

Az.: 3 B 105/21



# SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

## Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des

- Antragstellerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Freistaat Sachsen  
vertreten durch das Sächsische Staatsministerium

für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt  
Albertstraße 10, 01097 Dresden

- Antragsgegner -

prozessbevollmächtigt:

wegen

§ 5a Abs. 5 SächsCoronaSchVO vom 5. März 2021  
hier: Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO

hat der 3. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Freiherr von Welck, den Richter am Oberverwaltungsgericht Heinlein sowie die Richterinnen am Oberverwaltungsgericht Nagel, Schmidt-Rottmann und Dr. Helmert

am 31. März 2021

### **beschlossen:**

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 5.000 € festgesetzt.

### **Gründe**

- 1 Die Antragstellerin ist Schülerin an einer Schule im Freistaat Sachsen. Sie verfolgt mit ihrem Eilantrag gemäß § 47 Abs. 6 VwGO das Ziel, § 5a Abs. 5 Satz 1 der Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 und COVID-19 (Sächsische Corona-Schutz-Verordnung - SächsCoronaSch-VO) vom 5. März 2021 (SächsGVBl. S. 287) einstweilen außer Vollzug zu setzen. Die Sächsische Corona-Schutz-Verordnung hat - soweit hier streitgegenständlich - nachfolgenden Wortlaut:

#### **„§ 5a**

#### **Betriebseinschränkungen für Einrichtungen der Kindertagesbetreuung und Schulen (...)**

(5) Ab dem 15. März 2021 ist Personen, mit Ausnahme von Schülerinnen und Schülern der Primarstufe, der Zutritt zum Gelände von Schulen untersagt, wenn sie nicht durch eine ärztliche Bescheinigung oder durch einen Test auf das Coronavirus SARS-CoV-2 mit negativem Testergebnis nachweisen, dass keine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besteht. Die Ausstellung der ärztlichen Bescheinigung und die Durchführung des Tests dürfen nicht länger als drei Tage, für Schülerinnen und Schüler nicht länger als eine Woche zurückliegen. Das Zutrittsverbot nach Satz 1 gilt nicht, wenn unmittelbar nach dem Betreten des Geländes der Schule ein Test auf das Coronavirus SARS-CoV-2 durchgeführt wird. Das Zutrittsverbot nach Satz 1 gilt nur für diejenigen Schulen, in denen Selbsttestkits für schulisches Personal, Hortpersonal sowie, mit Ausnahme der Primarstufe, Schülerinnen und Schüler in hinreichender Zahl vorliegen. Sofern ein Zutrittsverbot nach Satz 1 gilt, sind im Eingangsbereich des Geländes der Schule entsprechende Hinweise anzubringen. (...)

## § 12

## Inkrafttreten, Außerkrafttreten

(1) Diese Verordnung tritt am 8. März 2021 in Kraft.

(2) Diese Verordnung tritt mit Ablauf des 31. März 2021 außer Kraft.“

2 Der zulässige Antrag ist nicht begründet.

3 Gemäß § 47 Abs. 6 VwGO kann das Oberverwaltungsgericht die Anwendung der Verordnung des Antragsgegners vorübergehend außer Vollzug setzen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Da sich der Wortlaut der Vorschrift an § 32 BVerfGG anlehnt, sind die vom Bundesverfassungsgericht hierzu entwickelten Grundsätze (BVerfG, Beschl. v. 8. November 1985 - 1 BvR 1290/85 -, juris Rn. 10, und v. 8. November 1994 - 1 BvR 1814/94 -, juris Rn. 21) auch bei § 47 Abs. 6 VwGO heranzuziehen. Als Entscheidungsmaßstab dienen die Erfolgsaussichten eines anhängigen oder möglicherweise nachfolgenden Hauptsacheverfahrens. Ergibt die Prüfung, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO nicht geboten. Ist hingegen voraussichtlich von einem Erfolg des Normenkontrollantrags auszugehen, wird die angegriffene Norm einstweilen außer Vollzug zu setzen sein, wenn der (weitere) Vollzug der angegriffenen Norm bis zum Ergehen einer Hauptsacheentscheidung Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange der Antragstellerin, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für die Antragstellerin günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist. Erweisen sich die Erfolgsaussichten in der Hauptsache als offen, sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, eine Hauptsache aber Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abzuwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, einem anhängigen oder möglicherweise nachfolgenden Normenkontrollantrag aber der Erfolg zu versagen wäre. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, also so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist (SächsOVG, Beschl. v. 15. April 2020 - 3 B 114/20 -, juris Rn. 11 und Beschl. v. 15. März 2018 - 3 B 82/18 -, juris Rn. 16 m. w. N.). Mit diesen Voraussetzungen stellt § 47 Abs. 6 VwGO an die Aussetzung des Vollzugs einer untergesetzlichen Norm erheblich strengere Anforderungen als § 123 VwGO sie sonst

an den Erlass einer einstweiligen Anordnung stellt (BVerwG, Beschl. v. 18. Mai 1998 - 4 VR 2.98 -, juris Rn. 3).

- 4 Unter Anwendung dieser Grundsätze hat der Antrag auf vorläufige Außervollziehung von § 5a Abs. 5 Satz 1 SächsCoronaSchVO keinen Erfolg, da die angegriffene Vorschrift im Normenkontrollverfahren voraussichtlich standhalten wird. Auch eine Interessenabwägung geht zu Lasten der Antragstellerin aus. Zur näheren Begründung nimmt der Senat auf seinen Beschluss vom 19. März 2021 (- 3 B 81/21 -, in Entscheidungsdatenbank des Sächsischen Obergerichtes eingestellt) Bezug. Dort hat er insbesondere zur Vereinbarkeit der in Bezug genommenen Verordnungsermächtigung mit Art. 80 GG, den Voraussetzungen der § 32 Satz 1, § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie § 28a Abs. 1 Nr. 16, Abs. 3 und Abs. 6 IfSG für den Erlass der angegriffenen Regelung, zur Bestimmtheit von § 5a Abs. 5 SächsCoronaSchVO und zu dessen Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 3 GG, Art. 7 Abs. 1, Art. 102 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Abs. 2 SächsVerf Stellung genommen.
- 5 Das Vorbringen der Antragstellerin in den Schriftsätzen vom 15. und 24. März 2021 zu ihrer Kontraindikation für Testungen mit Nasenabstrich und ihre Rügen im Hinblick auf die Rechtsgrundlage für § 5a SächsCoronaSchVO sowie im Hinblick auf die Bestimmtheit der Vorschrift, ihre Verhältnismäßigkeit und die Einhaltung der Vorgaben für Heileingriffe rechtfertigen keine abweichende Entscheidung.
- 6 Soweit die Antragstellerin der Auffassung ist, auch ein Selbsttest im Sinne des § 5a Abs. 5 Satz 4 SächsCoronaSchVO sei jedenfalls bei ihr mit einem Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verbunden, kann ihr der Senat nicht folgen. Der Senat hat in seinem o.a. Beschluss festgestellt, dass § 5a Abs. 5 SächsCoronaSchVO, soweit hiermit eine Verpflichtung zu einem Test auf das Coronavirus normiert werde, nicht den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG berühre. Denn der Nachweis, nicht vom Virus infiziert zu sein, könne auch mit einem sogenannten Selbsttest erbracht werden, der aller Voraussicht nach nicht mit Beeinträchtigungen verbunden sei, die in ihren Wirkungen körperliche Schmerzen hervorriefen. Dies gelte ohne Rücksicht darauf, ob Spuk-, Lollytests oder solche Tests Anwendung fänden, bei denen ein Abstrich im vorderen Nasenbereich erfolge. Das Vorbringen der Antragstellerin gibt dem Senat keinen Anlass, diese Einschätzung zu relativieren. Hierbei berücksichtigt er auch den vorgelegten Befundbericht des Kopfzentrums Leipzig vom 12. März 2021 und die vorgelegte Fotografie, auf der die Antragstellerin mit einer blutenden Nase zu sehen ist. Daraus lassen sich keine hinreichenden Anhaltspunkte

ersehen, dass ein Selbsttest, bei dem ein Abstrich im vorderen Nasenbereich erfolgt, grundsätzlich mit Schmerzen und Nasenbluten verbunden ist. In dem Befundbericht wird insbesondere darauf hingewiesen, dass die Gefäße der Antragstellerin am „Loc. Kiessel.“ (gemeint dürfte wohl Locus Kiesselbachi sein) erweitert seien und keine aktive Blutung feststellbar sei. Dass die Vornahme von solchen Selbsttests durch Personen, bei denen die in Rede stehenden Gefäße erweitert sind, grundsätzlich beachtliche Schmerzen oder Nasenbluten bekommen, geht hieraus und aus der vorgelegten Fotografie nicht hervor. Dessen ungeachtet räumt der Senat die Möglichkeit ein, dass gerade Kinder den in Rede stehenden Selbsttest unsachgemäß durchführen und es deshalb im Einzelfall zu leichten Verletzungen kommen kann. Bei der Frage, ob der Schutzbereich des Grundrechts auf die körperliche Unversehrtheit eröffnet ist, kommt es aber maßgeblich darauf an, welche Wirkungen ein Selbsttest bei sachgemäßer Anwendung im Regelfall hat. Atypische Fälle sind nicht beachtlich. Beachtliche Wirkungen der in Rede stehenden Selbsttests sind in Bezug auf das Schutzgut des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit im Allgemeinen nicht zu erwarten (<https://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2021-03/corona-selbsttests-kinder-eltern-anleitung-guide#so-genau-ist-das-ergebnis>). Das gilt auch in Bezug auf Selbsttests, die mit einem Abstrich im vorderen Nasenbereich verbunden sind.

- 7 Soweit die Antragstellerin auf die Gefahr falsch-positiver Tests verweist, ergeben sich hieraus voraussichtlich weder Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage noch begründet dies eine Unverhältnismäßigkeit der u. a. mit § 5a SächsCoronaSchVO verfolgten breiten Teststrategie des Antragsgegners (vgl. Beschl. des Senats v. 30. März 2021 - 3 B 83/21 -). Zwar trifft es zu, dass statistisch ein breites, nicht anlass- oder symptombezogenes Testen - je seltener eine Erkrankung auftritt, je öfter - damit einhergeht, dass von der sich nach Sensitivität und Spezifität des Tests ergebenden Gesamtanzahl positiver Tests ein höherer Anteil falsch-positiv ist (vgl. für ein Berechnungsbeispiel [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Infografik\\_Antigentest\\_PDF.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Infografik_Antigentest_PDF.pdf?__blob=publicationFile)). Hierbei schließen sich auch an falsch-positive Schnell- oder Selbsttests regelmäßig bis zum Abschluss einer anschließenden PCR-Testung für die Betroffenen Quarantänemaßnahmen an. Diese statistisch je nach konkreter Pandemielage in unterschiedlich ausgeprägtem Ausmaß erwartbaren Auswirkungen anlassloser breiter Testungen führen indes nicht dazu, dass die verfolgte Teststrategie vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst festzulegen wäre. Die Teststrategie ist eines der Bestandteile des Konzepts der Pandemiebekämpfung, das gerade in hohem Maße von den sich wandelnden aktuellen Rahmenbedingungen, den Entwicklungen wissenschaftlicher Erkenntnis und technischen Fortschritts

sowie der vorhandenen Kapazitäten abhängig ist. Die Ausgestaltung dieser Strategie darf der parlamentarische Gesetzgeber daher der Exekutive vorbehalten. Das Risiko unberechtigter Quarantänemaßnahmen für falsch-positiv Getestete ist seiner Wahrscheinlichkeit und seinem Gewicht nach zudem auch selbst bei breiten Testungen nicht so hoch, dass dieser Aspekt der Teststrategie eine eigene Entscheidung des Gesetzgebers erfordern würde. Das Risiko für Getestete, bei einer Testung überhaupt ein falsch-positives Resultat zu erhalten, bemisst sich nach der Spezifität der Tests und ist gering. An einen positiven Schnell- oder Selbsttest schließt sich zudem, jedenfalls wenn nicht der Betroffene selbst hierauf verzichtet, eine PCR-Testung an, die innerhalb weniger Tage ein falsch-positives Ergebnis korrigieren kann. Der Betroffene hat es deshalb in der Hand, dass eine sich ex-post als unberechtigt erweisende Quarantäne jedenfalls wenige Tage nicht überschreitet. Die Folgen falsch-positiver Testungen gehen damit nicht über das hinaus, was derzeit etwa angesichts der sehr leichten Übertragbarkeit von COVID-19 ohnehin bei jeder Atemwegserkrankung vorsorglich von der Bevölkerung gefordert und in aller Regel auch eingehalten wird. Dass auch ein breites Testen dem Willen des parlamentarischen Gesetzgebers durchaus entspricht, zeigt im Übrigen auch die Regelung des § 36 Abs. 10 Nr. 1c IfSG. Diese Teststrategie begründet voraussichtlich auch keine unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffe. Dieser Bewertung lässt sich voraussichtlich insbesondere nicht entgegenhalten, dass das RKI in seiner nationalen Teststrategie ein gezieltes Testen empfiehlt und, soweit ersichtlich, keine Empfehlung für Massentestungen ausspricht. Die Empfehlung des RKI für ein gezieltes Testen beruht auf den Erwägungen, dass so ausreichende Testkapazität für die Versorgung von symptomatischen COVID-19-Fällen und zum Schutz vulnerabler Gruppen sichergestellt werden soll, dass Testen ohne begründeten Verdacht das Risiko falsch-positiver Ergebnisse erhöht sowie dass es zu einem falschen Sicherheitsgefühl führt, welches sich seinerseits für die Weiterverbreitung des Virus problematisch auswirken kann (vgl. RKI, Nationale Teststrategie – wer wird in Deutschland auf das Vorliegen einer SARS-CoV-2 Infektion getestet?, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Teststrategie/Nat-Teststrat.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Teststrategie/Nat-Teststrat.html)). Inwieweit ausreichende Testkapazitäten für ein breites Testen auf dem Markt zur Verfügung stehen, unterliegt jedoch der originären tatsächlichen Einschätzungsprärogative des Verordnungsgebers. Dem befürchteten falschen Sicherheitsgefühl falsch-negativ Getesteter wird zudem durch intensive Informationsarbeit entgegengewirkt, die insbesondere betont, dass auch ein negatives Testergebnis nur eine Momentaufnahme ist und nicht von Hygiene- und Schutzmaßnahmen entbindet. Die Abwägung, ob die epidemiologischen Vorteile eines mittels Massentestungen breiter möglichen Ermittels auch

asymptomatischer Infizierter gegenüber den danach noch verbleibenden Gefahren einer mangelnden Beachtung der Schutzmaßnahmen nach nur falsch-negativen Tests überwiegen, obliegt ebenfalls dem normgeberischen Beurteilungsspielraum des Antragsgegners und ist hier nicht offensichtlich fehlsam getroffen worden. Auch die Problematik vermehrter falsch-positiver Ergebnisse bei breit und anlasslos angewendeten Selbsttests und Schnelltests wird mit der verfolgten Test-strategie durch eine dann nachgelagerte PCR-Testung in zumutbarer Weise gelöst. Zwar trifft es, wie ausgeführt, zu, dass die vom Antragsgegner nun verfolgte breite Teststrategie in höherem Maße als eine anlassbezogene Testung das Risiko begründet, dass sich Personen nach einem falsch-positiven Selbsttest oder Schnelltest zunächst für einen kurzen Zeitraum - rückblickend betrachtet objektiv zu Unrecht - in Quarantäne begeben müssen, bis der PCR-Test durchgeführt ist. Indes überwiegen diese zwar gewichtigen, aber letztlich doch begrenzten Nachteile und Erschwernisse für eine kleine Gruppe von Betroffenen nicht gegenüber den vom Normgeber verfolgten öffentlichen und subjektiven Interessen, mittels dieser breiten Teststrategie unter Wahrung des Gesundheitsschutzes die bereits mehrere Monate andauernden gravierenden Grundrechtseingriffe für die von Schließungen betroffenen breiten Wirtschafts- und Gesellschaftsbereiche zurücknehmen bzw. Öffnungen aufrecht erhalten zu können.

8 Die Behauptung der Antragstellerin, durch derartige falsch-positive Tests werde die Inzidenzstatistik des Landkreises verfälscht werden, welche wieder als Rechtfertigung für andere Schließungen herangezogen werde, ist unzutreffend. In den Fallzahlen und den daraus berechneten 7-Tage-Inzidenzen in Deutschland werden vom RKI vielmehr nur COVID-19-Fälle veröffentlicht, bei denen ein labordiagnostischer Nachweis mittels Nukleinsäurenachweis (z.B. PCR) oder Erregerisolierung vorliegt (RKI, Fallzahlen und Meldungen, Stand: 18. März 2021). Es trifft ebenfalls nicht zu, dass die Anzahl der Schwererkrankten und Intensivpatienten nur schwach linear und gar nicht anwachse. Die Belastung der Intensivstationen mit COVID-19-Patienten ist im Gegenteil bereits wieder deutlich gestiegen und nähert sich wieder dem kritischen Wert, ab dem die Kapazitäten ausgeschöpft sind. Bereits für April 2021 sagen Modellierungen der Zentralen Krankenhausleitstelle Sachsen am Universitätsklinikum Dresden eine Überlastung voraus (vgl. <https://www.mdr.de/nachrichten/sachsen/corona-covid-fallzahlen-grafik-100.html>, Stand 27. März 2021; <https://medienservice.sachsen.de/medien/news/249435>).

9 Auch die in diesem Zusammenhang aufgestellte Behauptung der Antragstellerin, asymptomatisch Infizierte seien nicht infektiös, entspricht nicht dem wissenschaftlichen

Erkenntnisstand, und vernachlässigt zudem, dass vielfach Ansteckungen bereits zu einem Zeitpunkt stattfinden, zu dem die Infizierten nur unter relativ subtilen Symptomen leiden oder präsymptomatisch sind, selbst also ihre Erkrankung noch nicht wahrnehmen (vgl. RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, Stand: 18. März 2021, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html?sessionid=6045DDA245DB4DB1F9415EF298DC4A3E.internet061?nn=13490888#doc13776792bodyText3](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html?sessionid=6045DDA245DB4DB1F9415EF298DC4A3E.internet061?nn=13490888#doc13776792bodyText3)).

- 10 Ohne Erfolg rügt die Antragstellerin, die Durchführung der Selbsttests beinhalte eine Ausübung der Heilkunde nach § 1 Abs. 2 HeilprG. Ausübung der Heilkunde nach § 1 Abs. 2 HeilprG ist jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen. Wegen der mit dem Erlaubniszwang verbundenen Beschränkung der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG fallen darunter nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur solche Heilbehandlungen, die nach allgemeiner Auffassung ärztliche Fachkenntnisse erfordern und gesundheitliche Schäden verursachen können (BVerwG, Urt. v. 26. August 2010 - 3 C 28/09 -, juris Rn. 18). Die in § 5a Abs. 5 SächsCoronaSchVO geregelten Selbsttests, mittels derer der Nachweis, nicht vom Virus infiziert zu sein, erbracht werden kann, sind jedoch gerade so konzipiert, dass für ihre Anwendung ärztliche Fachkenntnisse nicht erforderlich sind und gesundheitliche Schäden nicht verursacht werden können. Auch einen Behandlungsvertrag über eine medizinische Behandlung gemäß § 630a Abs. 1 BGB beinhaltet die Aushändigung von Selbsttests offensichtlich nicht, sodass auch die Vorgaben der §§ 630a ff. BGB hierfür keine Anwendung finden, da die Testung bereits nicht zum Zweck einer Therapie erfolgt (vgl. Lafontaine in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630a BGB, Rn. 122 m. w. N.).
- 11 Soweit die Antragstellerin Rügen aus den Ausführungen in einem schulischem Einwilligungensformular herleitet, verkennt er, dass sich dieses auf einen freiwilligen Antigen-Schnelltest und gerade nicht auf Selbsttests bezieht.
- 12 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG. Da die angegriffene Regelung mit Ablauf des 31. März 2021 außer Kraft tritt, zielt der Antrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, sodass für das Eilverfahren eine Reduzierung des Streitwerts auf der Grundlage von Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht veranlasst ist.

13 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:  
v. Welck

Heinlein

Nagel

gez.:  
Schmidt-Rottmann

Helmert