

Titel:

Zugangsbeschränkung zu Kindertageseinrichtungen für ungetestete oder ungeimpfte bzw. nicht genesene Personen

Normenketten:

14. BayIfSMV § 14 Abs. 3

VwGO § 47 Abs. 6

Leitsatz:

Die in § 14 Abs. 3 der 14. BayIfSMV verankerte Zugangsbeschränkung zu Kindertageseinrichtungen und Heilpädagogischen Tagesstätten für Personen, die nicht getestet sind (oder nicht geimpft bzw. nicht genesen sind) erweist sich bei summarischer Prüfung als voraussichtlich rechtmäßig. (Rn. 13)
(redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Normenkontrollantrag, Testpflicht in Kindertageseinrichtungen, Corona, SarsCov2-Virus, Kindertageseinrichtung, Zugangsbeschränkung, Testpflicht, Verhältnismäßigkeit, 3G-Regelung

Fundstelle:

BeckRS 2021, 33612

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 als Erzieherin in einer Kindertagesstätte eines kommunalen Trägers tätig ist, beantragt sinngemäß, § 14 Abs. 3 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.

2

Die angegriffene Regelung hat folgenden Wortlaut:

„§ 14

3

Kindertagesbetreuung ...

4

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

5

Zur Begründung trägt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die Regelung verletze das Grundrecht auf Berufsfreiheit, weil sie unverhältnismäßig sei und einen versteckten Impfwang beinhalte. Ungeimpfte

Personen würden zunehmend diskriminiert. Die Gefahren einer Impfung mit Vakzinen, die derzeit nur über Notzulassungen verfügten und daher nicht ausreichend auf Nebenwirkungen untersucht worden seien, bliebe völlig außer Betracht. Die Regelung sei nicht erforderlich, weil es im vergangenen Jahr zu keinen nennenswerten Ausbrüchen in Kindertagesstätten gekommen sei. Kinder hätten eine bessere Immunantwort als Erwachsene und seien daher nicht gefährdet. Auch sonst würden die Gefahren durch die Pandemie überschätzt. Eine Überlastung des Gesundheitssystems habe nicht gedroht. Die Risiken einer Erkrankung würden überbewertet. Die Testpflicht führe zu unverhältnismäßigen Belastungen, nicht zuletzt aufgrund der Pflicht zur Kostentragung. Die Wirksamkeit einer Impfung sei fraglich und die Privilegierung Geimpfter daher nicht gerechtfertigt.

6

Der Antragsgegner ist dem entgegengetreten.

7

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

8

Der zulässige Antrag bleibt ohne Erfolg.

9

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 § 14 Abs. 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.).

10

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.

11

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).

12

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).

13

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

14

1. Die in der angegriffenen Regelung verankerte Zugangsbeschränkung zu Kindertageseinrichtungen und Heilpädagogischen Tagesstätten für Personen, die nicht getestet sind (oder nach § 7 SchAusnahmV aufgrund einer Impfung oder Genesung getesteten gleichstehen) findet ihre Rechtsgrundlage in § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 15 IfSG, welche den Verordnungsgeber ermächtigen, Betretungsverbote oder -bedingungen hinsichtlich sozialer Einrichtungen zu regeln. Jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung bestehen keine durchgreifenden Bedenken dahingehend, dass die vorgenannten Bestimmungen eine ausreichende Verordnungsermächtigung für die durch sie erfolgenden Grundrechtseingriffe darstellen und sie vor allem 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 Verordnungsgeber nunmehr explizit zur Etablierung der Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises ermächtigt (vgl. dazu BT-Drs. 19/32275 v. 3.9.2021, S. 28).

15

2. Die angegriffene Regelung ist voraussichtlich materiell rechtmäßig, weil sie mit den Ermächtigungsgrundlagen im Einklang steht. Im Zeitpunkt des Erlasses des § 14 Abs. 3 14. BayIfSMV (Verordnung zur Änderung der 14. BayIfSMV vom 15.9.2021, BayMBl Nr. 661) wie auch der Entscheidung des Senats liegen die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 15 IfSG vor. Der Deutsche Bundestag hat den Fortbestand einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite mit Blick auf das Corona-Virus SARS-CoV-2 zuletzt am 25. August 2021 festgestellt (Annahme des Entschließungsantrags BT-Drs. 19/32091, BT-PIPr 19/238 S. 21076C). Es handelt sich bei summarischer Prüfung auch um eine geeignete und notwendige Schutzmaßnahme des präventiven Infektionsschutzes gemäß § 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG in der seit dem 15. September 2021 geltenden Fassung, welche zu keinen unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen führt. Die von Antragstellerseite geübte Kritik verfängt nicht.

16

a) Die Regelung ist zur Erreichung des Ziels, der Ausbreitung des Infektionsgeschehens zu begegnen und einer Überlastung des Gesundheitssystems vorzubeugen, voraussichtlich geeignet. Dies ist der Fall, 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).

17

Die Testungen nach § 14 Abs. 3 14. BayIfSMV können dazu beitragen, den Eintrag bzw. die Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) in Kindertageseinrichtungen und Heilpädagogischen Tagesstätten zu verringern, indem präso wie asymptomatisch Infizierte zeitnah erkannt und isoliert werden. Die Maßnahme kann somit einen Beitrag zur Eindämmung der Pandemie leisten. Dadurch wird der Kontakt mit den dort betreuten Kindern, aber auch mit anderen Personen, auf Beschäftigte beschränkt, die ein aktuelles negatives Testergebnis erbringen oder versichern können, einen Selbsttest mit negativem Ergebnis vorgenommen zu haben. Unabhängig von der Art und der Zuverlässigkeit der verwendeten Tests kann so zumindest ein Teil infizierter und damit in der Regel auch infektiöser Beschäftigter festgestellt werden. Einer Weiterverbreitung der Erkrankung innerhalb des Einrichtungsbetriebs wird damit entgegengewirkt (vgl. für Schulen BayVerfGH, 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).

18

b) Die Einschätzung des Ordnungsgebers, dass die Testung als Voraussetzung für das Betreten von Kindertageseinrichtungen und Heilpädagogischen Tagesstätten weiterhin eine erforderliche und notwendige Schutzmaßnahme im Sinn des § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 15 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.).

19

aa) 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 94,2 und der 7-Tage-R-Wert bei 1,02. In den sieben vergangenen Tagen wurden bayernweit 235 an COVID-19 erkrankte Personen in ein bayerisches Krankenhaus eingewiesen; 259 Intensivbetten sind durch an COVID-19 erkrankte Personen derzeit belegt (Stand 11.10.2021, 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.

20

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 12. Oktober 2021 rund 65,4% der Bevölkerung eine Erstimpfung und 63,0% 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 84,1% 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).

Selbst die vom RKI aktuell veröffentlichte Studie zur Impfbereitschaft in Deutschland (COVID-19 Impfquoten-Monitoring in Deutschland vom 6.10.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Projekte_RKI/COVIMO_Reports/covimo_studie_bericht_7.pdf?blob=publicationFile), die allerdings nur auf einer Befragung beruht, kommt lediglich auf Impfquoten von 87,5% bereits mindestens einmal und 80,9% vollständig gegen COVID-19 geimpfter Erwachsener. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass bei den 12 bis 17jährigen Kindern die Impfquote derzeit noch erheblich niedriger ist als bei Erwachsenen (in Bayern Stand 12.10.2021 bei 39,6% bzw. 33,7%).

21

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 (vgl. wöchentlichen Lagebericht des RKI vom 7.10.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-10-07.pdf?blob=publicationFile). 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.).

22

Durch die zunehmende Grundimmunität der erwachsenen Bevölkerung ist künftig mit einer gewissen Verlagerung des Infektionsgeschehens hin zu jüngeren, nicht in ausreichendem Maß geimpften bzw. nicht impfbaren Altersgruppen zu rechnen (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). Eine Impfung von Kindern unter 12 Jahren gegen COVID-19 ist derzeit nicht möglich. Somit stellen diese eine große Gruppe dar, die für SARS-CoV-2 suszeptibel ist und unter der sich ein beträchtlicher Teil des Infektionsgeschehens im Herbst und Winter 2021/22 abspielen könnte (vgl. dazu auch 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 Normgebers wichtig, dass infektionspräventive Vorkehrungen in Kindertageseinrichtungen und Heilpädagogischen Tagesstätten getroffen werden, um eine Weiterverbreitung der Infektionen zu verhindern. Dabei können Tests der dort Beschäftigten und sonst tätigen Personen als ein wesentliches Element des Schutzkonzepts durch frühe Erkennung der Virusausscheidung (vor dem Auftreten von Krankheitszeichen) die Sicherheit weiter erhöhen.

23

Aus dem wöchentlichen Lagebericht des RKI vom 7. Oktober 2021 (abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-10-07.pdf?blob=publicationFile) geht hervor, dass im Zeitraum von Mitte August bis Anfang September 2021 die Zahl an übermittelten Ausbrüchen in Kitas wieder zugenommen hat. Für die Kalenderwochen 36 bis 39 wurden danach 201 Kita-Ausbrüche übermittelt. Ein sich seit Mitte September möglicherweise andeutender Rückgang an Ausbrüchen könne dabei wegen Nachmeldungen noch nicht gut bewertet werden. Aus dem Monatsbericht der Corona-Kita-Studie (Monatsbericht vom 7.10.2021, S. 27 ff. abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Projekte_RKI/KiTa-Studie-Berichte/KiTaStudie_09_2021.pdf?blob=publicationFile) geht zudem hervor, dass sich die Inzidenzen der

Kinder und Jugendlichen weiterhin auf einem hohen Niveau befinden, die der Kinder im Alter von 0 bis 5 Jahren sogar etwas über dem Niveau der Erwachsenen. Die Inzidenz der hospitalisierten Kinder mit einer SARS-CoV-2-Infektion hat laut Studie in der vierten Welle wieder zugenommen, wobei die stärkste Zunahme bei den 0- bis 5-Jährigen zu beobachten war. Im Gegensatz zum Vorjahr, in dem die Hospitalisierungsinzidenz erst ab Oktober zunahm, konnte heuer der Anstieg bereits im Juli beobachtet werden. Anfang September 2021 betrug die Hospitalisierungsinzidenz bei Kindern im Alter von 0 bis 5 Jahren 1,5 pro 100.000 Kinder und bei den 6- bis 10-Jährigen 0,9 pro 100.000 Kinder. Im gesamten Pandemieverlauf wurde bisher für 2,7% (3.135/115.196) der übermittelten COVID-19-Fälle im Alter von 0 bis 5 Jahren angegeben, dass sie in einem Krankenhaus behandelt wurden, davon mussten 2,1% auf einer Intensivstation behandelt werden. Bislang wurden zwölf COVID-19-Todesfälle bei den 0- bis 5-Jährigen übermittelt und validiert.

24

bb) Vor dem Hintergrund der dargestellten aktuellen pandemischen Lage, namentlich der weiteren Ausbreitung von leichter übertragbaren und wohl schwerere Krankheitsverläufe verursachenden Varianten (vgl. § 28a Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 IfSG), der fehlenden Impfmöglichkeiten für Kinder unter 12 Jahren sowie des möglichen Beginns einer vierten Welle, spricht aus ex-ante-Sicht vieles dafür, dass die in § 14 Abs. 3 14. BayIfSMV normierte Testung als Voraussetzung für das Betreten von Kindertageseinrichtungen und Heilpädagogischen Tagesstätten eine weiterhin erforderliche und notwendige Schutzmaßnahme des präventiven Infektionsschutzes gemäß § 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG darstellt. Die angegriffene Maßnahme trägt dazu bei, die Weiterverbreitung des SARS-CoV-2-Virus unter den Kindern und Beschäftigten in Kindertagesstätten sowie deren Bezugspersonen 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, bei denen die Impfung weniger wirksam ist oder für die noch kein Impfstoff zugelassen wurde (beispielsweise Kinder mit Vorerkrankungen unter zwölf Jahren, 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.

25

Der Einwand der Antragstellerin, die Gefährlichkeit des neuartigen SarsCov2-Virus werde „maßlos überschätzt“ und Kinder seien nicht nennenswert betroffen, verfährt nicht. Die Antragstellerin setzt insofern lediglich ihre eigene Beurteilung an die Stelle der auf fachliche Expertisen beruhenden Einschätzung des Normgebers, ohne dies näher zu belegen. Soweit sie darauf hinweist, dass bisher keine Überforderung des Gesundheitssystems gedroht habe, kann die Ursache auch darin gesehen werden, dass die getroffenen Schutzmaßnahmen eine Überforderung verhindert haben. Es überzeugt jedenfalls nicht, wenn allein aus dem Umstand, dass es bisher nicht zu einer Überlastung gekommen ist, darauf geschlossen wird, dass eine solche - entgegen der fundiert begründeten Einschätzung des Normgebers - auch in Zukunft ausgeschlossen werden könnte. Auch verfährt vor dem Hintergrund der dargestellten Fallzahlen betreffend Kinder und Ausbrüche in Kindertagesstätten der Einwand der Antragstellerin, Kinder seien nicht in nennenswertem Umfang durch die Erkrankung gefährdet, nicht, auch wenn die Zahlen eine geringere Betroffenheit gerade jüngerer Kinder im Vergleich zu anderen Altersgruppen belegen.

26

Im Übrigen kann auf die Rechtsprechung des Senats verwiesen werden, der jüngst die Testobliegenheit im Rahmen der sog. 3G-Regelung für voraussichtlich rechtmäßig erachtet und einen Antrag auf vorläufige Außervollzugsetzung der entsprechenden Regelung in § 3 Abs. 1 14. BayIfSMV abgelehnt hat (B.v. 15.9.2021 - 25 NE 21.2226 - juris; vgl. auch 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).

27

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).

28

Zwar greift die Testpflicht in § 14 Abs. 3 14. BayIfSMV in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit der in der Kindertagesbetreuung Beschäftigten ein. Dieser Eingriff erweist sich aber bei summarischer Prüfung als verfassungsrechtlich gerechtfertigt (vgl. auch SächsOVG, B.v. 30.3.2021 - 3 B 83/21 - juris Rn. 74 ff.). Es handelt sich um eine geeignete sowie erforderliche Maßnahme (vgl. oben a), b)) und die Beeinträchtigungen stehen nicht außer Verhältnis zum Eingriffszweck. Sie sind vielmehr bei einer Gesamtbewertung angemessen und für die Betroffenen zumutbar.

29

Grundsätzlich handelt es sich bei Testpflichten um ein wenig belastendes Mittel (vgl. BayVerfGH, E.v. 28.6.2021 - Vf. 73-VII-20 - juris Rn. 22; BayVGh, B.v. 15.9.2021 - 25 NE 21.2226 - juris Rn. 46; 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). Dies gilt auch für die Testpflicht nach § 14 Abs. 3 14. BayIfSMV. Von ihr sind alle Personen ausgenommen, die im Sinne der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom 8. Mai 2021 (BAnz AT 8.5.2021 V1) gegen das SARS-CoV-2-Virus geimpft oder davon genesen sind (§ 7 SchAusnahmV). Die Belastung für die übrigen Beschäftigten in Einrichtungen der Kindertagesbetreuung ist nicht unzumutbar. Der Senat verkennt dabei nicht, dass die Ausübung des Berufes zur wirtschaftlichen Existenzsicherung nicht in gleicher Weise verzichtbar ist wie die in § 3 Abs. 1 und 2 14. BayIfSMV genannten, überwiegend der Freizeitgestaltung zuzuordnenden Tätigkeiten. Indes wiegt der Eingriff durch die Testobliegenheit nicht besonders schwer, zumal der Ordnungsgeber den Interessen der Beschäftigten insofern in besonderer Weise Rechnung getragen hat, als es ihnen - anders als den von § 3 Abs. 1 und 2 14. BayIfSMV Betroffenen - möglich ist, die Testung selbst (ohne Aufsicht) vorzunehmen und das negative Ergebnis sodann gegenüber der Einrichtung zu versichern. Nennenswerte Kosten entstehen dadurch nicht, denn die Arbeitgeber sind nach § 4 Abs. 1 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) verpflichtet, den Arbeitnehmern wöchentlich mindestens zwei kostenlose Selbsttests zur Verfügung zu stellen. Der Senat geht davon aus, dass die Einrichtungsträger auch den dritten wöchentlichen, durch § 14 Abs. 3 14. BayIfSMV geforderten Selbsttest kostenfrei zur Verfügung stellen. Selbst wenn der Arbeitgeber hiernach nicht verpflichtet sein und sich daher weigern sollte, drei Selbsttests pro Woche auf seine Kosten zur Verfügung zu stellen, bliebe es den Beschäftigten rechtlich und faktisch unbenommen, ihre wöchentliche Testobliegenheit durch den Zukauf von Selbsttests, die mittlerweile im Einzelhandel für deutlich unter einem Euro erhältlich sind, zu erfüllen. Ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit ist darin nicht zu sehen. Dem steht der erhebliche Nutzen gegenüber, der in der Verhinderung einer Weiterverbreitung von COVID-19 unter den betreuten Kindern und anderen Kontaktpersonen in den betroffenen Einrichtungen zu sehen ist. Den öffentlichen und privaten Interessen an einer Eindämmung des Infektionsgeschehens kommt ein erhebliches Gewicht zu.

30

Dass die angegriffene Vorschrift, wie die Antragstellerin meint, zu einer faktischen Impfpflicht bzw. einem „versteckten Impfzwang“ führte und daher unverhältnismäßig sei, überzeugt nicht, zumal der Antragsgegner hierdurch negativ Getestete den immunisierten Personen in ihren Möglichkeiten zur Teilhabe am Wirtschafts- und Sozialleben gerade in erheblichem Maß gleichstellt und hiervon nicht ausschließt (vgl. BayVGh, B.v. 14.9.2021 - 25 NE 21.2226 - juris Rn. 54; OVG Saarl, B.v. 1.9.2021 - 2 B 197/21 - juris Rn. 11). Die Pflicht zur Vorlage eines negativen Testnachweises hindert gerade nicht an der Berufsausübung. Im Übrigen verlangt die Verfassungsordnung nicht, dass mit der eigenverantwortlichen Ausübung grundrechtlicher Freiheiten stets und ausnahmslos positive Konsequenzen verbunden sind, insbesondere wenn, wie im Falle von COVID-19, Impfstoffe ausreichend vorhanden sind (vgl. Ernst, Privilegierung Geimpfter und faktischer Impfzwang v. 1.9.2021 unter <https://verfassungsblog.de/privilegierung-geimpfter-und-faktischer-impfzwang/>).

31

d) Auch verstößt die Testpflicht nach § 14 Abs. 3 14. BayIfSMV nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz im Hinblick auf die Befreiung Geimpfter und Genesener, weil die Ungleichbehandlung von immunisierten und nicht geimpften Personen mit der durch Studien belegten Auffassung des RKI zur deutlich selteneren Ansteckung immunisierter Personen derzeit voraussichtlich sachlich gerechtfertigt ist (dazu umfassend

BayVGH, B.v. 14.9.2021 - 25 NE 21.2226 - juris Rn. 58 ff.). Entgegen der Auffassung der Antragstellerin liegt daher keine unzulässige Diskriminierung Ungeimpfter vor.

32

III. Selbst bei „offenen“ Erfolgsaussichten in der Hauptsache und einer Folgenabwägung in Anlehnung an § 32 BVerfGG hätte das Interesse der Antragstellerin, von der Vorlage eines negativen SARS-CoV-2-Tests als Voraussetzung für die Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit 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.

33

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

34

Würde hingegen die streitgegenständliche Verordnungsregelung nicht vorläufig teilweise außer Vollzug gesetzt, hätte ein Normenkontrollantrag aber in der Hauptsache Erfolg, wäre der Antragstellerin für eine gewisse Zeit zu Unrecht die Berufsausübung ohne die Vorlage eines negativen Testergebnisses oder der Versicherung, einen negativ verlaufenden Selbsttest durchgeführt zu haben, verwehrt. Der dadurch bewirkte Eingriff in ihre Berufsfreiheit wöge allerdings - wie dargelegt - nicht allzu schwer. Das Interesse der Antragstellerin hat daher hinter dem schwerwiegenden öffentlichen Interesse an Schutz von Leben und Gesundheit von Menschen zurückzustehen. In die Folgenabwägung ist auch einzustellen, dass die Verordnung mit Ablauf des 29. Oktober 2021 außer Kraft tritt. Damit ist sichergestellt, dass sie unter Berücksichtigung neuer Entwicklungen der Pandemie und wissenschaftlicher Erkenntnisse fortgeschrieben werden muss (vgl. auch OVG Saarl, B.v. 1.9.2021 - 2 B 197/21 - juris Rn. 16).

35

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 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.

36

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