

Az.: 3 B 337/21



**SÄCHSISCHES
OBERVERWALTUNGSGERICHT**

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des

- Antragsteller -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Freistaat Sachsen
vertreten durch das
Sächsische Staatsministerium für Kultus
Carolaplatz 1, 01097 Dresden

- Antragsgegner -

prozessbevollmächtigt:

wegen

SächsCoronaSchVO vom 19. Oktober 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, die Richter am Oberverwaltungsgericht Kober und Heinlein, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Hellmert und die Richterin am Verwaltungsgericht Wiesbaum

am 4. November 2021

beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsteller.

Der Streitwert wird auf 5.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Der Antragsteller ist Schüler der 4. Klasse an der Grundschule N. in B.. Mit seinem Eilantrag gemäß § 47 Abs. 6 VwGO begeht er zuletzt, die Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Kultus zur Regelung des Betriebs von Schulen, Schulinternaten, Kindertageseinrichtungen und Einrichtungen der Kindertagespflege sowie von nichtakademischen Einrichtungen der Lehramtsaus- und -fortbildung im Zusammenhang mit der Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) (Schul- und Kita-Coronaverordnung - SchulKitaCoVO) vom 19. Oktober 2021 (SächsGVBl. S. 1186) einstweilen insoweit außer Vollzug zu setzen, als diese eine Testpflicht für Schüler vorsieht, und die Möglichkeit zur Abmeldung vom Präsenzunterricht in Schulen vorläufig anzuordnen.
- 2 Die Schul- und Kita-Coronaverordnung hat - soweit hier streitgegenständlich - nachfolgenden Wortlaut:

„§ 1 Geltungsbereich

(1) Die nachfolgenden Vorschriften regeln den Betrieb der Schulen in öffentlicher und freier Trägerschaft, der Schulinternate, der Kindertageseinrichtungen und Einrichtungen der Kindertagespflege sowie der nichtakademischen Einrichtungen der Lehramtsaus- und -fortbildung im Freistaat Sachsen im Zusammenhang mit der Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019.

(2) Folgende Vorschriften der Sächsischen Corona-Schutz-Verordnung vom 19. Oktober 2021 (SächsGVBl. S. 1196) gelten entsprechend:

(...)

7. § 4 Absatz 1 (Grundsätze für den Impf-, Genesenen- und Testnachweis),
8. § 4 Absatz 3 (Zeitraum zwischen Test und Testnachweis),
9. § 4 Absatz 5 (Ausnahmen von der Testpflicht für Kinder, Geimpfte und Genesene) sowie
10. § 4 Absatz 6 (Nachweisführung für Impf-, Genesenen- oder Testnachweise).

§ 2 Regelbetrieb

(1) In den in § 1 Absatz 1 genannten Schulen und Einrichtungen findet Regelbetrieb statt.

(2) Die Anordnung häuslicher Lernzeiten nach Maßgabe des Schulrechts für Schülerinnen und Schüler, die nicht an einer Präsenzbeschulung teilnehmen, ist zulässig. Dies gilt insbesondere bei Abwesenheit aufgrund der Schulbesuchsordnung vom 12. August 1994 (SächsGVBl. S. 1565), die durch die Verordnung vom 4. Februar 2004 (SächsGVBl. S. 66) geändert worden ist, sowie im Falle des Absatzes 3.

(3) Die oberste Schulaufsichtsbehörde kann für Schulen, unter deren Schülerinnen und Schülern sowie Lehrkräften und sonstigem Personal mehr als eine an einer Präsenzbeschulung teilnehmende Person mit SARS-CoV-2 infiziert ist, befristet anordnen:

1. für die gesamte Schule oder einzelne Klassen- oder Jahrgangsstufen den eingeschränkten Regelbetrieb nach § 2a Absatz 2 Satz 1 und 3,
2. für die gesamte Schule oder einzelne Klassen- oder Jahrgangsstufen des jeweiligen Bildungsgangs das Wechselmodell nach § 2a Absatz 4 Satz 1,
3. die teilweise oder vollständige Schließung einer oder mehrerer Schulen,
4. die Änderung des Nachweisintervalls bezüglich des Zutrittsverbots nach § 3 Absatz 1 Satz 1 trotz Unterschreitens der Sieben-Tage-Inzidenz von 10 nach § 3 Absatz 1b oder
5. Ausnahmen von dem Wegfall der Pflicht nach § 4 Absatz 1 Satz 1 trotz Unterschreitens der Sieben-Tage-Inzidenz von 35 nach § 4 Absatz 1 Satz 2.

Die Schutzmaßnahmen können gemeinsam oder einzeln angeordnet und auch auf Schulinternate erstreckt werden.³ Zuständigkeiten der obersten Landesgesundheitsbehörde sowie der Landkreise und Kreisfreien Städte bleiben unberührt.

§ 2a Betriebseinschränkungen bei Geltung der Überlastungsstufe

(1) Während der Geltung der Überlastungsstufe nach § 2 Absatz 5 der Sächsischen Corona-Schutz-Verordnung findet in den in § 1 Absatz 1 genannten Schulen und Einrichtungen kein Regelbetrieb statt.² Es gelten die Betriebseinschränkungen gemäß Absatz 2 bis 4. (...)

§ 3 Zutrittsbeschränkungen

(1) Personen ist der Zutritt zum Gelände der in § 1 Absatz 1 genannten Schulen und Einrichtungen untersagt, wenn sie nicht zweimal wöchentlich im Abstand von drei bis vier Tagen durch einen Test nachweisen, dass keine Infektion mit SARS-CoV-2 besteht. Das Zutrittsverbot nach Satz 1 gilt nicht

1. für Personen, die in Kinderkrippen und Kindergärten betreute Kinder, Schülerinnen oder Schüler zum Bringen oder Abholen kurzzeitig begleiten,
2. wenn unmittelbar nach dem Betreten des Geländes ein Test auf das Vorliegen einer Infektion mit SARS-CoV-2 vorgenommen wird,
3. für Sitzungen der Schulkonferenz und von Gremien der Eltern- und Schülermitwirkung,
4. für Eltern-Lehrer-Gespräche und entsprechende Gespräche in Kindertageseinrichtungen,
5. für die in Kinderkrippen und Kindergärten betreuten Kinder,
6. für die Kindertagespflege sowie
7. für den Zutritt zum Aufenthalt außerhalb der Unterrichts- und Betreuungszeiten, vorbehaltlich weitergehender Infektionsschutzregelungen in der Sächsischen Corona-Schutz-Verordnung, in ihrer jeweils geltenden Fassung.

Satz 2 Nummer 7 gilt für Nutzungen und Zusammenkünfte mit der Maßgabe, dass der Veranstalter 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 Nutzung oder Zusammenkunft vor der nächsten Nutzung durch die in § 1 Absatz 1 genannten Schulen und Einrichtungen gründlich gereinigt werden. Außensportanlagen müssen nicht gereinigt werden. (...)

(1b) Unterschreitet die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 10, gilt das Zutrittsverbot nach Absatz 1 Satz 1 mit der Maßgabe, dass der Testnachweis einmal wöchentlich zu erbringen ist.

(1c) Der erste Testnachweis nach Absatz 1 Satz 1 und Absatz 1b soll beim ersten Zutritt zum Gelände innerhalb der Kalenderwoche erbracht werden. In Schulinternaten soll er bei Anreise am Wochenende bereits beim ersten Zutritt zum Gelände am Wochenende erbracht werden. (...)

§ 7 Inkrafttreten, Außerkrafttreten

(1) Diese Verordnung tritt am 21. Oktober 2021 in Kraft.

(2) Diese Verordnung tritt mit Ablauf des 17. November 2021 außer Kraft.“

- 3 Der Antragsteller trägt mit Schriftsätze vom 30. August, vom 1., 13. und 27. September sowie vom 13. Oktober 2021 sinngemäß Folgendes vor: Er lehne die Vornahme von Schnelltests auf das Covid-19-Virus ab. Die streitgegenständliche Regelung über die Testpflicht für Schüler nach § 3 SchulKitaCoVO griffe unverhältnismäßig in seine Rechte aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Recht auf körperliche Unversehrtheit), Art. 2 Abs. 1 GG (Allgemeine Handlungsfreiheit) und Art. 3 Abs. 1 GG (Allgemeiner Gleichheitssatz) ein. Schon die Grundrechtseinschränkungen für Schüler Anfang des Jahres im Zusammenhang mit der Pandemie seien entgegen der Auffassung des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts unverhältnismäßig gewesen. Derzeit könne ihre Verhältnismäßigkeit erst recht nicht mehr angenommen werden. Die Testpflicht an Schulen sei von der Landesregierung im März 2021 eingeführt worden. Zu diesem Zeitpunkt hätten sich die Inzidenzen auf einem Höhepunkt befunden und die Impfung der Bevölkerung sei vergleichsweise langsam angelaufen. Mittlerweile habe jedoch jeder Bürger zumindest ein Impfangebot erhalten. Die Risikogruppe der älteren Menschen, deren Schutz die Corona-Maßnahmen seinerzeit vornehmlich bezweckt hätten, sei nahezu vollständig geimpft. Im Hinblick darauf müsse nunmehr ein strengerer Maßstab bei der Frage angelegt werden, ob die Grundrechtseingriffe noch verhältnismäßig seien. In vielen Ländern seien sämtliche Corona-Maßnahmen aufgehoben worden. Vor diesem Hintergrund sei es unverständlich, dass ausgerechnet die Testpflicht für Kinder fortbestehen solle, die gerade nicht als Pandemietreiber auffällig geworden seien. Die überwiegende Rechtsprechung habe die Testpflicht an Schulen nur deshalb für grundrechtskonform gehalten, weil das sogenannte „Homeschooling“ möglich gewesen sei. Dies sei nun nicht mehr der Fall und die Testpflicht sei dementsprechend schon deswegen unverhältnismäßig. Im Übrigen sei nicht erklärbar, dass nur ungeimpfte Schüler der Testpflicht unterliegen. Denn auch geimpfte Schüler könnten das Virus weitergeben. Diese

Auffassung vertrete auch das Robert-Koch-Institut. Einen sachlichen Grund für die unterschiedliche Behandlung dieser Schülergruppen sei nicht ersichtlich. Sie müsse vielmehr als willkürlich angesehen werden und verstöße gegen den Gleichheitssatz. Die wieder eingeführte Schulpflicht stehe im Spannungsverhältnis zum Selbstbestimmungsrecht des Antragstellers, der sich einer freiwilligen Testung widersetze. Dieses Spannungsverhältnis müsse durch die Möglichkeit für die Schüler aufgelöst werden, sich wieder vom Präsenzunterricht abzumelden. Die Wiedereinführung der Präsenzpflicht nehme den Eltern die Möglichkeit, ihre Kinder vor ungewollten Impfungen zu schützen. Denn die Schulpflicht könne durch staatliche Zwangsmaßnahmen durchgesetzt und Verstöße dagegen könnten mit Bußgeld geahndet werden. Der Verordnungsgeber habe die Notwendigkeit der Testpflicht nicht schlüssig dargelegt. Die Testpflicht an Schulen sei lediglich Symbolpolitik und sei bereits schon nicht geeignet, die Ausbreitung der COVID- 19-Pandemie nennenswert einzudämmen.

- 4 Der Antragsteller beantragt sinngemäß:

§ 3 Absatz 1 der Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Kultus zur Regelung des Betriebs von Schulen, Schulinternaten, Kindertageseinrichtungen und Einrichtungen der Kindertagespflege sowie von nichtakademischen Einrichtungen der Lehramtsaus- und -fortbildung im Zusammenhang mit der Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), Schul- und Kita-Coronaverordnung - SchulKitaCoVO) vom 19. Oktober 2021 wird vorläufig außer Vollzug gesetzt und die Wiedereinführung der Abmeldemöglichkeit vom Präsenzunterricht wird bis zur Entscheidung in der Hauptsache angeordnet.

- 5 Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

- 6 Der Antragsgegner tritt dem Antrag entgegen und bringt mit Schriftsatz vom 8. September 2021 zusammengefasst vor, dass der Antrag insoweit unzulässig sei, als er sich auf die vorläufige Wiedereinführung der Möglichkeit bezieht, sich vom Präsenzunterricht abzumelden. Dabei handele es sich der Sache nach um einen Antrag auf den vorläufigen Neuerlass einer Norm. Es bestünden schon grundsätzliche Zweifel daran, ob der Erlass einer Norm in einem vorläufigen Rechtschutzverfahren mit Aussicht auf Erfolg geltend gemacht werden könne. Im Rahmen eines Verfahrens nach § 47 Abs. 6 VwGO sei dies aber nicht möglich. Im Übrigen sei § 3 SchulKitaCoVO ohne Rücksicht darauf rechtmäßig, dass es grundsätzlich nicht möglich sei, sich vom Unterricht abzumelden. Die Verordnung könne sich mit § 32 Satz 1, § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 und

§ 28a Abs. 1 und 3 IfSG auf eine hinreichende Rechtsgrundlage stützen. Die angefochtene Norm sei hinreichend bestimmt. Das gelte insbesondere für ihre Vorgaben in Bezug auf die Art der geforderten Tests. Die normierte Testpflicht erfülle bereits, wer sich einem Selbsttest unterziehe. Soweit der Antragsteller der Auffassung sei, die Verpflichtung zur Vornahme eines Selbsttests sei mit einem Eingriff in sein Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit verbunden, sei er darauf zu verweisen, dass der Senat mit Beschluss vom 19. März 2021 (- 3 B 81/21 -, juris) einen solchen Eingriff verneint habe. Des Weiteren habe der Senat die angesprochene Testpflicht auch mit dem Grundrecht auf Bildung nach Art. 7 Abs. 1 SächsVerf sowie mit der allgemeinen Handlungsfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht für vereinbar gehalten. Eine entsprechende Bewertung müsse auch in Bezug auf die hier streitgegenständliche Vorschrift getroffen werden. Die Tests seien erforderlich, um Infektionen im Zusammenhang mit dem Schulbetrieb zu verhüten. Für Schüler unter 12 Jahren gebe es keine Impfempfehlungen und die Anzahl der zugelassenen Impfstoffe dürfte gering sein. Insoweit sei davon auszugehen, dass in den entsprechenden Klassenstufen typischerweise nur ungeimpfte Schüler aufeinanderträfen. Auch wenn diese statistisch seltener am Corona-Virus erkrankten und die Erkrankung bei ihnen meist leicht verlaufe, seien sie deutlich infektiöser als Genesene oder Geimpfte. Soweit eine Testung infolge einer längerfristigen Erkrankung, wozu die bloße Angst vor der Testung nicht gehören dürfte, nicht möglich sei, könne den betroffenen Schülern nach Maßgabe von § 26 Abs. 4 SchulG Unterricht auch zuhause oder im Krankenhaus angeboten werden. Der Umstand, dass genesene und vollständig geimpfte Personen von den Testpflichten freigestellt seien, führe nicht zur Verletzung des Gleichbehandlungsgebots.

- 7 Zu Unrecht verwahre sich der Antragsteller gegen die Abschaffung der Möglichkeit, sich vom Präsenzunterricht abzumelden. Der Senat habe seine Billigung der Schultestpflicht nicht davon abhängig gemacht, dass die Heimbeschulung bei Testverweigerung zulässig gewesen sei. Dass die Betroffenen möglicherweise nur deshalb der Testpflicht nachkämen, um Bußgeld wegen Verletzung der Schulpflicht zu vermeiden, ändere an der rechtlichen Beurteilung der angegriffenen Norm nichts. Grundsätzlich sei die Geltung von Rechtsnormen nicht von der Einwilligung der Normunterworfenen abhängig. Das gelte auch in Bezug auf die Testpflicht. Dies gelte umso mehr, als der unvermeidliche Corona-Test kostenfrei und nicht mit einem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit verbunden sei. Selbst wenn man die Erfolgsaussichten des Antrags als offen beurteilen würde, sei der Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung nicht gerechtfertigt, da die in diesem Fall anzustellende Folgenabwägung zulasten des Antragstellers ausgeinge.

II.

- 8 Der Antrag ist nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i. V. m. § 24 Abs. 1 SächsJG statthaft, soweit der Antragsteller die vorläufige Außervollzugsetzung von § 3 Abs. 1 SchulKita-CoVO begeht. Danach entscheidet das Sächsische Oberverwaltungsgericht über die Gültigkeit von im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften. Dazu gehören Verordnungen der Staatsregierung. Der Senat entscheidet gemäß § 24 Abs. 2 SächsJG hierüber in der Besetzung von fünf Berufsrichtern.
- 9 Soweit der Antragsteller die vorläufige Anordnung der Wiedereinführung einer Abmeldungsmöglichkeit vom Präsenzunterricht begeht, ist der Antrag nicht statthaft.
- 10 Im Grundsatz setzt die Statthaftigkeit eines Normenkontrollantrags nach § 47 VwGO voraus, dass er sich gegen eine bereits erlassene Norm richtet. Ein Normenkontrollantrag, der auf Erlass einer untergesetzlichen Regelung gerichtet ist („echter Normenerlassantrag“), ist als solcher unstatthaft. Ein „unechter“ Normenerlassantrag bzw. ein „Antrag auf Normergänzung“, der darauf gerichtet ist, einen von einer bereits existenten Rechtsvorschrift nicht berücksichtigten Sachverhalt in den Geltungsbereich einer Norm einzubeziehen, ist im Wege des § 47 Abs. 1 VwGO aber möglich. In diesen Fällen verfolgt der Antragsteller das Ziel der Feststellung der Rechtswidrigkeit des normgeberischen Unterlassens als „Minus“ zum Antrag auf Unwirksamkeitserklärung (vgl. NdsOVG, Urt. v. 12. Februar 2019 - 5 KN 79/16 -, juris Rn. 50 ff.). Ein Rechtsgrund für eine Unwirksamkeit kann darin liegen, dass der Normgeber unter Verstoß gegen höherrangiges Recht einen bestimmten Sachverhalt nicht berücksichtigt und damit eine rechtswidrige, unvollständige Regelung erlassen hat. Zielt ein Normenkontrollantrag dagegen auf Ergänzung einer vorhandenen Norm, ohne deren Wirksamkeit in Frage zu stellen, ist der Weg der Normenkontrolle nicht eröffnet (vgl. NdsOVG, Beschl. v. 9. Juni 2020 - 13 MN 211/20 - juris Rn. 8; OVG LSA, Beschl. v. 15. Juni 2020 - 3 R 111/20 -, Rn. 45 juris).
- 11 Hiervon ausgehend sind die Voraussetzungen für die Annahme eines statthaften Antrags insoweit nicht erfüllt. Bei dieser Beurteilung konnte der Senat die Frage offenlassen, ob der Antragsteller im Hinblick darauf, dass er sich in der Corona-Pandemie nicht vom Präsenzunterricht in der Schule abmelden kann, mit Aussicht auf Erfolg einen unechten Normenerlassantrag stellen kann. Jedenfalls ist sein im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO gestellter Antrag, die Wiedereinführung der Abmeldungsmöglichkeit vom Präsenzunterricht einstweilen anzutreten, nicht statthaft, weil er eine solche Anordnung auch nicht im Hauptsacheverfahren erreichen kann.

Denn im Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 VwGO wäre allenfalls ein auf die Feststellung gerichteter Antrag statthaft, dass die Normierung der Testpflicht ohne eine Regelung über die Möglichkeit, sich als Schüler vom Präsenzunterricht abzumelden, rechtswidrig ist.

- 12 Soweit der Antragsteller die vorläufige Außervollzugsetzung von § 3 Abs. 1 SchulKitaCoVO begeht, bleibt fraglich, ob der Antrag zulässig ist. Zwar kann der Antragsteller insoweit geltend machen, durch diese Vorschrift möglicherweise in seinen Grundrechten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Recht auf körperliche Unversehrtheit), Art. 2 Abs. 1 GG (Allgemeine Handlungsfreiheit) und Art. 3 Abs. 1 GG (Allgemeiner Gleichheitssatz) verletzt zu sein. Des Weiteren steht der Zulässigkeit des Antrags nicht der Umstand entgegen, dass er sich zuletzt auf § 3 der Schul- und Kita-Coronaverordnung vom 21. September 2021 bezog. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats, dass es im Fall von im Wesentlichen gleichlautenden Nachfolgeregelungen aus prozessökonomischer Sicht und, weil sich die jeweiligen Verordnungen im Abstand von wenigen Wochen ablösen, zur Ermöglichung effektiven Rechtsschutzes i. S. v. Art. 19 Abs. 4 GG sachgerecht ist, das Verfahren im Hinblick auf die Nachfolgevorschrift fortzuführen (vgl. etwa beispielhaft SächsOVG, Beschl. v. 14. April 2021 - 3 B 21/21 -, juris Rn. 7). Allerdings bestehen Zweifel an der Antragsbefugnis des Antragstellers, weil aus seinem Vorbringen nicht hervorgeht, ob er geimpft oder genesen ist oder nicht. Insoweit bleibt offen, ob er überhaupt der in § 3 Abs. 1 SchulKitaCoVO normierten Testpflicht unterfällt, welche sich nach § 1 Abs. 2 Nr. 9 SchulKitaCoVO i. V. m. § 4 Abs. 5 der Verordnung des Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 und COVID-19 (Sächsische Corona-Schutz-Verordnung - SächsCoronaSchVO) vom 19. Oktober 2021 nicht auf vollständig Geimpfte und als genesen geltende Personen bezieht. Der Senat kann diese Frage jedoch offenlassen, weil der Normenkontrollantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO jedenfalls unbegründet ist.
- 13 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 des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist. 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).

- 14 Unter Anwendung dieser Grundsätze hat der Antrag auf vorläufige Außervollzugsetzung von § 3 SchulKitaCoVO jedenfalls keinen Erfolg, da die angegriffene Vorschrift in einem Normenkontrollverfahren voraussichtlich standhalten wird. Auch eine Interessenabwägung geht zu Lasten der Antragsteller aus.
- 15 Zur Begründung nimmt der Senat zunächst auf seine Ausführungen im Beschluss vom 15. Oktober 2021 (- 3 B 355/21 -, juris Rn. 26 ff.) Bezug, mit dem er einen Antrag auf vorläufige Außervollzugsetzung von Vorschriften über die Test- und Maskenpflicht für Schüler abgelehnt hat, die mit denen in der hier angegriffenen Verordnung vergleichbar sind. Die dort angestellten Bewertungen zur Sach- und Rechtslage hält der Senat weiterhin aufrecht und legt sie der Entscheidung im vorliegenden Verfahren zugrunde. Ergänzend bemerkt er Folgendes:

- 16 1. Die Pandemie-Situation hat sich seit dem 15. Oktober 2021 in Sachsen weiter verschärft. Die Sieben-Tage-Inzidenz lag am 1. November 2021 im Freistaat Sachsen bei 291,6 Fällen und im Landkreis Bautzen sogar bei 341,6 Fällen je 100.000 Einwohner (<https://www.coronavirus.sachsen.de/infektionsfaelle-in-sachsen-4151.html#a-9785>). Es traten in Sachsen - Stand 1. November 2021 - in den letzten vierzehn Tagen insgesamt 22.772 neue Fälle auf, wobei am 1. November 2021 776 Krankenhausbetten mit Covid-Patienten belegt waren, von denen 199 Personen intensivmedizinisch behandelt werden mussten, und die Zahl der Personen, die im Zusammenhang mit Covid-19 verstarben, bis zu diesem Zeitpunkt auf 10.325 stieg (https://www.coronavirus.sachsen.de/infektionsfaelle-in-sachsen-4151.html?_cp=%7B%22accordion-content-10122%22%3A%7B%220%22%3Atrue%7D%2C%22previousOpen%22%3A%7B%22group%22%3A%22accordion-content-10122%22%2C%22idx%22%3A0%7D%7D#a-8983 -- abgerufen am 1. November 2021). Angesichts dieser Verschärfung der Infektionslage seit dem 15. Oktober 2021 sind die zuständigen Behörden umso mehr zum Handeln verpflichtet und dürfen im Grundsatz insbesondere niedrigschwellige Schutzmaßnahmen treffen, die - wie die hier angegriffene Testpflicht - primär der Kontrolle des stattfindenden Infektionsgeschehens dienen, um dessen rasche und unbemerkte Ausbreitung zu verhindern.
- 17 2. Entgegen der Auffassung des Antragstellers ist die Normierung der Testpflicht auch nicht deswegen unverhältnismäßig, weil sich der Schüler nicht grundsätzlich vom Präsenzunterricht abmelden kann. Der Senat hat bereits entschieden, dass mit einem Selbsttest, mit dem der Schüler seiner Testpflicht auch nachkommen kann, im Normalfall kein Eingriff in das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verbunden ist (SächsOVG, Beschl. v. 19. März 2021 - 3 B 81/21 -, juris Rn. 53). Insoweit stellt sich die Frage der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs überhaupt nicht. Soweit die angegriffene Regelung mit einem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verbunden ist oder ein Eingriff in das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit anzunehmen wäre, wäre ein Eingriff nach summarischer Prüfung jedenfalls verhältnismäßig. Der Senat hat die Annahme, die an Schulen bestehende Testpflicht sei wohl verhältnismäßig, bislang nicht davon abhängig gemacht, dass die Schüler sich grundsätzlich von der Präsenzbeschulung abmelden können (vgl. nur SächsOVG, Beschl. v. 15. Oktober 2021 - 3 B 355/21 -, a. a. O. Rn. 47; Beschl. v. 22. April 2021 - 3 B 183/21 -, juris Rn. 20 ff.; Beschl. v. 14. April 2021 - 3 B 92/21 -, juris Rn. 8 ff.; Beschl. v. 9. April 2021 - 3 B 114/21 -, juris Rn. 6 ff.; Beschl. v. 7. April 2021 - 3 B 84/21 -, juris Rn. 26; Beschl. v. 31. März 2021 - 3 B 105/21 -, juris Rn. 5; Beschl. v. 19. März 2021 - 3 B 81/21 -, a. a. O. Rn. 44 ff.). An dieser Bewertung hält

der Senat nicht zuletzt in Bezug auf die geschilderte Pandemielage weiterhin fest. Im Übrigen wird dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in diesem Kontext auch besonders dadurch Rechnung getragen, dass die Schüler in besonderen Fällen - insbesondere nach Maßgabe der Schulbesuchsordnung vom 12. August 1994 (SächsGVBl. S. 1565) dem Präsenzunterricht fernbleiben können. Schüler können danach beispielsweise von der Pflicht zur Teilnahme am Präsenzunterricht entbunden werden, wenn die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung nachvollziehbar macht, dass bei dem Schüler wegen einer Grunderkrankung ein erhöhtes Risiko für eine COVID-19-Erkrankung besteht oder der Schüler bei einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ein unzumutbar erhöhtes individuelles Risiko für einen schweren Verlauf der Krankheit trägt. Hierauf weist die Begründung der angegriffenen Verordnung ausdrücklich hin. Liegt ein ausreichender Grund dafür vor, dass der betroffene Schüler nicht am Präsenzunterricht teilnimmt, können nach § 2 Abs. 2 Satz 1 SchulKitaCoVO häusliche Lernzeiten angeordnet werden, wobei nach § 26 Abs. 4 SächsSchulG schulpflichtigen Kindern und Jugendlichen, die infolge einer längerfristigen Erkrankung die Schule nicht besuchen können, Unterricht zu Hause oder im Krankenhaus im angemessenen Umfang unter Berücksichtigung der organisatorischen, personellen und sächlichen Voraussetzungen angeboten werden soll.

- 18 3. Schließlich ist nach summarischer Prüfung auch nicht erkennbar, dass ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG vorliegen könnte, weil Schüler nach Maßgabe von § 1 Abs. 2 Nr. 7 SchulKitaCoVO i. V. m. § 4 Abs. 5 Sächs-CoronaSchVO nicht der angegriffenen Testpflicht unterliegen, wenn sie vollständig geimpft sind. Es spricht viel dafür, dass eine Ungleichbehandlung insoweit sachlich gerechtfertigt ist, da immunisierte Schüler weniger als andere Schüler zum Infektionsgeschehen beitragen (vgl. hierzu OVG NRW, Beschl. v. 29. Oktober 2021 - 13 B 1393/21.NE -, juris, Rn. 168 m. w. N.).

- 19 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO und die Streitwertfestsetzung auf § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG. Da die angegriffene Regelung mit Ablauf des 17. November 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.

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

gez.:

Dr. v. Welck

Kober

Heinlein

RiinOVG Dr. Helmert
ist verhindert. Die Unterschrift
wird ersetzt.

Wiesbaum

Dr. v. Welck