

Titel:

Corona-Testpflicht an Schulen

Normenketten:

14. BayIfSMV § 13 Abs. 2

IfSG § 28, § 28a

VwGO § 47 Abs. 6

Leitsätze:

1. Die Corona-Testpflicht an Schulen begegnet auch dann keinen Bedenken, wenn das Fernbleiben vom Unterricht zur Vermeidung der Tests als Verletzung der Schulpflicht gewertet wird. Zudem überwiegt bei einer Folgenabwägung das öffentliche Interesse am vorläufigen Vollzug der Regelung. (Rn. 19)

(redaktioneller Leitsatz)

2. Selbst wenn ein Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf körperliche Unversehrtheit, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie der Handlungsfreiheit vorläge, wäre die Regelung angemessen. (Rn. 23)

(redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Corona-Pandemie, Testpflicht an Schulen, körperliche Unversehrtheit, Handlungsfreiheit, allgemeines Persönlichkeitsrecht

Fundstelle:

BeckRS 2021, 33614

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragsteller tragen die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf insgesamt 40.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1

1. Die 6 Antragsteller besuchen unterschiedliche Jahrgangsstufen in unterschiedlichen bayerischen Schulen und beantragen, § 13 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2, hilfsweise § 13 Abs. 2 Satz 3 der Vierzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (14. BayIfSMV vom 1.9.2021, BayMBI. 2021 Nr. 615) in der Fassung der Änderungsverordnung vom 14. Oktober 2021 (BayMBI. 2021 Nr. 733), durch Erlass einer einstweiligen Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen.

2

2. Die angegriffene Regelung, die mit Ablauf des 29. Oktober 2021 außer Kraft tritt (§ 20 14. BayIfSMV), hat folgenden Wortlaut:

3

„§ 13 Schulen

4

...

5

(2) ¹Die 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.²Für 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.³Die Schulpflicht bleibt unberührt.

6

...“

7

3. Mit ihrem Eilantrag vom 18. Oktober 2021 tragen die Antragsteller im Wesentlichen vor, in ihren Rechten und Grundrechten verletzt zu werden. Mit der Einfügung des Satzes 3 durch die Änderungsverordnung vom 5. Oktober 2021 (BayMBI. 2021 Nr. 715) sei nunmehr klargestellt worden, dass es sich nicht mehr um eine Testobliegenheit mit Zugangsbeschränkung, sondern um eine echte Testpflicht handele, weil es den Schülerinnen und Schülern nicht mehr freigestellt sei, zum Präsenzunterricht zu erscheinen. Die Wahrnehmung von Distanzunterrichtsangeboten verstoße gegen die Schulpflicht. Seit der Entscheidung des Senats vom 12. April 2021 (Az. 20 NE 21.926) hätten sich die pandemische Lage, das Infektionsgeschehen (Abschaffung der Inzidenzbestimmungen) und die Impfquote drastisch geändert.

8

Es fehle an einer Rechtsgrundlage. Die Maßnahme sei nicht mehr erforderlich nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG. Das Infektionsgeschehen gehe nicht von Schülerinnen und Schülern aus. Bei ihnen sei die Impfquote hoch, trete die Erkrankung selten auf und wenn, dann verlaufe sie mild. Die Testpflicht sei wegen ihrer Inzidenzunabhängigkeit völlig vom konkreten Infektions- und Krankheitsgeschehen losgelöst. Als Auslegungshilfe könne auch § 28a Abs. 3 Satz 1 und 2 IfSG herangezogen werden. Maßnahmen nach § 28a Abs. 1 Nr. 2a IfSG seien nicht zulässig.

9

Die Schülerinnen und Schüler würden in ihren Grundrechten (Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 Alt. 7 GG, Art. 4 Abs. 1 Alt. 2, Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 1 GG) verletzt, zum Objekt der Corona-Bekämpfung degradiert und nur noch als Infektionsherd und -überträger gesehen. Der Abstrichtupfer führe bei falscher Handhabung zu Würgereflexen bzw. Schmerzen und manchmal sogar zu Erbrechen, Nasenbluten oder sonstigen negativen Gesundheitszuständen, die auch noch Tage anhalten könnten. Bei dem sog. „Lollitest“ bestehe die Gefahr, dass ein potentiell verunreinigtes Teststäbchen zum Einsatz komme. Ungetestete Schülerinnen und Schüler müssten am Präsenzunterricht teilnehmen dürfen. Der Distanzunterricht stelle keine vergleichbare Möglichkeit dar, dem Schulbetrieb zu folgen. Unter anderem gebe es dort keine Möglichkeit, gültige Leistungsnachweise zu erbringen. Das Testen bringe keinen Mehrwert an Sicherheit oder Eindämmung des Infektionsgeschehens. Unter Einhaltung der Abstandsregeln, etwaiger Maskenpflichten, dem Lüften und dem Rahmenhygieneplan müsse ein Unterricht vor Ort möglich sein. Die Teilnahme am Präsenzunterricht sei zur Selbstverwirklichung und zur Erbringung von Leistungsnachweisen notwendig. Indem die Schulpflicht nur durch Präsenzunterricht erfüllt werden könne, komme Distanzunterricht nicht mehr in Betracht. Die Schülerinnen und Schüler, die sich nicht testen ließen, erhielten keine Bildung. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung könne nicht gewährleistet werden. Die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung fehle, wenn seitens des Gesetzgebers kein Anspruch auf Distanzunterricht einfach- oder grundgesetzlich ausgestaltet werde. Der allgemeine und besondere Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 Alt. 7 GG sei verletzt. Niemand dürfe wegen seiner politischen Anschauungen diskriminiert werden. Es liege eine Ungleichbehandlung vor, indem nur getestete Schülerinnen und Schüler am Präsenzunterricht teilnehmen dürften. Für Schüler und Schülerinnen mit sonderpädagogischem Förderbedarf könne das Staatsministerium für Unterricht und Kultus Ausnahmen von der Testpflicht bekanntmachen. Eine Testpflicht würde einen Gewissenskonflikt zwischen dem wichtigen Präsenzunterricht einerseits und der Gesundheit andererseits hervorrufen und damit gegen die Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 Alt. 2 GG verstoßen. Die Erziehung, worauf die Schülerinnen und Schüler mit Art. 6 Abs. 2 GG einen gesetzlichen Anspruch hätten, werde durch die Testpflicht gefährdet. Der Staat habe das gesamte Schulwesen zu beaufsichtigen. Dem widerspreche die angegriffene Regelung, da der Staat keine bzw. keine ausreichende Bildung gewährleiste.

10

Eine inzidenzunabhängige Regelung, fernab von jeder Prognose oder Evaluierung des Infektionsgeschehens, sei unverhältnismäßig. Die Testung habe keinerlei positive Auswirkung auf die Eindämmung des Infektionsgeschehens. Der Senat habe mit seiner Entscheidung vom 2. März 2021 (Az. 20 NE 21.353) einem Eilantrag stattgegeben und damit die Testpflicht für Beschäftigte von Pflegeeinrichtungen als unwirksam bestätigt. Gemäß § 28a Abs. 6 Satz 2 und Satz 3 IfSG seien die sozialen und gesellschaftlichen Auswirkungen auf die Schülerinnen und Schüler zu berücksichtigen. Prof. Dr. B. komme in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, dass der Einsatz von Antigentests in Schulen nicht zielführend sei, da der Schulbetrieb - nach Risikomanagement Methoden analysiert - kein signifikantes Risiko darstelle.

11

Art. 35 BayEUG bzw. Art. 56 Abs. 1 Satz 2 BayEUG i.V.m. Art. 128 der Verfassung des Freistaats Bayern erkläre die Pflicht und damit korrelierend auch das Recht auf einen Schulbesuch. Bei einem ausbleibenden Präsenzunterricht entfielen die Möglichkeiten des Art. 56 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 BayEUG. Die Pflicht, am Unterricht regelmäßig teilzunehmen, resultiere aus Art. 56 Abs. 4 Satz 3 BayEUG. Zudem werde auf die Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Krankenhaushygiene (DGKH) und der Deutschen Gesellschaft für Pädiatrische Infektiologie (DGPI) vom 13. September 2021 verwiesen. Darin werde u.a. von einer regelmäßigen Testung asymptomatischer Kinder und Jugendlicher mittels Antigen- oder PCR-Tests oder Gruppentests mit der Lolly-Methode abgeraten.

12

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

13

A. Der Hauptantrag bleibt ohne Erfolg.

14

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 2 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.).

15

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.

16

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).

17

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).

18

II. Nach diesen Maßstäben bleibt der Hauptantrag ohne Erfolg.

19

Der Senat hat bereits mit Beschluss vom 11. Oktober 2021 entschieden (Az. 25 NE 21.2525 - BeckRS 2021, 30069 - abrufbar auch unter https://www.vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/25_ne_21.2525.pdf), dass gegen die Testpflicht in Schulen 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 auch dann keine rechtlichen Bedenken bestehen, wenn das Fernbleiben vom Unterricht zur Vermeidung der Tests von den Schulbehörden als Verletzung der Schulpflicht gewertet wird, und dass bei einer von den Erfolgsaussichten der Hauptsache unabhängigen Folgenabwägung das öffentliche Interesse an einer vorläufig weiteren Vollziehung der Regelung überwiegt. Daran hält der Senat auch im vorliegenden Verfahren fest und verweist zur Vermeidung von Wiederholungen auf den genannten Beschluss im oben genannten Verfahren. Das Vorbringen des Bevollmächtigten der Antragsteller rechtfertigt keine andere Entscheidung. Eine maßgebliche Änderung der Sach- und Rechtslage ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Dass bei dieser Ausgangslage im Vollzug des Schulrechts Leistungserhebungen von den Schulen nur in Präsenz angeboten werden (wozu sich § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV gar nicht verhält), begründet für die Antragsteller keine weitergehende Beschwerde.

20

Ergänzend wird folgendes ausgeführt:

21

1. Der Senat geht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren davon aus, dass die Testpflicht nach § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV mit § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG (Auflagen für die Fortführung des Schulbetriebs) eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage hat (BayVGH, B.v. 8.12.2020 - 20 NE 20.2461 - juris Rn. 24 ff.; B.v. 9.7.2021 - 25 NE 21.1757 - juris Rn. 57). Die vom Ordnungsgeber getroffene Gefährdungsprognose, dass die beanstandete Testpflicht bei summarischer Prüfung eine geeignete, erforderliche und gemäß § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1 IfSG notwendige Schutzmaßnahme darstellt, ist auch gegenwärtig nicht zu beanstanden. Bei summarischer Prüfung führt die Testpflicht auch zu keinen unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffen (vgl. u.a. BayVGH, B.v. 11.10.2021 a.a.O.; B.v. 28.7.2021 - 25 NE 21.1962 - juris Rn. 56 f.). Da sich die angegriffene Regelung nicht auf die Ermächtigungsgrundlage des § 29 IfSG stützt, führt die Verweisung der Antragsteller auf die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 2. März 2021 (Az.: 20 NE 21.353) zur sog. „Testpflicht in Pflegeheimen“ nicht weiter.

22

2. Die gemäß Art. 1 Abs. 1 GG unantastbare Menschenwürde der Antragsteller wird durch § 13 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 14. BayIfSMV nicht verletzt. Durch die Testpflicht werden die Antragsteller weder zum Objekt staatlichen Handelns degradiert, noch werden sie einer Behandlung unterzogen, die ihre Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt (vgl. BVerfG, U. v. 17.1.2017 - 2 BvB 1/13 - juris Rn. 539 m.w.N.; OVG NW, B.v. 18.5.2020 - 1 S 1357/20 - juris zur sog. Maskenpflicht). Durch die Testpflicht sollen die Verpflichteten gerade vor Infektionsrisiken und damit Gefahren für ihre körperliche Integrität geschützt werden (vgl. VGH BW, B.v. 29.04.2021 - 1 S 1204/21 - juris Rn. 182).

23

3. Selbst wenn ein Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) vorläge, wäre die Regelung angemessen. Der Eingriff in

das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, liegt im ganz unteren Bereich der Eingriffsintensität. Der bei den verwendeten Tests (vgl.

<https://www.km.bayern.de/allgemein/meldung/7230/selbsttests-fuer-bayerische-schuelerinnen-und-schueler.html>) erforderliche Abstrich aus dem Mund-, Nasen- oder Rachenraum dürfte zwar als Beeinträchtigung der körperlichen Integrität zu werten sein. Diese ist indes nur von kurzer Dauer und niedrigschwelliger Intensität (BayVerfGH, E.v. 21.4.2021 - Vf. 26-VII-21 - juris Rn. 27 m.w.N.). Gleiches gilt für Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die allgemeine Handlungsfreiheit. Angesichts des verfolgten Ziels, in Erfüllung der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht des Staates für das Leben und die körperliche Unversehrtheit der weiteren Ausbreitung von Infektionen mit dem Corona-Virus entgegenzuwirken (vgl. BayVerfGH, E.v. 14.9.2020 - Vf. 70-IVa-20 - juris Rn. 24), sind die Eingriffe angemessen und zumutbar.

24

4. Ein verfassungswidriger Eingriff in das grundrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht der Antragsteller (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung liegt aller Voraussicht nach nicht vor. Eine Erhebung, Speicherung oder Verarbeitung der Testdaten der betroffenen Personen wird in den angegriffenen Vorschriften (§ 13 Abs. 2 Satz 1 und 2 14. BayIfSMV) nicht geregelt (zu den nicht näher problematisierten Eingriffen durch die Verarbeitung personenbezogener Daten vgl. Art. 4 Nr. 2, Art. 9 Abs. 1 und 2 Buchst. g) und i) Datenschutz-Grundverordnung - DSGVO, Art. 85 BayEUG, sowie BayVGH, B.v. 11.10.2021 - 25 NE 21.2525 - BeckRS 2021, 30069 Rn. 30; OVG NW, B.v. 22.4.2021 - 13 B 559/21.NE - juris Rn. 98 ff.).

25

5. Die von den Antragstellern gerügte Ungleichbehandlung der Kinder, die dem Betretungsverbot unterliegen, weil sie keinen Testnachweis erbringen, gegenüber den Kindern, die einen entsprechenden Test nachweisen und damit am Präsenzunterricht sowie der Not- und Nachmittagsbetreuung teilnehmen können, ist aus infektionsschutzrechtlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt. Die flächendeckende Testung der Schülerinnen und Schüler soll dazu beitragen, Infektionsketten in der Schule zu verhindern. Dies stellt ein durch Sachgründe gerechtfertigtes Differenzierungsziel dar.

26

Die Regelung in § 13 Abs. 2 Satz 9 14. BayIfSMV, wonach das Staatsministerium für Unterricht und Kultus für Schüler und Schülerinnen mit sonderpädagogischem Förderbedarf Ausnahmen (von der Testpflicht) bekanntmachen kann, begründet ebenfalls keinen Gleichheitsverstoß (Art. 3 Abs. 1 GG). Der besondere Umstand, dass in Ausnahmefällen Schülerinnen und Schüler aufgrund ihres sonderpädagogischen Förderbedarfs die Selbsttests nicht alleine - gegebenenfalls auch nicht mit Unterstützung einer schulischen Pflegekraft oder einer vorhandenen Schulbegleitung - durchführen können sowie regelmäßige außerschulische PCR- oder POC-Antigentests nach entsprechender Glaubhaftmachung unzumutbar sein sollten (vgl. das von den Antragstellern zitierte KMS v. 9.4.2021 - Gesch.-Z. SI/III.7- BS 4363.075/1), rechtfertigt insofern eine unterschiedliche Behandlung gegenüber den übrigen Schülerinnen und Schülern.

27

6. Gegen einen verfassungsrechtlich unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte der Antragsteller (körperliche Unversehrtheit, Gleichbehandlung, Gewissensfreiheit, Schutz von Kindern und Familie) gerade bei der Obliegenheit, einen Test mit einem Nasenabstrich durchzuführen, spricht insbesondere auch, dass die 14. BayIfSMV den Antragstellern weiterhin die Wahlmöglichkeit lässt, einen PCR- oder POC-Antigentest extern in einem Testzentrum oder beim Arzt oder in einer Apotheke durchzuführen oder aber einen über die Schule zur Verfügung gestellten und dort verwendeten Selbsttest direkt vor Ort in der Schule durchzuführen (vgl. § 13 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 3 Abs. 4 Nr. 1 und 2 14. BayIfSMV; BayVGH, B.v. 25.6.2021 - 25 NE 21.1680 - juris Rn. 14). Die Antragsteller haben nicht dargelegt, dass eine solche Testung unzumutbar wäre.

28

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

genannten Gründen - aber jedenfalls nicht unangemessen und nicht unzumutbar (vgl. BayVGh, B.v. 16.4.2021 - 20 NE 21.1036 - juris Rn. 32; B.v. 9.7.2021 - 25 NE 21.1757 - juris Rn. 72; vgl. zu Art. 128 Abs. 1 BV: VerfGH, E.v. 21.4.2021 - Vf. 26-VII-21 - juris Rn. 17).

29

8. Die Einwendungen der Antragsteller, bei Schülerinnen und Schülern sei kein merklich erhöhtes Infektionsaufkommen nachweisbar, der Schulbetrieb stelle kein signifikantes Risiko dar (Gutachten des Prof. Dr. B. v. 17.5.2021 - BT-Drs. 19(14)337(16)), das Testen bringe keinen Mehrwert an Sicherheit oder Eindämmung des Infektionsgeschehens, unter Einhaltung der Abstandsregeln, etwaiger Maskenpflichten, dem Lüften und dem Rahmenhygieneplan müsse ein Unterricht vor Ort möglich sein und auch Fachleute (Stellungnahme der DGKH und DGPI vom 13.9.2021) rieten von einer regelmäßigen Testung asymptomatischer Kinder ab, führen nicht zum Erfolg des Antrags.

30

Die landesweite 7-Tage-Inzidenz liegt in Bayern aktuell bei 173,2 (Ungeimpfte: 297,3). Die Altersgruppen der Kinder und Jugendlichen liegen dabei an der Spitze. Die Inzidenz der Kinder von 6 bis 11 Jahren beträgt 258, der Jugendlichen von 12 bis 15 Jahren 252 und von 16 bis 19 Jahren 225. Der 7-Tage-R-Wert in Bayern liegt bei 1,35 (Stand 24.10.2021; https://www.lgl.bayern.de/gesundheit/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm).

31

Die Regelung ist zur Erreichung des Ziels, der Ausbreitung des Infektionsgeschehens zu begegnen und Neuinfektionen 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). Die Testpflicht trägt zur Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) bei, weil dadurch die Teilnahme am Präsenzunterricht auf Personen beschränkt wird, die ein aktuelles negatives Testergebnis erbringen oder vorlegen können. Unabhängig von der Art und der Zuverlässigkeit der verwendeten oder von der Schule zur Verfügung gestellten Tests kann so zumindest ein Teil infizierter und damit in der Regel auch infektiöser Schulbesucher festgestellt werden. Einer Weiterverbreitung der Erkrankung innerhalb des Schulbetriebs wird damit entgegengewirkt (vgl. VerfGH, E.v. 21.4.2021 - Vf. 26-VII-21 - juris Rn. 28; OVG NW, B.v. 10.6.2021 - 13 B 948/21.NE - juris Rn. 2 m.w.N.). Es ist zu erwarten, dass vor allem Personen mit einer hohen Virenlast detektiert werden können. Zudem erhöht die regelmäßig wiederholte Testung derselben Personen die Wahrscheinlichkeit, das diagnostische Fenster eines Antigentests zu treffen, so dass eine übertragungsrelevante Infektion erkannt werden kann (vgl. RKI, Epid. Bull. 17/2021, S. 14 ff., https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/17_21.html; RKI, Flyer „Antigentests als ergänzende Maßnahmen zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie“, S. 2 f., https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Corona-virus/Downloads/Flyer-Antigentests.html; OVG Berlin-Bbg, B.v. 10.6.2021 - OVG 11 S 76/21 - juris Rn. 58). Die Testung trägt nicht zuletzt deshalb zur Reduzierung des allgemeinen Infektionsgeschehens bei, weil bei Kindern und Jugendlichen oftmals atypische Krankheitsbilder auftreten und sie häufig keine oder nur eine milde Symptomatik zeigen (vgl. RKI, SARS-CoV-2 Testkriterien für Schulen während der COVID-19 Pandemie, Stand 23.2.2021, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neu-artiges_Coronavirus/Teststrategie/Testkriterien-Schulen.pdf?blob=publicationFile). Dies steht in Einklang mit der Einschätzung des Netzwerks Universitätsmedizin vom 22. März 2021, wonach der Präsenzunterricht an Schulen durch die Anwendung systematischer Testungen zwingend begleitet werden sollte, mit denen die Ausbreitung von SARS-CoV-2 erkannt und kontrolliert werden kann (vgl. BayVGh, B.v. 16.4.2021 - 20 NE 21.1036 - juris Rn. 23 m.w.N.). Im Übrigen hat auch der Bundesgesetzgeber die inzidenzunabhängige, allgemeine Testobliegenheit für Schülerinnen und Schüler als geeignetes Mittel angesehen, das dem möglichst frühzeitigen Erkennen von potentiell schwer kontrollierbaren Infektionsherden dient, nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass insbesondere im Falle von jüngeren Schulkindern eine durchgehende Umsetzung von Hygienekonzepten teilweise nur begrenzt möglich ist (vgl. die Begründung des Entwurfs eines Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes zu § 28b Abs. 3 IfSG, BT-Drs. 19/28444 S. 14). Insbesondere jüngere Kinder können Abstands- und Hygieneregeln nicht oder nur bedingt umsetzen. Während eine Zulassung von Impfstoffen für Kinder ab einem Alter von zwölf Jahren erfolgt ist, werden Impfungen für jüngere Kinder vermutlich erst zu einem weitaus späteren Zeitpunkt möglich sein. Somit stellen Schülerinnen und Schüler (derzeit noch) eine große Gruppe dar, die für SARS-

CoV-2 suszeptibel ist und unter der sich ein beträchtlicher Teil des Infektionsgeschehens im Herbst/Winter 2021/22 abspielen könnte (vgl. RKI, Epidemiologisches Bulletin 26/2021 v. 1.7.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/AktuelleAusgaben/aktuelleAusgaben_table.html). Daher ist es nach überzeugender Auffassung des RKI jetzt besonders wichtig, dass wirksame Vorkehrungen in KiTas und Schulen getroffen werden, um Kinder vor einer SARS-CoV-2-Infektion zu schützen sowie eine Weiterverbreitung zu verhindern und dennoch einen KiTa- und Schulbetrieb zu ermöglichen. Dies sei auch wichtig, da ein fortbestehendes Infektionsgeschehen mit regelmäßiger Exposition geimpfter Personen im privaten Umfeld der Kinder die Gefahr der Selektion neu entstehender Mutationen begünstige, die dem Immunschutz nach Impfung ausweichen könnten („Fluchtmutationen“). Zudem stelle die Situation ein Risiko für Personen (z.B. Eltern, Großeltern) dar, die nicht geimpft werden können oder die keinen ausreichenden Immunschutz gegen SARS-CoV-2 aufbauen könnten (z.B. angeborene Immundefekte, medikamentöse Immunsuppression). Auf der anderen Seite ist aber auch zu berücksichtigen, dass falsch-positive Testergebnisse zu unnötigen Freistellungen vom Schulbesuch infolge einer Isolierung oder einer Quarantänisierung führen, die auch für die Betroffenen psychische Belastungen mit sich bringen können (vgl. Stellungnahme der DGKH und DGPI vom 13.9.2021 unter <https://dgp.de/wp-content/uploads/2021/09/2021-09-13-Stellungnahme-DGPI-DGKH.pdf>). Zusätzlich könnten falsch-negative Testergebnisse möglicherweise auch erhöhtes Risikoverhalten infolge vermeintlicher Sicherheit hervorrufen und damit kontraproduktiv wirken (vgl. Teststrategien zur COVID Diagnostik in Schulen, https://dgp.de/wp-content/uploads/2021/02/Stellungnahme-Schnelltests_final_logos_28_02_2021.pdf). Insoweit erfordert die Testung in Schulen eine ständige Begleitung und Evaluation, welche die bestehenden Vor- und Nachteile der eingeschlagenen Teststrategie bewertet.

32

B. Der Hilfsantrag, § 13 Abs. 2 Satz 3 der 14. BaylFSMV durch Erlass einer einstweiligen Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen, bleibt ebenfalls ohne Erfolg.

33

Man könnte insoweit bereits am erforderlichen Rechtsschutzinteresse zweifeln. Dieses fehlt für einen Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO immer dann, wenn der Antragsteller durch die einstweilige Außervollzugsetzung der Norm seine Rechtsstellung nicht verbessern kann und die Inanspruchnahme des Gerichts deshalb für ihn nutzlos ist (vgl. BVerwG, B.v. 9.2.1989 - 4 NB 1.89 - juris Rn. 6). Nach der Begründung des Verordnungsgebers (v. 5.10.2021 - BayMBI. 2021 Nr. 716 S. 4) sei vor dem Hintergrund, dass das umfangreiche Sicherheitsnetz zur Gewährleistung eines schulischen Regelbetriebs auf vielen Ebenen weiterentwickelt worden sei, deklaratorisch festzuhalten gewesen, dass die Schulpflicht von dem Testerfordernis nach § 13 Abs. 2 Satz 1 14. BaylFSMV unberührt bleibe. Die Schulpflicht sei, auch aus sozialen Gründen, in erster Linie eine Pflicht zum Besuch des Präsenzunterrichts. Schülerinnen und Schüler, die nicht geimpft bzw. genesen seien, sich nicht den erforderlichen Tests unterzögen und deshalb nicht am Unterricht teilnehmen könnten, verletzen daher grundsätzlich ihre Schulpflicht (vgl. Art. 56 Abs. 4 Satz 3 und Art. 119 Abs. 1 Nr. 4 BayEUG) und Erziehungsberechtigte ihre Pflicht, auf den Unterrichtsbesuch ihrer Kinder hinzuwirken (vgl. Art. 76 Satz 2, 119 Abs. 1 Nr. 2 BayEUG). Wenn man dem Verordnungsgeber dahingehend folgt, dass § 13 Abs. 2 Satz 3 14. BaylFSMV tatsächlich nur deklaratorischen Charakter hat, würde sich die Rechtsstellung der Antragsteller im Fall der vorläufigen Außervollzugsetzung der Vorschrift nicht verbessern. Die Verpflichtung zur Teilnahme am Unterricht in der Form, wie er tatsächlich angeboten wird, ergäbe sich dann ausschließlich aus Art. 56 Abs. 4 Satz 3 BayEUG. Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren kann diese Frage allerdings offen bleiben. Selbst wenn der Verordnungsgeber mit § 13 Abs. 2 Satz 3 14. BaylFSMV zum Ausdruck bringen wollte, dass - wie in der Praxis tatsächlich - nunmehr wieder ausschließlich Präsenzunterricht stattfindet und die Verletzung der Testpflicht damit letztlich eine Verletzung der Schulpflicht darstellt, wäre dies aus den unter A. dargelegten Gründen nicht zu beanstanden.

34

C. 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. BaylFSMV), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 hier nicht angebracht erscheint. Der Wert des Hilfsantrags ist gemäß § 45 Abs. 1 Satz 2 GKG nicht zu

addieren, da er im Wesentlichen einen identischen Gegenstand betrifft. Im Hinblick darauf, dass einige Beteiligte des Verfahrens untereinander familiär verbunden sind und den Antrag damit als Rechtsgemeinschaft gestellt haben, ist der für den angegriffenen Regelungskomplex „Schule“ angemessene Streitwert von 10.000,00 Euro für die in Rechtsgemeinschaft verbundenen Antragsteller jeweils nur einmal zu berücksichtigen, was hier zu einem Gesamtstreitwert von 40.000,00 Euro führt.

35

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