

Az.: 3 B 212/21



# SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

## Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

1. des  
2. des

- Antragsteller -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Freistaat Sachsen  
vertreten durch das Sächsische Staatsministerium  
für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt  
Albertstraße 10, 01097 Dresden

- Antragsgegner -

wegen

§ 5a Abs. 4 der SächsCoronaSchVO vom 29. 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, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Nagel, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Schmidt-Rottmann und die Richterin am Verwaltungsgericht Wiesbaum

am 7. Mai 2021

### **beschlossen:**

Die Anträge werden verworfen.

Die Antragsteller tragen die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 5.000 € festgesetzt.

### **Gründe**

#### **I.**

- 1 Die Antragsteller besuchen Grundschulen auf dem Gebiet des Freistaats Sachsen. Sie verfolgen mit ihrem Eilantrag gemäß § 47 Abs. 6 VwGO das Ziel, § 5a Abs. 4 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 - SächsCoronaSchVO) vom 29. März 2021 (SächsGVBl. S. 334), die zuletzt durch Verordnung vom 16. April 2021 (SächsGVBl. S. 450) geändert worden ist, einstweilen außer Vollzug zu setzen. Die Sächsische Corona-Schutz-Verordnung hat - soweit hier streitgegenständlich - nachfolgenden Wortlaut:

„§ 1a

Tests

(1) Ein Schnelltest ist ein Antigenschnelltest, der durch fachkundig geschultes Personal vorgenommen wird. Dem gleichgestellt wird ein unter Aufsicht durch fachkundig geschultes Personal von der betroffenen Person vorgenommenen Selbsttest. Der Selbsttest muss vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zugelassen sein. Die zugelassenen Tests sind unter der Adresse <https://antigentest.bfarm.de/ords/f?p=101:100:8576015209771:::tz=2:00> abrufbar. Durch einen Test nach Satz 1 positiv getestete Personen sollen sich dringend mittels eines PCR-Tests nachtesten lassen und müssen sich absondern.

(2) Ein Selbsttest ist ein Antigenschnelltest, der zur Anwendung durch Privatpersonen bestimmt ist. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend. Soweit der Selbsttest zur Erfüllung der Testpflicht genügt, ist das negative Testergebnis durch eine

Selbstauskunft nach Anlage 1 oder 2 zu dieser Verordnung nachzuweisen. Die zugelassenen Tests sind unter der Adresse [https://www.bfarm.de/DE/Medizinprodukte/Antigentests/\\_node.html](https://www.bfarm.de/DE/Medizinprodukte/Antigentests/_node.html) abrufbar. Bei einem positiven Selbsttestergebnis muss die betroffene Person unverzüglich einen PCR-Test vornehmen lassen und sich absondern.

(3) Ein PCR-Test ist ein Test, der auf der sogenannten Polymerase-Kettenreaktion beruht und die Erbsubstanz des Virus in der Probe im Labor nachweisen kann. Bei einem positiven Testergebnis muss sich die betroffene Person unverzüglich absondern.

(4) Testpflichten gelten nicht für Personen unter sieben Jahren. Die Testpflicht nach § 5a Absatz 4 bleibt unberührt. (...)

(6) Wenn es medizinisch begründet ist, kann das Gesundheitsamt abweichende Festlegungen bezüglich der Pflicht zur regelmäßigen Testung auf einen Nachweis auf SARS-CoV-2 treffen. Dies gilt insbesondere für den Zeitraum im unmittelbaren Anschluss an die Absonderungszeit nach einer nachgewiesenen Infektion mit SARS-CoV-2. Diese Festlegung des Gesundheitsamtes entspricht für den vom Gesundheitsamt festgelegten Zeitraum einem negativen Testergebnis. (...)

#### § 5a

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

(4) Personen, mit Ausnahme der in Kinderkrippen und Kindergärten betreuten Kinder sowie der sie begleitenden Personen zum Bringen und Abholen auf dem Außengelände der Einrichtungen der Kindertagesbetreuung, ist der Zutritt zum Gelände von Einrichtungen der Kindertagesbetreuung und von Schulen untersagt, wenn sie nicht durch einen Nachweis einer für die Abnahme des Tests zuständigen Stelle (mögliche Leistungserbringer gemäß § 6 Absatz 1 der Coronavirus-Testverordnung vom 8. März 2021 [BAnz AT 09.03.2021 V1] in der jeweils geltenden Fassung) oder eine qualifizierte Selbstauskunft nach Anlage 2 zu dieser Verordnung nachweisen, dass keine Infektion mit SARS-CoV-2 besteht. Die Ausstellung des Nachweises nach Satz 1 und die Vornahme des Tests dürfen nicht länger als 72 Stunden zurückliegen. Das Zutrittsverbot nach Satz 1 gilt nicht, wenn unmittelbar nach dem Betreten des Geländes der Einrichtung der Kindertagesbetreuung oder der Schule ein Test auf das Vorliegen einer Infektion mit SARS-CoV-2 vorgenommen wird. Das Zutrittsverbot nach Satz 1 gilt nicht für die Kindertagespflege. Sofern ein Zutrittsverbot nach Satz 1 gilt, sind im Eingangsbereich des Geländes der Einrichtung der Kindertagesbetreuung und der Schule entsprechende Hinweise anzubringen. Das Zutrittsverbot nach Satz 1 für Einrichtungen der Kindertagesbetreuung und Schulen gilt überdies nicht für Zusammenkünfte, Termine und Maßnahmen gemäß § 2 Absatz 5 Satz 1 Nummer 1, 3 und 5, die außerhalb der Betreuungszeiten und der Zeiten der Präsenzbeschulung stattfinden, mit der Maßgabe, dass der Veranstalter der Zusammenkünfte, Termine oder Maßnahmen sicherstellt, dass Handreinigungs- und ein zumindest begrenzt viruzides Desinfektionsmittel in hinreichender Menge zur Verfügung stehen sowie die genutzten Oberflächen, Gegenstände und Räume nach Beendigung der Zusammenkünfte, Termine oder Maßnahmen gründlich gereinigt werden.

(5) Der Nachweis nach Absatz 4 Satz 1 und Testergebnisse nach Absatz 4 können von der Einrichtung der Kindertagesbetreuung oder Schule erfasst und dokumentiert werden. Die Dokumentation ist unverzüglich zu löschen oder zu vernichten, wenn sie für die Kontrolle einer Frist nach Absatz 4 Satz 2 nicht mehr benötigt wird. (...).

## § 12

### Inkrafttreten, Außerkrafttreten

(1) Diese Verordnung tritt am 1. April 2021 in Kraft.

(2) Diese Verordnung tritt mit Ablauf des 9. Mai 2021 außer Kraft.“

2 Die Antragsteller tragen mit Schriftsätzen vom 27. und 29. April 2021 zusammengefasst vor: Mit § 5a Abs. 4 SächsCoronaSchVO verfüge der Ordnungsgeber die individuelle Absonderung derjenigen Schüler aus der Schule und damit deren Unterrichtsausschluss, die keinen freiwilligen Corona-Selbsttest vornahmen bzw. die eigenen Gesundheitsdaten insoweit nicht preisgaben. Die Norm knüpfe in unzulässiger Weise negative Folgen an ein rechtmäßiges Verhalten. Es liege eine willkürliche Diskriminierung gegenüber anderen sozialen Gruppen, insbesondere Arbeitnehmern, vor. Die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 IfSG für individuelle Maßnahmen (mindestens Ansteckungsverdacht) würden durch die Vorschrift unterlaufen. Darüber hinaus wenden sich die Antragsteller gegen die Heranziehung der Inzidenz gemäß § 28a Abs. 3 IfSG für das Ergreifen von Maßnahmen. Der Schulausschluss habe im Hinblick auf das Grundrecht auf Bildung und die allgemeine Schulpflicht Sanktionscharakter. Mit der streitigen Regelung würde keine persönliche Testpflicht eingeführt, es sei vielmehr jedermanns gutes Recht, sich nicht testen zu lassen. Die damit verbundene Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung könne daher nicht mit Schulausschluss und Bildungsverlust beantwortet werden; die Sanktionen seien willkürlich und unverhältnismäßig. Die Regelung verstoße gegen den Gleichheitssatz, da keine andere soziale Gruppe in Deutschland bei Nichtvornahme eines freiwilligen Tests substantielle Rechte verliere. Schüler, die keinen negativen Selbsttest vorweisen würden, behandle man, als seien sie ansteckungsverdächtig im Sinne des IfSG. Dies sei von § 28 Abs. 1 IfSG ersichtlich nicht gedeckt. Der vorliegende Rechtsstreit werde durch die parallele Bundesregelung nicht obsolet, da diese aus denselben Gründen verfassungswidrig sei wie die Landesregelung.

3 Die Antragsteller beantragen zuletzt,

die Regelung in § 5a Abs. 4 der Sächsischen Corona-Schutz-Verordnung vom 29. März 2021 für Grundschulen vorläufig außer Kraft zu setzen.

## II.

- 4 Die Anträge sind unzulässig, denn sie sind nicht statthaft. Gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i. V. m. § 24 Abs. 1 SächsJG entscheidet das Sächsische Oberverwaltungsgericht über die Gültigkeit von im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften. Hierzu gehören Verordnungen der Staatsregierung. Der Senat entscheidet gemäß § 24 Abs. 2 SächsJG hierüber in der Besetzung von fünf Berufsrichtern.
- 5 Hiernach ist der Normenkontrollantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO unzulässig, denn § 5a Abs. 4 SächsCoronaSchVO ist unwirksam. Dies ergibt sich aus Folgendem:
- 6 Gemäß Art. 31 GG bricht Bundesrecht Landesrecht mit der Folge, dass die landesrechtliche Norm nichtig und damit unwirksam geworden ist (Jarass, in: ders./Pieroth, Kommentar zum GG, 16. Aufl. 2020, Art. 31 Rn. 4 m. w. N.). Allerdings kommt Art. 31 GG mit der Folge der Unwirksamkeit der kollidierenden Landesnorm nur dann zur Anwendung, wenn eine Kollision zwischen Bundesrecht und Landesrecht besteht, d. h. wenn beide Normen auf einen Sachverhalt anwendbar sind bzw. sich in ihrem Regelungsbereich überschneiden und ihre Anwendung zu verschiedenen Ergebnissen führen kann. Inhaltsgleiches Landesrecht wird nicht verdrängt (BVerfG, Beschl. v. 29. Januar 1974 - 2 BvN 1/69 -, juris Rn. 47 ff.; Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Ur. v. 10. Mai 2017 - P.St. 2545 -, juris Rn. 49 ff. m. w. N.). Ersteres ist hier der Fall:
- 7 § 5a Abs. 4 SächsCoronaSchVO regelt genauso wie § 28b Abs. 3 Satz 1 2. Hs. IfSG eine Zugangsvoraussetzung, die der Schüler zum Schulbesuch erfüllen muss. Damit ist eine Überschneidung der Regelungsbereiche festzustellen. Der Senat kann bei der summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage allerdings keine volle inhaltliche Übereinstimmung zwischen den beiden Vorschriften feststellen. Während nämlich § 28b Abs. 3 Satz 1 2.Hs. IfSG die Teilnahme am Präsenzunterricht regelt, verhindert § 5a Abs. 4 SächsCoronaSchVO schon den Zugang zum Schulgelände. Darüber hinaus legt § 28b Abs. 3 Satz 1 2. Hs. IfSG ohne nähere zeitliche Präzisierung fest, dass die Teilnahme am Präsenzunterricht nur für Schüler und Lehrkräfte zulässig ist, die zweimal in der Woche mittels eines anerkannten Tests auf eine Infektion getestet worden sind. Demgegenüber geht § 5a Abs. 4 SächsCoronaSchVO von jedweden Personen aus, die das Schulgelände betreten wollen, und regelt darüber hinaus in § 5a Abs. 4 Satz 2 SächsCoronaSchVO, dass die Vornahme des Tests nicht länger als 72

Stunden zurückliegen darf. Schließlich lässt § 5a Abs. 4 SächsCoronaSchVO für den Zutritt zum Schulgelände auch eine qualifizierte Selbstauskunft als ausreichend zu. Ob von § 28b Abs. 3 Satz 1 2. Hs. IfSG eine solche alternative Nachweismöglichkeit eröffnet ist, ist zumindest fraglich. Damit widerspricht die sächsische Landesregelung inhaltlich § 28b Abs. 3 Satz 1 2. Hs. IfSG mit der Folge, dass die landesrechtliche Norm unwirksam ist und daher nicht Gegenstand eines Normenkontrollantrags gemäß § 47 Abs. 6 VwGO sein kann.

8 Hieran ändert auch § 28b Abs. 5 IfSG nichts, wonach weitergehende Schutzmaßnahmen auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes unberührt bleiben. Denn bei der hier in Frage kommenden Vorschrift des § 5a Abs. 4 SächsCoronaSchVO handelt es sich um ein einheitliches Regelungskonzept zum Schutz von Besuchern von Kindertageseinrichtungen und Schulen, das sowohl weitergehende als auch weniger einschneidende Maßgaben als § 28b Abs. 3 Satz 1 2. Hs. IfSG enthält. Einer selektiven Betrachtungsweise stehen aber die auf einem einheitlichen Regelungskonzept fußenden Vorgaben des sächsischen Verordnungsgebers entgegen.

9 Zudem würde den Anträgen, mit denen eine Teilnahme am Präsenzunterricht ohne vorherige Durchführung eines Tests erreicht werden soll, das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Denn selbst wenn wie beantragt § 5a Abs. 4 SächsCoronaSchVO gemäß § 47 Abs. 6 VwGO einstweilen außer Kraft gesetzt werden würde, wäre gemäß § 28b Abs. 3 Satz 1 2. Hs. IfSG eine Teilnahme am Unterricht ohne Test nicht möglich. Damit könnten die Antragsteller mit ihrem einstweiligen Rechtsschutzbegehren ihre Rechtsposition nicht verbessern.

10 Die von den Antragstellern vorgetragenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG sind ebenfalls unbeachtlich.

11 Zwar ist das Gericht im Einzelfall nicht daran gehindert, in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes wegen der Eilbedürftigkeit der Entscheidung und bei der im Regelfall noch gegebenen Möglichkeit, die Vorlage nach Art. 100 GG in der Hauptsache nachzuholen, eine eigene Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit eines formellen Gesetzes vorzunehmen (SächsOVG, Beschl. v. 1. November 2010 - 3 B 291/10 -, juris Rn. 26 m. w. N.; möglicherweise enger BayVGH, Beschl. v. 10. Dezember 2020 - 20 NE 20.2482 -, juris Rn. 26 ff.). Allerdings ist hierfür die Überzeugung des Gerichts erforderlich, dass das betreffende Gesetz verfassungswidrig ist (näher Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl. 2020, § 80 Rn. 162 m. w. N.). Dies ist nicht der Fall. Denn an der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen in § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG bestehen aus Sicht

des Senats keine schwerwiegenden Zweifel. Insbesondere hält der Senat die Kopplung des Schulbesuchs an einen vorangegangenen Test nicht für unverhältnismäßig und sieht auch keinen Verstoß gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Nichts Anderes gilt auch im Hinblick auf den gerügten Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz und im Hinblick auf die Aussagefähigkeit von Inzidenzwerten (vgl. hierzu grundlegend SächsOVG, Beschl. v. 9. April 2021 - 3 B 114/21 -, juris Rn. 5 ff. m. w. N; Beschl. v. 14. April 2021 - 3 B 92/21 -, veröffentlicht in der Entscheidungsdatenbank des Sächsischen Obergerichtes Rn. 6 ff. m. w. N.). Auf diese Ausführungen, die inhaltlich auch auf die in § 28b Abs. 3 Satz 1 2. Hs. IfSG getroffenen Regelungen zum Besuch des Präsenzunterrichts anwendbar sind, wird verwiesen.

- 12 Im Übrigen dürfte einer Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der genannten Bundesregelung hier schon entgegenstehen, dass wegen des baldigen Ablaufs der Sächsischen Corona-Schutz-Verordnung mit dem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die Hauptsache vorweggenommen würde.
- 13 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1, § 159 VwGO i. V. m. § 100 ZPO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG. Da die angegriffene Regelung mit Ablauf des 9. Mai 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.
- 14 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

Wiesbaum