

Sächsisches Obergerverwaltungsgericht
Ortenburg 9
02625 Bautzen

per beA

Mein Zeichen
AJ/LB/SK/104/21

Datum
24.03.2021

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß
§ 47 Abs. 6 VwGO

In dem Verwaltungsrechtsstreit

1. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] -Antragstellerin zu 1-
2. [REDACTED]
[REDACTED] -Antragsteller zu 2-
3. [REDACTED], vertreten durch die Eltern [REDACTED]
[REDACTED] Antragsteller zu 3

Verfahrensbevollmächtigte
der Antragsteller 1 bis 3:

Stapper | Jacobi | Schädlich
Rechtsanwälte-Partnerschaft
Karl-Heine-Straße 16
04229 Leipzig

gegen

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

-Antragsgegner-

wegen: Unwirksamkeit der § 3 a I, II, 5 a V, 5 b I Nr. 1 und Nr. 3 der
SächsCoronaSchVO vom 05.03.2021, Erlass einer einstweiligen
Anordnung

Streitwert: 15.000,00 €

Prof. Dr. Florian Stapper
Rechtsanwalt ¹
Fachanwalt für Insolvenzrecht
Fachanwalt für Steuerrecht

Prof. Dr. Christoph Alexander Jacobi
Rechtsanwalt ¹
Fachanwalt für Insolvenzrecht
Fachanwalt für Steuerrecht

Dr. Jörg Schädlich
Rechtsanwalt ¹
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Fachanwalt für Insolvenzrecht
Geprüfter Betriebswirt (ILS)

Marco Häußner LL.M.oec.
Rechtsanwalt ²
Fachanwalt für Insolvenzrecht

Stefanie Brandenburg
Rechtsanwältin ²

Lydia Koch
Rechtsanwältin ²

Florian Alexander Lenck
Rechtsanwalt ²

Sabine Zihang
Rechtsanwältin ²

Sylvia Gimmmler
Rechtsanwältin ²

Erick Ali
Rechtsanwalt ²

Lea Bischoff
Rechtsanwältin ²

¹ Mitglied im VID
² angestellte Rechtsanwälte

www.stapper.in

T +49 341 31980 100
F +49 341 31980 110
leipzig@stapper.in

Für die Mandats und Verfahrensbearbeitung
verarbeiten wir personenbezogene Daten.
Nähere Informationen finden Sie unter
www.stapper.in/datenschutz/.

STAPPER | JACOBI | SCHÄDLICH
RECHTSANWÄLTE - PARTNERSCHAFT
Partnerschaftsgesellschaft nach PartGG
Sitz Leipzig – Amtsgericht Leipzig PR 227

Insolvenzverwaltung
zertifiziert nach:



Namens und in Vollmacht der Antragsteller wird beantragt:

1. §§ 3 a I, II, § 5 a V, § 5 b I Nr. 1 und Nr. 3 der SächsCoronaSchVO vom 05.03.2021 werden vorläufig außer Vollzug gesetzt.
2. Die Kosten des Verfahrens hat die Antragsgegnerin zu tragen.

Begründung:

Inhaltsverzeichnis

I. Sachverhalt.....	- 4 -
1. Art der durchgeführten Tests.....	- 5 -
2. Nachteile für den Antragsteller zu 1 als Arbeitgeber	- 5 -
3. Möglichkeit des Tätigwerdens durch Parlamentsgesetz anstatt Rechtsverordnung...-	6 -
4. Mangelnde Treffsicherheit der Antigenschnelltests	- 6 -
5. Keine Verbreitungsgefahr durch die Schüler.....	- 8 -
6. Schädlichkeit der Mund-Nasen-Bedeckung.....	- 8 -
II. Rechtliche Würdigung	- 9 -
1. Zulässigkeit.....	- 9 -
a) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	- 9 -
b) Statthaftigkeit.....	- 9 -
c) Antragsbefugnis	- 9 -
d) Antragsgegner.....	- 10 -
2. Begründetheit.....	- 11 -
a) Zulässigkeit des Antrags in der Hauptsache	- 11 -
b) Begründetheit des Antrags in der Hauptsache.....	- 11 -
aa) § 3 a I SächsCoronaSchVO	- 11 -
(1) Ermächtigungsgrundlage.....	- 12 -
(2) Verstoß gegen Art. 12 GG.....	- 14 -
bb) § 3 a II SächsCoronaSchVO.....	- 16 -
(1) Ermächtigungsgrundlage.....	- 17 -
(2) Verstoß gegen Art. 2 I und II S. 1 GG.....	- 18 -
cc) § 5 a V SächsCoronaSchVO.....	- 19 -
(1) Ermächtigungsgrundlage.....	- 19 -
(2) Verstoß gegen Art. 2 I und II S. 1 GG.....	- 20 -
dd) § 5 b I Nr. 1 und Nr. 3 SächsCoronaSchVO.....	
(1) Ermächtigungsgrundlage.....	
(2) Verstoß gegen Art. 2 I und II S. 1 GG.....	
III. Fazit.....	

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin zu 1 ist Arbeitgeberin mit Sitz in [REDACTED]. [REDACTED] insgesamt 51 Mitarbeiter. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] der Antragsteller zu 3, besucht die 9. Klasse des [REDACTED]
[REDACTED]-Gymnasiums in [REDACTED].

Glaubhaftmachung: Eidesstattliche Versicherung des Antragstellers zu 2
beigefügt als Anlage A1

Die Antragsteller wenden sich gegen § 3 a I, II, 5 a V, 5 b I Nr. 1 und Nr. 3 der SächsCoronaSchVO vom 05.03.2021. Diese lauten wie folgt:

§ 3a

Testpflicht

(1) Arbeitgeber sind ab dem 22. März 2021 verpflichtet, ihren Beschäftigten, die an ihrem Arbeitsplatz präsent sind, ein Angebot zur Durchführung eines kostenlosen Selbsttests mindestens einmal pro Woche zu unterbreiten.

(2) ¹Alle Beschäftigten und Selbstständigen mit direktem Kundenkontakt sind ab dem 15. März 2021 verpflichtet, einmal wöchentlich eine Testung auf das Nichtvorliegen einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorzunehmen oder vornehmen zu lassen. ²Die Tests sind vom Arbeitgeber für den Arbeitnehmer kostenfrei zur Verfügung zu stellen. ³Die Testung muss die jeweils geltende Mindestanforderung des Robert Koch-Instituts erfüllen. ⁴Der Nachweis über die Testung ist für die Dauer von vier Wochen aufzubewahren.

§ 5a

Betriebseinschränkungen für Einrichtungen der Kindertagesbetreuung und Schulen

(...)

(5) ¹Ab 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. ²Die 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. ³Das 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. ⁴Das 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. ⁵Sofern ein Zutrittsverbot nach Satz 1 gilt, sind im Eingangsbereich des Geländes der Schule entsprechende Hinweise anzubringen.

[...]

1. Art der durchgeführten Tests

Die nach den genannten Vorschriften anzubietenden bzw. durchzuführenden Tests sind gem. § 3 a I sog. Selbsttests, im Fall des § 3 a II sogenannte Schnelltests oder Selbsttests (<https://www.coronavirus.sachsen.de/testangebote-und-testpflichten-9458.html#a-9762>).

Der gemäß § 5 a V SächsCoronaSchVO vor Ort in der Schule durchzuführende Test ist ein sog. Antigen-Selbsttest (<https://www.bildung.sachsen.de/blog/index.php/2021/03/11/faq-tests/>). Sowohl bei einem Antigen-Schnelltest als auch einem Antigen-Selbsttest wird ein Tupfer in die Nase eingeführt, um Probematerial zu entnehmen (<https://www.bildung.sachsen.de/blog/index.php/2021/03/11/faq-tests/>; https://www.t-online.de/gesundheit/krankheiten-symptome/id_89602364/schnelltest-selbsttest-und-pcr-test-das-sind-die-unterschiede-ein-ueberblick.html). Insbesondere im Falle des Schnelltests führt dies oft zu Schleimhautverletzungen und Blutungen (https://www.t-online.de/gesundheit/krankheiten-symptome/id_89258424/coronavirus-test-das-ist-die-korrekte-abnahmetechnik.html).

2. Nachteile für den Antragsteller zu 1 als Arbeitgeber

Die Arbeitgeber müssen die Kosten für die Bereitstellung der Tests selbst tragen (https://www.coronavirus.sachsen.de/haeufig-gestellte-fragen-zur-coronaschutzimpfung-9444.html?_cp=%7B%22accordion-content-9734%22%3A%7B%226%22%3Atrue%7D%7D). Ein Selbsttest kostet derzeit ca. 10,00 € (https://www.t-online.de/leben/id_89565236/corona-selbsttests-hier-koennen-sie-die-schnelltests-kaufen.html). Darüber hinaus geht mit dem Anbieten der Tests für den Arbeitgeber ein organisatorischer Mehraufwand einher.

Derzeit besteht bereits – unabhängig von den Arbeitsstätten – die Möglichkeit für jede – auch sog. asymptomatische (also grds. nicht infizierte und symptomfreie) – Person, sich im Wege des sog. „Bürgertests“ nach § 4 a TestV i.V.m. § 5 I S.2 TestV mindestens einmal pro Woche per Antigentest testen zu lassen. Allein im Gebiet der Stadt Leipzig bieten 23 verschiedene, über das Stadtgebiet verteilte Stellen die Testung an (<https://www.leipzig.de/jugend-familie-und-soziales/gesundheit/neuartiges-coronavirus-2019-n-cov/testzentrum/#c224390>).

Die Begründung zu § 3 a I SächsCoronaSchVO führt als Grund für die Bereitstellungspflicht an, dass die Unternehmen einen „gesamtgesellschaftlichen Beitrag“ leisten sollen.

3. Möglichkeit des Tätigwerdens durch Parlamentsgesetz anstatt Rechtsverordnung

Das Szenario einer pandemisch verlaufenden Infektionserkrankung war bereits vor dem Auftreten des Covid-19-Erregers bekannt: Dem deutschen Bundestag lag ein Bericht der Bundesregierung zur Risikoanalyse im Bevölkerungsschutz vor, in dem die Folgen des Ausbruchs eines fiktiven Coronavirus – der auch so betitelt wurde – beschrieben wurden, bei dem immerhin von 10 % Letalität der Gesamtbevölkerung ausgegangen wurde; gestaffelt nach Altersgruppen von 1 % bei Kindern bis zu 50 % bei über 65-jährigen (BT-Drs. 17/12051, S. 58). Auch wurden im Zuge der Pandemie teils weitreichende Gesetzesänderungen in kürzester Zeit unter Beteiligung des Parlaments realisiert. Zu nennen sind neben Änderungen im Zivilrecht vor allem Änderungen im Infektionsschutzgesetz, welches der Gesetzgeber seit Beginn der Pandemie bereits mehrfach weiterentwickelt und präzisiert hat, bevor am 19. November 2020 das Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020 (BGBl. 2020 Teil I Nr. 52, S. 2397) in Kraft trat.

4. Mangelnde Treffsicherheit der Antigenschnelltests

Die anzubietenden bzw. durchzuführenden Selbsttests weisen erhebliche Raten falsch-positiver Ergebnisse auf:

Als Mindestkriterien an Antigen-Schnelltests hat das Paul-Ehrlich-Institut eine Sensitivität von mindestens 80 % und eine Spezifität von mindestens 97 % festgelegt (<https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2021/02/01/worauf-bei-corona-tests-zu-achten-ist>).

Allerdings steigt die Rate der falsch-positiven Schnelltests, die diese Mindestkriterien erfüllen, bei der Durchführung von Massentests erheblich an. So gilt, dass bei einer Quote an Infizierten von 0,05 % (dies entspricht einer Inzidenz von 50) nach Durchführung eines positiv ausfallenden Antigen-Schnelltests die Wahrscheinlichkeit, tatsächlich mit Covid-19 infiziert zu sein, bei lediglich 2,0 % liegt (https://www.focus.de/gesundheit/coronavirus/die-corona-erklaerer-statistikerin-ueber-schnelltests-vor-weihnachten-ohne-verdacht-ist-positiver-test-meist-falsch_id_12801873.html). Im Umkehrschluss liegt also dann bei 98 % der Fälle, die mithilfe des Schnelltests positiv getestet wurden, tatsächlich keine Infektion vor. Gleichwohl werden auf Basis dieser Testergebnisse weitere Maßnahmen angeordnet (Quarantäne-Anordnung durch das Gesundheitsamt bis zur Durchführung eines PCR-Tests, der seinerseits einer erheblichen Fehlerquote unterliegt, sofern der Ct-Wert des Tests mit über 30 Zyklusschwellenwerten zu hoch ist, wogegen dann abermals rechtlich vorgegangen werden muss; vgl. <https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr-wdr/gesundheitsaemter-corona-tests-101.html>).

Bei einer Quote an Infizierten von 0,1 % (also einer Inzidenz von 100) wären von 100 positiv Getesteten Personen 96 falsch-positiv (<https://www.pharmazeutische-zeitung.de/fda-warnt-vor-falsch-positiven-corona-schnelltests-121603/>).

In Sachsen liegt die Inzidenz im 7-Tage-Durchschnitt bei 85 Neuinfektionen auf 100 000 Einwohner gerechnet (Stand: 11.03.2021, Quelle: <https://www.coronavirus.sachsen.de/amtliche-bekanntmachungen.html#a-6509>). Das bedeutet, dass 0,085 % der Bevölkerung sich in den letzten sieben Tagen neu infiziert haben. Mehr als 96 % der positiv Getesteten waren tatsächlich also nicht infiziert.

Hinzu kommt, dass an Sächsischen Schulen offenbar der koreanische Selbsttest „SD Biosensor, Inc.“, vertrieben durch Roche, verwendet werden soll bzw. der „COVID-19 Boson Antigen-Schnelltest“ von Technomed. Jedenfalls ist in dem Schreiben des Kultusministers Christian Piwarz „An alle Eltern und Schülerinnen und Schüler der Oberschulen, Gymnasien und berufsbildenden Schulen in öffentlicher Trägerschaft“ vom 10.03.2021 die Gebrauchsanweisung zu ebendiesem Test angehängen. Dieser Gebrauchsanweisung lässt sich unter der Überschrift „Anwendungszweck“ entnehmen, dass der Test „zum Nachweis von Antigenen des SARS-CoV-2-Virus bei Personen mit Verdacht auf Covid-19“ dient. Auch wird unter „Einschränkungen des Verfahrens“ ausgeführt, dass der Test lediglich „in einer Studie mit symptomatischen Erwachsenen im Alter von 18-68 Jahren evaluiert“ wurde. Bei den Schülern handelt es sich unterdessen durchweg – entgegen dieser Test-Gebrauchsanweisung nicht um „Personen mit Verdacht auf Covid-19“, sondern um gesunde und minderjährige Kinder. (Auch bei den Mitarbeitern in Unternehmen handelt es sich um keine Menschen „mit Verdacht auf Covid-19“.)

Glaubhaftmachung: Schreiben des Kultusministers Christian Piwarz „An alle Eltern und Schülerinnen und Schüler der Oberschulen, Gymnasien und berufsbildenden Schulen in öffentlicher Trägerschaft“ vom 10.03.2021

Anlage A2

Trotzdem trifft einen positiv Getesteten die Pflicht, sich unverzüglich nach Erhalt des positiven Testergebnisses in Quarantäne zu begeben (https://www.coronavirus.sachsen.de/haeufig-gestellte-fragen-zur-coronaschutzimpfung-9444.html?_cp=%7B%22accordion-content-9734%22%3A%7B%225%22%3Atrue%2C%226%22%3Atrue%7D%2C%22previousOpen%22%3A%7B%22group%22%3A%22accordion-content-8936%22%2C%22idx%22%3A3%7D%2C%22accordion-content-8936%22%3A%7B%223%22%3Atrue%7D%7D). Durch die Quarantäne dieser falsch-positiv Getes-

teten Beschäftigten wird es absehbar zu erheblichen Arbeitsausfällen kommen, obgleich nahezu alle positiv Getesteten tatsächlich nicht infiziert sind.

5. Keine Verbreitungsgefahr durch die Schüler

Die Begründung der Antragsgegnerin zu § 5 a Abs. 5 SächsCoronaSchVO weist explizit darauf hin, dass Schulen gerade „nicht als Pandemietreiber aufgefallen“ seien; auch führt die Begründung aus, dass Kinder und Jugendliche ein umso geringeres Infektionsrisiko tragen, je jünger sie sind. Dieser Umstand sei für Schüler und Schülerinnen oberhalb der Primarstufe dadurch berücksichtigt worden, dass die geforderte Häufigkeit der Tests reduziert sei. Tatsächlich werden diese Schüler jedoch ausweislich des § 5 a V S. 2 CoronaSchVO wöchentlich getestet, ebenso wie die Mitarbeiter nach § 3 a II SächsCoronaSchVO.

Die Präsenzbeschulung ist für Kinder sowohl hinsichtlich der Bildung als auch psychologisch von großer Bedeutung; es drohen Beeinträchtigungen der psychosozialen und motorischen Entwicklung (<https://www.aerztezeitung.de/Politik/Corona-Kinderaerzte-und-Lehrer-wollen-Praesenzunterricht-415988.html>).

Auch kann nur durch die Präsenzbeschulung die Beaufsichtigung der Kinder durch die Schule gewährleistet werden.

6. Schädlichkeit der Mund-Nasen-Bedeckung

Beim Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung in Form einer medizinischen Gesichtsmaske, FFP2-Maske oder vergleichbaren Atemschutzmaske, wie es § 5 b I Nr. 1 und Nr. 3 SächsCoronaSchVO vorschreibt, werden gesundheitsschädliche Stoffe – insbesondere Silberchlorid und Mikroplastik – an Haut und Atemluft abgegeben. Zwar kann die Gesundheitsgefahr gemindert werden, indem die Masken regelmäßig gewechselt, vorab mehrere Stunden gelüftet bzw. auf 50 Grad erhitzt werden (zum Ganzen: <https://www.heise.de/tp/features/Maskenpflicht-Gift-im-Gesicht-5055786.html>; <https://www.fr.de/politik/corona-maske-ffp2-mikroplastik-muell-meer-gesundheit-90190572.html>; Pressemitteilung des Hamburger Umweltinstituts e.V. vom 03.02.2021, <http://www.hamburger-umweltinst.org/de/content/herzlich-willkommen>). Allerdings sind derartige Vorsichtsmaßnahmen derzeit nicht vorgeschrieben. Vielmehr bleiben die Beschaffung und der Umgang mit den Masken den Schülern selbst überlassen.

II. Rechtliche Würdigung

Der Antrag hat Aussicht auf Erfolg, da er zulässig und begründet ist.

1. Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig.

a) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Die Streitigkeit ist unproblematisch eine öffentlich-rechtliche (§ 47 I VwGO „im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“), da die streitentscheidenden Normen der Sächsischen Coronaschutzverordnung dem Öffentlichen Recht zuzuordnen sind.

b) Statthaftigkeit

Die Statthaftigkeit des Antrags ergibt sich aus § 47 VI VwGO i.V.m. § 47 I Nr. 2 VwGO und § 24 I SächsJG. Danach entscheidet das Oberverwaltungsgericht über die Gültigkeit von im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, sofern das Landesrecht dies bestimmt. Bei der SächsCoronaSchVO handelt es sich um eine im Rang unter dem Landesrecht stehende Vorschrift. Eine entsprechende landesrechtliche Bestimmung findet sich in § 24 I SächsJG.

c) Antragsbefugnis

Die Antragsteller sind antragsbefugt. Gemäß § 47 II S.1 VwGO kann jede natürliche oder juristische Person den Antrag stellen, sofern sie geltend macht, durch die Rechtsvorschrift in eigenen Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. Die Rechtsverletzung muss zumindest möglich scheinen (stRspr., vgl. BVerwG, Urt. v. 28.03.2019 – 5 CN 1/18 - und SächsOVG, Beschluss v. 04.03.2021 – 3 B 26/21). Sie fehlt daher nur dann, wenn unter Zugrundelegung des Antragsvorbringens die Rechte der Antragstellerin offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise verletzt werden können (stRspr., vgl. BVerwG, Urt. v. 18.04.2013 – 5 CN 1.12 – und SächsOVG, Beschluss v. 04.03.2021 – 3 B 26/21).

Bezogen auf die Antragstellerin zu 1 scheint jedenfalls eine Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 12 GG möglich.

Art. 12 GG schützt die Berufsausübungsfreiheit, also das „Wie“ der beruflichen Tätigkeit. Da § 3 a I CoronaSchVO den Arbeitgeber verpflichtet, sämtlichen Beschäftigten einmal wöchentlich ein Testangebot zu machen, liegt insoweit ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin vor.

Der Antragsteller zu 2 hat in seiner Eigenschaft [REDACTED] regelmäßig persönliche Termine [REDACTED]

[REDACTED] wahrzunehmen. Daher fällt er unter den in § 3 a II SächsCoronaSchVO bezeichneten Personenkreis. Dann trifft ihn die Pflicht, den angebotenen Test auch tatsächlich durchzuführen. Damit liegt zumindest ein Eingriff in Art. 2 I und II S.1 GG vor. Bei einer Pflicht zur Durchführung eines Tests liegt der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG auf der Hand.

Art. 2 II S.1 Alt. 2 GG schützt die körperliche Unversehrtheit; Teil davon ist der Schutz der körperlichen Integrität, also das Recht, den Körper zu belassen, wie er ist. Schon deshalb stellt die Probenentnahme einen Eingriff in Art. 2 II S.1 GG dar. Darüber hinaus geht die Probenentnahme jedoch potentiell auch mit Schmerzen einher, was wiederum einen Eingriff in Art. 2 II S.1 GG darstellt.

Zur Durchführung des Tests muss ein Tupfer in die Nase eingeführt werden; dies führt oft zu Schleimhautverletzungen und Blutungen (https://www.t-online.de/gesundheit/krankheiten-symptome/id_89258424/coronavirus-test-das-ist-die-korrekte-abnahmetechnik.html), mithin zu einer Verletzung der körperlichen Unversehrtheit. Eine Antragsbefugnis ist daher gegeben.

Gemäß § 47 IV VwGO muss der Erlass der einstweiligen Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile geboten sein. Der Erlass ist vorliegend schon deshalb geboten, weil bereits eine summarische Prüfung ergibt, dass der Normenkontrollantrag in der Hauptsache begründet ist. Auch gebietet der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG dies. Die angegriffene Verordnung ist bis zum 31.03.21 befristet. Innerhalb dieser Frist ist eine Entscheidung in der Hauptsache nahezu ausgeschlossen. Daher muss zumindest die Rechtsschutzmöglichkeit nach § 47 IV VwGO eröffnet sein.

d) Antragsgegner

Der Antrag ist gegen den Antragsgegner zu richten. Gemäß § 47 II S.2 VwGO hat er sich gegen die Körperschaft, Anstalt oder Stiftung zu richten, die die Rechtsvorschrift erlassen hat. Da die SächsCoronaSchVO durch den Freistaat Sachsen erlassen wurde, ist er der taugliche Antragsgegner.

f) Der Zulässigkeit des Antrags steht auch nicht entgegen, dass der Antragsteller bislang in der Hauptsache noch keinen Normenkontrollantrag anhängig gemacht hat, da er in Anlehnung an die für den vorläufigen Rechtsschutz geltenden Vorschriften nach §§ 80 VwGO, 123 VwGO auch zuvor gestellt werden kann (OVG Weimar, Beschluss vom 20.04.2016 – 3 EN 222/16).

2. Begründetheit

Der Antrag ist auch begründet.

Nach § 47 VI VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist.

Vorliegend ist der Erlass der Anordnung geboten, weil sich schon bei summarischer Prüfung ergibt, dass der Normenkontrollantrag höchstwahrscheinlich begründet ist.

Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 VI VwGO sind nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in erster Linie die Erfolgsaussichten der Hauptsache, sofern sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (BayVGH, Beschluss vom 30.03.2020 - 20 NE 20.632 -; BVerwG, Beschluss vom 25.02.2015 – 4 VR 5.14). Dabei erlangen die Erfolgsaussichten in der Hauptsache umso größere Bedeutung, je kürzer die angegriffene Norm in Kraft ist und je geringer daher die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung in der Hauptsache noch vor ihrem Außerkrafttreten erfolgt. Insbesondere im Falle von schwerwiegenden Grundrechtseingriffen durch die angegriffene Norm ist die Erfolgsaussicht in der Hauptsache als vorrangiger Prüfungsmaßstab anzulegen. Dies folgt aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG. Erweist sich also, dass der Antrag in der Hauptsache voraussichtlich zulässig und begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug suspendiert werden muss (BayVGH, Beschluss vom 30.03.2020 - 20 NE 20.632).

a) Zulässigkeit des Antrags in der Hauptsache

Der Antrag in der Hauptsache wäre voraussichtlich zulässig. Bezüglich der Voraussetzungen kann auf die obigen Ausführungen zur Zulässigkeit des Antrags nach § 47 VI VwGO verwiesen werden.

b) Begründetheit des Antrags in der Hauptsache

Der Antrag in der Hauptsache wäre voraussichtlich auch begründet. Ein Antrag nach § 47 I VwGO ist begründet, wenn die angegriffene Rechtsvorschrift ungültig, d.h. rechtswidrig ist (§ 47 I, V S. 2 VwGO). Die angegriffenen Rechtsvorschriften sind materiell rechtswidrig.

aa) § 3 a I SächsCoronaSchVO

SächsCoronaSchVO ist materiell rechtswidrig, da er Art. 12 GG verletzt und sich zudem nicht auf eine taugliche Ermächtigungsgrundlage stützt.

(1) Ermächtigungsgrundlage

Die SächsCoronaSchVO führt als ihre Ermächtigungsgrundlage § 32 S.1 i.V.m. § 28 I S.1 und 2 sowie § 28 a I, II S.1 und III IfSG an. § 32 IfSG enthält dabei die Verordnungsermächtigung für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG. Eine Verpflichtung zum Anbieten eines Tests ist im Katalog des § 28 a IfSG nicht enthalten, sodass dieser als Ermächtigungsgrundlage ausscheidet.

Auch § 28 I S. 1 IfSG ist indes keine taugliche Ermächtigungsgrundlage für die angegriffenen Maßnahmen (a und b) und außerdem wegen Verstoßes gegen den Parlamentsvorbehalt verfassungswidrig (c).

(a) Nach § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG kann die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen treffen, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Es handelt sich um eine infektionsschutzrechtliche Generalklausel, die der Logik des Gefahrenabwehrrechts folgt. Ursprünglich gedacht war sie für kleinräumige und kleingliedrige Interventionen, was bereits an der Formulierung des § 28 I S.1 HS. 2 IfSG ersichtlich wird; die Rede ist von „Personen“, dem „Ort, an dem sie sich befinden“ und „bestimmten Orten“, jedenfalls nicht von flächendeckenden Maßnahmen für ganze Bundesländer (AG Ludwigsburg, Urteil vom 29.01.2021 - 7 OWi 170 Js 112950/20).

Im Falle des § 3 a Abs. 1 SächsCoronaSchVO werden jedoch landesweit Arbeitgeber verpflichtet. Dies hat mit den Grundsätzen der Gefahrenabwehr nichts mehr gemein. Die Gefahrenprognose wird derart pauschaliert, dass die Bekämpfung einer konkreten Infektionsgefahr an einem abgrenzbaren Ort gänzlich zu Gunsten einer allgemeingültigen und vollkommen abstrakten Einschätzung aufgegeben wird. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG wird hierdurch zu einer "Ermächtigung für alles und jedes" (AG Ludwigsburg, Urteil vom 29.01.2021 - 7 OWi 170 Js 112950/20). Es ist daher eine verfassungskonforme Auslegung des § 28 I S. 1 IfSG geboten, wonach lediglich Maßnahmen ergriffen werden können, die eine nicht nur abstrakte, sondern konkret begründete Infektionsgefahr durch bestimmte Personen oder an bestimmten Orten bekämpft. Dies insbesondere deshalb, da sich die Maßnahme des § 3 a I SächsCoronaSchVO gegen Arbeitgeber richtet, die weder krank, krankheitsverdächtig, ansteckungsverdächtig noch Ausscheider und damit Nichtstörer sind.

(b) Auch ermächtigt § 28 I S. 1 IfSG lediglich zu Maßnahmen, die der Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten dienen (AG Ludwigsburg, Urteil vom 29.01.2021 - 7 OWi 170 Js 112950/20; VG Berlin, Beschluss vom 11.02.2021 - 14 L 18/21).

Zwar kann das Angebot von Selbsttests dazu führen, dass Mitarbeiter sich testen und so eine Erkrankung entdecken, sich in der Folge in Quarantäne begeben und so eine Verbreitung verhindert wird.

Allerdings besteht bereits derzeit die Möglichkeit für jede Person, sich im Wege des sog. „Bürgertests“ nach § 4 a TestV i.V.m. § 5 I S.2 TestV mindestens einmal pro Woche per Antigentest testen zu lassen. Dies legt nahe, dass mit der Pflicht der Arbeitgeber zur Bereitstellung dieser Tests ein anderer Zweck verfolgt wird, namentlich eine Kostenersparnis für den Staat, da die Arbeitgeber die Kosten für die Bereitstellung der Tests selbst tragen müssen (https://www.coronavirus.sachsen.de/haeufig-gestellte-fragen-zur-coronaschutzimpfung-9444.html?_cp=%7B%22accordion-content-9734%22%3A%7B%226%22%3Atrue%7D%7D). Dafür spricht auch die Begründung zu § 3 a I SächsCoronaSchVO, wonach Grund für die Bereitstellungspflicht sein soll, dass die Unternehmen einen „gesamtgesellschaftlichen Beitrag“ leisten. Dies ist indes keine Maßnahme, die die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit verhindert.

(c) § 3 a I SächsCoronaSchVO ist jedoch ohnehin verfassungswidrig, da er gegen den Parlamentsvorbehalt verstößt. Nach der Wesentlichkeitstheorie (BVerfG, 08.08.1978 - 2 BvL 8/77) muss der Gesetzgeber die für die Grundrechtsverwirklichung maßgebenden Regelungen im Wesentlichen selbst treffen. Eine Pflicht zum Tätigwerden des Gesetzgebers besteht insbesondere in mehrdimensionalen, komplexen Grundrechtskonstellationen, in denen miteinander konkurrierende Freiheitsrechte aufeinandertreffen und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind. Die Wesentlichkeitstheorie bestimmt im Übrigen nicht nur über die Frage, ob eine bestimmte Regelung durch den Gesetzgeber zu treffen ist sondern auch darüber, wie genau diese Regelung im Einzelnen sein muss (st. Rspr., vgl. BVerfG, Beschl. Vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77).

Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Gesundheit) aus Art. 2 II S. 1 GG ist kein „Supergrundrecht“, das sich automatisch gegenüber anderen Grundrechten durchsetzt. Vielmehr muss es mit anderen Grundrechten, vorliegend Art. 12 GG, abgewogen werden. Diese Abwägungsentscheidung hat jedoch nicht die Exekutive im Verordnungswege, sondern einzig und allein der parlamentarische Gesetzgeber zu treffen.

Sofern vorgebracht wird, dass nur die Exekutive schnell und flexibel auf das Infektionsgeschehen reagieren kann, ist zunächst anzuführen, dass das Szenario einer pandemisch verlaufenden Infektionserkrankung bereits bekannt war: Dem deutschen Bundestag lag ein Bericht der Bundesregierung zur Risikoanalyse im Bevölkerungsschutz vor, in dem die Folgen des Ausbruchs eines fiktiven Coronavirus – der so betitelt wurde – beschrieben wurden, bei dem immerhin von 10 % Letalität der Gesamtbevölkerung ausgegangen wurde; gestaffelt nach Altersgruppen von 1 % bei Kindern bis zu 50 % bei

über 65-jährigen (BT-Drs. 17/12051, S. 58). Nebenbei bemerkt wurden hier als Maßnahmen, neben Quarantäne von Kontaktpersonen und Behandlung Infizierter auf Isolierstationen, nur Schulschließungen, die Absage von Großveranstaltungen sowie Hygieneempfehlungen besonders aufgeführt (BT-Drs. a.a.O., S. 61 f). Des Weiteren wurden in anderen Bereichen teils weitreichende Gesetzesänderungen in kürzester Zeit unter Beteiligung des Parlaments realisiert. Zu nennen sind neben Änderungen im Zivilrecht vor allem Änderungen im Infektionsschutzgesetz, welches der Gesetzgeber seit Beginn der Pandemie bereits mehrfach weiterentwickelt und präzisiert hat, bevor am 19. November 2020 das Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020 (BGBl. 2020 Teil I Nr. 52, S. 2397) in Kraft trat. Auch eine sich stets ändernde Infektionslage führen also nicht dazu, dass der Gesetzgeber gehindert wäre, eine Abwägung verschiedener Grundrechte selbst vorzunehmen, anstatt dies der Exekutive zu überlassen.

(2) Verstoß gegen Art. 12 GG

Die Pflicht des Arbeitgebers, wöchentlich einen kostenlosen Schnelltest anzubieten, greift in die Berufsausübungsfreiheit ein. Sie verstößt gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sodass der Eingriff in Art. 12 GG nicht gerechtfertigt ist.

Ein Eingriff ist verhältnismäßig, wenn ein legitimer Zweck verfolgt wird und der Eingriff zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist. Die Pflicht zum Angebot eines Schnelltests ist indes weder erforderlich noch angemessen (abgesehen von der fraglichen Eignung aufgrund der hohen Test-Fehlerquote).

(a) Erforderlich ist ein Mittel dann, wenn kein gleichwirksames milderes Mittel zur Verfügung steht.

Gemäß § 4 a TestV i.V.m. § 5 I S.2 TestV haben auch sog. asymptomatische (also grds. nicht infizierte und symptomfreie) Personen bei entsprechender Verfügbarkeit von Testkapazitäten einmal pro Woche Anspruch auf einen PoC-Antigentest (sog. Bürgertest), der dann gem. § 6 TestV etwa in einem Testzentrum, einer Arztpraxis oder – sofern eine entsprechende Beauftragung erfolgt – auch z.B. durch Apotheken durchgeführt wird. Allein im Gebiet der Stadt Leipzig bieten 23 verschiedene, über das Stadtgebiet verteilte Stellen die Testung an (<https://www.leipzig.de/jugend-familie-und-soziales/gesundheits/neuartiges-coronavirus-2019-n-cov/testzentrum/#c224390>). Personen, die sich freiwillig testen lassen möchten, haben dazu also bereits derzeit die Möglichkeit.

Da der Arbeitgeber die Kosten für das Testangebot selbst tragen muss (<https://www.coronavirus.sachsen.de/haeufig-gestellte-fragen-zur-coronaschutzimpfung-9444.html?cp=%7B%22accordion-content-9734%22%3A%7B%226%22%3Atrue%7D%7D>), ist

die bereits bestehende Möglichkeit eines Bürgertests ein milderes Mittel. Ein Selbsttest kostet derzeit ca. 10 € (https://www.t-online.de/leben/id_89565236/corona-selbsttests-hier-koennen-sie-die-schnelltests-kaufen.html). Bei 50 Beschäftigten und einer wöchentlichen Durchführung würden also wöchentliche Aufwendungen von ca. 500 € entstehen. Darüber hinaus stellt die Zurverfügungstellung einen organisatorischen Mehraufwand dar.

Worin – abgesehen von einer Kostenersparnis des Staates – der Vorteil in Bezug auf eine Infektionsbekämpfung liegen soll, ist nicht ersichtlich. Insbesondere angesichts der in § 6 TestV vorgesehenen Möglichkeit, auch Apotheken zu beauftragen, die angesichts ihrer Vielzahl für jeden zumutbar zu erreichen sind, erschließt sich ein Vorteil nicht.

(b) § 3 I SächsCoronaSchVO ist jedoch auch nicht angemessen, da die Schnelltests derart ungenau sind, dass der infektiologische Nutzen in keinem Verhältnis zu den zu erwartenden Nachteilen steht.

Die anzubietenden Schnelltests weisen erhebliche Raten falsch-positiver Ergebnisse auf:

Als Mindestkriterien an Antigen-Schnelltests hat das Paul-Ehrlich-Institut eine Sensitivität von mindestens 80 % und eine Spezifität von mindestens 97 % festgelegt (<https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2021/02/01/worauf-bei-corona-tests-zu-achten-ist>).

Allerdings steigt die Rate der falsch-positiven Schnelltests, die diese Mindestkriterien erfüllen, bei der Durchführung von Massentests erheblich an. So gilt, dass bei einer Quote an Infizierten von 0,05 % (dies entspricht einer Inzidenz von 50) nach Durchführung eines positiv ausfallenden Antigen-Schnelltests die Wahrscheinlichkeit, tatsächlich mit Covid-19 infiziert zu sein, bei lediglich 2,0 % liegt (https://www.focus.de/gesundheit/coronavirus/die-corona-erklaerer-statistikerin-ueber-schnelltests-vor-weihnachten-ohne-verdacht-ist-positiver-test-meist-falsch_id_12801873.html). Im Umkehrschluss liegt also dann bei 98 % der mithilfe des Schnelltests positiv Getesteten tatsächlich keine Infektion vor.

Bei einer Quote an Infizierten von 0,1 % (also einer Inzidenz von 100) wären von 100 positiv Getesteten Personen 96 falsch-positiv (<https://www.pharmazeutische-zeitung.de/fda-warnt-vor-falsch-positiven-corona-schnelltests-121603/>).

In Sachsen liegt die Inzidenz im 7-Tage-Durchschnitt bei 85 Neuinfektionen auf 100 000 Einwohner gerechnet (Stand: 11.03.2021, Quelle: <https://www.coronavirus.sachsen.de/amtliche-bekanntmachungen.html#a-6509>). Das bedeutet, dass 0,085 % der Bevölkerung sich in den letzten

sieben Tagen neu infiziert haben. Mehr als 96 % der positiv Getesteten waren tatsächlich also nicht infiziert.

Dennoch trifft einen positiv Getesteten die Pflicht, sich unverzüglich nach Erhalt des positiven Testergebnisses in Quarantäne zu begeben (https://www.coronavirus.sachsen.de/haeufig-gestellte-fragen-zur-coronaschutzimpfung-9444.html?_cp=%7B%22accordion-content-9734%22%3A%7B%225%22%3Atrue%2C%226%22%3Atrue%7D%2C%22previousOpen%22%3A%7B%22group%22%3A%22accordion-content-8936%22%2C%22idx%22%3A3%7D%2C%22accordion-content-8936%22%3A%7B%223%22%3Atrue%7D%7D). Durch die Quarantäne dieser falsch-positiv Getesteten Beschäftigten wird es absehbar zu erheblichen Arbeitsausfällen kommen, obgleich nahezu alle positiv Getesteten tatsächlich nicht infiziert sind.

Hier stehen also erhebliche Kosten, Arbeitsausfälle und der durch die Testung entstehende Zeitaufwand einem nur sehr geringen Nutzen gegenüber. Im Übrigen besteht bereits jetzt die Möglichkeit, einen kostenlosen Bürgertest durchzuführen.

Hinzu kommt, dass die U.S. Food and Drug Administration (FDA) rund 225 derzeit weltweit im Umlauf befindliche Tests für untauglich erklärt hat und empfiehlt, diese nicht mehr zu verwenden. Die FDA ist die US-Behörde für Lebens- und Arzneimittel, d.h. die Lebensmittelüberwachungs- und Arzneimittelbehörde der Vereinigten Staaten, die dem amerikanischen Gesundheitsministerium untersteht. Die FDA hat eine Liste herausgegeben, nach der aktuell rund 225 Tests (Schnelltests, Antivirentests, PCR-Tests) nicht mehr verwendet werden sollen: „Wie in der Anleitung vermerkt, beabsichtigt die FDA, den Hersteller und den Test von der Benachrichtigungsliste zu streichen, (...) wenn erhebliche Probleme mit einem solchen Test festgestellt werden, die nicht zeitnah behoben werden können oder wurden.“ (<https://www.fda.gov/medical-devices/coronavirus-covid-19-and-medical-devices/removal-lists-tests-should-no-longer-be-used-and-or-distributed-covid-19-facs-testing-sars-cov-2>). Solange also nicht zumindest gesichert ist, welche Tests verwendet werden oder bei ärztlichem Attest verwendet werden dürfen, ist eine grundrechtskonforme Umsetzung der Testpflicht selbst dann nicht möglich, wenn es keine massenhaften falsch-positiven Ergebnisse gäbe.

bb) § 3 a II SächsCoronaSchVO

§ 3 a II SächsCoronaSchVO ist materiell rechtswidrig, da er Art. 2 I und II GG verletzt und sich zudem nicht auf eine taugliche Ermächtigungsgrundlage stützt.

(1) Ermächtigungsgrundlage

(a) Zwar können laut § 28 I S.1 IfSG die notwendigen Schutzmaßnahmen getroffen werden, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; der Rückgriff auf diese Generalklausel ist jedoch durch § 29 I, II S.1 IfSG als *lex specialis* ausgeschlossen. Dieser regelt explizit, wann eine Person der Beobachtung unterworfen werden kann; genau eine solche Beobachtung stellt aber das Testen dar, denn es dient einzig dem Zweck, festzustellen, ob eine Person infiziert ist oder nicht (so auch BayVGh, Beschluss vom 02.03.2021 – 20 NE 21.353).

Nach den allgemeinen Grundsätzen juristischer Methodik kann also, da die Frage, wann eine Beobachtung erfolgen kann, in § 29 IfSG bereits geregelt ist, insoweit nicht auf den allgemeineren § 28 IfSG zurückgegriffen werden; entsprechend auch BayVGh, Beschluss vom 24.11.2020 – 20 NE 20.2605.

Die Heranziehung des § 29 I, II S.1 IfSG kann indes gleichfalls keine Grundlage für eine Testpflicht sämtlicher Beschäftigter und Selbstständiger mit direktem Kundenkontakt sein. Zum einen bereits deshalb, weil § 29 IfSG nicht als Rechtsgrundlage in der Verordnung genannt ist, sodass ein Verstoß gegen das Zitiergebot des Art. 80 I S.3 GG vorliegt.

Zum anderen, weil § 29 IfSG die Möglichkeit, sämtliche Beschäftigte und Selbstständige mit direktem Kundenkontakt zu testen, schlicht nicht eröffnet.

§ 29 I IfSG begrenzt nämlich die Möglichkeit der Beobachtung, also der Testpflicht, auf Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider. Diese Begriffe werden in § 2 IfSG definiert.

Da sämtliche Beschäftigten und Selbstständigen mit direktem Kundenkontakt getestet werden sollen, knüpft die Testpflicht erkennbar nicht an die Einordnung als Kranke oder Ausscheider an. Auch die Einstufung als Krankheitsverdächtige scheidet aus, da hierfür gemäß der Legaldefinition des § 2 Nr. 5 IfSG Symptome vorliegen müssen. Es bleibt also die Gruppe der Ansteckungsverdächtigen; gemäß § 2 Nr. 7 IfSG handelt es sich hierbei um eine Person, von der anzunehmen ist, dass sie Krankheitserreger aufgenommen hat, ohne krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein.

Weshalb sämtliche Beschäftigten und Selbstständigen mit direktem Kundenkontakt im Verdacht stehen sollten, Krankheitserreger aufgenommen zu haben, ist nicht ersichtlich.

Die Aufnahme von Krankheitserregern i.S.d. § 2 Nr. 7 IfSG ist dann „anzunehmen“, wenn der Betroffene mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Kontakt zu einer infizierten Person oder einem infizierten Gegenstand hatte; eine bloß entfernte Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass die Annahme, der Betroffene habe Krankheitserreger aufgenommen, wahrscheinlicher ist als das Gegenteil. Dabei sind an die Wahrscheinlichkeit einer Ansteckung umso geringere Anforderungen zu stellen, je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist (BayVGh, Beschluss vom 02.03.2021 – 20 NE 21.353).

Die pauschale Testung knüpft jedoch gerade nicht an die Einschätzung an, diese Mitarbeiter seien im Vergleich zum Rest der Bevölkerung mit höherer Wahrscheinlichkeit infiziert. Die Begründung zu § 3 a SächsCoronaSchVO führt lediglich an, das Testangebot nach Abs. 1 sei als „gesamtgesellschaftlicher Beitrag“ von den Arbeitgebern zu verlangen. Ein Grund für die Testpflicht nach Abs. 2 wird gar nicht erst angeführt.

(b) Im Übrigen ist § 28 I S. 1 IfSG ohnehin verfassungswidrig, da er gegen den Parlamentsvorbehalt verstößt. Wäre er dies nicht, wäre er zumindest verfassungskonform so auszulegen, dass nur Maßnahmen ergriffen werden können, die eine nicht nur abstrakte, sondern konkret begründete Infektionsgefahr durch bestimmte Personen oder an bestimmten Orten bekämpfen; insoweit sei auf die Ausführungen zu § 3 a I SächsCoronaSchVO verwiesen. Eine solche „konkretisierte“ Gefahr wird jedoch nicht adressiert, wenn landesweit Mitarbeiter mit „direktem Kundenkontakt“ zur Testung verpflichtet werden.

(2) Verstoß gegen Art. 2 I und II S. 1 GG

Eine Pflicht zur Durchführung eines Tests stellt ersichtlich einen Eingriff in Art. 2 I GG dar. Daneben ist auch Art. 2 II S. 1 GG betroffen.

Art. 2 II S.1 Alt. 2 GG schützt die körperliche Unversehrtheit; Teil davon ist der Schutz der körperlichen Integrität, also das Recht, den Körper so zu belassen, wie er ist. Schon deshalb stellt die Probenentnahme einen Eingriff in Art. 2 II S.1 GG dar. Darüber hinaus geht die Probenentnahme jedoch potentiell auch mit Schmerzen einher, was wiederum einen Eingriff in Art. 2 II S.1 GG darstellt. Der Tupfer muss in die Nase eingeführt werden; dies führt oft zu Schleimhautverletzungen und Blutungen (https://www.t-online.de/gesundheit/krankheiten-symptome/id_89258424/coronavirus-test-das-ist-die-korrekte-abnahmetechnik.html).

Diese Eingriffe sind auch nicht gerechtfertigt. Zwar sieht Art. 2 II S. 3 die Beschränkung dieser Grundrechte aufgrund eines Gesetzes vor; jedoch muss dabei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ge-

wahrt bleiben. Der Eingriff muss also geeignet, erforderlich und angemessen sein und einen legitimen Zweck verfolgen. Der Eingriff ist jedoch nicht angemessen.

Dies bereits aufgrund der geringen Aussagekraft der Schnelltests: Wie bereits ausgeführt, sind bei einer Inzidenz von 100 (wenn also 0,1 % der Getesteten tatsächlich infiziert sind) von 100 positiv Getesteten 96 tatsächlich nicht infiziert. Trotzdem müssen sich sämtliche positiv Getesteten in Quarantäne begeben, was einen ganz erheblichen Eingriff in Art. 2 I GG darstellt. Da die Quarantäne eine zwingende Folge eines positiven Testergebnisses ist, muss sie in die Beurteilung der Schwere des Eingriffs mit einbezogen werden.

Der Eingriff in Art. 2 II S.1 GG gewinnt an Schwere durch seine Regelmäßigkeit; die Mitarbeiter müssen sich wöchentlich testen lassen. Auch ist das häufige Auftreten von Blutungen und Schleimhautverletzungen hoch zu gewichten.

cc) § 5 a V SächsCoronaSchVO

(1) Ermächtigungsgrundlage

(a) § 5 a V SächsCoronaSchVO stützt sich bereits nicht auf eine taugliche Ermächtigungsgrundlage. Da die Testpflicht der Schüler eine Beobachtungsmaßnahme darstellt, verdrängt insoweit § 29 IfSG als lex specialis den § 28 I S. 1 IfSG. Zum einen wird jedoch § 29 IfSG in der SächsCoronaSchVO nicht als Ermächtigungsgrundlage genannt, sodass ein Verstoß gegen das Zitiergebot des § 80 I S. 3 GG vorliegt; zum anderen sieht § 29 IfSG lediglich eine Beobachtung Kranker, Krankheitsverdächtiger, Ansteckungsverdächtiger oder Ausscheider dar. In Bezug auf die Schüler kommt allenfalls eine Einstufung als Ansteckungsverdächtige in Betracht. Die pauschale Testung sämtlicher Schüler ab der 5. Klasse knüpft jedoch gerade nicht an die Einschätzung an, diese Schüler seien im Vergleich zum Rest der Bevölkerung mit höherer Wahrscheinlichkeit infiziert. Vielmehr weist die Begründung der Antragsgegnerin zu § 5 a Abs. 5 SächsCoronaSchVO explizit darauf hin, dass Schulen gerade „nicht als Pandemietreiber aufgefallen“ seien; auch führt die Begründung aus, dass Kinder und Jugendliche ein umso geringeres Infektionsrisiko tragen, je jünger sie sind. Daraus lässt sich schließen, dass gerade nicht davon ausgegangen wird, dass Schüler im Vergleich zur Normalbevölkerung mit höherer Wahrscheinlichkeit infiziert sind. Auch die Antragsgegnerin stuft also die Schüler nicht als ansteckungsverdächtig i.S.d. § 29 IfSG ein. § 5 a V SächsCoronaSchVO ist also schon mangels tauglicher Ermächtigungsgrundlage ungültig.

(b) Auch ist § 5 a V SächsCoronaSchVO bereits wegen Verstoßes gegen den Parlamentsvorbehalt verfassungswidrig; wäre er dies nicht, wäre er zumindest verfassungskonform so auszulegen, dass

nur Maßnahmen ergriffen werden können, die eine nicht nur abstrakte, sondern konkret begründete Infektionsgefahr durch bestimmte Personen oder an bestimmten Orten bekämpfen; insoweit sei auf die Ausführungen zu § 3 a I SächsCoronaSchVO verwiesen. Eine solche „konkretisierte“ Gefahr wird jedoch nicht adressiert, wenn landesweit Schüler zur Testung verpflichtet werden.

(2) Verstoß gegen Art. 2 I und II S. 1 GG

Eine Pflicht zur Durchführung eines Tests stellt einen Eingriff in Art. 2 I GG dar. Daneben ist auch Art. 2 II S. 1 GG betroffen. Insoweit sei auf die Ausführungen zu § 3 a II SächsCoronaSchVO verwiesen. Auch die Schüler müssen sich wöchentlich testen lassen, sodass der Eingriff hierdurch an Gewicht zunimmt. Das mit der Testpflicht verfolgte Ziel, die Verbreitung von Covid-19 zu verhindern, wird dagegen noch weniger erreicht als durch die Testung der Mitarbeiter nach § 3 a II SächsCoronaSchVO, da ausweislich der Begründung zu § 5 a V SächsCoronaSchVO „nach derzeitigem Erkenntnisstand Kinder und Jugendliche ein umso geringeres Infektions- und Verlaufsrisiko tragen, je jünger sie sind“. Dies lässt vermuten, dass die Inzidenz unter Schülern niedriger ist als in der Restbevölkerung, sodass die Rate an falsch-positiven Tests noch höher ausfallen dürfte.

Hinzu kommt, dass der seitens der Schulen offenbar verwendete Test „SD Biosensor, Inc.“, vertrieben durch Roche ausweislich der Gebrauchsanweisung „zum Nachweis von Antigenen des SARS-CoV-2-Virus bei Personen mit Verdacht auf Covid-19“ dient. Auch wird unter „Einschränkungen des Verfahrens“ ausgeführt, dass der Test lediglich „in einer Studie mit symptomatischen Erwachsenen im Alter von 18-68 Jahren evaluiert“ wurde. Die Schüler stehen jedoch gerade nicht im Verdacht, mit Covid-19 infiziert zu sein. Hier wird also ein Test entgegen den Empfehlungen des Herstellers eingesetzt. Auch wurde die Wirksamkeit in der zu testenden Gruppe der minderjährigen Schüler überhaupt nicht vom Hersteller oder anderweitig überprüft.

Die Begründung führt weiter aus, dass aus diesem Grund die geforderte Häufigkeit der Testung für Schüler oberhalb der Primarstufe reduziert sei. Tatsächlich müssen sich Schüler oberhalb der Primarstufe jedoch gem. § 5 a V S. 2 SächsCoronaSchVO einmal wöchentlich testen lassen, mithin genauso regelmäßig wie gem. § 3 a II SächsCoronaSchVO Mitarbeiter mit Kundenkontakt.

Zwar eröffnet § 5 a VI S.1 SächsCoronaSchVO Schülern die Möglichkeit, sich von der Teilnahme an der Präsenzbeschulung schriftlich abzumelden; dies gilt jedoch nicht bzw. eingeschränkt für die in § 5 a II S. 1 SächsCoronaSchVO aufgeführten Abschlussklassen und -jahrgänge. Allerdings führt auch die Möglichkeit, sich von der Teilnahme an der Präsenzbeschulung abzumelden, nicht dazu, dass der Verstoß gegen Art. 2 I und II S.1 GG entfällt. Die Präsenzbeschulung ist für Kinder sowohl hinsichtlich der Bildung als auch psychologisch von großer Bedeutung; es drohen Beeinträchtigungen der psy-

chosozialen und motorischen Entwicklung (<https://www.aerztezeitung.de/Politik/Corona-Kinderaerzte-und-Lehrer-wollen-Präsenzunterricht-415988.html>). Auch kann nur durch die Präsenzbeschulung die Beaufsichtigung der Kinder durch die Schule gewährleistet werden. Hinzu kommt, dass gerade in Abschlussklassen der Präsenzunterricht für die Unterrichtsstoffvermittlung und das Schreiben von Klausuren notwendig ist und nur eine Minderzahl der Schulen über die notwendigen technischen Mittel verfügen, kompletten online-Unterricht inklusive online-Klausuren dergestalt anzubieten, dass dies den Anforderungen entspricht, die eine Bewertung im Rahmen der Abi-turnoten ermöglicht. Eine Abmeldung vom Präsenzunterricht stellt daher für den Antragsteller zu 3 keine zumutbare Alternative dar; auch dann nicht, wenn derzeit keine Abiturvorbereitung erfolgt, aber Leistungsbewertungen im allgemeinen Schulablauf gefährdet würden, wenn durchgängig von § 5 a VI S.1 SächsCoronaSchVO Gebrauch gemacht würde.

[...]