

Titel:

Coronabedingte Testpflicht in Einrichtungen der Kindertagesbetreuung

Normenketten:

GG Art. 80

VwGO § 47 Abs. 6

IfSG § 28a Abs. 7 S. 1 Nr. 4, Abs. 1 Nr. 16, § 28c, § 32, § 33 Nr. 1, Nr. 2

SchAusnahmV § 2 Nr. 6 lit. a

15. BayIfSMV § 13 Abs. 2 S. 1

Leitsätze:

1. Mit § 32 i.V.m. § 28a Abs. 7 S. 1 Nr. 4, Abs. 1 Nr. 16 i.V.m. § 33 Nr. 1 und 2 IfSG existiert für § 13 Abs. 2 S. 1 15. BayIfSMV eine geeignete, den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 GG entsprechende gesetzliche Grundlage. (Rn. 14) (redaktioneller Leitsatz)

2. Es bleibt der Klärung im Hauptsacheverfahren vorbehalten, was für die Rechtmäßigkeit des § 13 Abs. 2 S. 1 15. BayIfSMV daraus folgt, dass asymptomatische Kinder vor Vollendung des sechsten Lebensjahres durch § 2 Nr. 6 Buchst. a SchAusnahmV ausdrücklich als „getestete Personen“ definiert werden. (Rn. 15) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Testpflicht, Corona, Kindertagesbetreuung, Normenkontrollverfahren, Kind, asymptomatisch, Ermächtigungsgrundlage

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragsteller tragen die Kosten des Verfahrens.

III. Der Wert des Verfahrensgegenstands wird auf 10.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

1

1. Der Antragsteller besucht einen Kindergarten in Bayern. Er wendet sich sinngemäß mit seinem Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO gegen § 13 Abs. 2 Satz 1 der Fünfzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (15. BayIfSMV vom 23. November 2021, BayMBl. 2021 Nr. 816) i.d.F. der Änderungsverordnung vom 8. Februar 2022 (BayMBl. 2022 Nr. 89), die mit Ablauf des 23. Februar 2022 außer Kraft tritt (§ 18 15. BayIfSMV) und beantragt, diese Erlass einer einstweiligen Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen.

2

Die angegriffene Regelung hat folgenden Wortlaut:

3

„§ 13 Kindertagesbetreuung (...)

4

(2) Noch nicht eingeschulte Kinder dürfen ab Vollendung des ersten Lebensjahres an Angeboten von Kindertageseinrichtungen, Heilpädagogischen Tagesstätten und Kindertagespflegestellen nur teilnehmen, wenn sie in der Einrichtung an PCR-Pooltestungen teilnehmen oder wenn ihre Personensorgeberechtigten drei Mal wöchentlich einen Testnachweis nach § 4 Abs. 6 Nr. 1 oder 2 hinsichtlich des Kindes erbringen oder glaubhaft versichern, dass bei dem Kind vor höchstens 24 Stunden ein Selbsttest mit negativem Ergebnis vorgenommen wurde. (...)

5

2. Der Antragsteller trägt zur Begründung seines Eilantrags im Wesentlichen vor, der angegriffenen Regelung fehle bereits eine ausreichende Rechtsgrundlage. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 29 IfSG lägen nicht vor. Die zur Verwendung vorgesehenen Medizinprodukte seien nicht in der Lage, eine Infektion mit dem Omikron Variantenvirus nachzuweisen. Nach § 2 Nr. 6 SchAusnahmV gelten Kinder vor Vollendung des sechsten Lebensjahres als getestete Personen. Die Maßnahme der Testung von Kindergartenkindern sei außerdem unverhältnismäßig, sie berge insbesondere Gesundheitsgefahren.

6

3. Der Antragsgegner tritt dem Eilantrag entgegen und führt zur Begründung aus, dass die angegriffene Norm über eine ausreichende Rechtsgrundlage verfüge und nicht unzulässig in die Grundrechte der eine Kindertagesbetreuung in Anspruch nehmenden Kinder oder deren Eltern eingreife. Bei dem Testerfordernis handele es sich jedenfalls um eine niedrighschwellige Maßnahme, die bei korrekter Durchführung zudem keine nachteiligen Folgen für die Kinder habe. Es seien für die betroffene Altersgruppe geeignete Testmethoden vorhanden und verfügbar.

7

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

8

A. Der zulässige Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO hat in der Sache keinen Erfolg.

9

1. 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.

10

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).

11

Lassen sich die Erfolgsaussichten dagegen 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 (§ 47 Abs. 6 VwGO, vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - juris Rn. 12).

12

2. Nach diesen Maßstäben sind die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags in der Hauptsache nach § 47 Abs. 1 VwGO bei der im Eilverfahren möglichen Prüfungsdichte als offen anzusehen (dazu a und b).

Bei der danach vorzunehmenden Folgenabwägung überwiegen die für eine Außervollzugsetzung sprechenden Gründe das Normvollziehungsinteresse jedenfalls nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit (c).

13

a) Die Erfolgsaussichten eines Normenkontrollantrags sind im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nach § 47 Abs. 6 VwGO derzeit nicht hinreichend abzusehen.

14

Einerseits existiert mit § 32 i.V.m. § 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 4, Abs. 1 Nr. 16 i.V.m. § 33 Nr. 1 und 2 IfSG für die angegriffene Vorschrift eine geeignete, den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 GG entsprechende gesetzliche Grundlage. Nach der Grundentscheidung des Bundesgesetzgebers sind danach auch bei Kindertageseinrichtungen Zugangsbeschränkungen möglich, die an die Vorlage eines Testnachweises anknüpfen. Auch die weiteren einfachgesetzlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage, insbesondere aus § 28a Abs. 7 Satz 3 i.V.m. Abs. 3 und Abs. 5 IfSG, sind - insbesondere unter Berücksichtigung der aktuellen Risikobewertung des Robert Koch-Instituts vom 14. Januar 2022 ([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html; jsessionid=99E667A65A80BABAC9CC40A5D612AD09.internet051?nn=13490888](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html?jsessionid=99E667A65A80BABAC9CC40A5D612AD09.internet051?nn=13490888)) gegenwärtig aller Voraussicht nach erfüllt (vgl. zuletzt BayVGh, B.v. 21.1.2022 - 20 NE 22.69 - juris Rn. 26; B.v. 19.1.2022 - 20 NE 21.3119 - BeckRS 2022, 272 Rn. 18).

15

Andererseits ist jedoch zu berücksichtigen, dass asymptomatische Kinder vor Vollendung des sechsten Lebensjahres durch § 2 Nr. 6 Buchst. a SchAusnahmV ausdrücklich als „getestete Personen“ definiert werden. Zum Hintergrund dieser definitorischen Befreiung von Kindern unter sechs Jahren von tatsächlichen Testungen finden sich weder in den Gesetzgebungsmaterialien zu § 28c IfSG (vgl. BT-Drs. 19/28732 S. 21) noch in der Begründung der SchAusnahmV (vgl. BT-Drs. 19/29257; BR-Drs. 347/21) erläuternde Hinweise. Insofern stellt sich zwar die Frage, inwieweit die der SchAusnahmV zugrundeliegende Verordnungsermächtigung des § 28c Satz 1 IfSG eine solche Erstreckung des Status‘ einer getesteten Person auf ungetestete Kinder unter sechs Jahren ermöglicht und inwieweit die Begriffsbestimmungen und Wertungen des § 2 SchAusnahmV für die auf der Grundlage der §§ 32, 28a IfSG erlassenen Landesverordnungen maßgeblich sind. Der Bundesgesetzgeber nimmt jedoch in § 28b Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 IfSG für den Bereich öffentlicher Verkehrsmittel auf § 2 Nr. 6 Buchst. a SchAusnahmV ausdrücklich Bezug und stellt asymptomatische Kinder damit bis zum sechsten Geburtstag insoweit von einem Testnachweiserfordernis frei, macht sich die dem § 2 Nr. 6 Buchst. a SchAusnahmV zugrundeliegende Wertung also insoweit zu Eigen. Auch der Antragsgegner folgt offenbar grundsätzlich der Einschätzung der SchAusnahmV und stellt Kinder bis zu ihrem sechsten Geburtstag bzw. ihrer Einschulung (ohne Rücksicht auf eine etwaige Betreuung in einer Einrichtung i.S.d. § 13 Abs. 2 15. BayIfSMV) ausdrücklich getesteten Personen gleich und befreit sie damit von der Testnachweisobliegenheit (vgl. § 4 Abs. 7 Nr. 1 und 3, ggf. i.V.m. § 5a Satz 2 15. BayIfSMV). Inwiefern sich hieraus Folgen für die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Norm ergeben, berührt komplexe Rechtsfragen der Verflechtung bundes- und landesrechtlicher Regelungen im Infektionsschutzrecht und muss einem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

16

b) Nach der bei offenen Erfolgsaussichten gebotenen Folgenabwägung ist die Außervollzugsetzung der angegriffenen Regelung jedenfalls nicht „dringend geboten“ i.S.d § 47 Abs. 6 VwGO.

17

Erginge die beantragte einstweilige Anordnung nicht, hätte der Normenkontrollantrag in der Hauptsache aber Erfolg, hätten die Normadressaten durch den Vollzug der angegriffenen Regelung die damit möglicherweise verbundenen Nachteile - entweder regelmäßige Testungen der betroffenen Kinder oder, falls die Kinder oder deren Personensorgeberechtigte eine Testung ablehnen, ein Teilnahmeverbot für die jeweiligen Betreuungsangebote - weiter hinzunehmen. Dabei ist bei der gebotenen generalisierenden Folgenbetrachtung allerdings zu berücksichtigen, dass die Belastungsintensität regelmäßiger Testungen nach Auffassung des Senats insgesamt auch im Hinblick auf noch nicht eingeschulte Kinder als verhältnismäßig gering einzuschätzen ist. Der zeitliche und organisatorische Aufwand für (bis zu) drei wöchentliche Testungen ist begrenzt, und die eigentliche Probenentnahme nimmt - je nach Testmethode - nur wenige Sekunden bis Minuten in Anspruch. Die Belastung der betroffenen Kinder durch die

Probenentnahme ist jedenfalls im Allgemeinen gering. Die angegriffene Norm lässt den Personensorgeberechtigten die Wahl der Testmethode, wobei mittlerweile insbesondere eine Vielzahl unterschiedlicher Selbsttests erhältlich ist, die auch bei Kleinkindern eine schmerzfreie, altersgemäße und unbedenkliche Gewinnung von Probenmaterial zulassen (vgl. die Verzeichnisse der vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zugelassenen Selbsttests unter https://www.bfarm.de/DE/Medizinprodukte/Aufgaben/Spezialthemen/Antigentests/_node.html und der zusätzlich vom Paul-Ehrlich-Institut evaluierten Selbsttests unter <https://www.pei.de/DE/newsroom/dossier/coronavirus/testsysteme.html>). Soweit sich die Antragsteller auf die mit der Probenentnahme bei Kindern verbundenen Gefahren berufen, kann auf die gemeinschaftliche Beurteilung des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte, der Deutschen Gesellschaft für Kinder- und Jugendmedizin e.V. und der Deutschen Akademie für Kinder- und Jugendmedizin e.V. verwiesen werden, derzufolge jedenfalls mehrere gängige und von der angegriffenen Norm auch zugelassene (Selbst-)Testverfahren für Kinder „ungefährlich und harmlos“ sind (vgl. „Anleitung zum Corona-Selbsttest bei Kindern“, abrufbar unter https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Medizinprodukte/Anleitung_Corona_Selbsttest_Kinder.pdf?blob=publicationFile). Durchgreifende Bedenken gegen diese Einschätzung werden von den Antragstellern nicht vorgetragen und sind auch nicht ersichtlich. Dass betroffene Kinder eine Testung trotzdem im Einzelfall oder sogar generell als unangenehm, lästig oder belastend empfinden können, ist dem Senat aus eigener Anschauung bekannt, begründet aber noch keine grundsätzlichen Zweifel an ihrer gesundheitlichen Unbedenklichkeit. Eine zwangsweise Testung der Kinder gegen deren Willen sieht die angegriffene Norm nicht vor und dürfte im Übrigen auch mit dem Kindeswohl regelmäßig nicht vereinbar sein (vgl. auch https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Medizinprodukte/Anleitung_Corona_Selbsttest_Kinder.pdf?blob=publicationFile). Die Ablehnung einer Testung hat lediglich zur Folge, dass die Kinder bis auf weiteres von der Teilnahme an dem jeweiligen Betreuungsangebot ausgeschlossen sind. Auch wenn hierdurch ein „faktischer Zwang“ auf - insbesondere berufstätige - Personensorgeberechtigte ausgeübt wird, relativiert sich dessen Gewicht nicht zuletzt durch den Wortlaut der angegriffenen Norm, die in ihrer dritten Variante bereits eine „glaubhafte“ (vgl. zur Begrifflichkeit etwa Prütting in MünchKommZPO, 6. Aufl. 2020, § 294 Rn. 2) Versicherung über die Vornahme eines negativen Tests ausreichen lässt.

18

Die mit dem Vollzug des § 13 Abs. 2 Satz 1 15. BayIfSMV verbundenen Nachteile für die Normadressaten dürften durch die Folgen einer vorläufigen Außervollzugsetzung der Norm für das öffentliche Gesundheitswesen mindestens aufgewogen werden; dass für eine vorläufige Außervollzugsetzung erforderliche deutliche Überwiegen des Aussetzungsinteresses i.S.d. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - juris Rn. 12) ist damit nicht festzustellen. Eine Außervollzugsetzung hätte voraussichtlich zur Folge, dass die in den von § 13 Abs. 2 15. BayIfSMV erfassten Einrichtungen betreuten Kinder deutlich seltener getestet und deutlich weniger Infektionen entdeckt werden, bevor sie sich in der jeweiligen Einrichtung weiterverbreiten können. Auch wenn man dabei berücksichtigt, dass schwerere Krankheitsverläufe in der Altersgruppe der noch nicht eingeschulten Kinder nach bisherigem Kenntnisstand sehr selten auftreten (vgl. dazu https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html?jsessionid=D936AD715F0E65A4C0FE6F610EFafa94.internet101?nn=13490888#doc13776792bodyText1 7) und dass angesichts der derzeitigen Ausbreitungssituation und der begrenzten Sensitivität insbesondere der Antigentests eine dauerhafte Verhinderung von COVID-19-Infektionen im Rahmen der betroffenen Kinderbetreuungseinrichtungen wohl unrealistisch sein dürfte, tragen regelmäßige Testungen insgesamt zu einer Verlangsamung des Infektionsgeschehens bei und verhindern - jedenfalls zum Teil und vorübergehend - die Weiterverbreitung von Infektionen.

19

B. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG. Da die angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 23. Februar 2022 außer Kraft tritt (§ 18 15. BayIfSMV), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren nach Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 nicht angebracht ist.

20

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).