VGH München, Beschluss v. 04.11.2021 – 25 NE 21.2634

Titel:

Verarbeitung von Corona-Testergbenissen durch Schulen

Normenketten:

VwGO § 47 Abs. 2 S. 1, Abs. 6
14. BayIfSMV § 3 Abs. 1 S. 2, § 3a, § 13 Abs. 2 S. 5
IfSG § 28, § 28a
DSGVO Art. 9 Abs. 2 lit. i
BayDSG Art. 8 Abs. 1 Nr. 4

Leitsätze:

1. Soweit die Verarbeitung von Corona-Testergebnissen durch Schulen nach § 13 Abs. 2 S. 5 14. BayIfSMV das grundrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung berührt, dürfte der Eingriff im Hinblick auf das Ziel, mit den Tests einen Beitrag zur Reduzierung des Infektionsrisikos an Schulen zu leisten, gerechtfertigt sein. (Rn. 41) (redaktioneller Leitsatz)
2. COVID-19 stellt eine schwerwiegende grenzüberschreitende Gesundheitsgefahr iSd Art. 9 Abs. 2 lit. i DSGVO dar. (Rn. 46) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Corona-Pandemie, Testpflicht an Schulen, Normenkontrollverfahren, Eilrechtsschutz, Antragsbefugnis, Datenschutz, COVID-19, Testpflicht, Schule, Impfstatus, Gesundheitsdaten, Verarbeitung

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

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

Gründe

I.

1
1. Die Antragstellerin besucht die 10. Jahrgangsstufe eines Gymnasiums in Bayern und beantragt, § 3 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 3a der Vierzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (14. BayIfSMV vom 1.9.2021, BayMBl. 2021 Nr. 615) in der Fassung der Änderungsverordnung vom 27. Oktober 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 757), durch Erlass einer einstweiligen Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen, soweit die Verpflichtung zur Überprüfung der vorzulegenden Impf-, Genesenen- und Testnachweise für Anbieter, Veranstalter und Betreiber angeordnet wird, sowie (sinngemäß) § 13 Abs. 2 Satz 5 der 14. BayIfSMV durch Erlass einer einstweiligen Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen, soweit darin die Verarbeitung des Testergebnisses der nach Maßgabe von § 13 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 der 14. BayIfSMV durchzuführenden Tests angeordnet wird.

2
2. Die angegriffenen Regelungen, die mit Ablauf des 24. November 2021 außer Kraft treten (§ 20 14. BayIfSMV), haben folgenden Wortlaut:

3
„§ 3 Geimpft, genesen, getestet (3G)

4
(1) [1]Überschreitet im Gebietsbereich einer Kreisverwaltungsbehörde die Zahl an Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (7-Tage-Inzidenz) den Wert von 35, so darf im Hinblick auf geschlossene Räume der Zugang zu

5

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

6

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

7

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

8

…

9

§ 3a Erleichterungen bei freiwillig weitergehenden Zugangsbeschränkungen (freiwilliges 2G, freiwilliges 3G plus)

10

(1) [1]Anbieter, Veranstalter oder Betreiber von Einrichtungen oder Veranstaltungen, zu denen nach § 3 Abs. 1 und 2, §§ 4, 12 Zugangsbeschränkungen bestehen oder bei entsprechender 7-Tage-Inzidenz bestehen können, können freiwillig vorsehen, dass sie den Zugang den in § 3 Abs. 1 Satz 1 genannten Personen ausschließlich gestatten, soweit diese im Sinne des § 2 Nr. 2 und 4 SchAusnahmV geimpft oder genesen sind oder das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet haben (freiwilliges 2G); § 3 Abs. 1 Satz 4 gilt entsprechend. [2]In diesem Fall ist

11

1. gegenüber Gästen, Besuchern oder Nutzern deutlich erkennbar auf diese Zugangsbeschränkung hinzuweisen,

12

2. durch wirksame Zugangskontrolle samt Identitätsfeststellung in Bezug auf jede Einzelperson sicherzustellen, dass Zugang nur für die in Satz 1 genannten Personen besteht, und

13

3. die Absicht entsprechender Zugangsbeschränkung der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde vorab anzuzeigen.

14

[3]Sind die Voraussetzungen der Sätze 1 und 2 erfüllt, finden § 2 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, § 4 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 sowie § 12 keine Anwendung; arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt. [4]Anbieter, Veranstalter oder Betreiber können Personen, die sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen können und dies vor Ort insbesondere durch Vorlage eines schriftlichen ärztlichen Zeugnisses im

Original nachweisen, das den vollständigen Namen und das Geburtsdatum enthält, bei Vorlage eines Testnachweises nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 ausnahmsweise zulassen; § 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

15
(2) [1]Abs. 1 gilt entsprechend, wenn der Zugang außerdem

16
1. Schülerinnen und Schülern nach § 3 Abs. 5 Nr. 2 jenseits des zwölften Lebensjahres sowie

17
2. solchen Personen, die über einen Testnachweis nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 verfügen,

18
gestattet wird (freiwilliges 3G plus). [2] § 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

19
(3) [1]Die zuständige Kreisverwaltungsbehörde kann die Anwendung von Abs. 1 oder 2 im Einzelfall untersagen, wenn Anhaltspunkte bestehen, die die zuverlässige Einhaltung ihrer Voraussetzungen in Frage stellen. [2]Die allgemeine gewerberechtliche Zuverlässigkeit bleibt stets gesondert zu beurteilen.

20
…

21
§ 13 Schulen

22
…

23
(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. […] [5]Die Schule verarbeitet das Testergebnis für die Zwecke nach Satz 1 und 2. […]“

24
3. Mit ihrem Eilantrag vom 22. Oktober 2021 trägt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die angegriffenen Regelungen verstießen gegen Datenschutzrecht. Sie sei nicht bereit, gegenüber der Schule ihren Impf-/Zerostatus bekannt zu geben. Einer Verarbeitung ihrer persönlichen Gesundheitsdaten habe sie nicht zugestimmt. Da nur nicht geimpfte Schüler(innen) getestet würden, sei der Impfstatus sowohl für die während der Durchführung des Tests im Klassenzimmer anwesenden Klassenkameraden als auch die Lehrer erkennbar. Langfristig befürchte die Antragstellerin dadurch Ausgrenzung und psychosoziale Nachteile.

25
§ 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 i.V.m. § 3a der 14. BayIfSMV verstoße gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG). Ausführungen über die Art und Weise der Durchführung der Pflicht zur Überprüfung der vorzulegenden Impf-, Genesenen- oder Testnachweise würden nicht gemacht. Der durch die Überprüfung erfolgte Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht sei unverhältnismäßig. Anbieter, Veranstalter und Betreiber - insbesondere die Schulen - führten eine Überprüfung der Nachweise unter Verstoß gegen die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) durch. Die Kontrolle führe zu einer erheblichen Stigmatisierung im Rahmen des Schulbetriebs. Es werde erheblicher gesellschaftlicher Druck zur Impfung erzeugt. Kinder und Jugendliche seien dadurch extremen psychischen Belastungen ausgesetzt. Im Hinblick auf § 3a 14. BayIfSMV verschärfe sich der Regelungscharakter des § 3 14. BayIfSMV.

26

Auch § 13 Abs. 2 Satz 5 14. BayIfSMV greife rechtswidrig in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) der Antragstellerin ein und verstoße gegen Art. 9 Abs. 1 DSGVO. Eine freiwillige Einwilligung (Art. 9 Abs. 2 Buchst. a i.V.m. Art. 7 DSGVO) ohne jeden Druck und Zwang liege für Ungeimpfte nicht vor. Aufgrund der allgemeinen Schulpflicht müsse die Antragstellerin am Präsenzunterricht teilnehmen, was ihre Einwilligung zur Testung voraussetze. Im Hinblick auf die mittlerweile stark eingeschränkten Testmöglichkeiten sei die wöchentlich mehrmalige Erbringung von Testnachweisen in der Apotheke, Testzentren oder bei Ärzten (vgl. § 13 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 3 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 14. BayIfSMV) keine echte Alternative. Ein einfacher Selbsttest reiche zur Nachweisführung nicht aus.

27
Die Verarbeitung von Gesundheitsdaten sei auch nicht nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. i DSGVO gerechtfertigt, weil keine schwerwiegende grenzüberschreitende Gesundheitsgefahr vorliege. Dies zeigten die niedrigen Inzidenzen und Hospitalisierungsraten. Die Inzidenzwerte stiegen zwar, bewegten sich jedoch deutlich unter denjenigen der zweiten oder dritten Welle und des Spätsommers. Die sog. Krankenhaus-Ampel stehe in Bayern auf grün. Die Belegung der Intensivbettenkapazität sei lediglich moderat angestiegen (um 9,6%). Anderweitige Anhaltspunkte dafür, die für eine nochmalige Verschärfung der Situation durch eine übermäßige Auslastung der Krankenhäuser mit COVID-19-Patienten sprächen, seien nicht ansatzweise ersichtlich. Die Bundesregierung habe kürzlich selbst betont, die medizinische Versorgung sei ausreichend gesichert (vgl. Bericht in der Ärztezeitung vom 4.10.2021). Im Rahmen des Schulbetriebs bestehe grundsätzlich auch weiterhin Maskenpflicht. Das Entfallen der Maskenpflicht im Unterricht (seit 1.10.2021) ändere daran nichts, da am Platz unter Einhaltung des Mindestabstands ein deutlich verringertes Infektionsrisiko bestehe. Kinder und Jugendliche seien keine Träger des Pandemiegeschehens (wird im Einzelnen unter Hinweis auf verschiedene Veröffentlichungen ausgeführt).

28
Der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sei unverhältnismäßig. Die Testpflicht in der Schule und die Verarbeitung der Testergebnisse dienten nicht dem in der Begründung der Änderungsverordnung vom 1. Oktober 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 711) angegebenen Zweck, die Gesundheit jedes Einzelnen und des Gesundheitssystems im Allgemeinen zu schützen sowie schwere Erkrankungen durch SARS-CoV-2 zu minimieren. Indem weder Geimpfte noch Genesene getestet würden, erhöhe sich die Wahrscheinlichkeit für eine unkontrollierte Ausbreitung durch eben diese Personengruppen. Impfdurchbrüche und Studien zeigten, dass Geimpfte genauso infektiös seien wie Ungeimpfte. Da für die Verarbeitung der Testergebnisse keinerlei zeitliche Einschränkung gelte, sei sie unangemessen. Mit einer stets neuen Verlängerung der grundsätzlich befristeten angegriffenen Norm sei aufgrund der pandemischen Lage auch weiterhin zu rechnen. Die Testpflicht bestehe zudem unabhängig von der pandemischen Lage und aktueller Fallzahlen.

29
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

30
A. Der Antrag, § 3 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 3a der 14. BayIfSMV durch Erlass einer einstweiligen Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen, soweit die Verpflichtung zur Überprüfung der vorzulegenden Impf-, Genesenen- und Testnachweise für Anbieter, Veranstalter und Betreiber angeordnet wird, ist unzulässig.

31
Der Antragstellerin fehlt es insoweit bereits an einer Antragsbefugnis nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Diese setzt voraus, dass die Antragstellerin hinreichend substantiiert Tatsachen vorträgt, die es zumindest als möglich erscheinen lassen, dass sie durch die angegriffene Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in eigenen Rechten verletzt wird (BVerwG, B.v. 17.7.2019 - 3 BN 2.18 - NVwZ-RR 2019, 1027 - juris Rn. 11). Hinsichtlich der Geltendmachung der Rechtsverletzung ist zunächst allein die Antragstellerin gefordert. Ihr obliegt es, die Rechtsverletzung selbst darzutun (vgl. VGH BW, U.v. 17.2.2014 - 5 S 3254/11 - juris; Hoppe in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 47 Rn. 41). Ausgehend von diesem Maßstab ist eine Betroffenheit der Antragstellerin durch § 3 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 3a der 14. BayIfSMV nicht ansatzweise erkennbar.

32

Die Antragstellerin hat weder vorgetragen, selbst Anbieter, Veranstalter oder Betreiber im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 2 14. BayIfSMV zu sein. § 3 Abs. 1 Satz 2 14. BayIfSMV verpflichtet jedoch nur diese zur zweiwöchigen Aufbewahrung der eigenen Testnachweise sowie zur Überprüfung der vorzulegenden Impf-, Genesenen- oder Testnachweise. Ihre Betroffenheit kann die Antragstellerin auch nicht daraus ableiten, dass sie ihre Gesundheitsdaten durch die Überprüfung nicht preisgeben will. Insoweit fehlt es an jeglichem Vortrag dazu, ob und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt sie überhaupt beabsichtigt, entsprechende Veranstaltungen oder Einrichtungen während der Geltungsdauer der angegriffenen Regelung zu besuchen. Die Antragstellerin geht unzutreffend davon aus, dass unter „Betreiber“ im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 2 14. BayIfSMV ihre Schule zu verstehen sei. Dies kommt bereits aufgrund des systematischen Zusammenhangs zu Satz 1 und der speziellen Vorschrift zu Schulen in § 13 Abs. 2 14. BayIfSMV nicht in Betracht.

33
B. Der weitere Antrag, § 13 Abs. 2 Satz 5 der 14. BayIfSMV durch Erlass einer einstweiligen Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen, soweit darin die Verarbeitung der Ergebnisse der nach Maßgabe von § 13 Abs. 2 Satz 1 und 2 der 14. BayIfSMV durchzuführenden Tests angeordnet wird, bleibt ohne Erfolg.

34
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 5 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.).

35
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.

36
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).

37
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).

38
II. Nach diesen Maßstäben bleibt der Antrag ohne Erfolg.

39
1. 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. Die Belastungen der Betroffenen durch die Verarbeitung personenbezogener Daten (vgl. Art. 4 Nr. 2, Art. 9 Abs. 1 und 2 Buchst. g und i DSGVO) stehen bei summarischer Prüfung nicht außer Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen. Zwar besteht ein hohes Interesse, die Verarbeitung von Gesundheitsdaten zu untersagen (vgl. Art. 9 Abs. 1 DSGVO), die Testung und die Isolierung erkrankter Personen dient aber über den allgemeinen Gesundheitsschutz hinaus (vgl. Art. 9 Abs. 2 Buchst. i DSGVO) der Erfüllung der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht des Staates für das Leben und die körperliche Unversehrtheit, der angesichts der grundsätzlich bestehenden Schulpflicht sowie des Rechts der Schüler, am Unterricht teilzunehmen, besonderes Gewicht zukommt (BayVGH, B.v. 11.10.2021 - 25 NE 21.2525 - BeckRS 2021, 30069 Rn. 30).

40
2. An dieser Auffassung hält der Senat auch im vorliegenden Verfahren fest und verweist zur Vermeidung von Wiederholungen auf den genannten Beschluss. Das Vorbringen des Bevollmächtigten der Antragstellerin rechtfertigt keine andere Entscheidung.

41
Soweit § 13 Abs. 2 Satz 5 14. BayIfSMV das grundrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht der Antragstellerin (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung berührt, dürfte der Eingriff im Hinblick auf das Ziel, mit den Tests einen Beitrag zur Reduzierung des Infektionsrisikos an Schulen zu leisten, gerechtfertigt sein.

42
2.1 Der Verweis der Antragstellerin auf Art. 9 Abs. 1 DSGVO, wonach u. a. die Verarbeitung von Gesundheitsdaten untersagt ist, führt zu keiner anderen Bewertung. Denn Art. 9 Abs. 2 DSGVO enthält - wie dargestellt - insoweit enumerativ aufgeführte Ausnahmeregelungen, von denen im vorliegenden Kontext insbesondere Art. 9 Abs. 2 Buchst. i DSGVO einschlägig sein dürfte. Ob trotz Schulpflicht eine freiwillige Einwilligung (Art. 9 Abs. 2 Buchst. a i.V.m. Art. 7 DSGVO) ohne jeden Druck und Zwang vorliegt, bedarf daher im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes keiner Entscheidung.

43
Nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. i DSGVO gilt Art. 9 Abs. 1 DSGVO nicht, wenn die Datenverarbeitung aus Gründen des öffentlichen Interesses im Bereich der öffentlichen Gesundheit, wie dem Schutz vor schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren, auf der Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts eines Mitgliedstaats, das angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten der betroffenen Person, insbesondere des Berufsgeheimnisses, vorsieht, erforderlich ist. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt (vgl. auch OVG NW, B.v. 22.4.2021, 13 B 559/21.NE - juris Rn. 100; OVG Hamburg, B.v. 21.6.2021 - 1 Bs 114/21 - juris Rn. 51; für eine Ausnahme nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. h DSGVO dagegen SächsOVG, B.v. 9.4.2021 - 3 B 114/21 - juris Rn. 15; OVG Berlin-Bbg, B.v. 23.4.2021 - OVG 11 S 56/21 - juris Rn. 69). Die Verarbeitung eines positiven Testergebnisses dient dem öffentlichen Interesse der Kontrolle der Coronavirus-Pandemie. Der Antragsgegner hat auch hinreichende Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen vorgesehen: Die verarbeitenden Personen unterliegen als Beamte (§ 37 Abs. 1 BeamtStG) bzw. Angestellte des öffentlichen Dienstes (§ 3 Abs. 2 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder - TV-L) der Verschwiegenheitspflicht. Der Verordnungsgeber hat außerdem - in Ergänzung zu der allgemeinen Vorschrift des Art. 85 Abs. 1 Satz 1 BayEUG zur Datenverarbeitung im Schulbereich - in § 13 Abs. 2 Satz 6 14. BayIfSMV geregelt, dass eine Übermittlung von Testdaten an Dritte vorbehaltlich von Meldepflichten nach dem Infektionsschutzgesetz nicht stattfindet. Zudem darf das Testergebnis höchstens 14 Tage aufbewahrt werden (§ 13 Abs. 2 Satz 8 14. BayIfSMV).

44

Die Auffassung der Antragstellerin, es liege derzeit keine schwerwiegende grenzüberschreitende Gesundheitsgefahr nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. i DSGVO i.V.m. Art. 8 Abs. 1 Nr. 4 BayDSG vor, wird vom Senat nicht geteilt.

45
Aus der Bezugnahme auf die VO (EG) 1338/2008 lässt sich ableiten, dass die Ausnahmevorschrift nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. i DSGVO in erster Linie dazu dient, Maßnahmen zum Gesundheitsschutz der Bevölkerung zu ermöglichen. Sie steht damit in einem inhaltlichen Zusammenhang mit Art. 168 AEUV, wonach die EU bei „allen Unionspolitiken und -maßnahmen“ auf ein hohes Gesundheitsschutzniveau hinzuwirken hat. Das schließt die Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung, die Verhütung von Humankrankheiten und die Beseitigung von Ursachen für die Gefährdung der körperlichen und geistigen Gesundheit ein. Zu einem der ersten Gesundheitsprogramme der Europäischen Union zählte dementsprechend die Einrichtung eines Netzwerks zur Überwachung übertragbarer Krankheiten (Entscheidung Nr. 2119/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.9.1998 über die Schaffung eines Netzes für die epidemiologische Überwachung und die Kontrolle übertragbarer Krankheiten in der Gemeinschaft, ABl. EG 1998 L 268/1). In diesem Sinne ist auch der Schutz vor schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren zu verstehen (vgl. Petri in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht 1. Auflage 2019, Art. 9 DSGVO Rn. 94; Schulz in Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 40). Der mit der Entscheidung Nr. 2119/98/EG festgelegte Rechtsrahmen wurde mit Beschluss Nr. 1082/2013/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 (ABl. L 293 v. 5.11.2013, S. 1 bis 15) auf andere Gefahren ausgeweitet (Erwägungsgrund Nr. 3). Nach Art. 3 Buchst. g des Beschlusses Nr. 1082/2013/EU bezeichnet der Ausdruck „schwerwiegende grenzüberschreitende Gesundheitsgefahr“ eine lebensbedrohende oder anderweitig schwerwiegende Gesundheitsgefährdung biologischen, chemischen, umweltbedingten oder unbekannten Ursprungs, die sich über die Grenzen von Mitgliedstaaten hinaus ausbreitet oder bei der ein erhebliches Risiko hierfür besteht, und die eine Koordinierung auf Unionsebene erforderlich machen kann, um ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu gewährleisten.

46
Gemessen daran stellt COVID-19 eine schwerwiegende grenzüberschreitende Gesundheitsgefahr im Sinne des Art. 9 Abs. 2 Buchst. i DSGVO dar. Der Hinweis der Antragstellerin auf angeblich niedrige Inzidenzen und Hospitalisierungsraten sowie einen (nur) moderaten Anstieg der Belegung der Intensivbettenkapazität überzeugt angesichts der jüngsten Entwicklungen des Pandemiegeschehens nicht. Die landesweite 7-Tage-Inzidenz liegt in Bayern aktuell bei 249,6 (bei Ungeimpften: 451,5 - Stand 2.11.2021). Die Altersgruppen der Kinder und Jugendlichen liegen dabei an der Spitze. Die Inzidenz der Kinder von 6 bis 11 Jahren beträgt 538, der Jugendlichen von 12 bis 15 Jahren 425 und von 16 bis 19 Jahren 413. Der 7-Tage-R-Wert in Bayern liegt bei 1,19 (Stand 28.10.2021;
https://www.lgl.bayern.de/gesundheit/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm).

47
Die Impfquote der 12 bis 17jährigen Kinder und Jugendlichen beträgt 39%. Für Kinder unter 12 Jahren gibt es derzeit noch keinen zugelassenen Impfstoff.

48
Insbesondere in den letzten Wochen wurde ein starker Anstieg der Anzahl der bayernweit stationär behandelten COVID-19-Patienten beobachtet. So erhöhte sich die Zahl seit der vergangenen Woche um 36,9% auf 1.983. Auch im intensivmedizinischen Bereich spiegelt sich diese Entwicklung wider. Aktuell werden bayernweit 459 COVID-19-Fälle intensivmedizinisch behandelt (Anstieg um 30,4% im Vergleich zur Vorwoche; vgl.
https://www.lgl.bayern.de/gesundheit/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm - Stand 2.11.2021). Angesichts der inzwischen gestiegenen Belegung mit COVID-19-Patienten und der gleichfalls gestiegenen Inzidenzwerte stellt sich die Lage in den bayerischen Krankenhäusern zunehmend angespannt dar. Regional berichten Kliniken, vor allem im intensivmedizinischen Bereich, von sehr starken Belastungen, die voraussichtlich in den nächsten Wochen nicht nachlassen werden und zum Teil bereits jetzt wieder überregionale Patientensteuerungen erforderlich machen (vgl. Begründung der Änderungsverordnung vom 27.10.2021 - BayMBl. 2021 Nr. 758).

49

Nach der aktuellen Risikobewertung des 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 27. Oktober 2021 (abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html) wird die Gefährdung für die Gesundheit der nicht vollständig geimpften Bevölkerung in Deutschland insgesamt weiterhin als hoch, für vollständig Geimpfte als moderat eingeschätzt. Seit Ende September 2021 zeichnet sich wieder ein steigender Trend der 7-Tages-Inzidenzen ab, der in der letzten Woche in allen Altersgruppen sichtbar wurde. Die diesjährigen Fallzahlen sind deutlich höher als im gleichen Zeitraum des Vorjahres. Der Anteil positiv getesteter Proben unter den in den Laboren durchgeführten PCR-Tests steigt weiter an (42. Kalenderwoche: 10,6%; 41. KW: 8,3%). Es ist damit zu rechnen, dass sich im weiteren Verlauf des Herbstes und Winters der Anstieg der Fallzahlen fortsetzen wird (vgl. RKI, Wochenbericht v. 28.10.2021,
https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html).

50
Vor diesem Hintergrund teilt der Senat nicht die Auffassung der Antragstellerin, dass nicht ansatzweise Anhaltspunkte für eine Verschärfung der Situation durch eine übermäßige Auslastung der Krankenhäuser mit COVID-19-Patienten ersichtlich seien.

51
2.2 Ungeachtet der Frage, inwiefern sich Beeinträchtigungen durch die Verarbeitung von Gesundheitsdaten schon durch eine Testung nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 und 2 14. BayIfSMV in Teilen vermeiden lassen, stehen die Belastungen der Betroffenen bei summarischer Prüfung auch insofern nicht außer Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen.

52
Der Gefahr einer Stigmatisierung, gerade auch bei falsch positiven Ergebnissen, kann im Einzelfall durch pädagogische Maßnahmen und durch eine entsprechende Verfahrensgestaltung begegnet werden. Das Interesse, hiervon und von den damit verbundenen psychischen Belastungen verschont zu bleiben, muss hinter die Interessen von Schülern und Lehrern, nicht mit positiv getesteten sowie erkrankten Personen in Kontakt zu geraten, sowie dem öffentlichen Interesse an der Verlangsamung der weiteren Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 zurücktreten.

53
Ob das fraglos verbleibende (Rest-)Risiko einer Virusverbreitung durch Geimpfte und Genesene jedenfalls in bestimmten Einrichtungen und Konstellationen durch eine Testpflicht auch für diese Personengruppen noch weiter reduziert werden könnte und abhängig von der epidemischen Lage auch weiter reduziert werden müsste, ist keine Frage der Verhältnismäßigkeit der hier zu beurteilenden Verarbeitung der Gesundheitsdaten für nicht geimpfte und nicht genesene Schülerinnen und Schüler. Dies gilt in gleicher Weise für den Einwand der Antragstellerin, Geimpfte seien genauso infektiös wie Ungeimpfte. Ungeachtet dessen trifft diese Aussage nach den Erkenntnissen des nach § 4 Abs. 1 Satz 2 IfSG auch zur Forschung zu Ursache, Diagnostik und Prävention übertragbarer Krankheiten berufenen RKI nicht zu. Vielmehr ist bei Geimpften in der Summe das Risiko einer Virusübertragung deutlich vermindert (vgl. im Einzelnen: RKI, COVID-19 und Impfen: Antworten auf häufig gestellte Fragen (FAQ), Gesamtstand 29.10.2021, https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html). Eine andere Bewertung gebieten derzeit auch die sog. Impfdurchbrüche nicht. Diese zeigen lediglich, dass (ebenso wie andere Schutzmaßnahmen auch) eine Impfung keinen vollständigen, einhundertprozentigen Schutz bietet. Gemessen an der Zahl der insgesamt geimpften Personen und der insgesamt neu infizierten Personen ist der Anteil der sog. Impfdurchbrüche aber gering und stellt die Effektivität der Corona-Schutzimpfung nicht grundlegend infrage (vgl. im Einzelnen: Wöchentlicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) v. 28.10.2021, S. 21 ff, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-10-28.pdf? blob=publicationFile).

54
Entgegen der Darstellung der Antragstellerin ist die Gültigkeit der angegriffenen Vorschrift auch zeitlich befristet (bis 24.11.2021; § 20 14. BayIfSMV). Inwieweit der Verordnungsgeber die Gültigkeit der angegriffenen Regelung darüber hinaus verlängert, kann zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht abgesehen werden.

55
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 angestellten Erwägungen entsprechend.

56
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 24. November 2021 außer Kraft tritt (§ 20 14. BayIfSMV), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 hier nicht angebracht erscheint.

57
D. Dieser Beschluss ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO.