



VERWALTUNGSGERICHT STUTTGART

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

Pflegezentrum Kirchheim GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführerin Isabell Flaig,
Jahnstraße 15, 7323 Kirchheim

- Antragstellerin -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte Witt Merz Scherf Fels,
Olgastraße 108, 70180 Stuttgart, Az: 112/21 KS TD

gegen

Land Baden-Württemberg,
vertreten durch das Landratsamt Esslingen,
Pulverwiesen 11, 73726 Esslingen, Az: 221-430.51.000062

- Antragsgegner -

wegen heimrechtlicher Anordnungen

hat das Verwaltungsgericht Stuttgart - 18. Kammer - durch den Vizepräsidenten des Verwaltungsgerichts Pohl, die Richterin am Verwaltungsgericht Tanriver und den Richter Dr. Winkler

am 12. März 2021

beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die Nummern 2, 3 und 6 des Bescheids des Landratsamts Esslingen vom 05.02.2021 wird wiederhergestellt, hinsichtlich Nummer 6 aber nur, soweit sich diese auf die Testergebnisse nach Nummer 2 bezieht.

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen Nummer 8 des Bescheids des Landratsamts Esslingen vom 05.02.2021 wird angeordnet, soweit sich diese auf die Nummern 2, 3 und die Anordnung in Nummer 6, die Testergebnisse

nach Nummer 2 zu dokumentieren und der unteren Heimaufsichtsbehörde vorzulegen, bezieht.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 2.500,00 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt die Wiederherstellung beziehungsweise Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs vom 12.02.2021 gegen die Nummern 2, 3, 6, 8 und 9 des Bescheids des Landratsamts Esslingen vom 05.02.2021.

Die Antragstellerin betreibt eine stationäre Pflegeeinrichtung mit derzeit 36 Bewohnern in 73230 Kirchheim unter Teck, Jahnstraße 15. Am 15.01.2021 ging beim Gesundheitsamt des Landratsamts Esslingen eine Beschwerde ein, wonach von den Beschäftigten in der Einrichtung der Antragstellerin in Kirchheim unter Teck in der Umkleidekammer, im Personalraum und bei einer Personalbesprechung im Leitungsbüro Abstandsregeln nicht eingehalten und keine Masken getragen worden seien. Das Landratsamt Esslingen führte daraufhin am 18.01.2021 eine anlassbezogene Prüfung in der Einrichtung durch. Dabei wurde unter anderem festgestellt, dass die Einrichtung über keine Antigentests verfügt und auch keine Testungen durch externe Anbieter angeboten werden.

Mit Bescheid vom 05.02.2021 gab das Landratsamt Esslingen der Antragstellerin auf, dass sie dafür Sorge zu tragen habe, dass sich ihr Personal dreimal pro Woche einer Testung in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus unterziehe (Nummer 2), dass sie die zur Erfüllung dieser Verpflichtung erforderlichen Testungen zu organisieren habe (Nummer 3) und dass sie die Testergebnisse zu dokumentieren und im 14-tägigen Rhythmus jeweils montags bis 12 Uhr, erstmalig für den Zeitraum vom 08.02.2021 bis 21.02.2021 am 22.02.2021 vorzulegen habe (Nummer 6). Es ordnete die sofortige Vollziehung dieser Verfügungen an (Nummer 7), drohte für den Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld in Höhe von 500,00 Euro an (Nummer 8) und setzte eine Gebühr

in Höhe von 186,00 Euro fest (Nummer 9). Die Antragstellerin erhob hiergegen Widerspruch, über den noch nicht entschieden ist.

II.

Der Antrag hat in dem im Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg, im Übrigen ist er unzulässig.

Soweit die Antragstellerin die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen Nummer 9 des Bescheids vom 05.02.2021 begehrt, ist der Antrag unzulässig. Zwar entfällt die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die Gebührenfestsetzung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 10.08.2015 - 10 S 276/15 -, juris Rn. 20; Puttler in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 61). Nach § 80 Abs. 6 Satz 1 VwGO ist ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO in den Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO aber nur dann zulässig, wenn die Behörde einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung ganz oder zum Teil abgelehnt hat. Dabei handelt es sich nicht lediglich um eine Sachentscheidungs voraussetzung, sondern um eine nach Stellung des Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nicht mehr nachholbare Zugangsvoraussetzung, (vgl. BayVGH, Beschl. v. 09.04.2018 -11 CS 18.564 -, juris Rn. 4; OVG Nordrh.-Westf., Beschl. v. 13.07.2012 - 9 B 818/12 -, juris Rn. 2). Dass die Antragstellerin hier einen solchen Aussetzungsantrag gestellt hätte, ist nach Aktenlage indes nicht ersichtlich. Auch ihr am 12.02.2021 erhobener Widerspruch enthält keinen solchen Antrag (vgl. Puttler in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 181). Anhaltspunkte für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 80 Abs. 6 Satz 2 VwGO, insbesondere eine drohende Vollstreckung, liegen nicht vor.

Soweit er sich gegen die Nummern 2, 3 und 6 des Bescheids vom 05.02.2021 richtet, ist der Antrag der Antragstellerin hingegen als Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO zulässig und auch begründet.

Freilich sind die formellen Voraussetzungen für die hier in Nummer 7 des Bescheids vom 05.02.2021 erfolgte Anordnung der sofortigen Vollziehung erfüllt.

Das Landratsamt Esslingen war als Behörde, die die sofort zu vollziehenden Verwaltungsakte erlassen hat, zur Anordnung der sofortigen Vollziehung zuständig (vgl. W.-R. Schenke in: Kopp/Schenke, VwGO, 24. Aufl. 2018, § 80 Rn. 81). Zudem wurde die Anordnung der sofortigen Vollziehung schriftlich hinreichend begründet.

Nach § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO ist in den Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts schriftlich zu begründen. Die Begründung muss auf den konkreten Einzelfall abstellen und darlegen, warum es gerade in diesem Fall geboten ist, die einfachgesetzlich in § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO enthaltene und verfassungsrechtlich wegen Art. 19 Abs. 4 GG gebotene Regel, dass Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben, durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung ausnahmsweise zu durchbrechen. Eine nur formelhafte und sich nicht mit dem konkreten Einzelfall auseinandersetzen- de Begründung genügt nicht (vgl. Nds. OVG, Beschl. v. 18.10.2004 - 1 ME 205/04 -, juris Rn. 24). Unerheblich ist, ob die angeführten Gründe zutreffen (vgl. BayVGh, Beschl. v. 03.05.2018 - 20 CS 17.1797 -, juris Rn. 2 m.w.N.).

Die in dem Bescheid vom 05.02.2021 enthaltene Begründung für die erfolgte Anordnung der sofortigen Vollziehung genügt (noch) diesen Anforderungen. Zur Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung führte das Landratsamt Esslingen im Wesentlichen an, dass bei Nichtbefolgung der Anordnungen in dem Bescheid die Bewohner und die Beschäftigten einem erheblichen gesundheitlichen Risiko ausgesetzt seien, das vor dem Hintergrund der derzeitigen Infektionslage nicht in Kauf genommen werden könne. Infektionen mit dem Coronavirus verliefen gerade bei vulnerablen Gruppen mit diversen Vorerkrankungen überdurchschnittlich häufig tödlich oder jedenfalls mit erheblichen Komplikationen und nicht absehbaren Folgen. Die Verbreitung des Virus in einem Pflegeheim gehe mit hoher Wahrscheinlichkeit sehr schnell voran, sodass eine einmal eingeschleppte Infektion nur schwer bis gar nicht aufgehalten werden könne. Die betroffenen Schutzgüter Leben und Gesundheit der Bewohner und Beschäftigten seien hohe Schutzgüter, deren Gefährdung oder sogar irreversible Schädigung nicht hingenommen werden könne. Mit dieser Begründung ließ die Behörde noch hinreichend erkennen, dass sie sich der einem Widerspruch oder einer Anfechtungsklage gegen die verfügten Anordnungen im Grundsatz zukommenden

aufschiebenden Wirkung bewusst war und weswegen hier eine aus der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs resultierende Nichtbefolgung der Anordnungen ihres Erachtens nicht hingenommen werden könne. Unschädlich ist, dass die Behörde die besondere Gefährlichkeit einer Infektion mit dem Coronavirus für die Bewohner der Pflegeeinrichtung auch zur Begründung der in dem Bescheid verfügten Anordnungen selbst anführte. Eine Behörde kann sich zur Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung auf die den Verwaltungsakt selbst tragenden Erwägungen stützen, wenn die den Erlass des Verwaltungsakts rechtfertigenden Gründe zugleich die Dringlichkeit der Vollziehung belegen (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 21.01.2010 - 10 S 2391/09 -, juris Rn. 4). Dies ist hier angesichts der hohen Bedeutung des angeführten Schutzguts Leben der Fall.

Allerdings überwiegt im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung der Kammer das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin das Vollzugsinteresse des Antragsgegners.

Das Gericht hat für die Wiederherstellung beziehungsweise Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO eine eigene Ermessensentscheidung darüber zu treffen, ob das Interesse an der sofortigen Vollziehung der angefochtenen Verfügung das Aussetzungsinteresse des Antragstellers überwiegt. Hierbei orientiert es sich insbesondere an den Erfolgsaussichten des eingelegten Rechtsbehelfs. Ergibt die im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotene summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage, dass der sofort vollziehbare Verwaltungsakt rechtswidrig ist, überwiegt das private Aussetzungsinteresse des Antragstellers. Denn an der sofortigen Vollziehung einer rechtswidrigen hoheitlichen Maßnahme kann kein öffentliches Interesse bestehen. Ist der angegriffene Verwaltungsakt rechtmäßig und besteht ein besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung, überwiegt regelmäßig das öffentliche Interesse am Bestand der sofortigen Vollziehbarkeit. Sind die Erfolgsaussichten offen, ist eine von der Einschätzung der Erfolgsaussichten im Grundsatz unabhängige Interessenabwägung vorzunehmen, bei der bei völliger Gleichwertigkeit der widerstreitenden Interessen wegen der in § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 VwGO einerseits und der in § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO andererseits zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertung in den Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 VwGO der Antrag abzulehnen und in den Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO dem Antrag stattzugeben ist.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der zugrunde zu legenden Sach- und Rechtslage ist dabei derjenige der Entscheidung des Gerichts. Dies ergibt sich bereits daraus, dass bei Anfechtungsklagesituationen wie hier maßgeblicher Zeitpunkt grundsätzlich derjenige der letzten Behördenentscheidung ist. Da eine Entscheidung der Widerspruchsbehörde über den hier eingelegten Widerspruch noch aussteht, kommt es schon nach den allgemeinen Grundsätzen auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts an (vgl. BayVGH, Beschl. v. 16.08.2012 - 11 CS 12.1607 -, juris Rn. 68). Zudem handelt es sich bei den streitgegenständlichen Anordnungen in den Nummern 2, 3 und 6 des Bescheids vom 05.02.2021 um Dauerverwaltungsakte, da sie sich nicht in einem einmaligen Gebot erschöpfen, sondern ihre Regelungswirkung während des Zeitraums ihrer Wirksamkeit ständig neu entfalten. In Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Dauerverwaltungsakte ist bei der Entscheidung, ob die aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO anzuordnen oder wiederherzustellen ist, auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung abzustellen (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 17.03.2008 - 6 S 3069/07 -, juris Rn. 4).

Gemessen daran überwiegt hier das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin bezüglich der Nummern 2, 3 und 6 des Bescheids des Landratsamts vom 05.02.2021 das behördliche Vollzugsinteresse. Die Anordnungen in den Nummern 2, 3 und 6 des angegriffenen Bescheids erweisen sich bei summarischer Prüfung als rechtswidrig.

Die Anordnungen in den Nummern 2, 3 und 6 im Bescheid vom 05.02.2021 wurden ausweislich der Begründung auf § 22 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 10 Abs. 2 Nr. 11 und 13 des Wohn-, Teilhabe- und Pflegegesetzes (WTPG) gestützt.

Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 WTPG ist der Träger einer stationären Einrichtung oder Anbieter einer ambulant betreuten Wohngemeinschaft verpflichtet, festgestellte Mängel unverzüglich zu beseitigen. Nach § 22 Abs. 1 Satz 2 WTPG kann die zuständige Behörde hierzu gegenüber dem Träger oder dem Anbieter Anordnungen erlassen, die zur Beseitigung einer eingetretenen oder zur Abwendung einer drohenden Beeinträchtigung oder Gefährdung des Wohls oder zur Sicherung der Einhaltung der dem Träger

oder dem Anbieter gegenüber den Bewohnern obliegenden Verpflichtungen erforderlich sind. Mängel liegen nach § 20 WTPG vor, wenn eine Prüfung nach § 17 WTPG ergeben hat, dass die stationäre Einrichtung oder die ambulant betreute Wohngemeinschaft den Anforderungen nach dem Wohn-, Teilhabe- und Pflegegesetz und den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen oder weiter geltenden Rechtsverordnungen nicht entspricht. Die für den Betrieb einer stationären Einrichtung geltenden Anforderungen sind in § 10 WTPG geregelt. § 10 Abs. 2 Nr. 11 WTPG bestimmt, dass eine stationäre Einrichtung nur betrieben werden darf, wenn der Träger und die Leitung einen ausreichenden Schutz der Bewohner vor Infektionen gewährleisten und sicherstellen, dass von den Beschäftigten die für ihren Aufgabenbereich einschlägigen Anforderungen der Hygiene eingehalten werden. Nach § 10 Abs. 2 Nr. 13 WTPG darf eine stationäre Einrichtung nur betrieben werden, wenn der Träger und die Leitung sicherstellen, dass die Regelungen der aufgrund des Wohn-, Teilhabe- und Pflegegesetzes erlassenen oder weiter geltenden Rechtsverordnungen eingehalten werden.

Die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage in § 22 Abs. 1 Satz 2 WTPG sind hier voraussichtlich nicht erfüllt.

Es ist nicht erkennbar, dass sich das Erfordernis einer regelmäßigen Testung des Personals der Einrichtung der Antragstellerin in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus nach § 10 Abs. 2 Nr. 13 WTPG aus einer aufgrund des Wohn-, Teilhabe- und Pflegegesetzes erlassenen oder nach § 30 WTPG weiter geltenden Rechtsverordnung ergäbe. Insbesondere handelt es sich bei der vom Landratsamt Esslingen in dem Bescheid zur Begründung des Erfordernisses einer Testung des Personals angeführten Corona-Verordnung (CoronaVO) nicht um eine Rechtsverordnung aufgrund des Wohn-, Teilhabe- und Pflegegesetzes. Diese beruht ausweislich ihrer Eingangsformel vielmehr auf § 32 in Verbindung mit §§ 28 bis 31 und § 36 Abs. 6 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG).

Die Kammer vermag im Zeitpunkt ihrer Entscheidung auch nicht festzustellen, dass es nach § 10 Abs. 2 Nr. 11 WTPG für einen ausreichenden Schutz der Bewohner vor Infektionen und nach den einschlägigen Anforderungen der Hygiene einer wöchentlich dreimaligen Testung des Personals der Antragstellerin in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus bedürfte.

Insbesondere kann dies nicht der Regelung in § 1h Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 Alt. 1 CoronaVO entnommen werden. Zwar dienen die in der Corona-Verordnung aufgestellten Ge- und Verbote nach § 1 CoronaVO gerade der wirksamen und zielgerichteten Reduzierung der Gefahr einer Infektion mit dem Coronavirus. § 1h Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 Alt. 1 CoronaVO ist jedoch aller Voraussicht nach rechtswidrig und deshalb ungültig (vgl. zur gerichtlichen Normverwerfungskompetenz BVerwG, Beschl. v. 24.10.2018 - 4 B 15.18 -, juris Rn. 14, und Urt. v. 28.06.2000 - 11 C 13.99 -, juris Rn. 29).

Nach § 1h Abs. 3 Satz 2 CoronaVO hat sich das Personal von stationären Einrichtungen für Menschen mit Pflege- und Unterstützungsbedarf dreimal pro Woche und das Personal von ambulanten Pflegediensten zweimal pro Woche einer Testung in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus zu unterziehen und jeweils das Ergebnis auf Verlangen der Leitung der Einrichtung vorzulegen; die Einrichtungen oder die ambulanten Pflegedienste haben die erforderlichen Testungen zu organisieren.

Nach Auffassung der Kammer steht § 1h Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 Alt. 1 CoronaVO zwar im Einklang mit der Rechtsgrundlage. Jedoch ist die Vorschrift nicht mit Verfassungsrecht vereinbar.

Der Erlass des Gebots für das Personal von stationären Einrichtungen für Menschen mit Pflege- und Unterstützungsbedarf in § 1h Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 Alt. 1 CoronaVO, sich dreimal pro Woche einer Testung in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus zu unterziehen, findet seine Rechtsgrundlage in § 32 Satz 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG.

Nach § 32 Satz 1 IfSG werden die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 maßgebend sind, durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, soweit und solange es zur Verhinderung der

Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war.

Als Rechtsgrundlage des hier streitigen Gebots in § 1h Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 Alt. 1 CoronaVO, sich einer Testung zu unterziehen, kommt – vermittelt über § 32 Satz 1 IfSG – nur § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG in Betracht. Dass das in § 1h Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 Alt. 1 CoronaVO in Bezug genommene Personal von stationären Einrichtungen mit Pflege- und Unterstützungsbedarf vergleichbar etwa der Regelung in § 9 Abs. 2 Nr. 4 der Elften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (11. BayIfSMV) einer Beobachtung im Sinne von § 29 Abs. 1 IfSG unterworfen werden und deshalb die angeordnete Pflicht zur Testung auf § 29 IfSG gestützt sein sollte, ist weder dem Wortlaut der Bestimmung noch der Verordnungsbegründung zu entnehmen.

Die Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlage sind vorliegend erfüllt. Bei der Coronavirus-Krankheit handelt es sich um eine übertragbare Krankheit (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 30.07.2020 - 1 S 2087/20 -, juris Rn. 44; VG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2020 - 29 L 2547/20 -, juris Rn. 20). Es wurden auch zahlreiche Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider festgestellt, und es ist belegt, dass Verstorbene krank waren (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 30.07.2020, a.a.O. Rn. 44).

Unerheblich ist, ob die von der Norm adressierten Angehörigen des Personals von stationären Einrichtungen für Menschen mit Pflege- und Unterstützungsbedarf selbst als „Kranke“, „Krankheitsverdächtige“, „Ansteckungsverdächtige“ oder „Ausscheider“ angesehen werden können, da § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck und dem Willen des Gesetzgebers zu Maßnahmen auch gegenüber Nichtstörern ermächtigt (vgl. BVerwG, Urt. v. 22.03.2012 - 3 C 16.11 -, juris Rn. 26; VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 30.07.2020, a.a.O. Rn. 45). Diesem Verständnis steht entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 02.03.2021 (Beschl. v. 02.03.2021 - 20 NE 21.353 -, abrufbar unter https://www.vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/20_ne_21-00353_anonym_.pdf <aufgerufen am 09.03.2021>, Rn. 10 u. 14), mit der dieser die

dem § 1h Abs. 3 Satz 2 CoronaVO inhaltlich entsprechende Regelung in § 9 Abs. 2 Nr. 4 Teilsätze 1 und 2 11. BayIfSMV vorläufig außer Vollzug gesetzt hat, da die von § 9 Abs. 2 Nr. 4 Teilsätze 1 und 2 11. BayIfSMV adressierten Beschäftigten von Einrichtungen nach 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 3 und 5 11. BayIfSMV nicht ansteckungsverdächtig im Sinne des § 2 Nr. 7 IfSG seien und die Bestimmung deshalb nicht in Einklang mit der Ermächtigungsgrundlage stehe, nicht entgegen. Denn anders als die hier zu beurteilende Bestimmung in § 1h Abs. 3 Satz 2 CoronaVO beruht die Regelung in § 9 Abs. 2 Nr. 4 Teilsätze 1 und 2 11. BayIfSMV nicht auf § 32 Satz 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG, sondern auf § 32 Satz 1 in Verbindung mit § 29 IfSG (vgl. BayVGH, Beschl. v. 02.03.2021, a.a.O. Rn. 10 f.). Zudem hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung selbst ausdrücklich offengelassen, ob eine dem Schutz der Bewohner von Einrichtungen vor einer Infektion mit SARS-CoV-2 dienende Testungspflicht auf andere Rechtsgrundlagen gestützt werden könnte (vgl. BayVGH, Beschl. v. 02.03.2021, a.a.O. Rn. 21).

Unzweifelhaft handelt es sich bei der in § 1h Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 Alt. 1 CoronaVO angeordneten Testung des Personals von stationären Einrichtungen für Menschen mit Pflege- und Unterstützungsbedarf auch um eine Schutzmaßnahme im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG. Als „Schutzmaßnahme“ sind all solche Maßnahmen anzusehen, die der Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten dienen. Bei der Anordnung einer Reihentestung wie der regelmäßigen Testung des gesamten Personals einer Einrichtung für Menschen mit Pflege und Unterstützungsbedarf ist das der Fall. Sie kann dazu beitragen, bei asymptomatischen Personen Infektionen mit dem Coronavirus frühzeitig zu erkennen, und diese Personen bei Bedarf zu isolieren, um so die anderenfalls drohende Weiterverbreitung des Virus zu verhindern (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 30.07.2020, a.a.O. Rn. 46).

Allerdings steht § 1h Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 Alt. 1 CoronaVO nicht mit Verfassungsrecht im Einklang. Die Vorschrift stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht der Beschäftigten in Einrichtungen für Menschen mit Pflege- und Unterstützungsbedarf auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes (GG) dar.

§ 1 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 Alt. 1 CoronaVO dient einem legitimen Zweck. Der Verordnungsgeber verfolgt ausweislich der Begründung mit der Testung des Personals von Einrichtungen für Pflege- und Unterstützungsbedarf das Ziel, das Eintragsrisiko in eine stationäre Pflegeeinrichtung deutlich zu reduzieren, um dadurch einen wesentlichen Beitrag zum Schutz der Bewohner stationärer Pflegeeinrichtungen als besonders vulnerable Gruppe zu leisten (vgl. Begründung zur 2. Änderungsverordnung zur 5. Corona-Verordnung vom 30.11.2020, S. 33 f., abrufbar unter https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/201215_Begruendung_zur_2.AenderungsVO_zur_5.CoronaVO.pdf <aufgerufen am 11.03.2021>). Damit erfüllt er seinen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgenden Schutzauftrag, das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Bewohner von Pflegeeinrichtungen zu schützen (vgl. BVerfG, Entsch. v. 16.10.1977 - 1 BvQ 5/77 -, juris Rn. 13; VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 30.07.2020, a.a.O. Rn. 48; VG Berlin, Beschl. v. 13.11.2020 - 11 L 420/20 -, juris Rn. 15).

Zur Erreichung dieses Ziels ist die vom Verordnungsgeber in § 1h Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 Alt. 1 CoronaVO angeordnete Pflicht für das Personal von stationären Pflegeeinrichtungen, sich dreimal pro Woche einer Testung in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus zu unterziehen, auch geeignet. Ein Gesetz ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der erstrebte Erfolg gefördert werden kann, wobei dem Gesetzgeber bei der Beurteilung der Eignung ein Beurteilungsspielraum zusteht (stRspr., vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 09.03.1994 - 2 BvL 43/92 <u.a.> -, juris Rn. 122 m.w.N.). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Die Testung des Personals von Einrichtungen für Menschen mit Pflege- und Unterstützungsbedarf kann dazu beitragen, Infektionen mit dem Coronavirus frühzeitig zu erkennen die drohende Weiterverbreitung des Virus zu verhindern (siehe oben; vgl. VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 30.07.2020, a.a.O. Rn. 50).

Jedoch ist die in § 1h Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 Alt. 1 CoronaVO normierte Pflicht, sich dreimal pro Woche in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus testen zu lassen, in ihrer gegenwärtigen Gestalt nicht erforderlich.

Ein Gesetz ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen

können, wobei dem Gesetzgeber auch insoweit ein Beurteilungsspielraum zusteht (vgl. BVerfG, Beschl. v. 09.03.1994, a.a.O. Rn. 122).

Die in § 1h Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 Alt. 1 CoronaVO geregelte Testpflicht für das Personal von Einrichtungen für Menschen mit Pflege- und Unterstützungsbedarf ist einzelfallunabhängig ausgestaltet. Ausnahmen von der Testpflicht sind nicht vorgesehen. Dass es einer derart starren Ausgestaltung der Testpflicht für einen hinreichenden Schutz der Bewohner der Einrichtungen zwingend bedarf, ist jedoch nicht ersichtlich. Vielmehr ist als ein im Hinblick auf den Infektionsschutz ebenso geeignetes, aber für die Normadressaten milderes Mittel eine Ausgestaltung der Testpflicht denkbar, welche nach dem für die Bewohner einer Einrichtung tatsächlich bestehenden Risiko differenziert, indem das Bestehen der Testpflicht beispielsweise vom gegenwärtigen Bestehen einer COVID-19-Infektion in der Einrichtung, von der Inzidenz des jeweiligen Gebiets, von der Impfquote in der Einrichtung und vom Impfstatus des Normadressaten abhängig gemacht wird (vgl. zu Letzterem BayVGh, Beschl. v. 02.03.2021, a.a.O. Rn. 21). Auch kommt als milderes Mittel in Betracht, den Normadressaten zumindest die Möglichkeit einzuräumen, eine Ausnahme von der grundsätzlich bestehenden Testpflicht bei der zuständigen Behörde zu beantragen (vgl. VGh Bad.-Württ., Beschl. v. 30.07.2020, a.a.O. Rn. 57).

Das Robert-Koch-Institut selbst geht erkennbar davon, dass in den Einrichtungen, in denen anlasslose Testungen aufgrund infektionsschutzbedingter Besonderheiten in Betracht kommen, die konkrete Ausgestaltung dieser Testung nicht pauschal, sondern nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls erfolgen sollte (vgl. VGh Bad.-Württ., Beschl. v. 30.07.2020, a.a.O. Rn. 56). Laut Nationaler Teststrategie sollte das Personal in stationären Pflegeeinrichtungen ohne COVID-19-Fall nur in Gebieten mit einer erhöhten Inzidenz (z.B. 7-Tage-Inzidenz >50/100.000) regelmäßig getestet werden. Auch soweit empfohlen wird, Mitarbeiter, die Bewohner oder möglicherweise auch COVID-19-Patienten betreuen, regelmäßig zu testen, wird diese Empfehlung ausdrücklich nur „in Abhängigkeit vom jeweiligen Testkonzept der Einrichtung“ erteilt. Nur für den Fall einer bestätigten SARS-CoV-2-Infektion ist nach der Nationalen Teststrategie umfangreicher zu testen, um die besonders vulnerablen Gruppen zu schützen. In diesem Fall wird empfohlen, das gesamte Personal zeitnah mittels PCR zu testen (vgl. RKI, Nationale Teststrategie, abrufbar unter

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Teststrategie/Nat-Teststrat.html <aufgerufen am 11.03.2021>). In den „Empfehlungen des Robert-Koch-Instituts für Alten- und Pflegeeinrichtungen und Einrichtungen für Menschen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen und für den öffentlichen Gesundheitsdienst“ heißt es, dass bei Vorliegen eines COVID-19-Falles oder eines Ausbruchgeschehens in der Einrichtung das Personal „in Abstimmung mit dem Gesundheitsamt“ zeitnah getestet werden soll. Für Einrichtungen ohne COVID-19-Fall wird empfohlen, dass die in der Betreuung der Bewohnerinnen und Bewohner tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter „in Abhängigkeit von dem einrichtungsspezifischen (sic.) Testkonzept und mit dem Gesundheitsamt“ regelmäßig sowie bei Neuaufnahme der Tätigkeit getestet werden sollen (vgl. RKI, Prävention und Management von COVID-19 in Alten- und Pflegeeinrichtungen und Einrichtungen für Menschen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen, 26.02.2021, S. 25, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Alten_Pflegeeinrichtung_Empfehlung.html <aufgerufen am 11.03.2021>). Überdies spricht vieles dafür, dass in den Pflegeheimen inzwischen fast alle Bewohner geimpft sind (vgl. [aerzteblatt.de](https://www.aerzteblatt.de), Coronaimpfungen in Pflegeheimen Ende April abgeschlossen, 08.02.2021, abrufbar unter <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/120927/Coronaimpfungen-in-Pflegeheimen-Ende-April-abgeschlossen> <aufgerufen am 11.03.2021>), und es ist davon auszugehen, dass auch ein erheblicher Teil der Normadressaten vollständig gegen eine Infektion mit SARS-CoV-2 geimpft wurde (vgl. auch § 2 Nr. 2 der Coronavirus-Impfverordnung). Durch eine erfolgte Impfung können schwere COVID-19-Verläufe verhindert werden. Starke Indizien deuten zudem darauf hin, dass eine Impfung auch das Transmissionsrisiko deutlich senken oder sogar ausschließen dürfte (vgl. Internetseite des SWR, Können Geimpfte das Coronavirus weiterverbreiten?, 08.03.2021, abrufbar unter <https://www.swr.de/wissen/ansteckend-trotz-corona-impfung-forschung-100.html> <aufgerufen am 11.03.2021>; BayVGh, Beschl. v. 02.03.2021, a.a.O. Rn. 14).

Vor diesem Hintergrund stellt sich eine pauschale, sämtliches Personal von Einrichtungen für Menschen mit Pflege- und Unterstützungsbedarf einzelfallunabhängig und ohne Ausnahmemöglichkeit derselben Testungspflicht unterwerfende Vorschrift als nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig dar.

Im Übrigen ist vom Antragsgegner nicht dargetan und nach der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung auch nicht ersichtlich, dass es für einen ausreichenden Schutz der Bewohner der Einrichtung der Antragstellerin vor Infektionen und nach den einschlägigen Anforderungen der Hygiene im Sinne von § 10 Abs. 2 Nr. 11 WTPG zwingend einer wöchentlich dreimaligen Testung des Personals in Bezug auf das Coronavirus bedarf. Das Landratsamt Esslingen begründete in seinem Bescheid vom 05.02.2021 seine Annahme, eine wöchentlich dreimalige Testung des Personals sei erforderlich, allein unter Verweis auf § 1h Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 CoronaVO. Davon unabhängige Erwägungen stellte es nicht an. Auch dem Vorbringen der Antragstellerin im gerichtlichen Verfahren kann nicht hinreichend substantiiert entnommen werden, weshalb ungeachtet der Regelung in § 1h Abs. 3 Satz 2 CoronaVO gerade wöchentlich drei Testungen des Personals der Einrichtung der Antragstellerin erforderlich sein sollten. Eine „geltungserhaltende Reduktion“ beziehungsweise ein Austausch des Regelungsgehalts der Anordnung in Nummer 2 des angegriffenen Bescheids ist der Kammer verwehrt (vgl. OVG Sachs.-Anh., Beschl. v. 09.07.2019 - 3 L 79/16 -, juris Rn. 89).

Soweit das Landratsamt Esslingen die Anordnung in Nummer 2 des Bescheids vom 05.02.2021 auch auf § 22 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 des Arbeitsschutzgesetzes in Verbindung mit § 3a Abs. 1 Satz 1, § 4 Abs. 1 Satz 1 der Arbeitsstättenverordnung in Verbindung mit § 3 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung stützte, ist nicht ersichtlich, dass die getroffene Anordnung von dieser Rechtsgrundlage gedeckt sein könnte. Es ist vom Antragsgegner nicht dargetan und für die Kammer auch sonst nicht erkennbar, dass das Arbeitsschutzgesetz oder eine aufgrund des Arbeitsschutzgesetzes erlassene Rechtsverordnung wöchentlich drei Testungen der Beschäftigten der Einrichtung der Antragstellerin in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus verlangte.

Die Anordnung in Nummer 3 des Bescheids vom 05.02.2021, die nach Nummer 2 erforderlichen Testungen zu organisieren, wird durch die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen Nummer 2 des Bescheids vom 05.02.2021 gegenstandslos. Dies gilt auch für die in Nummer 6 des Bescheids enthaltene Anordnung, die Testergebnisse nach Nummer 2 zu dokumentieren und der unteren Heimaufsichtsbehörde vorzulegen. Demzufolge war aus Klarstellungsgründen insoweit auch hinsichtlich der Nummern 3 und 6 die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wiederherzustellen.

Soweit die Antragstellerin die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs gegen die Zwangsgeldandrohung in Nummer 8 des Bescheids vom 05.02.2021, soweit sie sich auf die angegriffenen Anordnungen in dessen Nummern 2, 3 und 6 bezieht, begehrt, ist der Antrag als Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO und § 12 Satz 1 des Landesverwaltungsvollstreckungsgesetzes (LVwVG) zulässig und begründet. Das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin überwiegt auch insoweit das Vollzugsinteresse des Antragsgegners, da die Zwangsgeldandrohung voraussichtlich rechtswidrig ist, soweit sie sich auf die angegriffenen Anordnungen in den Nummern 2, 3 und 6 des Bescheids bezieht. Denn infolge der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Nummern 2, 3 und 6 des Bescheids sind die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen nach § 2 Nr. 2 LVwVG nicht mehr gegeben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO. Dem Antragsgegner waren die Kosten ganz aufzuerlegen, da die Antragstellerin nur zu einem geringen Teil unterlegen war.

Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 62 Abs. 2, § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 und 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG) in Verbindung mit den Empfehlungen des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (abgedruckt in Beilage zu VBIBW 2014, Heft 1). Da der Sach- und Streitstand für die Bestimmung des Streitwerts keine genügenden Anhaltspunkte bietet, ist der Streitwert nach § 52 Abs. 2 GKG in Höhe des Auffangstreitwerts von 5.000,00 Euro anzusetzen. Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist dieser Betrag nach Nummer 1.5 des Streitwertkatalogs zu halbieren. Die Zwangsandrohung bleibt bei der Bemessung des Streitwerts außer Betracht (vgl. Nummer 1.7.2 des Streitwertkatalogs).

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in Mannheim, Schubertstraße 11, 68165 Mannheim oder Postfach 103264, 68032 Mannheim, gegeben. Sie ist beim Verwaltungsgericht Stuttgart innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung einzulegen. Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, beim Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Vor dem Verwaltungsgerichtshof muss sich jeder Beteiligte, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder die in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Rechtslehrer mit Befähigung zum Richteramt oder die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen zugelassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen. Ein Beteiligter, der nach Maßgabe des § 67 Abs. 4 Sätze 3 und 7 VwGO zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

Hinsichtlich der Streitwertfestsetzung ist die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in Mannheim, Schubertstraße 11, 68165 Mannheim oder Postfach 103264, 68032 Mannheim, gegeben, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 € übersteigt. Diese Beschwerde kann von den Beteiligten selbst oder von einem Prozessbevollmächtigten eingelegt werden. Sie ist schriftlich, im Wege der elektronischen Kommunikation gemäß § 55a VwGO oder zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle beim Verwaltungsgericht Stuttgart einzulegen und dann zulässig, wenn sie vor Ablauf von sechs Monaten nach Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache oder anderweitiger Erledigung des Verfahrens eingelegt wird. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Hinweis:

Hinsichtlich der Anforderungen an das elektronische Dokument und seine Übermittlung wird auf § 55a Abs. 2 bis 5 der Verwaltungsgerichtsordnung verwiesen. Die Zusendung einer „schlichten“ E-Mail genügt nicht.

Anschrift des Verwaltungsgerichts:

Verwaltungsgericht Stuttgart, Augustenstraße 5, 70178 Stuttgart oder Postfach 10 50
52, 70044 Stuttgart

Pohl

Tanriver

Dr. Winkler

Beglaubigt:



Ippolito

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

