

Verwaltungsgerichtshof Mannheim

BESCHLUSS

§§ 28, 28a, 32 IfSG, § 20 CoronaVV BW, §§ 4, 10 GemO BW,

1. **Eine Gemeinde, die eine Kindertageseinrichtung als öffentliche Einrichtung betreibt, ist gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO BW dem Grunde nach dazu berechtigt, die Benutzung dieser Einrichtung durch Satzung zu regeln.**
2. **Die Ermächtigung in § 4 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO BW reicht nicht als Rechtsgrundlage für eine satzungsrechtliche Bestimmung aus, wonach Kinder, die nicht an einer dem Infektionsschutz dienenden PCR-Pool-Testung teilnehmen, einem grundsätzlichen Zugangs- und Teilnahmeverbot unterliegen.**
3. **Die gemäß § 1 Abs. 6 und 6a IfSGZustV zuständigen Behörden (inzidenzabhängig grundsätzlich Ortspolizeibehörde oder Gesundheitsamt) können gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 CoronaVO (i.d.F. v. 20.10.2021) auch über die CoronaVO Kita (hinausgehende Maßnahmen zum Infektionsschutz in Kindertageseinrichtungen verfügen, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen aus §§ 28, 28a IfSG vorliegen.**

VGH Mannheim, Beschluss vom 22.11.2021, Az.: 1 S 3117/21

Tenor:

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Sigmaringen vom 29. September 2021 - 5 K 2853/21 - wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.500,-- EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

1

Die Beteiligten streiten in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes um eine zweimal wöchentlich stattfindende PCR-Pooltestung zur Eindämmung des Coronavirus in einer Kindertageseinrichtung.

2

Die Antragsgegnerin, eine kreisangehörige Gemeinde, betreibt mehrere Kinderbetreuungseinrichtungen im Sinne des Kindertagesbetreuungsgesetzes (KiTaG) gemäß § 1 der als Satzung beschlossenen „Benutzungsordnung für die

Kinderbetreuungseinrichtungen „...-... „... und ...“ als öffentliche Einrichtungen. Die Antragstellerin ist Mutter eines dreijährigen Sohnes, der ... besucht.

3

Mit Schreiben ihres Bürgermeisters vom 13.09.2021 informierte die Antragsgegnerin die Eltern der die Kindertagesstätten besuchenden Kinder, dass ab dem 27.09.2021 eine PCR-Pooltestung zur Eindämmung des SARS-CoV-2-Virus eingeführt werde, die zweimal die Woche durchgeführt werde.

4

Am 28.09.2021 hat die Antragstellerin gegen die im Schreiben vom 13.09.2021 angekündigte PCR-Pooltestung einen Eilrechtsantrag bei dem Verwaltungsgericht Sigmaringen gestellt und zugleich Klage erhoben (5 K 2852/21), über die noch nicht entschieden ist. Zur Begründung ihres Eilantrags hat die Antragstellerin unter anderem vorgetragen, der Bürgermeister der Antragsgegnerin habe sich auf Nachfrage auf sein Hausrecht als Grundlage für die Anordnung der PCR-Tests berufen. Laut einem Rechtsanwalt sei er aber nicht dazu befugt, eine solche Maßnahme anzuordnen, weil es sich um öffentliche Kindergärten handle. Jedes Kind habe uneingeschränkten Zugang zu der öffentlichen Einrichtung. Nur das Gesundheitsamt sei dazu befugt, eine PCR-Testung anzuordnen. Laut dem Gesundheitsamt gebe es eine solche Anordnung aber nicht. Nach der „Landesverordnung“ seien Kinder bis einschließlich 5 Jahre und Kindergartenkinder von der PCR-Testpflicht befreit. Bisher habe sie Selbsttests bei ihrem dreieinhalbjährigen Kind durchgeführt und diese Methode habe sich bewährt. Ihr Kind habe Angst vor einer PCR-Testung im Kindergarten. Ein Spucktest werde von ihm verweigert. Sie (die Antragstellerin) und der Kindsvater seien berufstätig und auf die Betreuung im Kindergarten angewiesen. Sie werde ihr Kind nicht unter Druck und Zwang einem Test unterziehen, da sie nicht wolle, dass es das Vertrauen in die Erzieherinnen und den Kindergarten oder in seine Eltern verliere. Sie sei weiter gerne bereit, einen Selbsttest vorzulegen, den sie zu Hause durchführen dürfe, wo das Kind keine Angst habe.

5

Die Antragsgegnerin ist dem Antrag entgegengetreten. Sie hat unter anderem geltend gemacht, die PCR-Testung sei wesentlich effektiver als die bisher vorgenommene Testung mittels Schnelltest. Nachdem das Land lediglich für die Schulen verpflichtende Schnelltests vorgesehen und über die Corona-Verordnung geregelt habe, habe es für Schnelltests an den Kindertagesstätten keine Rechtsgrundlagen gegeben. Sie (die Antragsgegnerin) habe daher erwogen, eine Allgemeinverfügung zu erlassen oder die „Hausordnung“ anzupassen. Beides sei jedoch nicht umgesetzt worden, nicht zuletzt, weil das Land Baden-Württemberg die Zuständigkeiten inzidenzabhängig zeitweise den Gesundheitsämtern übertragen habe und seitens der Eltern die Durchführung von Schnelltests auch ohnehin auf große Zustimmung gestoßen sei.

6

Mit Beschluss vom 29.09.2021 - 5 K 2853/21 - hat das Verwaltungsgericht der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig bis zum 31.10.2021 untersagt, dem Kind der Antragstellerin den Zutritt und die Betreuung in der Kindertagesstätte ... mit der Begründung zu versagen, es müsse an der von der Antragsgegnerin vorgesehenen SARS-CoV-2-PCR-Pooltestung teilnehmen. Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht unter anderem ausgeführt. Die ohne weiteres hinsichtlich der Frage des Zugangs zur streitigen Einrichtung als Mutter antragsbefugte Antragstellerin habe sowohl einen Anordnungsgrund als auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Es mangle der Antragsgegnerin, wie sie selbst einräume, für die in dem Informationsschreiben vom 13.09.2021 angekündigte, verpflichtende PCR-Pooltestung an der wegen der massiven Grundrechtsrelevanz erforderlichen Rechtsgrundlage. Eine Rechtsgrundlage für die verpflichtende Testung

ergebe sich nicht aus der Verordnung des Kultusministeriums über den Betrieb der Kindertageseinrichtungen und Kindertagespflegestellen unter Pandemiebedingungen (Corona-Verordnung Kita - CoronaVO Kita) vom 27.08.2021 in der ab 13.09.2021 geltenden Fassung. Nach § 6 Abs. 5 CoronaVO Kita bestehe lediglich ein Zutritts- und Teilnahmeverbot für das in den Kindertageseinrichtungen und in der Kindertagespflege tätige Personal, sofern es sich näher bezeichneten Tests nicht unterziehe. Ein Zutritts- und Teilnahmeverbot für Kinder ohne Testnachweis bestehe hingegen nicht. Auch dem sonstigen einschlägigen Verordnungsrecht des Landes Baden-Württemberg lasse sich eine solche Rechtsgrundlage nicht entnehmen. Die Antragsgegnerin habe auch keine gegebenenfalls auf § 28a Abs. 1 Nr. 2a bzw. Nr. 16 IfSG, § 20 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 (Corona-Verordnung – CoronaVO) gestützte Allgemeinverfügung zur Regelung eines Zutritts- und Teilnahmeverbotes für Kinder erlassen. Sie habe davon offenbar bewusst, womöglich mit Blick auf die hierfür nicht ohne Weiteres eröffnete Zuständigkeit, abgesehen. Offenbleiben könne, ob und unter welchen Voraussetzungen die Antragsgegnerin ein Zutritts- und Teilnahmeverbot für Kinder, welche nicht an der PCR-Pooltestung teilnehmen, in einer Haus- oder Benutzungsordnung ihrer Kindertageseinrichtungen regeln könnte. Denn die Antragsgegnerin habe auch den von ihr vorgelegten Entwurf einer Änderung bzw. Ergänzung der Hausordnung nicht in Kraft gesetzt.

7

Gegen diesen Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 29.09.2021 - 5 K 2853/21 - wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Beschwerde.

8

Während des Beschwerdeverfahrens hat der Gemeinderat der Antragsgegnerin die eingangs zitierte Benutzungsordnung in der Fassung vom 12.10.2021 beschlossen (im Folgenden: BenO). Der Bürgermeister der Antragsgegnerin hat sie am 13.10.2021 ausgefertigt. Sie wurde am 14.10.2021 verkündet und beansprucht nach ihrem § 19 seit dem 15.10.2021 Geltung. § 10a BenO lautet:

9

10

Zu der ebenfalls am 15.10.2011 eingereichten Begründung ihrer Beschwerde macht die Antragsgegnerin geltend, der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei bereits unzulässig, weil die Antragstellerin nicht dargelegt habe, in eigenen Rechten verletzt zu sein. Anspruchsinhaber des geltend gemachten Betreuungsanspruchs bzw. eines Anspruchs auf Nutzung einer öffentlichen Einrichtung sei nicht sie, sondern, wenn überhaupt, ihr Kind. Der Eilantrag sei außerdem unbegründet. Es bestehe kein Anordnungsanspruch. Weder die Antragstellerin noch ihr Kind hätten einen Anspruch auf Betreuung bzw. Benutzung der Kindertageseinrichtungen der Antragsgegnerin, solange nach § 10a BenO, der im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen sei, ein Zutritts- und Teilnahmeverbot bestehe. Diese Satzungsbestimmung sei auch rechtmäßig. Über die in § 4 Abs. 1 GemO BW verliehene Satzungsautonomie werde ihr (der Antragsgegnerin) das Recht eingeräumt, ihre eigenen Angelegenheiten durch Satzung zu regeln. Sie betreibe ihre Kinderbetreuungseinrichtungen als öffentliche Einrichtungen. Sie sei berechtigt, das „Ob“ und das „Wie“ der Benutzung dieser Einrichtungen durch eine Satzung zu regeln. Von dieser Befugnis habe sie Gebrauch gemacht. Für das in § 10a BenO geregelte Teilnahme- und Betretungsverbot bedürfe es auch keiner speziellen

gesetzlichen Ermächtigung. Insoweit sei klarzustellen, dass durch diese Regelung nicht in erheblicher Weise in die grundrechtsgeschützte Individualsphäre Einzelner eingegriffen werde. Nach § 4 Abs. 1 GemO BW bestehe die Befugnis zum Erlass von Satzungen, soweit die Gesetze keine Vorschriften enthielten. Vorliegend existierten keine gesetzlichen Regelungen, welche die Modalitäten der Nutzung von Kinderbetreuungseinrichtungen, die als öffentliche Einrichtung betrieben würden, abschließend regelten. Sie sei daher aufgrund der durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten kommunalen Selbstverwaltungsgarantie befugt, die Nutzung der von ihr betriebenen öffentlichen Einrichtung als örtliche Angelegenheit in eigener Verantwortung zu regeln. Soweit § 10a BenO ein Zutritts- und Teilnahmeverbot enthalte, sei dies mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar.

11

Die Antragsgegnerin beantragt (sachdienlich gefasst),

12

den Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung unter Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Sigmaringen vom 29.09.2021 - 5 K 2853/21 - abzulehnen.

13

Die Antragstellerin beantragt,

14

die Beschwerde zurückzuweisen.

15

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung und macht unter anderem geltend, sie sei antragsbefugt. Sie sei von der Vorgabe zur Durchführung von PCR-Pooltests unmittelbar nachteilig betroffen, weil ohne Durchführung der Testmaßnahme ihrem Kind der Zutritt zur Kindertageseinrichtung verweigert würde und sie auf seine Betreuung in einer Kindertageseinrichtung aufgrund ihrer Berufstätigkeit und derjenigen ihres Ehemannes dringend angewiesen sei. Außerdem sei sie Inhaberin des Sorgerechts. Es fehle weiterhin an einer Ermächtigungsgrundlage für die von der Antragsgegnerin ergriffene Maßnahme. § 10a BenO genüge dafür nicht. Dort heiße es, dass ein Zutritts- und Teilnahmeverbot für betreute Kinder bestehe, welche nicht jeweils montags und donnerstags an einem PCR-Test teilgenommen hätten. Für eine solche Regelung sei die Antragsgegnerin als Gemeinde nicht zuständig. Zweifel bestünden bereits, ob die Antragstellerin damit eine „Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft“ im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG geregelt habe, denn Voraussetzung hierfür wäre, dass diese in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder einen spezifischen Bezug dazu hätten. Jedenfalls aber habe die Antragstellerin kein allgemeinpolitisches Mandat. § 10a BenO könne auch nicht auf das der Antragstellerin zustehende Hausrecht gestützt werden. Zwar dürfe sie grundsätzlich Zugangs- und Verhaltensregeln für den Aufenthalt in ihren kommunalen Gebäuden bestimmen, aber nur soweit ihre Kompetenz vom Regelungsgehalt auch umfasst sei. Bei einer Benutzungsregelung, welche das Bedürfnis nach Gesundheitsschutz gegen eine Übertragung des Virus SARS-CoV-2 zum Ziel habe, sei sie zum Erlass nutzungsbeschränkender Regelungen nicht ermächtigt, weil dergleichen landesrechtlich zu bestimmen wäre. Anderenfalls hätten es die Kommunen in der Hand, für ihren Wirkungsbereich unterschiedliche Zugangsregelungen zu erlassen, welche, wie hier, zu einer Verschärfung gegenüber der landesrechtlichen Rechtslage führen könnten, aber auch zu einer Abmilderung etwaiger landesrechtlicher Vorschriften. Hinzu komme, dass die Anwendung von § 10a BenO wegen des Nichtbesuchs der Kindertagesstätte einen erheblichen Grundrechtseingriff zur Folge hätte. Es bestünden Bedenken, ob eine Gemeinde im Rahmen der Ortsgesetzgebung über die hinreichende Ermächtigung verfüge, diesen nach Belieben auszugestalten.

16

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen verwiesen.

II.

17

Die Beschwerde der Antragsgegnerin ist unzulässig (1.) und unabhängig davon unbegründet (2.).

18

1. Die Beschwerde ist inzwischen unzulässig. Die Antragsgegnerin ist zwar durch den angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichts weiterhin formell beschwert, weil ihrem erstinstanzlichen Antrag, den Eilantrag der Antragstellerin abzulehnen, in dem Beschluss nicht stattgegeben wurde (vgl. Guckelberger, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl., § 146 Rn. 41 m.w.N.). Der Antragsgegnerin fehlt aber das Rechtsschutzbedürfnis, weil sie durch den Beschluss inzwischen nicht mehr materiell beschwert ist. Denn das Verwaltungsgericht hat die Antragsgegnerin in dem Tenor seiner Entscheidung lediglich bis zum 31.10.2021 zu einem Unterlassen verpflichtet und dieser Zeitraum ist inzwischen verstrichen. Die Antragsgegnerin könnte ihre Rechtsstellung daher durch eine stattgebende Entscheidung des Senats nicht verbessern.

19

Nichts anderes folgt aus dem Umstand, dass sie bereits erstinstanzlich betont hat, an einer Sachentscheidung ein dringendes Interesse zu haben, weil es sich „um eine Grundsatzentscheidung handelt, die allen Kommunen als Träger von Kindertagesstätten Rechtssicherheit bei der Durchführung von Corona-Tests gibt und auch nicht nur (der Antragstellerin), sondern alle Eltern der ...-... Kindertagesstätten betrifft“ (Schriftsatz vom 29.09.2021). Dieses Anliegen ist inhaltlich nachvollziehbar, läuft aber prozessrechtlich auf ein Fortsetzungsfeststellungsbegehren der Antragsgegnerin hinaus. Ein Fortsetzungsfeststellungsantrag ist in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes jedoch grundsätzlich nicht statthaft (vgl. für Fortsetzungsfeststellungsanträge des Antragsgegners bei einseitiger Erledigungserklärung des Antragstellers Senat, Beschl. v. 12.03.1996 - 1 S 2856/95 - VBIBW 1996, 418; allg. zu Eilrechtsverfahren nach § 123 VwGO BVerwG, Beschl. v. 27.01.1995 - 7 VR 16.94 - NVwZ 1995, 586; Senat, Beschl. v. 16.02.2018 - 1 S 305/18 - m.w.N.).

20

2. Die Beschwerde ist unabhängig davon - und war von Anfang an - unbegründet. Die fristgerecht dargelegten Gründe, auf die sich die Prüfung des Senats beschränkt (§ 146 Abs. 4 Satz 3 und 6 VwGO), geben dem Senat keinen Anlass, über den Antrag des Antragstellers auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes abweichend vom Verwaltungsgericht zu entscheiden.

21

Durchgreifende Bedenken gegen die Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung des Verwaltungsgerichts hat die Antragsgegnerin bezogen auf den Zeitpunkt dieser Entscheidung am 29.09.2021 nicht dargelegt (a). Für den Zeitpunkt der vorliegenden Senatsentscheidung gilt im Ergebnis nichts anderes (b).

22

a) Das Verwaltungsgericht hat dem Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung bezogen auf den Zeitpunkt seiner Entscheidung am 29.09.2021 zu Recht stattgegeben. Auf die zutreffende Begründung des Verwaltungsgerichts wird

insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen (§ 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO).

23

Die Antragsgegnerin kann dem insbesondere nicht ihren Einwand entgegenhalten, der Eilantrag der Antragstellerin sei von Anfang an unzulässig gewesen, weil diese nicht antragsbefugt gewesen sei. Es ist nicht offensichtlich und von vornherein nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen (vgl. § 42 Abs. 2 VwGO analog), dass der Antragstellerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zusteht. Es trifft zwar zu, dass Inhaber des von der Antragsgegnerin wohl (nur) in den Blick genommenen Anspruchs aus § 24 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII auf Förderung in einer Tageseinrichtung allein das Kind, nicht hingegen ein Elternteil ist (vgl. Senat, Beschl. v. 13.07.2021 - 1 S 2164/21 -; OVG Bln.-Brbg., Urt. v. 14.08.2019 - OVG 6 B 1.17 - BeckRS 2019, 18395; Winkler, in: Rolfs u.a., BeckOK Sozialrecht, 61. Ed., § 24 SGB VIII Rn. 41 m.w.N.). Dieser Anspruch würde sich im vorliegenden Fall auch nicht gegen die Antragsgegnerin als kreisangehörige Gemeinde, sondern gegen den Landkreis Sigmaringen als Träger der Jugendhilfe richten (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII und § 1 Abs. 1 LKJHG; Senat, Beschl. v. 13.07.2021, a.a.O.; Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB, Stand 09/19, § 24 SGB VIII Rn. 58 m.w.N.). Die Antragsgegnerin übersieht aber, dass die von ihr zunächst ohne normative Verankerung und zuletzt in § 10a BenO getroffene infektionsschützende Maßnahme einen Eingriff nicht nur in die Grundrechte der betroffenen Kinder aus Art. 2 Abs. 1 GG, sondern auch der Eltern bewirkt (vgl. für staatliche Untersagungen des Betriebs von Kindertageseinrichtungen bereits Senat, Beschl. v. 11.05.2020 - 1 S 1216/20 - VB1BW 2020, 414 = juris Rn. 49) und dieser Grundrechtseingriff möglicherweise - im Falle seiner Rechtswidrigkeit - einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch (auch) der zuletzt genannten Grundrechtsträger zur Folge hat (vgl. zur Antragsbefugnis der Eltern für einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO gegen eine Allgemeinverfügung der Ortspolizeibehörde über ein infektionsschutzrechtliches, Kindertageseinrichtungen betreffendes Zutritts- und Teilnahmeverbot für den Fall der Nichtvorlage von Testnachweisen VG Freiburg, Beschl. v. 24.06.2021 - 7 K 1948/21 - juris; nachgehend Senat, Beschl. v. 13.07.2021, a.a.O.).

24

b) Die von der Antragsgegnerin dargelegten Gründe geben auch keinen Anlass, über den im Zeitpunkt der Entscheidung des Verwaltungsgerichts zulässigen und begründeten Eilantrag der Antragstellerin im Zeitpunkt der vorliegenden Senatsentscheidung anders zu entscheiden. Er ist nach wie vor zulässig und begründet. Die Antragstellerin hat insbesondere weiterhin einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Ihr steht insbesondere der geltend gemachte Unterlassungsanspruch weiterhin zu. Daran ändert der während des Beschwerdeverfahrens nachträglich eingetretene und erstmals vorgetragene, gleichwohl zu berücksichtigende (vgl. Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO, 41. Erg.-Lfg., § 126 Rn. 13c m.w.N.) Umstand nichts, dass die Antragsgegnerin inzwischen § 10a BenO normiert hat.

25

Der allgemeine öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch, der in § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB wurzelt und allgemein anerkannt ist (BVerwG, Beschl. v. 27.03.1996 - 8 B 33.96 - Buchholz 415.1 Allg. KommR Nr. 133), setzt voraus, dass ein rechtswidriger hoheitlicher Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen droht. Die Grundrechte schützen den Grundrechtsträger vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen jeder Art, so dass er, wenn ihm eine derartige Rechtsverletzung droht, gestützt auf das jeweilige Grundrecht Unterlassung verlangen kann (BVerwG, Urt. v. 21.05.2008 - 6 C 13.07 - BVerwGE 131; BayVG, Urt. v. 22.10.2015 - 10 B 15.1320 - juris; zum Unterlassungsanspruch gegen Äußerungen in einer amtlichen Publikation auch Senat, Beschl. v. 24.11.2006 - 1 S 2321/05 - VB1BW 2007, 340).

26

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat die Antragstellerin glaubhaft gemacht.

27

aa) Die von ihr beanstandete Maßnahmen greift jedenfalls in ihr Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ein (vgl. oben a)) und solange die Antragsgegnerin die Maßnahme - wie aktuell - nicht zu beenden bereit ist, droht der Eingriff auch künftig fortzubestehen.

28

bb) Der Eingriff in das genannte Grundrecht ist rechtswidrig. Der Antragsgegnerin fehlt es hierfür nach wie vor an einer ausreichenden Rechtsgrundlage. Die in Betracht kommenden infektionsschutzrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen stehen ihr mangels Zuständigkeit nicht zur Verfügung (1). Der von ihr zuletzt in Anspruch genommene § 10a BenO ist nicht wirksam, weil er seinerseits auf keiner ausreichenden gesetzlichen Rechtsgrundlage beruht (2). Unabhängig davon erweist sich die Regelung als unverhältnismäßig - nicht erforderlich -, weil die Antragsgegnerin selbst Kindern, die nicht an der PCR-Pool-Testung teilnehmen, aber genesen und geimpft sind, keinen gebundenen Zugangsanspruch einräumt, sondern diesen, insoweit auch abweichend von den Wertungen der Corona-Verordnung der Landesregierung, unter Ermessensvorbehalt stellt (3).

29

(1) Auf Bestimmungen aus dem Infektionsschutzgesetz oder dem auf seiner Grundlage gemäß § 32 Satz 1 und 2 IfSG erlassenen Verordnungsrecht hat die Antragsgegnerin die Anordnung der PCR-Pool-Testung als Zugangsvoraussetzung für die Kindertageseinrichtungen nicht gestützt. Für die Durchführung des Infektionsschutzrechts wäre sie gegenwärtig - wovon sie selbst ausgeht - auch nicht zuständig.

30

Die Verordnung des Kultusministeriums über den Betrieb der Kindertageseinrichtungen und Kindertagespflegestellen unter Pandemiebedingungen (Corona-Verordnung Kita - CoronaVO Kita) wurde am 03.10.2021 neu erlassen und beansprucht in dieser Fassung seit dem 04.10.2021 Geltung. Sie normiert von Sonderfällen abgesehen weiterhin kein Zutrittsverbot für Kinder, die keinen Testnachweis vorlegen, sondern stellt den Zugang zu den Einrichtungen nur für das dort tätige Personal sowie für Personen, die nicht in den Einrichtungen betreut werden und nicht zum Personal gehören, unter den Vorbehalt von Testnachweisen (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 5 und 6 CoronaVO Kita). Die genannte Verordnung enthält auch keine Rechtsgrundlagen, die Einrichtungsträger zum Erlass von weitergehenden Maßnahmen ermächtigt.

31

Die Antragsgegnerin vermag sich auch nicht auf § 20 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 (Corona-Verordnung - CoronaVO) vom 15.09.2021 in der Fassung der Zweiten Änderungsverordnung vom 20.10.2021, die seit dem 28.10.2021 Geltung beansprucht, stützen.

32

§ 20 Abs. 1 Satz 1 CoronaVO bestimmt, dass das „Recht der zuständigen Behörden, weitergehende Maßnahmen zum Schutz vor Infektionen zu erlassen, (...) von dieser Verordnung und aufgrund dieser Verordnung erlassenen Verordnungen unberührt“ bleibt. Auf der Grundlage dieser Rechtsgrundlage können die „zuständigen Behörden“ auch - insoweit anders als die Antragstellerin meint - über die CoronaVO Kita hinausgehende Maßnahmen zum Infektionsschutz in Kindertageseinrichtungen

verfügen, wenn die weiteren Voraussetzungen aus §§ 28, 28 IfSG vorliegen (vgl. zu einer entsprechenden Allgemeinverfügung der damals zuständigen Ortpolizeibehörde Senat, Beschl. v. 13.07.2021, a.a.O., und vorgehend VG Freiburg, Beschl. v. 24.06.2021, a.a.O.). Die Antragsgegnerin ist jedoch im vorliegenden Fall keine „zuständige Behörde“ im Sinne von § 20 Abs. 1 Satz 1 CoronaVO. Die diesbezüglichen Zuständigkeiten hat das Sozialministerium in seiner Verordnung über Zuständigkeiten nach dem Infektionsschutzgesetz vom 19.07.2007 (GBl. S. 361) in der Fassung von § 1 der Verordnung vom 14.09.2021 (GBl. S. 798) geregelt (im Folgenden: IfSG-ZuVO). Danach ist zwar, soweit sich die Zuständigkeit nicht aus anderen Rechtsvorschriften ergibt, grundsätzlich die Ortpolizeibehörde, mithin die Gemeinde (vgl. § 107 Abs. 4 Satz 1 PolG), zuständig (vgl. § 1 Abs. 6 Satz 1 IfSG-ZuVO). Im Falle einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite im Sinne von § 5 IfSG und des Überschreitens eines Schwellenwertes von 50 neu gemeldeten SARS-CoV-2-Fälle pro 100.000 Einwohner in den vorangehenden sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) innerhalb eines Stadt- oder Landkreises ist jedoch gemäß § 1 Abs. 6a Satz 1 IfSG-ZuVO abweichend von § 1 Abs. 6 Satz 1 IfSG-ZuVO das Gesundheitsamt für Maßnahmen nach den §§ 16, 17, 28, 28a und 31 IfSG zur Bekämpfung dieses Infektionsgeschehens zuständig, soweit keine speziellere Regelung besteht. Da diese Voraussetzungen aktuell erfüllt sind, könnte nur das Gesundheitsamt - d.h. das Landratsamt Sigmaringen als untere Verwaltungsbehörde (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 3 Abs. 1 Satz 1 ÖGDG i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 1 LVwG) -, nicht aber die Antragsgegnerin gestützt auf §§ 28, 28a IfSG i.V.m. § 20 Abs. 1 Satz 1 CoronaVO infektionsschutzrechtliche Maßnahmen wie die hier beanstandeten treffen.

33

(2) Eine Rechtsgrundlage für diese Maßnahmen bietet auch nicht die von der Antragsgegnerin während des Beschwerdeverfahrens selbst geschaffene satzungsrechtliche Bestimmung in § 10a BenO. Diese Vorschrift ist nicht wirksam, weil sie ihrerseits auf keiner ausreichenden gesetzlichen Rechtsgrundlage beruht. Die Antragsgegnerin hat die genannte Satzungsbestimmung allein auf § 4 Abs. 1 GemO BW gestützt. Diese die Satzungshoheit der Gemeinden aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 71 Abs. 1 LV konkretisierende Vorschrift genügt für die in § 10a BenO enthaltenen Regelungen, namentlich das dort in Absatz 1 normierte Zutritts- und Teilnahmeverbot, auch in Verbindung mit § 10 Abs. 2 GemO BW nicht.

34

Nach § 10 Abs. 2 Satz 1 und 2 GemO BW schafft die Gemeinde in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen. Die Einwohner sind im Rahmen des geltenden Rechts berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde nach gleichen Grundsätzen zu benutzen. Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 GemO BW können die Gemeinden die weisungsfreien Angelegenheiten durch Satzung regeln, soweit die Gesetze keine Vorschriften enthalten.

35

Die Antragsgegnerin betreibt die in Rede stehenden Kindertageseinrichtungen einschließlich des von dem Sohn der Antragstellerin besuchten Kindergartens als öffentliche Einrichtung (vgl. § 1 BenO und allg. dazu VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 15.03.2018 - 12 S 1644/18 - juris, m.w.N.). Sie ist gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO BW dem Grunde nach dazu berechtigt, die Benutzung dieser öffentlichen Einrichtungen - wie dies für alle solche Einrichtungen gilt - durch Satzung zu regeln (vgl. Senat, Beschl. v. 25.09.1997 - 1 S 1261/97 - VB1BW 1998, 58). Die konkrete rechtliche Gestaltung des Benutzungsverhältnisses und die Festlegung der den Benutzern der öffentlichen Einrichtung obliegenden Rechte und Pflichten unterliegt dabei grundsätzlich der autonomen Regelung durch die Antragsgegnerin. Dieses Regelungsbefugnis wird allerdings begrenzt durch den Einrichtungszweck sowie durch höherrangiges Recht (vgl.

Senat, Beschl. v. 25.09.1997, a.a.O., m.w.N., und zu Letzterem § 4 Abs. 1 Satz 1 GemO BW: „soweit die Gesetze keine Vorschriften enthalten“).

36

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei § 4 Abs. 1 GemO BW nur um eine allgemein für den Bereich der weisungsfreien Aufgaben geltende Generalermächtigung handelt. Diese ist zwar im Grundsatz bestimmt genug, da es nach dem Willen des Verfassungsgebers der Gemeinde überlassen bleiben soll, über Inhalt, Zweck und Ausmaß der jeweiligen Regelungsmaterie zu entscheiden (vgl. grdl. BVerwG, Urt. v. 07.03.1958 - VII C 84.57 - NJW 1958, 960). Führt die Satzung nach ihrem Inhalt jedoch zu Eingriffen in Freiheitsgrundrechte oder in das Eigentum, ist grundsätzlich eine bereichsspezifische Ermächtigung, also eine über § 4 Abs. 1 GemO BW hinausgehende spezialgesetzliche Rechtsgrundlage erforderlich (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 - 8 CN 1.12 - BVerwGE 148, 133, m.w.N.; Pflumm, in: Dietlein/Pautsch, BeckOK Kommunalrecht Bad.-Württ., 15. Ed., § 4 Rn. 5; Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Bad.-Württ., Bd. 1, 21. Lfg., § 4 Rn. 3 bis 5, m.w.N.). Hiervon ausgehend kann § 4 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO BW eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für Regelungen sein, die „nur“ in das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit eingreifen und bei denen das Gewicht des Eingriffs nicht groß ist. Davon ist der Senat im Ergebnis in dem Fall einer satzungsrechtlichen Benutzungsordnung für einen kommunalen Sportboothafen ausgegangen. Er hat dazu hervorgehoben, dass es sich bei dem Sportboothafen um eine Freizeiteinrichtung handelt, der Gemeinde als Betreiberin in diesem Fall ein weitgehender Gestaltungsspielraum zustehe und dass allgemein gelte: „Je weniger die Nutzer auf die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung angewiesen sind, um so größer ist der Gestaltungsspielraum“ (Senat, Beschl. v. 25.09.1997, a.a.O.). Als Ermächtigungsgrundlage nicht ausreichend sind die § 4 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO BW hingegen grundsätzlich für schwerwiegendere oder in spezielle Freiheitsgrundrechte bewirkte Eingriffe (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.10.2013, a.a.O., für Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit von Steinmetzen aus Art. 12 Abs. 1 GG durch satzungsrechtliche Vorgaben, wonach auf einem Friedhof nur Grabmale aufgestellt werden dürfen, die ohne ausbeuterische Kinderarbeit hergestellt wurden; ebenso VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 15.12.1992 - 10 S 305/92 - NVwZ 1993, 388, für satzungsrechtliche, in das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG eingreifende Betretungsrechte betreffend private Grundstücke <„Müllbeauftragter“>; vgl. auch Senat, Beschl. v. 09.12.201 - 1 S 2580/19 - ESVGH 70, 185, zu einem Art. 12 Abs. 1 GG tangierenden sog. Wildtierverschmelzung für Zirkusgastspiele auf einem kommunalen Festplatz).

37

Ausgehend von diesen Grundsätzen bietet § 4 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO BW keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für die in § 10a BenO getroffenen Regelungen, weil das dort normierte Zugangs- und Teilnahmeverbot für Kinder, die nicht an der PCR-Pool-Testung teilnehmen, erhebliche Eingriffe in die Grundrechte der betroffenen Kinder und ihrer Eltern aus Art. 2 Abs. 1 GG bewirken.

38

Bei einer Kindertageseinrichtung handelt es sich zwar um öffentliche Einrichtungen, die der Nutzer - insoweit ähnlich wie in dem oben genannten „Sportboothafen“-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt - freiwillig und zum eigenen Vorteil bzw. dem seiner Eltern besucht. Der durch § 10a BenO bewirkte Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der Kinder und Eltern ist gleichwohl mit einem wesentlich größeren Gewicht zu bemessen als Eingriffe im Bereich etwa von freiwillig besuchten öffentlichen Einrichtungen, die der Freizeitgestaltung dienen. Der Senat hat bereits zu Beginn der Corona-Pandemie in einem Fall, in dem sich der Vater eines „Kita-Kindes“ gegen die damals durch § 1a Var. 3 i.V.m. § 1b CoronaVO in der Fassung vom 09.05.2020 erfolgte Schließung von Kindertageseinrichtungen gewandt hatte, ausgeführt, dass der dadurch

bewirkte Eingriff „von erheblichem Gewicht (ist). Der Antragsteller hat zwar keine existenziellen Beeinträchtigungen, aber immerhin nachvollziehbar dargelegt, dass er derzeit auf keine anderen Betreuungsmöglichkeiten ausweichen kann und deshalb durch die Notwendigkeit, seine Kinder zuhause oder am jeweiligen Arbeitsplatz selbst zu betreuen, bestimmte berufliche Tätigkeiten teils ‚wenig produktiv‘ und teils zeitweise gar nicht ausüben kann“ (Senat, Beschl. v. 11.05.2020, a.a.O.). Hieran hält der Senat fest. Für die Gewichtung des Grundrechtseingriffs als „erheblich“ spricht zusätzlich, dass auch der Bundesgesetzgeber dem Interesse an der Nutzung von Kindertageseinrichtungen durch die Normierung des Anspruchs von Kindern auf Förderung in einer Tageseinrichtung, der sich zwar in erster Linie gegen den Träger der Jugendhilfe richtet (s.o.), zu dessen Verwirklichung aber auch die Gemeinden heranzuziehen sind (§ 3 Abs. 1 Satz 2 KiTaG), einen hohen Stellenwert eingeräumt hat (vgl. erneut § 24 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII). Das gilt umso mehr, als der Gesetzgeber ausdrücklich vorgegeben hat, dass Tageseinrichtungen nicht nur die Entwicklung des Kindes zu einer selbstbestimmten, eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit fördern sowie die Erziehung und Bildung in der Familie unterstützen und ergänzen, sondern auch dazu dienen sollen, „den Eltern dabei (zu) helfen, Erwerbstätigkeit, Kindererziehung und familiäre Pflege besser miteinander vereinbaren zu können“ (§ 22 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII). Dem entspricht es, dass auch der Gesetzgeber des Infektionsschutzgesetzes im Zuge der Pandemie zunehmend darum bestrebt war, der erkennbar besonders hoch bewerteten Bedeutung von (unter anderem) Kindertageseinrichtungen Rechnung zu tragen (vgl. § 28a Abs. 6 Satz 3 IfSG).

39

Davon ausgehend reicht die allgemeine Satzungsermächtigung in § 4 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO BW nicht als Rechtsgrundlage für satzungsrechtliche Bestimmungen aus, die zu Eingriffen in der Gestalt von Zutritts- und Teilnahmeverboten führen, welche die Inanspruchnahme des vom Bundesgesetzgeber im Interesse der Kinder und ihrer Eltern gewährten Betreuungsanspruchs im Ergebnis ausschließen und die nach dem zuvor Gesagten als erhebliche (Senat, Beschl. v. 11.05.2020, a.a.O.) Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) von Eltern und Kindern zu bewerten sind. Dieses Ergebnis bedeutet nicht, dass in Bezug auf eine Kindertageseinrichtung keine infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen - auch in der Gestalt von PCR-Testnachweispflichten - zulässig wären. Solche Maßnahmen sind beim Vorliegen der materiell-rechtlichen Voraussetzungen aus §§ 28, 28a, 32 IfSG dem Grunde nach möglich (vgl. zu einer entsprechenden Allgemeinverfügung der damals zuständigen Ortspolizeibehörde erneut Senat, Beschl. v. 13.07.2021, a.a.O.; VG Freiburg, Beschl. v. 24.06.2021, a.a.O.). Aus dem zuvor Gesagten folgt lediglich, dass eine Gemeinde solche Maßnahmen nicht allein gestützt auf § 4 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO BW treffen kann, sondern dazu wegen der Eingriffsintensität auf der Grundlage des Infektionsschutzrechts bei niedrigen Inzidenzen in dann eigener Zuständigkeit als Ortspolizeibehörde handeln oder andernfalls an das Landratsamt - Gesundheitsamt - als zuständige Behörde herantreten muss (vgl. oben und erneut § 1 Abs. 6 und 6a IfSG-ZuVO).

40

(3) Unabhängig davon, dass § 4 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 GemO BW nicht als Ermächtigungsgrundlage für § 10a BenO ausreicht, ist diese Vorschrift auch deshalb nicht in jeder Hinsicht mit höherrangigem Recht vereinbar (vgl. Senat, Beschl. v. 25.09.1997, a.a.O., m.w.N., und zu Letzterem § 4 Abs. 1 Satz 1 GemO BW: „soweit die Gesetze keine Vorschriften enthalten“), weil sie sich als unverhältnismäßig erweist.

41

Die Antragsgegnerin hat in § 10a Abs. 4 Halbs. 1 BenO geregelt, dass Kindern, die nicht an der PCR-Pool-Testung teilnehmen, ein Zugang zur Einrichtung selbst dann nur gewährt werden „kann“, wenn sie geimpft oder genesen sind. Die Eröffnung von

Ermessen widerspricht der Wertung der CoronaVO, dass Geimpfte und Genesene entsprechende gebundene Zugangsansprüche - und nicht lediglich Ansprüche auf ermessensfehlerfreie Entscheidungen - haben (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. z.B. § 10 Abs. 1 CoronaVO). Diese Wertung der CoronaVO trägt dem verfassungsrechtlichen, im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung. Denn eine Regelung, die selbst geimpften und genesenen Personen keinen gebundenen, sondern nur einen unter Ermessensvorbehalt gestellten Zugangsanspruch vermittelt, ist nicht erforderlich und deshalb unverhältnismäßig.

42

Lediglich zur Klarstellung weist der Senat darauf hin, dass darüber hinausgehende Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der getroffenen Regelungen gemessen an der ständigen Senatsrechtsprechung zu infektionsrechtlichen Testnachweispflichten ausgehend vom aktuellen Stand der Pandemie nicht bestehen (vgl. zuletzt zur Warn- und Alarmstufe im Sinne von § 1 Abs. 2 CoronaVO Senat, Beschl. v. 15.11.2021 - 1 S 3295 -).

43

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

44

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1 und 2 GKG (in Anlehnung an Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs der Verwaltungsgerichtsbarkeit).

45

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