 14. BayIfSMV oder in der Schule unter Aufsicht darstellt, weil sie nicht wirksam zu kontrollieren ist (vgl. BayVGH, B.v. 12.4.2021 - 20 NE 21.926 - juris Rn. 22). Die vorgenommenen Tests bieten eine weitaus bessere Gewähr für die regelmäßige und ordnungsgemäße Durchführung (vgl. auch OVG NW, B.v. 10.6.2021 - 13 B 948/21.NE - juris Rn. 2 m.w.N.). Neben der Missbrauchsgefahr betrifft dies vor allem auch die ordnungsgemäße Durchführung der Testungen, ohne die keine zuverlässigen Ergebnisse zu erzielen sind. Die Einschätzung, dass beides bei zu Hause vorgenommenen Selbsttests nicht mit hinreichender Sicherheit gewährleistet wäre, begegnet keinen durchgreifenden Bedenken.

31
III. 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 Sinn und zum Gleichheitssatz angestellten Erwägungen entsprechend.

32
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 29. Oktober 2021 außer Kraft tritt (§ 20 Abs. 1 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.

33
C. Dieser Beschluss ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO.