



Verwaltungsgericht Hamburg

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 2, am 29. April 2021 durch

...

beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 16. April 2021 wird insoweit angeordnet, als für Zulassung zu Präsenzangeboten an der Schule nicht auch die Vorlage einer Bescheinigung über das negative Ergebnis eines durch einen Leistungserbringer gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 der Coronavirus-Testverordnung durchgeführten Schnelltests, dessen Vornahme im Zeitpunkt des Beginns des Präsenzangebotes nicht länger als 24 Stunden zurückliegt, ausreicht.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragsteller zu $\frac{3}{4}$ und die Antragsgegnerin zu $\frac{1}{4}$.

Der Streitwert wird auf 2.500,- Euro festgesetzt.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten und sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht zu. Sie ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses schriftlich oder nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – in elektronischer Form beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerdefrist wird auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Oberger-

waltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern ist oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Eine Beschwerde in Streitigkeiten über Kosten, Gebühren und Auslagen ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

Der Beschwerde sowie allen Schriftsätzen sollen – sofern sie nicht in elektronischer Form eingereicht werden – Abschriften für die Beteiligten beigelegt werden.

Vor dem Hamburgischen Obergericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hamburgischen Obergericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

Hinsichtlich der Festsetzung des Streitwertes steht den Beteiligten die Beschwerde an das Hamburgische Obergericht zu. Die Streitwertbeschwerde ist schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form (s.o.) beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Sie ist spätestens innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt hat, einzulegen.

Soweit die Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nicht durch das Verwaltungsgericht zugelassen worden ist, ist eine Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nur gegeben, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

Gründe:

I.

Die Antragsteller wenden sich im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes dagegen, dass der Antragsteller zu 1. am Präsenz(wechsel-)unterricht nur teilnehmen darf, wenn er zu Beginn des Unterrichts in der Schule unter Aufsicht einen Covid-19-Selbsttest durchführt oder ein negatives Ergebnis eines PCR-Tests vorlegt, das nicht älter als 48 Stunden ist.

Der neunjährige Antragsteller zu 1., der Sohn der Antragsteller zu 2. und 3., besucht die dritte Klasse der X-Schule in Hamburg.

Nachdem zunächst nach den Märzferien für Schülerinnen und Schüler ab dem 15. März 2021 die Möglichkeit bestand, zweimal pro Woche freiwillig an einem Covid-19-Selbsttest teilzunehmen, wurde mit der 38. Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung die Vorschrift des § 23 Abs. 1 Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung unter anderem dahingehend geändert, dass in dem von der für

Schule zuständigen Behörde zu erlassenen Muster-Corona-Hygieneplan eine Pflicht zur Durchführung von Coronavirus-Tests nach § 10d vorgesehen werden könne, sowie dass die Teilnahme an schulischen Veranstaltungen und das Recht zum Betreten des Schulgeländes von einem solchen Coronavirus-Test mit negativem Ergebnis abhängig gemacht werden könne (vgl. HmbGVBl. 2021, Nr. 23, S. 174). In der Folge sah die ab dem 6. April 2021 geltende 11. Fassung des Muster-Corona-Hygieneplans der Antragsgegnerin eine Testpflicht für Schülerinnen und Schüler, die das Präsenzangebot der Schule nutzen wollten, vor. Ziff. 1.2. des Muster-Corona-Hygieneplans lautete:

„1.2. Verpflichtende Schnelltest für Laien bei Schülerinnen und Schülern

Schülerinnen und Schüler, die Präsenzangebote an der Schule wahrnehmen, werden ab dem 6.4.2021 nur zugelassen, wenn sie zuvor am selben Tage unter Aufsicht der Schule einen Selbsttest mit negativem Ergebnis durchgeführt haben oder einen PCR Test vorlegen, der § 10 d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO entspricht und nicht älter ist als 48 Stunden. Dies gilt nicht für Schülerinnen und Schüler der Vorschulklassen. Verweigern Schülerinnen und Schüler eine Selbsttestung, werden sie im Distanzunterricht unterrichtet.

Die Testpflicht umfasst mindestens zwei verpflichtende Tests in jeder Kalenderwoche. Schülerinnen und Schüler, die durchgängig an Präsenzangeboten teilnehmen, testen sich am Montag und am Mittwoch, andere Schülerinnen und Schüler testen sich am ersten Tag ihrer Anwesenheit in jeder Kalenderwoche und am zweiten folgenden Tag der Woche, soweit dieser Tag ein Tag ist, an dem ein schulisches Angebot wahrgenommen wird. Besuchen Schülerinnen und Schüler im wöchentlichen Wechselunterricht den Präsenzunterricht, testen sie sich in der Präsenzwoche vier Mal, in der Distanzwoche findet keine verpflichtende Selbsttestung statt.

Bei einem positiven Schnelltestergebnis gelten die Meldeverpflichtungen aus Kap. 15.“

Nachdem der Antragsteller zu 1. in Begleitung des Antragstellers zu 3. am 6. April 2021 versuchte, unter Vorlage einer von den Antragstellern zu 2. und 3. ausgestellten Bescheinigung über das negative Ergebnis eines zuvor zuhause durchgeführten Selbsttest und unter Vorlage des Testkits am Unterricht teilzunehmen, wurde den Antragstellern abends von der Schulleitung die Anordnung eines auflösend bedingten Hausverbotes für den Fall angedroht, dass der Antragsteller zu 1. ohne Vorlage eines negativen PCR-Testergebnisses oder ohne Teilnahme an einem in der Schule unter Aufsicht durchgeführten Selbsttests am Präsenzunterricht teilnehmen wolle. Seitdem besucht der Antragsteller zu 1. die Schule nicht mehr, sondern nimmt am Distanzunterricht teil.

Am 8. April 2021 haben die Antragsteller das Gericht um vorläufigen Rechtsschutz ersucht und beantragen zuletzt nach entsprechendem Hinweis des Gerichts die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs vom 16. April 2021, der sich gegen die Regelung der Ziff. 1.2. des Muster-Corona-Hygieneplans richtet, sowie hilfsweise die Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs.

Am 23. April 2021 trat das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage nationaler Tragweite in Kraft (vgl. BGBl. I. 2021, S. 802). Mit dessen Art. 1 wurde unter anderem § 28b IfSG eingeführt, dessen Absatz 3 Satz 1 und 2 lautet:

„Die Durchführung von Präsenzunterricht an allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen ist nur zulässig bei Einhaltung angemessener Schutz- und Hygienekonzepte; die Teilnahme am Präsenzunterricht ist nur zulässig für Schülerinnen und Schüler sowie für Lehrkräfte, die zweimal in der Woche mittels eines anerkannten Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet werden. Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so ist die Durchführung von Präsenzunterricht ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen nur in Form von Wechselunterricht zulässig.“

Gegenwärtig gilt die 13. Fassung des Muster-Corona-Hygieneplans, die hinsichtlich der Testpflicht für Schülerinnen und Schüler keine inhaltlichen Änderungen enthält. Ergänzt wurde lediglich, dass über die Melde- und Dokumentationspflichten in Ziff. 14 und 15 hinaus keine personenbezogene Dokumentation der durchgeführten und negativ ausgefallenen Schnelltests durch die Schulen notwendig sei. Für die Lehrkräfte wurden zwei verbindliche Tests pro Woche für den Fall eingeführt, dass die durch das Robert Koch-Institut veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100 an drei aufeinander folgenden Tagen überschreitet.

II.

1. Der nach § 80 Abs. 5 Satz 1 1. Fall VwGO gestellte Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs vom 16. April 2021 ist statthaft und auch im Übrigen zulässig.

Bei der Anordnung einer Testpflicht als Voraussetzung für die Teilnahme an Präsenzangeboten der Schule in Ziff. 1.2. des Muster-Corona-Hygieneplans handelt es sich um eine

Allgemeinverfügung gemäß § 35 Satz 2 HmbVwVfG (vgl. VG Hamburg, Beschl. v. 15.4.2021, 2 E 1706/21, abrufbar unter: <https://justiz.hamburg.de/contentblob/15023622/a70d17671e9e8bfeb555e52768289e12/data/2-e-1706-21-beschluss-vom-15-4-21.pdf>, BA S. 4 unter Bezugnahme auf die Ausführungen der Kammer 5 in ihrem Beschluss v. 9.4.2021, 5 E 1754/21, abrufbar unter: <https://justiz.hamburg.de/contentblob/15012534/7607331bde5cce6a3840fce06b76f458/data/5-e-1754-21-beschluss-vom-9-4-21.pdf>, BA. S. 6 f.). Hiergegen ist der Widerspruch der statthafte Rechtsbehelf.

Dabei geht die Kammer im vorliegenden Verfahren davon aus, dass eine Verpflichtung zu vier Selbsttests pro Woche im Falle der Antragsteller nicht Gegenstand der Allgemeinverfügung und damit auch des Widerspruchs nicht ist. Der Antragsteller besucht eine Schule, an der täglich wechselnder Präsenzunterricht praktiziert wird. Für diesen Fall enthält die Regelung in Ziff. 1.2. des Muster-Corona-Hygieneplans in seiner 13. Fassung vom 28. April 2021 (abrufbar unter: [https://www.hamburg.de/contentblob/14709468/0b2212287fc795cfaeb38d699c2f8b80/data/anlage-musterhygieneplan-master\).pdf](https://www.hamburg.de/contentblob/14709468/0b2212287fc795cfaeb38d699c2f8b80/data/anlage-musterhygieneplan-master).pdf), zuletzt abgerufen am 30.4.2021) eine Verpflichtung zur Durchführung von zwei Selbsttests pro Woche. Hieran ändert sich nach Ansicht der Kammer auch nichts dadurch, dass der Antragsteller zu 1. an den Tagen, an denen er nicht am Präsenzunterricht teilnimmt, das Betreuungsangebot der Schule in Anspruch nimmt. Vielmehr vermag die Kammer eine Verpflichtung zu vier (Selbst-)Tests in der Woche nur für die Schülerinnen und Schüler zu erkennen, die eine Schule besuchen, an denen ein wöchentlicher Wechselunterricht stattfindet. Für den Antragsteller zu 1. dürfte vielmehr die Regelung gelten, wonach Schülerinnen und Schüler, die durchgängig am Präsenzangeboten teilnehmen, sich am Montag und am Mittwoch testen. Der Begriff „Präsenzangebote“ umfasst nach dem Verständnis der Kammer auch das zusätzlich zum Präsenzunterricht bestehende Betreuungsangebot. Aus der Mitteilung der Klassenlehrerin vom 1. April 2021, wonach diese davon ausgeht, dass sich Kinder in der „Notbetreuung“ „wohl sogar täglich testen“ werden, ergibt sich nichts anderes. Hierin ist keine von der Allgemeinverfügung abweichende Regelung einer höheren Testfrequenz zu sehen. Ein derartiger Wille der Klassenlehrerin, die offenbar nur das wiedergibt, was sie meint, dass es anderswo geregelt sei, ist nicht erkennbar. Auch dem Brief des Landesschulrates vom 31. März 2021 (abrufbar unter: <https://www.hamburg.de/contentblob/14996936/645202ab8d44442c062fa5d423422ef7/data/b-brief-31-maerz-2021.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.4.2021) vermag die Kammer keinen über die Allgemeinverfügung in Ziff. 1.2. des Muster-Corona-Hygieneplans hinausgehenden Regelungsgehalt hinsichtlich der Testfrequenz zu entnehmen. Hier heißt es unter anderem, dass für alle Schülerinnen und Schüler, die in die Schulen kommen, wöchentlich grundsätzlich zwei

Schnelltests vorzuhalten seien. Die Schnelltests seien an gleichmäßig über die Präsenztage der jeweiligen Schülerinnen und Schüler verteilten Zeitpunkten jeweils morgens mit Beginn des Präsenzunterrichts in der Schule durchzuführen. Bei täglichem Wechsel von Präsenz- und Distanzunterricht würden die Schülerinnen und Schüler im Präsenzunterricht zwei Mal in der Präsenzwoche getestet. Nur für den wöchentlichen Wechsel von Präsenz- und Distanzunterricht ist auch in diesem Schreiben von vier Tests in der Woche die Rede. Für Schülerinnen und Schüler, die neben dem Wechselunterricht auch das sonstige Betreuungsangebot der Schule wahrnehmen und damit gegebenenfalls täglich anwesend sind, trifft dieses Schreiben – ebenso wie die Allgemeinverfügung – keine Aussage und damit auch keine Regelung.

Die Antragsgegnerin hat sich auf eine entsprechende Anfrage des Gerichts nicht eindeutig geäußert. Die Schulleitung teilte lediglich das an der vom Antragsteller zu 1. besuchten Schule praktizierte Wechselmodell mit und, dass bei der Teilnahme am Präsenzunterricht wöchentlich zwei Selbsttests verpflichtend seien. Soweit die Antragsgegnerin darüber hinaus meint, dass eine höhere Testfrequenz für den Fall der Inanspruchnahme von zusätzlichen Betreuungsangeboten möglich und zulässig sei, muss dies hier mangels bisher vorliegender entsprechender Regelung nicht entschieden werden.

Sollte die Antragsgegnerin eine solche Auffassung erneut gegenüber den Antragstellern in verbindlicher Art und Weise regeln bzw. an die Unterschreitung einer Frequenz von vier Tests pro Woche Folgen knüpfen wollen, müsste gegen diese Maßnahme gegebenenfalls (erneut) Rechtsschutz gesucht werden. Derzeit sieht sich das Gericht jedoch nicht veranlasst, über derartiges im Grunde vorbeugend zu entscheiden. Der vorstehende Hinweis zum Verständnis der Allgemeinverfügung dürfte zunächst hinreichende Klarheit zur derzeit angeordneten Frequenz schaffen.

Die Allgemeinverfügung in Ziff. 1.2. des Muster-Corona-Hygieneplans ist nach Ansicht der Kammer gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO sofort vollziehbar. Das entsprechende Bundesgesetz findet sich in § 28 Abs. 3 IfSG i.V.m. § 16 Abs. 8 IfSG. Der dort geregelte Ausschluss des Suspensiveffekts findet nach Auffassung der Kammer auch Anwendung auf eine von der Schulbehörde verfügte Testpflicht (ebenso Beschluss der Kammer vom 12.3.2021, 2 E 797/21, n. veröff., BA S. 8 zu einer von der Schulbehörde verfügten Maskenpflicht; vgl. dazu auch VG Münster, Beschl. v. 4.12.2020, 5 L 1027/20, juris Rn. 4). Denn unschädlich ist nach Auffassung der Kammer, dass es sich bei der im Muster-Corona-Hygieneplan angeordneten Testpflicht nicht unmittelbar um eine Maßnahme der Gesundheitsbehörde nach § 28 Abs. 1 IfSG handelt, sondern um eine Maßnahme der Schulbehörde aufgrund einer

Ermächtigungskette. Die Antragsgegnerin hat auf der Grundlage des § 23 HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung agiert. Diese Verordnung basiert wiederum auf der Ermächtigung der Bundesländer zum Erlass von Rechtsverordnungen in § 32 Satz 1 IfSG für Maßnahmen, die unter den Voraussetzungen ergehen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG maßgebend sind (zur Ermächtigungskette vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 15.1.2021, 1 Bs 237/20, juris Rn. 34). Inhaltlich sind bei den durch Rechtsverordnung vorgesehenen Ge- und Verboten somit stets die Voraussetzungen der §§ 28, 28a IfSG zu prüfen. Es handelt sich somit sowohl nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 32 Satz 1 IfSG als auch nach Sinn und Zweck bei der im Muster-Corona-Hygieneplan angeordneten Testpflicht um eine infektionsschutzrechtliche Maßnahme nach § 28 Abs. 1 IfSG. Denn § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG verweist ausdrücklich auf den Katalog der Regelbeispiele, u.a. somit auf jenes in § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG. Diese Norm ermächtigt zur Schließung von Gemeinschaftseinrichtungen wie Schulen oder zur Erteilung von Auflagen für die Fortführung des Betriebes, worunter die vorgeschaltete Testpflicht fällt (vgl. VG Hamburg, Beschl. v. 15.4.2021, 2 E 1706/21, a.a.O., BA S. 5 f.).

Der Zulässigkeit des Antrags gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 1. Fall VwGO steht nach Ansicht der Kammer auch nicht die Einführung des § 28b Abs. 3 Satz 1 2. Halbs. IfSG, wonach die Teilnahme am Präsenzunterricht nur für Schülerinnen und Schüler sowie für Lehrkräfte, die zweimal in der Woche mittels eines anerkannten Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet werden, entgegen. Zum einen führt diese Norm nicht ohne Weiteres zur Unanwendbarkeit der landesrechtlichen Regelung. Das Landesrecht macht vielmehr die Teilnahme von Schülerinnen und Schülern am Präsenzunterricht ebenfalls davon abhängig, dass diese sich mehrmals in der Woche einem Test auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 unterziehen und enthält insofern kein abweichendes Recht, das eine vorrangige, alleinige Anwendung des Bundesrechts entsprechend Art. 31 GG erzwingen könnte. Dies gilt umso mehr, als § 28b Abs. 5 IfSG schärfere Maßnahmen auf Landesebene, wie sie in Ziff. 1.2. des Muster-Corona-Hygieneplans enthalten sind, ausdrücklich zulässt. Darüber hinaus hält es die Kammer derzeit nach vorläufiger Ansicht aber auch für fraglich, ob mit § 28b Abs. 3 Satz 1 2. Halbs. IfSG tatsächlich eine ohne Weiteres durchsetzbare Testpflicht geschaffen wurde. Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit einer Testpflicht für Schülerinnen und Schüler sowie Lehrkräfte unabhängig von der Überschreitung irgendeines Inzidenzschwellenwertes bestehen derzeit Zweifel. Im Ergebnis hält das Gericht unter Berücksichtigung der aktuellen Pandemielage eine testbasierte Zugangsbeschränkung für die Teilnahme am Präsenzunterricht wie in Ziff. 1.2. des Muster-Corona-Hygieneplans nach summarischer Prüfung aber grundsätzlich für rechtmäßig (vgl. hierzu

unten), sodass es insoweit zum jetzigen Zeitpunkt auch letztlich nicht darauf ankommt, ob § 28b Abs. 3 Satz 1 2. Halbs. IfSG die Testpflicht tragen würde.

Den Antragstellern kann schließlich auch nicht zugemutet werden, zunächst einen Ausschluss vom Schulunterricht abzuwarten, der gemäß § 23 Abs. 1 Satz 4 HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung durch die Schulleitung gegenüber Personen, die gegen die Vorschriften des Muster-Corona-Hygieneplans verstoßen, verfügt werden kann. Hierbei handelt es sich um einen gesonderten Verwaltungsakt. Da bereits die Testpflicht in Gestalt der Allgemeinverfügung einen belastenden Verwaltungsakt darstellt, ist auch hiergegen unmittelbar Rechtsschutz möglich. Dem betroffenen Schüler bzw. der betroffenen Schülerin kann nicht zugemutet werden, die Sanktion, die einen weiteren Verwaltungsakt darstellt, abzuwarten, bevor Rechtsschutz gegen die Testpflicht gesucht werden darf (vgl. VG Hamburg, Beschl. v. 15.4.2021, 2 E 1706/21, a.a.O., BA S. 6.).

2. Der Antrag hat in der Sache teilweise Erfolg. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang anzuordnen.

Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 1. Alt. VwGO kann das Gericht die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs im Falle des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO ganz oder teilweise anordnen. Das Gericht trifft eine eigene Abwägungsentscheidung. Hierbei ist das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung gegen das Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs abzuwägen. Bei dieser Abwägung sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache dann von maßgeblicher Bedeutung, wenn nach summarischer Prüfung von der offensichtlichen Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des streitgegenständlichen Verwaltungsakts und der Rechtsverletzung des Antragstellers auszugehen ist. Jedenfalls hat das Gericht auch die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen, soweit diese sich bereits übersehen lassen. Sind diese im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung offen, ist eine reine Interessenabwägung vorzunehmen.

Nach diesen Maßgaben fällt die vorzunehmende Interessenabwägung im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zugunsten der Antragsteller aus. Im Übrigen überwiegt jedoch das Vollzugsinteresse. So ist es nach summarischer Prüfung an sich nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin die Teilnahme an Präsenzangeboten in der Schule von der Durchführung eines Tests auf das Corona-SARS-CoV-2-Virus abhängig gemacht hat (hierzu a)). Es verstößt nach Ansicht der Kammer – in Abweichung von ihrer bisherigen Rechtsprechung (vgl. Beschl. v. 22.4.2021, 2 E 1681/21, n. veröff.; Beschl. v. 15.4.2021, 2

E 1706/21, a.a.O.) – jedoch gegen höherrangiges Recht, wenn sie insoweit neben der Vorlage des Ergebnisses eines PCR-Tests, der nicht älter als 48 Stunden ist, nur einen am selben Tag unter Aufsicht der Schule durchgeführten Selbsttest zulässt und nicht auch die Vorlage einer Bescheinigung über das negative Ergebnis eines durch einen Leistungserbringer im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 1 Coronavirus-Testverordnung durchgeführten Schnelltests, der im Zeitpunkt des Beginns des Präsenzangebotes nicht länger als 24 Stunden zurückliegt, für ausreichend erachtet (hierzu b)).

a) Die in Ziff. 1.2. des Muster-Corona-Hygieneplans für die Teilnahme an Präsenzangeboten in der Schule vorgesehene Testpflicht beruht aller Voraussicht nach auf einer ordnungsgemäßen Rechtsgrundlage (hierzu aa)), welche nach summarischer Prüfung auch im Übrigen mit höherrangigem Recht vereinbar ist (hierzu bb)).

aa) Die in der Allgemeinverfügung der Ziff. 1.2. des Muster-Corona-Hygieneplans enthaltene Testpflicht beruht auf § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 23. April 2021 (HmbGVBl. 2021, Nr. 28, S. 205). Danach kann in dem von der Antragsgegnerin aufzustellenden Musterhygieneplan eine Pflicht zur Durchführung von Corona-Virus-Tests nach § 10d vorgesehen und die Teilnahme an schulischen Veranstaltungen und das Recht zum Betreten des Schulgeländes von einem Corona-Virus-Test mit negativem Ergebnis abhängig gemacht werden. Diese Rechtsgrundlage ist nicht zu beanstanden:

So beruht sie zunächst ihrerseits auf einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage. Das Obergerverwaltungsgericht Lüneburg hat in seiner Entscheidung vom 23. April 2021 (13 MN 145/21, juris Rn. 28 ff.) zu den entsprechenden Anforderungen und insbesondere zum Gesetzesvorbehalt und zur erforderlichen Bestimmtheit ausgeführt:

„Der Senat geht zwar davon aus, dass diese Verordnungsregelung in § 32 Sätze 1 und 2 in Verbindung mit §§ 28 Abs. 1 Sätze 1 und 2, 28a Abs. 1 Nr. 10 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG -) vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045) in der durch das Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020 (BGBl. I S. 2397) geänderten Fassung eine tragfähige Rechtsgrundlage findet.

Eine Verfassungswidrigkeit dieser Rechtsgrundlage, insbesondere mit Blick auf die Bestimmtheit der getroffenen Regelungen und deren Vereinbarkeit mit dem Vorbehalt des Gesetzes, ist für den Senat - ebenso wie offenbar für das Bundesverfassungsgericht in seiner bisherigen Spruchpraxis betreffend die Corona-Pandemie (vgl. bspw. BVerfG, Beschl. v. 15.7.2020 - 1 BvR 1630/20 -; v. 9.6.2020 - 1 BvR

1230/20 -; v. 28.4.2020 - 1 BvR 899/20 -, alle veröffentlicht in juris) - jedenfalls nicht offensichtlich (vgl. hierzu im Einzelnen: Senatsbeschl. v. 23.12.2020 - 13 MN 506/20 -, juris Rn. 27 ff.; Bayerischer VerFGH, Entsch. v. 21.10.2020 - Vf. 26-VII-20 -, juris Rn. 17 ff.; OVG Bremen, Beschl. v. 9.4.2020 - 1 B 97/20 -, juris Rn. 24 ff.; Hessischer VGH, Beschl. v. 7.4.2020 - 8 B 892/20.N -, juris Rn. 34 ff.; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 26.10.2020 - 13 B 1581/20.NE -, juris Rn. 32 ff.; Beschl. v. 6.4. 2020 - 13 B 398/20.NE -, juris Rn. 36 ff.; Bayerischer VGH, Beschl. v. 30.3.2020 - 20 NE 20.632 -, juris Rn. 39 ff.; Beschl. v. 30.3.2020 - 20 CS 20.611 -, juris 17 f.; offengelassen: VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 9.4.2020 - 1 S 925/20 -, juris Rn. 37 ff.).

Der Vorbehalt des Gesetzes verlangt im Hinblick auf Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot, dass der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat und nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive überlassen darf. Dabei betrifft die Normierungspflicht nicht nur die Frage, ob ein bestimmter Gegenstand überhaupt gesetzlich geregelt sein muss, sondern auch, wie weit diese Regelungen im Einzelnen zu gehen haben (sog. "*Wesentlichkeitsdoktrin*", BVerfG, Urt. v. 19.9.2018 - 2 BvF 1/15 u.a. -, juris Rn. 199). Inwieweit es einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, hängt vom jeweiligen Sachbereich und der Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstands ab (vgl. BVerfG, Urt. v. 24.9.2003 - 2 BvR 1436/02 -, juris Rn. 67 f. m.w.N.). Auch Gesetze, die zu Rechtsverordnungen und Satzungen ermächtigen, können den Voraussetzungen des Gesetzesvorbehalts genügen, die wesentlichen Entscheidungen müssen aber durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst erfolgen. Das Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage bei Delegation einer Entscheidung auf den Ordnungsgeber aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, wonach Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden müssen, stellt insoweit eine notwendige Ergänzung und Konkretisierung des Gesetzesvorbehalts und des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dar. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG führt als eine Ausprägung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts den staatlichen Eingriff durch die Exekutive nachvollziehbar auf eine parlamentarische Willensäußerung zurück. Eine Ermächtigung darf daher nicht so unbestimmt sein, dass nicht mehr vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können (vgl. BVerfG, Urt. v. 19.9.2018 - 2 BvF 1/15 u.a. -, juris Rn. 198 ff. m.w.N.). Die Ermächtigungsnorm muss in ihrem Wortlaut nicht so genau wie irgend möglich gefasst sein; sie hat von Verfassungs wegen nur hinreichend bestimmt zu sein. Dazu genügt es, dass sich die gesetzlichen Vorgaben mit Hilfe allgemeiner Auslegungsregeln erschließen lassen, insbesondere aus dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und der Entstehungsgeschichte der Norm. Welche Anforderungen an das Maß der erforderlichen Bestimmtheit im Einzelnen zu stellen sind, lässt sich daher nicht allgemein festlegen. Zum einen kommt es auf die Intensität der Auswirkungen der Regelung für die Betroffenen an. Je schwerwiegender die grundrechtsrelevanten Auswirkungen für die von einer Rechtsverordnung potentiell Betroffenen sind, desto strengere Anforderungen gelten für das Maß der Bestimmtheit sowie für

Inhalt und Zweck der erteilten Ermächtigung. Zum anderen hängen die Anforderungen an Inhalt, Zweck und Ausmaß der gesetzlichen Determinierung von der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts ab, insbesondere davon, in welchem Umfang der zu regelnde Sachbereich einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich ist. Dies kann es auch rechtfertigen, die nähere Ausgestaltung des zu regelnden Sachbereichs dem Ordnungsgeber zu überlassen, der die Regelungen rascher und einfacher auf dem neuesten Stand zu halten vermag als der Gesetzgeber (vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.9.2016 - 2 BvL 1/15 -, juris Rn. 54 ff. m.w.N.).

Nach der im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes nur möglichen und auch nur gebotenen summarischen Prüfung ist für den Senat nicht offensichtlich, dass einerseits § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG und andererseits § 32 Satz 1 und 2 IfSG diesen Anforderungen nicht genügen könnten.

Mit § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG hat der Bundesgesetzgeber bewusst eine offene Generalklausel geschaffen (vgl. BVerwG, Urt. v. 22.3.2012 - BVerwG 3 C 16.11 -, BVerwGE 142, 205, 213 - juris Rn. 26 unter Hinweis auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Seuchengesetzes, BT-Drs. 8/2468, S. 27 f.), ohne aber den zuständigen Infektionsschutzbehörden eine unzulässige Globalermächtigung zu erteilen. Der Bundesgesetzgeber hat für den fraglos eingriffsintensiven Bereich infektionsschutzrechtlichen staatlichen Handelns selbst bestimmt, dass die zuständigen Behörden nur dann, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, *"die notwendigen Schutzmaßnahmen"* treffen dürfen, und zwar insbesondere die in den §§ 29 bis 31 IfSG genannten, dies aber auch nur *"soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist"*. Der Begriff der *"Schutzmaßnahmen"* ist dabei umfassend angelegt, um den Infektionsschutzbehörden insbesondere bei einem dynamischen, zügiges Eingreifen erfordernden Infektionsgeschehen ein möglichst breites Spektrum geeigneter Maßnahmen an die Hand zu geben (vgl. Senatsbeschl. v. 29.5.2020 - 13 MN 185/20 -, juris Rn. 27; OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 2.4.2020 - 3 MB 8/20 -, juris Rn. 35). Zugleich ist der Begriff der *"Schutzmaßnahmen"* nach Inhalt und Zweck der Rechtsgrundlage mit Hilfe allgemeiner Auslegungsregeln hinreichend zu begrenzen (vgl. etwa Senatsbeschl. v. 11.6.2020 - 13 MN 192/20 -; v. 14.8.2020 - 13 MN 283/20 -, juris Rn. 49 ff.; v. 6.7.2020 - 13 MN 238/20 -, juris; v. 28.8.2020 - 13 MN 307/20 -, juris Rn. 29; v. 14.10.2020 - 13 MN 358/20 -, juris Rn. 28 ff.; v. 24.8.2020 - 13 MN 297/20 -, juris Rn. 36). Darüber hinaus sind dem behördlichen Einschreiten durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Grenzen gesetzt (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 9.4.2020 - 1 B 97/20 -, juris Rn. 30). Dass diese durch Auslegung bestimmten Grenzen nicht vom Willen des Bundesgesetzgebers gedeckt wären, vermag der Senat nicht zu erkennen. Vielmehr hat der Bundesgesetzgeber mit dem Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27. März 2020 (BGBl. I S. 587) den Satz 1 des § 28 Abs. 1 IfSG um den zweiten Halbsatz *"sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter*

bestimmten Bedingungen zu betreten" ergänzt und gleichzeitig den bis dahin geltenden Satz 2 Halbsatz 2 gestrichen. Unabhängig von der Frage, ob es sich bei dieser Änderung um eine bloße Anpassung aus Gründen der Normenklarheit handelt, besteht für den Senat kein vernünftiger Zweifel, dass damit der Gesetzgeber selbst hinreichend bestimmt zum Ausdruck gebracht hat, dass über punktuell wirkende Maßnahmen hinaus allgemeine oder gleichsam flächendeckende Verbote erlassen werden können. Dafür spricht nicht nur der Wortlaut von § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 IfSG. Auch der Umstand, dass es sich bei der Gesetzesänderung um eine Reaktion auf das aktuelle Bedürfnis zum Erlass von landesweit geltenden Schutzmaßnahmen handelt, trägt dieses Auslegungsergebnis, zumal der Gesetzgeber in Kenntnis der bereits erlassenen Länderverordnungen bei gleichzeitig bestehender Kritik an der ursprünglichen Gesetzesfassung gehandelt hat (so ausdrücklich OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 6.4.2020 - 13 B 398/20.NE -, juris Rn. 52 m.w.N.). Eine weitergehende Konkretisierung der Eingriffsgrundlagen erscheint angesichts der Besonderheiten des Infektionsschutzrechts, die bei Eintritt eines Pandemiegeschehens kurzfristige Reaktionen des Ordnungsgebers auf sich ändernde Gefährdungslagen erforderlich machen können, verfassungsrechtlich nicht geboten. Ungeachtet der danach mangelnden verfassungsrechtlichen Notwendigkeit hat der Gesetzgeber durch den mit dem Dritten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020 (BGBl. I S. 2397) mit Wirkung vom 19. November 2020 geschaffenen § 28a IfSG ("*Besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)*") die zulässigen Maßnahmen weiter spezifiziert. [...]

Genügt danach § 28 Abs. 1 IfSG (in Verbindung mit § 28a IfSG) den an eine gesetzliche Rechtsgrundlage für staatliche Eingriffe zu stellenden verfassungsrechtlichen Anforderungen an Inhalt, Zweck und Ausmaß, gilt dies auch für die Verordnungsermächtigung in § 32 Satz 1 und 2 IfSG. Denn diese Verordnungsermächtigung knüpft hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen auch an § 28 Abs. 1 IfSG an und ermächtigt die Landesregierungen bzw. von ihr befugte Stellen nur dazu, "*unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen*". Der Gesetzgeber gibt also nicht verordnungstypisch einen Regelungsbereich in bestimmten Grenzen aus der Hand, um diesen der Exekutive zur eigenverantwortlichen abstrakten Ausfüllung zu übertragen. Die Verordnungsermächtigung nach § 32 Satz 1 und 2 IfSG stellt lediglich ein anderes technisches Instrument zur Verfügung, um konkret notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Abs. 1 IfSG zu erlassen und insbesondere bei flächendeckenden Infektionsgeschehen nicht auf Einzel- oder Allgemeinverfügungen angewiesen zu sein, denen aber durchaus eine vergleichbare flächenhafte Wirkung zukommen kann."

Unter Berücksichtigung dieser Maßgaben hat das Gericht keine Bedenken, dass § 32 Sätze 1 und 2 i. V. m. §§ 28 Abs. 1 Satz 1, 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage auch für die Einführung der hier gegenständlichen Testpflicht als

Voraussetzung für die Teilnahme an Präsenzangeboten in der Schule darstellt (vgl. im Ergebnis ebenso: OVG Lüneburg, Beschl. v. 23.4.2021, 13 MN 212/21, juris Rn. 25 und 39 ff.). Die Kammer 5 des Verwaltungsgerichts Hamburg hat insoweit auch in seiner Entscheidung vom 9. April 2021 (5 E 1754/21, a.a.O., BA S. 10) ausgeführt:

„Bei der Anordnung einer Testverpflichtung in Schulen vor der Teilnahme an schulischen Präsenzveranstaltungen handelt es sich um eine Auflage im Sinne von § 28a Abs. 1 Nr. 16 i.V.m. § 33 Nr. 3 IfSG. Da § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG sogar Schließungen von Schulen vorsieht, bestehen keine Bedenken, dass die streitgegenständliche Regelung von der genannten Ermächtigungsgrundlage umfasst ist. Die Landesregierungen werden gemäß § 32 Satz 1 IfSG ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Dass der Ordnungsgeber die Testpflicht in Schulen nicht selbst angeordnet, sondern stattdessen eine Ermächtigungsgrundlage für die Behörde für Schule und Berufsbildung bzw. die Schulen geschaffen hat, für den besonderen Bereich der Schulen eine solche Pflicht in einem Hygieneplan anzuordnen, begegnet keinen Bedenken. Nach § 32 Satz 2 IfSG könnte der Senat sogar die Verordnungsermächtigung weiter übertragen (vgl. zum Ganzen in Bezug auf die Anordnung der Maskenpflicht in Schulen: OVG Hamburg, Beschl. v. 15.1.2021, 1 Bs 237/20, juris Rn. 34).“

Diesen überzeugenden Ausführungen hat sich die entscheidende Kammer bereits in ihrer Entscheidung vom 15. April 2021 (2 1706/21, a.a.O., BA S. 8 f.) angeschlossen. Die Ausführungen der Antragsteller geben keinen Anlass, hiervon abzuweichen. Insbesondere ergibt sich nach Ansicht des Gerichts aus den sonstigen Regelungen des Infektionsschutzgesetzes nicht, dass eine Testpflicht in der vorliegenden Form nicht durch eine Rechtsverordnung auf Grundlage der genannten Vorschriften erlassen werden kann. Soweit die Antragsteller hierzu ausführen, dass §§ 5 und 13 IfSG der sachliche Bezug zur Schule fehle, vermag das Gericht nicht zu erkennen, inwieweit deswegen nicht auf einer anderen Grundlage eine entsprechende Regelung in diesem Bereich getroffen werden kann, wenn diese im Übrigen die Grenzen des höherrangigen Rechts einhält. Dies gilt insbesondere auch für den Bereich der Schule, der auf den ersten Blick regelmäßig der Regelungshoheit der Länder zugeordnet wird – ohne dass hier damit gesagt werden soll, dass der Bund im Zusammenhang mit Infektionsschutz keine diesbezüglichen Regelungen treffen dürfe. § 5 Abs. 2 IfSG ermächtigt jedoch gerade das Bundesministerium für Gesundheit zum Erlass von Rechtsverordnungen und Anordnungen, die sich darüber hinaus im Wesentlichen auf Maßnahmen der Grundversorgung mit Arzneimitteln u. ä., der Stärkung personeller Ressourcen im Gesundheitswesen und zur Abweichung von Berufsgesetzen der Gesundheitsfachbe-

rufe beziehen und damit weniger auf konkrete Maßnahmen des Infektionsschutzes in bestimmten Situationen. § 13 IfSG betrifft mit der Überwachung übertragbarer Krankheiten ebenfalls einen anderen Bereich des Infektionsschutzes als die konkret nach §§ 28 ff IfSG ermöglichten Maßnahmen. So geht es bei der Überwachung um die Sammlung von Informationen über das Auftreten, und Verbreiten einer bestimmten übertragbaren Krankheit, um diese auf der Grundlage dieser Daten bekämpfen oder ihr vorbeugen zu können (vgl. Müllmann, in: Kießling, IfSG, 1. Aufl. 2020, Vorb. §§ 6 ff. Rn. 1). Die Zielrichtung entsprechender Maßnahmen dürfte mithin eine andere sein, als bei solchen gemäß §§ 28 ff. IfSG, die der Verhinderung der Verbreitung einer konkreten Krankheit zu einem bestimmten Zeitpunkt dienen. Insofern dürfte auch die Ausgangslage nicht zwingend vergleichbar sein, mit der Folge, dass mögliche Regelungen und die entsprechenden Voraussetzungen ebenfalls nicht übereinstimmend sind bzw. übereinstimmend sein müssen. Auch der Hinweis auf § 25 IfSG führt nach Ansicht der Kammer an dieser Stelle nicht weiter. Die dort geregelten Ermittlungsmaßnahmen sind ebenfalls von den Maßnahmen nach §§ 28 ff. IfSG abzugrenzen, sodass aus den dortigen Zulässigkeitsvoraussetzungen für invasive Eingriffe nichts Erhebliches für die vorliegende Fragestellung hergeleitet werden kann (vgl. VG Hamburg, Beschl. v. 22.4.2021, 2 E 1681/21, n. veröff., BA S. 10; VG Minden, Beschl. v. 24.8.2020, 7 L 662/20, juris Rn. 34). Auch der Umstand, dass § 36 i. V. m. § 33 Nr. 3 IfSG bereits Infektionsschutzmaßnahmen für Schulen vorsieht, hindert nicht, dass über §§ 28 ff. IfSG weitergehende konkrete Maßnahmen auch diese Einrichtungen betreffen.

Des Weiteren sind in formaler Hinsicht die Begründungsanforderungen des § 28a Abs. 5 IfSG, wonach Rechtsverordnungen, die nach § 32 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 und § 28a Abs. 1 IfSG mit einer allgemeinen Begründung zu versehen sind, wohl noch erfüllt (ebenso VG Hamburg, Beschl. v. 9.4.2021, a.a.O. S. 11 BA). Die Begründungspflicht dient ausweislich des Gesetzesentwurfes dazu, die wesentlichen Entscheidungsgründe für die getroffenen Maßnahmen transparent zu machen und dient damit insbesondere der Verfahrensrationalität wie auch der Legitimationssicherung. Sie gewährleistet danach als prozedurale Anforderung den Grundrechtsschutz durch Verfahren. Innerhalb der Begründung ist zu erläutern, in welcher Weise die Schutzmaßnahmen im Rahmen eines Gesamtkonzepts der Infektionsbekämpfung dienen. Eine empirische und umfassende Erläuterung ist nicht geschuldet (BT-Drs. 19/24334 v. 16.11.2020, S. 74). Vor diesem Hintergrund hält die Kammer es für unschädlich, dass die Begründung der 34. Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 5. März 2021 (HmbGVBl. S. 121 ff.), mit der die Ermächtigung zur Anordnung einer Testpflicht für Schülerinnen und Schüler

erstmals durch eine Änderung des § 23 der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung erlassen wurde, bei den Erläuterungen zu einzelnen Regelungen unter Abschnitt „B.“ keine Begründung zur Änderung des § 23 enthält. Denn die allgemeinen Ausführungen zur gegenwärtigen epidemischen Lage und zum Nutzen bzw. zur Anwendung von Schnelltests nach § 10d HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung beschreiben hinreichend, in welcher Weise die Schnelltests auch in Schulen im Rahmen eines Gesamtkonzepts der Infektionsbekämpfung dienen.

Hieran hält die Kammer auch nach Erlass der „neuen“, aber soweit hier von Bedeutung, inhaltsgleichen Verordnung vom 23. April 2021 fest. Die entsprechende Begründung enthält auch zu § 23 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO eine eigene „Begründung“. Zwar gibt diese hinsichtlich der Testpflicht im Wesentlichen nur den Inhalt der Norm wieder. Zusätzlich benennt sie aber auch noch einmal ausdrücklich die legitimen Ziele der Maßnahmen, nämlich die Reduzierung der Infektionswahrscheinlichkeit und insbesondere auch Kontrolle des Infektionsgeschehens. Nach den eben dargestellten Ausführungen ändert dies an der Annahme einer ausreichenden Begründung aber nichts.

Die Voraussetzungen für den Erlass der Verordnungsregelung sind auch weiterhin gegeben. So müssen gemäß § 32 Satz 1 IfSG für den Erlass einer Rechtsverordnung die Voraussetzungen der §§ 28, 28a und 29 bis 31 IfSG gegeben sein. Dies ist hier der Fall. Eine epidemische Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG hat der Deutsche Bundestag am 25. März 2020 festgestellt (BT-PIPr. 19/154, 19169C) und diese Feststellung am 18. November 2020 und 4. März 2021 erneuert (BT-Drs. 19/24387, BT-PIPr. 19/191, 24109C). In Hamburg liegt der Sieben-Tage-Inzidenzwert der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 seit Monaten und auch nach wie vor bei über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner, vgl. § 28a Abs. 3 IfSG.

§ 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG setzt für den Erlass notwendiger Schutzmaßnahmen außerdem voraus, dass Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt worden sind oder dass sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war. Dies ist ohne Weiteres aufgrund der fortbestehenden Pandemie, in der das für die COVID-19- Erkrankung verantwortliche Coronavirus SARS-CoV-2 weiterhin übertragen wird, der Fall. In dieser Situation können zur Verhinderung der Verbreitung dieser Krankheit notwendigen Schutzmaßnahmen auch gegenüber Dritten, die nicht krank, krankheitsverdächtig, ansteckungsverdächtig oder Ausscheider sind, – also Nichtstörer – erlassen werden. Hierzu dürften auch die von den in § 23 Abs. 1 HmbSARS-

CoV-2-EindämmungsVO betroffenen Personen und insbesondere auch die (Grund-)Schülerinnen und (Grund-)Schüler zählen (vgl. ebenso: OVG Lüneburg v. 23.4.2021, a.a.O., Rn. 30 ff. m. w. N.). Maßgeblich ist insoweit, dass im Falle eines hochansteckenden Krankheitserregers, der bei einer Infektion mit großer Wahrscheinlichkeit zu einer tödlich verlaufenden Erkrankung führen würde, angesichts der schwerwiegenden Folgen eine vergleichsweise geringe Wahrscheinlichkeit eines infektionsrelevanten Kontakts genügt (vgl. OVG a.a.O., Rn. 31 m. w. N.). Nach der aktuellen Risikobewertung des gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 IfSG hierzu berufenen Robert Koch-Instituts betreffen COVID-19-bedingte Ausbrüche zunehmend auch Schulen [(vgl. RKI, Täglicher Lagebericht zur Coronavirus-Krankheit-2019 v. Dienstag, 27.4.2021 mit ausführlicher epidemiologischer Darstellung nach Meldewochen (u.a. Alter, Geschlecht, klinische Aspekte, Anteil Hospitalisierte); Infektionsumfeld von Ausbrüchen; Expositionsländer, S. 2, 6 f., 14 f., abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/2021-04-27-de.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 29.4.2021)] sodass ein hinreichend konkreter Bezug zu einer Infektionsgefahr – unabhängig davon, wie hoch das Risiko insbesondere für Grundschülerinnen und Grundschüler selbst schwer oder gar tödlich an COVID-19 zu erkranken bzw. wie die ermittelten Zahlen insbesondere auch vor dem Hintergrund der bei Schülerinnen und Schülern erhöhten Testfrequenz im Einzelnen zu interpretieren sind – besteht. Insoweit ist insbesondere auch die Situation in Schulen bzw. im Unterricht zu berücksichtigen. Die Schülerinnen und Schüler halten sich auch bei geteilter Klassengröße mit einer größeren Personenanzahl über einen längeren Zeitraum in einem geschlossenen Raum auf, was ein signifikant erhöhtes Risiko der Infektion auch unter Berücksichtigung der sonstigen Maßnahmen wie das regelmäßige Lüften und das Tragen von (medizinischen) Masken begründen dürfte (vgl. hierzu OVG Lüneburg, a.a.O. Rn. 32 ff. unter Bezugnahme auf eine vergleichende Bewertung von Innenräumen hinsichtlich des situationsbedingten R-Wertes; OVG Münster, Beschl. v. 22.4.2021, 13 B 559/21.NE, juris Rn. 49).

bb) Die in § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO vorgesehene Möglichkeit, die Teilnahme an Präsenzangeboten von der Durchführung eines Coronatests abhängig zu machen, ist nach summarischer Prüfung auch im Übrigen mit höherrangigem Recht vereinbar und stellt eine notwendige Schutzmaßnahme im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG dar.

(1.) Soweit bereits durch diese Regelung eine Verarbeitung von Daten der Schülerinnen und Schüler vorgesehen ist, bestehen zunächst keine durchgreifenden Bedenken an der

Vereinbarkeit dieses Umstandes mit höherrangigem Recht und insbesondere im Hinblick auf die Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO). Eine Datenverarbeitung durch die Antragsgegnerin ist insoweit voraussichtlich deshalb anzunehmen, als sie (bzw. die Lehrkräfte oder sonstigen hierzu berufenen Bediensteten der Schule) die Testergebnisse zur Kenntnis nehmen und damit erheben (muss), um die Erfüllung der Zugangsvoraussetzung durch die jeweiligen Schülerinnen und Schüler überprüfen zu können. Insoweit dürfte hier aber zunächst klarzustellen sein, dass der Anwendungsbereich Datenschutzgrundverordnung erst eröffnet ist, soweit die zu verarbeitenden Daten in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen (vgl. Art. 2 Abs. 1 DSGVO). Die Speicherung bzw. die Speicherungsabsicht ist jedoch insoweit mindestens zweifelhaft, als es um die Testung an sich bzw. die hiervon betroffene Person und insbesondere auch die negativen Testergebnisse geht. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Umstände von der Antragsgegnerin in irgendeiner Weise festgehalten werden (vgl. auch Ziff. 1.2. Abs. 3 Satz 2 und 3 Muster-Corona-Hygieneplan). Etwas anderes dürfte jedoch für positive Testergebnisse gelten. Dann greift – jedenfalls bei nachfolgend durchgeführten PCR-Tests und solchen Selbsttests, die in der Schule durchgeführt werden – eine Meldepflicht (vgl. § 10g Abs. 1 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bzw. Ziff. 15 des Muster-Corona-Hygieneplans) gegenüber dem Gesundheitsamt, das dann unter Verwendung der entsprechenden Daten die weiteren Maßnahmen ergreift.

Hierbei handelt es sich um eine Verarbeitung von Gesundheitsdaten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DSGVO, die nach dieser Vorschrift grundsätzlich untersagt ist. Die Datenverarbeitung erfasst gemäß Art. 4 Nr. 2 DSGVO unter anderem auch die Erhebung personenbezogener Daten. Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 DSGVO sind gemäß Art. 4 Nr. 15 DSGVO personenbezogene Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen Person, einschließlich der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen. Bei dem Verständnis dieser besonderen Kategorie personenbezogener Daten ist eine weite Auslegung angezeigt. Erfasst werden deshalb unter anderem auch Ablauf und Inhalt einer medizinischen Behandlung, die Feststellung, dass eine Person gesund ist, sowie Informationen, die von der Prüfung oder Untersuchung eines Körperteils oder einer körpereigenen Substanz, auch aus genetischen Daten und biologischen Proben, abgeleitet wurden, und Informationen etwa über Krankheitsrisiken (vgl. Weichert, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 4 Nr. 15 DSGVO Rn. 1 ff.). Insofern hat die Kammer nach summarischer Prüfung keine durchgreifenden Zweifel daran, dass es sich bei der Feststellung eines positiven Testergebnisses und Weitergabe – gegebenenfalls durch die Schule bzw.

die betreffende Lehrkraft – um eine Datenverarbeitung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO handelt.

Diese Datenverarbeitung dürfte jedoch gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. i) DSGVO gerechtfertigt sein. Danach gilt das grundsätzliche Verbot solcher Daten unter anderem dann nicht, wenn die Verarbeitung aus Gründen des öffentlichen Interesses im Bereich der öffentlichen Gesundheit, wie dem Schutz vor schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren oder zur Gewährleistung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards bei der Gesundheitsversorgung und bei Arzneimitteln und Medizinprodukten, auf der Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts eines Mitgliedstaats, das angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten der betroffenen Person, insbesondere des Berufsgeheimnisses, vorsieht, erforderlich ist. An dieser Stelle hat die Kammer nach summarischer Prüfung keine durchgreifenden Bedenken, dass diesen Anforderungen an die Datenverarbeitung genüge getan ist. Zum einen erfolgt diese ohne Weiteres aus Gründen des öffentlichen Interesses im Bereich der öffentlichen Gesundheit, konkret zur Verhinderung der Verbreitung des Coronavirus. Hierfür ist die Kenntnisnahme der entsprechenden Informationen durch die Lehrkräfte oder andere hierzu berufene Bedienstete der Schule auch erforderlich. Zum anderen sind angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten der betroffenen Person gegeben. Die Schule bzw. die dort tätigen Personen, die von den genannten Daten bei einer entsprechenden Mitteilung Kenntnis erlangen, unterliegen den datenschutzrechtlichen Bestimmungen des HmbSG, insbesondere des § 98 HmbSG, sowie den entsprechenden Verschwiegenheitsverpflichtungen als Beamte (vgl. § 37 BeamtStG) bzw. Angestellte des öffentlichen Dienstes (vgl. § 3 Abs. 2 TV-L; vgl. ebenso: OVG Münster, Beschl. v. 22.4.2021, 13 B 559/21.NE, juris Rn. 100). Darüber hinaus enthält das Infektionsschutzgesetz Regelungen dazu, wie mit den entsprechenden Daten im Falle einer Mitteilung eines meldepflichtigen Krankheitsverdachts umzugehen ist (vgl. §§ 6 Abs. 1 Nr. lit t), 7 Abs. 1 Nr. 44a, 8, 11 ff IfSG).

(2.) Des Weiteren stellt die Möglichkeit zur Beschränkung des Zugangs zu Präsenzangeboten an der Schule durch die verpflichtende Teilnahme an einem Coronatest, wie sie § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO vorsieht, eine notwendige Schutzmaßnahme im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG dar. Eine solche Regelung ist verhältnismäßig und begründet demnach keine Verletzung von Grundrechten.

Es ist (weiterhin) von einer höchst angespannten Infektionslage auszugehen. Dies folgt aus der vom Robert-Koch-Institut (RKI) wiedergegebenen Sieben-Tage-Inzidenz von 88 am

Tag der Entscheidung (Stand: 29.4.2021, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Fallzahlen_Kum_Tab.html, zuletzt abgerufen am 29.4.2021), die laut der Antragsgegnerin sogar noch bei 109,3 lag (Stand: 29.4.2021, abrufbar unter: <https://www.hamburg.de/corona-zahlen/>, abgerufen am 29.4.2021). Das RKI schätzt aufgrund der anhaltend hohen Fallzahlen die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland insgesamt als weiterhin sehr hoch ein. Die 7-Tages-Inzidenz für ganz Deutschland stieg seit Mitte Februar 2021 stark an und liegt bundesweit weiterhin deutlich über 100/100.000 Einwohner – auch wenn sich die Zunahme seit Mitte April etwas abgeschwächt hat und der 7-Tage-R-Wert derzeit unter 1 liegt. Das Geschehen ist nicht regional begrenzt. Die COVID-19-Fallzahlen stiegen nach einem vorübergehenden Rückgang über die Osterfeiertage in den letzten Wochen in allen Altersgruppen wieder an, besonders stark jedoch in jüngeren Altersgruppen. Auch bei den über 80-Jährigen hat sich der wochenlang abnehmende Trend nicht fortgesetzt. Beim Großteil der Fälle ist der Infektionsort nicht bekannt. COVID-19-bedingte Ausbrüche betreffen momentan insbesondere private Haushalte, zunehmend auch Kitas, Schulen und das berufliche Umfeld, während die Anzahl der Ausbrüche in Alters- und Pflegeheimen abgenommen hat. Insgesamt ist die VOC B.1.1.7 inzwischen in Deutschland der vorherrschende COVID-19-Erreger. Das ist nach der Einschätzung des RKI besorgniserregend, weil die VOC B.1.1.7 nach bisherigen Erkenntnissen deutlich ansteckender ist und vermutlich schwerere Krankheitsverläufe verursacht als andere Varianten. Zudem vermindert die zunehmende Verbreitung und Dominanz der VOC B. 1.1.7 die Wirksamkeit der bislang erprobten Infektionsschutzmaßnahmen erheblich. Der Anstieg der Fallzahlen insgesamt und der Infektionen durch die VOC B 1.1.7. führen zu einer ansteigenden Anzahl von Hospitalisierungen und intensivpflichtigen Patientinnen und Patienten. Bundesweit ist seit Mitte März wieder ein deutlicher Anstieg der COVID-19-Fallzahlen auf Intensivstationen (ITS) zu verzeichnen. (siehe Situationsbericht v. 29.4.2021, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/2021-04-29-de.pdf?__blob=publicationFile, S. 2, zuletzt abgerufen am 3.5.2021). Auf den Intensivstationen in Hamburg waren von den 545 für Erwachsene zur Verfügung stehenden Betten 482 am Tag der Entscheidung belegt, davon 108 durch COVID-19-Patienten (vgl. <https://www.intensivregister.de/#!/aktuelle-lage/zeitreihen>, Stand: 29.4.2021, zuletzt abgerufen am 3.5.2021).

Des Weiteren ist bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der weite Einschätzungsspielraum des Ordnungsgebers zu berücksichtigen, der diesem bei der Bewertung der Gefahrenlage und der insoweit vorzunehmenden Maßnahmen zukommt. Dieser besteht bei

der Beurteilung komplexer Gefahrenlagen, wie sie bei der aktuellen Corona-Pandemie gegeben ist, hinsichtlich der Einschätzung der geeigneten, erforderlichen und gebotenen Maßnahmen (vgl. OVG Hamburg, Beschluss v. 30.4.2020, 5 Bs 64/20, S. 9; VGH München, Beschl. v. 27.4.2020, a.a.O., OVG Magdeburg, Beschl. v. 27.4.2020, a.a.O.). Dies gilt auch im Hinblick auf die Strategie, durch schrittweise Lockerungen der Beschränkungen bei ständiger Überprüfung ihrer möglichen Auswirkungen auf die Infektionszahlen einerseits und der Berücksichtigung des Gewichts der verbleibenden Grundrechtseingriffe andererseits in möglichst vielen Bereichen eine zunehmende Annäherung an die Situation vor Beginn der Corona-Pandemie zu erreichen (OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 28).

Vor diesem Hintergrund ist nach summarischer Prüfung von der Verhältnismäßigkeit der vorgesehenen testabhängigen Zugangsbeschränkung auszugehen.

So dient sie zunächst zweifellos einem legitimen Zweck. Mit ihr soll die Wahrscheinlichkeit, dass infizierte und ansteckende Kinder einen ganzen Schultag mit den anderen Schülerinnen und Schülern sowie mit den Lehrkräften in überwiegend geschlossenen Räumen verbringen, und somit das Risiko einer Weiterübertragung des SARS-CoV-2-Virus weiter verringert werden.

Hierzu ist die vorgesehene Testpflicht als Zugangsbeschränkung auch geeignet. Insbesondere ist es insoweit nach summarischer Prüfung nicht zu beanstanden, wenn der Verordnungsgeber insbesondere neben den PCR-Tests, die nur von medizinisch geschultem Personal durchgeführt werden dürfen, auch für Laien zugelassene Schnelltests als ausreichend akzeptiert. Die Kammer hat hierzu in ihrem Beschluss vom 15. April 2021 (2 E 1706/21, abrufbar unter: BA S: 13 f.) bereits ausgeführt:

„Die von der Antragsgegnerin unter anderem verwendeten Selbsttests sind trotz ihrer größeren Fehleranfälligkeit gegenüber PCR-Tests geeignet, symptomfreie, aber mit dem Covid-19-Virus infizierte Personen zu entdecken und an der Wahrnehmung von Präsenzunterricht in denselben Räumlichkeiten wie andere Schülerinnen und Schüler sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Antragsgegnerin zu hindern. Sie können nach Einschätzung des RKI (ausführlich hierzu in: „Antigentests als ergänzendes Instrument in der Pandemiebekämpfung“, Epid. Bulletin 17/2021 vom 29.4.2021, online vorab, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/17_21.pdf?__blob=publicationFile, Abruf v. 15.4.2021) als ergänzendes Instrument in Verbindung mit anderen Maßnahmen die Pandemiekontrolle verbessern. Für die Geeignetheit genügt bereits der Umstand, dass eine Maßnahme dem Ziel förderlich ist. Nach den Angaben der Antragsgegnerin konnte be-

reits durch die freiwilligen Selbsttests eine größere Zahl von möglicherweise infizierten Schülerinnen und Schülern erkannt werden; in zahlreichen Fällen hat ein anschließend durchgeführter PCR-Test die Infektion mit dem Coronavirus bestätigt. Der Umstand, dass gegebenenfalls ein Schnelltest falsch positive Ergebnisse liefert, ändert an dieser Beurteilung nichts (ebenso RKI, a.a.O., S. 5) und macht lediglich die Einhaltung weiterer Schutzmaßnahmen weiterhin erforderlich. Er bietet zumindest Anlass, einen Verdacht durch einen PCR-Test abzuklären. Die Geeignetheit der Testpflicht in der Schule wird auch nicht mit dem Hinweis darauf in Frage gestellt, Schulen würden bisher nicht als Treiber des Sars-Cov-2-Infektionsgeschehens angesehen. Denn es sind jedenfalls keine belastbaren Erkenntnisse dafür ersichtlich, dass in Schulen, in denen über einen längeren Zeitraum größere Gruppen von Personen zusammenkommen, keinerlei Infektionsgeschehen stattfindet, das zur Ausbreitung des Coronavirus beiträgt. Im Gegenteil ist nach der Einschätzung des RKI (vom 23.2.2021, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Teststrategie/Testkriterien-Schulen.pdf?__blob=publicationFile, Abruf v. 15.4.2021) aufgrund des zunehmenden Anteils von besorgniserregenden Varianten von SARS-CoV-2 auch in Deutschland, die mit einem erhöhten Ansteckungspotenzial einhergehen, auch mit einer erhöhten Übertragungswahrscheinlichkeit in Schulen zu rechnen. Die Antragsgegnerin bewegt sich deshalb innerhalb des ihr zustehenden Einschätzungsspielraums, wenn sie als Bestandteil eines Maßnahmenbündels auch die Unterbrechung von Infektionsketten in Schulen als geeignetes Mittel zur Eindämmung der Corona-Pandemie ansieht.“

An dieser Bewertung hält die Kammer auch im vorliegenden Verfahren fest. Die Ausführungen der Antragsteller geben keinen Anlass hiervon, insbesondere bei der Prüfung der Eignung der Testpflicht an sich, wie sie in § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO angelegt ist, abzuweichen (im Ergebnis ebenso: OVG Lüneburg, a.a.O., Rn. 50 ff., OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.4.2021, 13 MN 192/21, juris Rn. 54 ff.; OVG Münster, a.a.O. Rn. 63 ff; OVG Bremen, Beschl. v. 20.4.2021, 1 B 180/21, juris Rn. 39 f.).

Die Kammer hält die testabhängige Zugangsbeschränkung nach summarischer Prüfung auch für erforderlich. Ein anderes gleich effektives Mittel, dass die Verpflichteten weniger stark in ihren Grundrechten beträfe, ist nicht ersichtlich. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in Hamburg der Schwellenwert von 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von 7 Tagen gemäß § 28a Abs. 3 Satz 5 IfSG seit längerem und trotz derzeitigem Rückgang weiterhin massiv überschritten wird (vgl. oben). In einem solchen Fall sind bundes- und landesweit abgestimmte umfassende, auf eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens abzielende Schutzmaßnahmen anzustreben (§ 28a Abs. 3 Satz 9 und 10 IfSG). Vor diesem Hintergrund gewinnt der Grundsatz, dass mildere Maßnahmen nur dann gewählt werden müssen, wenn sie gleich geeignet sind, das Ziel zu erreichen, besondere Bedeutung. Insbesondere dürften vor diesem Hintergrund die zuvor bereits ergriffenen

Maßnahmen wie z. B. des Abstandhaltens, des Maske Tragens, des Lüftens u. ä. nicht ebenso wirksam sein. Die verschiedenen Gebote ergänzen sich vielmehr, ohne dass das eine ohne das andere als gleich wirksam angesehen werden könnte. Insbesondere sind diese nicht geeignet, möglicherweise infizierte und ansteckende Schülerinnen und Schüler frühzeitig zu erkennen und von der betreffenden Lerngruppe zu isolieren. Die zuvor bestehende Möglichkeit der freiwilligen Testung ist ebenfalls nicht als gleich effektiv anzusehen. Denn diese wurde zwar von sehr vielen Schülerinnen und Schülern, aber eben nicht von allen, die an den Präsenzangeboten teilgenommen haben, angenommen. Ebenso wenig führt es an dieser Stelle weiter, wenn die Antragsteller darauf verweisen, dass Kinder keine „Pandemietreiber“ seien bzw. sie selbst durch das Coronavirus nicht (erheblich) gefährdet seien. So ist es für die Erforderlichkeit der Maßnahme weder notwendig, dass die Betroffenen „Pandemietreiber“ sind. Der hinreichende Bezug zum Infektionsgeschehen wurde bereits oben dargestellt. Soweit Kinder (weit) weniger häufig von schweren Verläufen der Krankheit betroffen sein mögen, änderte dies ebenfalls nicht, weil durch die Maßnahme auch verhindert werden soll, dass sie das Virus auf andere Personen – insbesondere auch außerhalb der Schule – weiterübertragen können. Diese Gefahr dürfte gerade auch wegen der milden Verläufe oder gar Symptommfreiheit bei Kindern nicht außer Acht zu lassen sein (vgl. im Ergebnis ebenso: OVG Magdeburg, Beschl. v. 21.4.2021, 3. R 97/21, juris Rn. 52; OVG Bremen a.a.O., Rn. 41; OVG Lüneburg v. 19.4.2021, a.a.O. Rn. 57 ff.).

Die testabhängige Zugangsbeschränkung dürfte auch angemessen sein. Sie steht in keinem unangemessenen Verhältnis zu den Grundrechten der Antragsteller.

Dabei kann die Kammer offenlassen, inwieweit der Schutzbereich insbesondere von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG überhaupt betroffen ist. Soweit es um die Durchführung des Tests an sich geht, stellte sich auch hinsichtlich der Selbsttests jedenfalls bei deren ordnungsgemäßer Anwendung die Frage, inwieweit diese vor dem Hintergrund der gegebenen Zulassungsanforderungen an solche Tests bei der Freigabe für medizinische Laien überhaupt geeignet sind, in das Schutzgut der körperlichen Unversehrtheit einzugreifen (vgl. hierzu: OVG Lüneburg v. 23.4.2021, a.a.O., Rn. 74 m. w. N.; OVG Münster, a.a.O., Rn. 91 ff.). Soweit man dies anders sehen wollte (so möglicherweise auch der Bundesgesetzgeber, der Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in § 28b Abs. 11 IfSG ausdrücklich zitiert), etwa auch weil man in die Bewertung mit einbezieht, dass die Durchführung des Tests nicht als freiwillig qualifiziert werden könne (vgl. Rixen, in: Sachs, Grundgesetz 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 157), wäre der Eingriff jedoch jedenfalls als so geringfügig zu bewerten, dass das durch die Maßnahme geschützte

Rechtsgut der Gesundheit der anderen bzw. das Interesse an der Verhinderung der Verbreitung des Virus als überwiegend zu bewerten sein dürfte. Dies gilt auch im Hinblick auf die anderen möglichen Testverfahren, bei denen insbesondere die tatsächliche Verletzungswahrscheinlichkeit dadurch minimiert wird, dass sie von medizinisch geschultem Personal durchzuführen sind (vgl. im Ergebnis auch BVerfG, Beschl. v. 25.8.2020, 1 BvR 1981/20, juris Rn. 9 ff.; zur Testpflicht nach der Einreise aus einem Risikogebiet). Vor diesem Hintergrund erübrigte sich nach Ansicht der Kammer voraussichtlich auch der Einwand der Antragsteller zum fehlenden Konzept gemäß § 21 SGB VII bzw. § 5 ArbSchG.

Soweit es um die von den Antragstellern geltend gemachte psychische Belastung der Schülerinnen und Schüler geht, versteht das Gericht den entsprechenden Vortrag dahin, dass diese im Wesentlichen durch die Situation eines Tests in der Schule vor der Klassengemeinschaft hervorgerufen würde. Dieser Umstand betrifft daher nicht die testabhängige Zugangsbeschränkung an sich, wie sie § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 HmbSARS-CoV-EindämmungsVO grundsätzlich ermöglicht. Die weiteren durch die Testpflicht an sich geltend gemachten psychischen Belastungen, wie etwa die durch die ständigen Tests hervorgerufene Selbstwahrnehmung als möglicherweise krank oder für andere gefährlich, erscheinen zwar grundsätzlich nachvollziehbar. Es dürfte aber sehr vom Empfinden des Einzelnen sowie von seiner Umgebung und dem entsprechenden Umgang mit der Situation abhängen, wie belastend diese Wirkung tatsächlich ist. Des Weiteren dürfte sich diese nur schwer von der durch die mittlerweile sehr lang andauernde und durch die Pandemie hervorgerufene Dauerbelastung trennen lassen. Eine Gewichtung, welche Beeinträchtigung also konkret durch die Testpflicht hervorgerufen wird, erscheint daher schwerlich möglich. Jedenfalls vermag die Kammer nach summarischer Prüfung aber nicht zu erkennen, dass eine solche Beeinträchtigung, soweit man sie überhaupt als vom Schutzgut des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG erfasst betrachten wollte, gegenüber den von den Zielen der Maßnahme betroffenen Interessen zu überwiegen vermag. Nicht erkennbar ist jedenfalls, dass die Beeinträchtigungen in ihrer Schwere mit psychischer Folter oder Psychoterror (vgl. Rixen a.a.O. Rn. 158) vergleichbar sein könnten.

Etwas anderes gilt sodann auch im Ergebnis nicht im Hinblick auf die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Hinsichtlich der Rechtfertigung einer möglichen Beeinträchtigung des zuletzt genannten Rechts wird ergänzend auf die vorstehenden Ausführungen zum Datenschutz verwiesen.

Der geltend gemachte Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht gemäß Art. 6 Abs. 2 GG insbesondere dadurch, dass die Antragsteller zu 2. und 3. hier vor die (vermeintliche) Wahl

gestellt werden, den Antragsteller zu 1. entweder auf das Coronavirus testen zu lassen bzw. selbst zu testen bzw. ihn dabei zu unterstützen oder ihn weiterhin während der Schulzeit zuhause zu betreuen und sich mit dem Distanzunterricht abzufinden, ist vor dem dargestellten Hintergrund ebenfalls jedenfalls gerechtfertigt. Auch insoweit überwiegen vorliegend die dargestellten Interessen am Gesundheitsschutz (vgl. auch BVerfG a.a.O.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG der Antragsteller zu 2. und 3. folgenden Rechte und das entsprechende Recht des Antragstellers zu 1. aus Art. 2 Abs. 1 GG grundsätzlich nur einen Anspruch auf Teilhabe begründet. In der testabhängigen Zugangsbeschränkung dürfte trotz der für den Fall des Distanzunterrichts eintretenden Nachteile für die betroffenen Schülerinnen und Schüler unter den aktuell gegebenen Bedingungen eine zumutbare Beschränkung liegen (vgl. OVG Münster a.a.O., Rn. 101 ff.; OVG Magdeburg a.a.O., Rn. 58 ff.).

Die auf die Berufstätigkeit der Antragstellerin zu 2. und des Antragstellers zu 3. bzw. generell der berufstätigen Eltern geltend gemachte Einfluss der angegriffenen testabhängigen Zugangsbeschränkung erscheint der Kammer derart mittelbar, dass sie schon eine Beeinträchtigung der auf Art. 12 Abs. 1 GG beruhenden Berufsfreiheit nicht ernsthaft in Betracht zu ziehen mag. Dabei verkennt die Kammer nicht, dass sich die Betreuungsmöglichkeit der Kinder auf die Möglichkeiten, wann, in welcher Art und Weise und in welchem Umfang eine berufliche Tätigkeit ausgeübt werden kann, auswirkt. Eine solche Auswirkung allein reicht jedoch nicht aus, um als Eingriff in die Berufsfreiheit angesehen werden zu können. Vielmehr bedürfte es insoweit einer gewissen berufsregelnden Tendenz der angegriffenen Regelung, die die Kammer nach summarischer Prüfung nicht zu erkennen vermag (vgl. im Ergebnis ähnlich: VGH München, Beschl. v. 3.7.2020, 20 NE 20.1443, juris Rn. 31 zu einer Regelung, die u. a. Unterricht nur mit reduzierter Klassenstärke oder alternierenden Unterricht vorsah).

Soweit die Antragsteller darüber hinaus eine Verletzung von Art. 3 GG geltend machen, dürfte diese im Ergebnis jedenfalls nicht dazu führen, dass der Widerspruch der Antragsteller gegen die testabhängige Zugangsbeschränkung Erfolg haben könnte. Dies gilt zunächst in Bezug auf die vorgetragene Benachteiligung wegen des Geschlechts gemäß Art. 3 Abs. 2 GG aufgrund des Umstandes, dass regelmäßig die Frauen in ihrem Beruf zurückzustecken bzw. diesen ganz aufzugeben, um die durch die Corona-Maßnahmen an den Schulen erforderlich gewordene Betreuung der Kinder übernehmen zu können. Dies beruhe auf dem Umstand, dass weiterhin vor allem Frauen in Teilzeit arbeiten bzw. die auch in Vollzeit

schlechter bezahlten Tätigkeiten ausüben dürften. Eine derartige vermeintliche Ungleichbehandlung dürfte nach summarischer Prüfung aber so eng mit der geltend gemachten Beeinträchtigung der Berufsfreiheit zusammenhängen bzw. die Folge von dieser sein, dass eine solche Verletzung von Art. 3 Abs. 2 GG durch die hier angegriffene Maßnahme erst in Betracht käme, wenn man auch die vorgelagerte Beeinträchtigung der Berufsfreiheit bejahte. Eine solche ist nach Ansicht der Kammer jedoch wie dargelegt nicht gegeben.

Hinsichtlich der Ungleichbehandlung von Schülerinnen und Schülern im Vergleich mit Lehrkräften und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, für die keine bzw. keine so weitgehende Testverpflichtung gilt wie für die Schülerinnen und Schüler, ist zunächst anzumerken, dass für Lehrkräfte nunmehr mit Inkrafttreten der 13. Fassung des Muster-Corona-Hygieneplans (auch) die Antragsgegnerin zumindest ab einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100 eine Pflicht zur Durchführung eines Corona-Tests zweimal die Woche eingeführt hat. Dies beseitigt die unterschiedliche Behandlung jedoch noch nicht vollständig. Allerdings können die Antragsteller unabhängig vom Vorliegen tragfähiger sachlicher Gründe für diese Unterscheidung – wie sie in Bezug auf die Lehrkräfte z. B. bei einer vollständigen Impfung der allermeisten Lehrkräfte, wie sie im Moment aber noch nicht gegeben sein dürfte, und einer daraus möglicherweise folgenden nur noch geringen Wahrscheinlichkeit der Übertragung des Virus sowie in einem erheblich ruhigeren Infektionsgeschehen in dieser Personengruppe im Vergleich mit den Schülerinnen und Schülern gegeben sein könnten (vgl. dies im Ergebnis im Grunde bejahend: VG Hamburg, Beschl. v. 15.4.2021, 2 E 1706/21, a.a.O. BA S. 17) – nichts für sich herleiten. Der Umstand, dass andere Personengruppen einer Testpflicht (noch) nicht im gleichen Umfang unterliegen, besagt zum einen nicht, dass eine solche nicht noch in rechtmäßiger Art und Weise eingeführt werden könnte. Jedenfalls lassen sich aus dieser Sachlage noch keine Rückschlüsse auf die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Maßnahme ziehen, wenn diese im Übrigen den Vorgaben des höherrangigen Rechts gerecht wird. So liegt es nach summarischer Prüfung nach Ansicht der Kammer wie dargestellt hier (vgl. zur Rechtfertigung der Unterscheidung von Schülerinnen und Schülern einerseits sowie Arbeitnehmer*innen andererseits: OVG Münster, a.a.O. Rn. 111).

Der Umstand der unterschiedlichen Behandlung der genannten Personengruppen hinsichtlich einer Testverpflichtung lässt schließlich auch nicht das Gesamtkonzept der von der Antragsgegnerin in einer Art und Weise „unschlüssig“ erscheinen, die die Rechtswidrigkeit der in diesem Rechtsstreit gegenständlichen Maßnahme begründen könnte (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 25.3.2021, 5 Bs 57/21, n. veröff., BA S. 17 ff. bei Zweifeln am Gesamtkonzept, aber im Ergebnis keine Überschreitung des Einschätzungsspielraums). Vielmehr

konnte die Antragsgegnerin die voraussichtlich regelmäßig im Hinblick auf die Übertragungswahrscheinlichkeit risikoreichere Situation des präsenten Schulbetriebs (vgl. oben) anders regeln, als diejenige für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die sich in der Gesamtschau als weniger einheitlich zu beurteilen darstellen dürfte. Die Kammer erachtet dieses Vorgehen daher nach summarischer Prüfung als noch von dem der Antragsgegnerin zukommenden Einschätzungsspielraum gedeckt. Die Antragsgegnerin wird das weitere Infektionsgeschehen aber im Blick behalten und regelmäßig überprüfen müssen, ob diese unterschiedliche Behandlung bzw. die Testpflicht für Schülerinnen und Schüler an sich (Stichwort: inzidenzunabhängig) unter Berücksichtigung der sonstigen Maßnahmen ihres Gesamtkonzeptes und möglicher Lockerungsschritte sowie der jeweils betroffenen Interessen aufrechterhalten werden kann (vgl. zu dieser Pflicht OVG Hamburg, a.a.O.).

b) Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung hat jedoch insoweit Erfolg, als die Antragsteller sich dagegen wehren, dass die vorgesehene Möglichkeit eines Schnelltests nach den Vorgaben der Ziff. 1.2. des Muster-Corona-Hygieneplans nur unter Aufsicht der Schule und damit faktisch derzeit nur im Klassenverband stattfinden kann.

Dabei hat die Kammer zwar entsprechend ihrer bisherigen Rechtsprechung keine Bedenken, dass eine solche Anordnung grundsätzlich auch (nur) durch die Schulbehörde im Muster-Corona-Hygieneplan auf der Grundlage von § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO erlassen werden könnte (hierzu aa)). Entgegen ihrer bisherigen Auffassung ist die Kammer aber nunmehr nach erneuter summarischer Prüfung der Ansicht, dass das konkret vorgesehene Vorgehen jedenfalls unter Berücksichtigung der gesamten Umstände und Vorgaben derzeit gegen die Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung verstößt und deshalb rechtswidrig ist (hierzu bb)). Nicht zu beanstanden ist nach Ansicht der Kammer jedoch der Umstand, dass die Antragsgegnerin mit der von ihr getroffenen Regelung die Vorlage eines zuhause durchgeführten Tests ausgeschlossen hat (hierzu cc)). Zur Wahrung der Rechte der Antragsteller reicht es demnach aus, dass für die Teilnahme an Präsenzangeboten auch die Vorlage eines negativen Ergebnisses eines Schnelltests, der im Zeitpunkt des Beginns des Präsenzangebotes nicht länger als 24 Stunden zurückliegt, von der Antragsgegnerin akzeptiert wird (hierzu dd)).

aa) Die Antragsgegnerin konnte die konkrete Anordnung der in § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO vorgesehenen testabhängigen Zugangsbeschränkung der Behörde für Schule und Berufsbildung im Rahmen der Regelungen eines Muster-

Corona-Hygieneplans überlassen. Die dort nunmehr getroffene Ausgestaltung überschreiten den von § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO vorgegebenen Rahmen nicht.

Die Möglichkeit der Antragsgegnerin als Verordnungsgeber in der Eindämmungsverordnung nur eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage für die zuständige Behörde zu schaffen ist gegeben. § 32 Satz 2 IfSG ermächtigte den Verordnungsgeber sogar, die Verordnungsermächtigung selbst weiter zu übertragen (vgl. in Bezug auf die Anordnung der Maskenpflicht in Schulen: OVG Hamburg, Beschl. v. 15.1.2021, 1 Bs 237/20, juris Rn. 34; sowie zur hier gegenständlichen Testpflicht: VG Hamburg, Beschl. v. 15.4.2021, 2 E 1706/21, a.a.O. BA S. 8 unter Bezugnahme auf den Beschluss der Kammer 5 v. 9.4.2021, 5 E 1754/21, BA S. 10). Die Ausführungen der Antragsteller geben keinen Anlass, von dieser Ansicht abzuweichen. Zutreffend weisen sie darauf hin, dass weder der Verordnungsgeber noch die hier am Ende der Ermächtigungskette stehende Behörde bei der Anordnung von konkreten Maßnahmen weitergehende Befugnisse hat als der Gesetzgeber. Von einem Überschreiten dieser Grenzen geht die Kammer nach summarischer Prüfung jedoch erst auf der Ebene des Datenschutzes aus – wie nachfolgend dargestellt wird. Die hier vorgesehene Ermächtigungskette dürfte die erforderliche Legitimation und den Wesentlichkeitsgrundsatz hinreichend wahren. Insoweit wird ergänzend auf die obigen Ausführungen zu den Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlage im Infektionsschutzgesetz verwiesen. Dazu, dass die im Muster-Corona-Hygieneplan konkret getroffene Regelung von der Rechtsgrundlage des § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO umfasst ist, hat die Kammer bereits ausgeführt (Beschl. v. 15.4.2021, 2 E 1706/21, a.a.O., BA S. 10 ff.):

„Zwar enthält § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung nicht die in Ziffer 1.2. des Muster Hygieneplan enthaltene Beschränkung, dass ein Selbsttest vor der Wahrnehmung von Präsenzangeboten an der Schule am selben Tage unter Aufsicht der Schule durchgeführt werden müsse. Dies besagt jedoch nicht, dass diese Regelung als Teil der Allgemeinverfügung rechtswidrig ist. Die Auslegung der Ermächtigungsgrundlage des § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung führt nicht dazu, dass dem Antragsteller oder anderen Schülerinnen und Schülern alternativ ein im häuslichen Umfeld durchgeführter Selbsttests ermöglicht werden muss.

Dies folgt bereits aus dem Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage, der sich hierzu nicht verhält, sondern der die Antragsgegnerin lediglich ermächtigt, eine Pflicht zur Durchführung von Coronavirus-Tests nach § 10d HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung anzuordnen. Diese Norm hat folgenden Inhalt:

„§ 10d Testungen und Testverfahren

Testungen im Sinne dieser Verordnung sind Verfahren zur Testung auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus in Form eines molekularbiologischen Tests (PCR-Test) oder eines PoC-Antigen-Tests (Schnelltest). Die Tests müssen die jeweils geltenden Anforderungen des Robert Koch-Instituts erfüllen. Darüber hinaus müssen Schnelltests die vom Paul-Ehrlich-Institut in Abstimmung mit dem Robert Koch-Institut festgelegten Mindestkriterien für Antigen-Tests erfüllen. Das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte veröffentlicht auf seiner Internetseite unter www.bfarm.de/antigentests eine Marktübersicht solcher Tests und schreibt diese fort. PCR-Tests müssen von medizinisch-geschultem Personal vorgenommen und von einem anerkannten Labor ausgewertet werden.“

Die Vorschrift regelt somit lediglich, welche Testverfahren Testungen im Sinne dieser Verordnung sind und dass PCR-Tests von medizinisch geschultem Personal vorgenommen und von einem anerkannten Labor ausgewertet werden müssen. Zur Frage, wo ein Schnelltest vorgenommen werden kann oder muss, verhält sich diese Norm nicht.

Auch systematische Erwägungen bestätigen die Berechtigung der Antragsgegnerin, in ihrer Allgemeinverfügung den Ort des Tests zu regeln bzw. die Aufsicht durch die Schule vorzusehen. Denn § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung regelt gerade nicht selbst, wie die Testpflicht auszugestaltet ist, sondern ermächtigt die Antragsgegnerin hierzu. Vor diesem Hintergrund bedarf es in der Ermächtigungsgrundlage selbst keiner genaueren Konkretisierung der Umstände bzw. lässt eine offene Ermächtigung darauf schließen, dass der Antragsgegnerin bei ihrer Regelung der Testpflicht hinsichtlich des Ortes, wo ein Schnelltest vorgenommen werden soll, ein Entscheidungsspielraum verbleiben soll. Im Unterschied hierzu ordnen § 10e und § 10f HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung selbst an, wie betriebliche Testkonzepte bzw. Testkonzepte in bestimmten sozialen Einrichtungen auszusehen haben. Bei dieser Regelungstechnik hat der Verordnungsgeber selbst die Modifikationen der Testung zu bestimmen und hat dies in den genannten Normen auch getan.

Auch Sinn und Zweck des § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung bzw. Sinn und Zweck der gesamten Verordnung deuten nicht darauf hin, dass Schülerinnen und Schülern die Möglichkeit eines häuslichen Schnelltests gewährt werden muss. Vielmehr bezweckt die Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung ausweislich ihres § 1, die Ausbreitung des Coronavirus-SARS-CoV-2 (Coronavirus) in der Freien und Hansestadt Hamburg einzudämmen, um hierdurch die Gesundheit und das Leben der Bürgerinnen und Bürger zu schützen und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens zu gewährleisten. Diese infektionsschutzrechtliche Zielsetzung spricht eher für eine restriktive Auslegung ihrer Normen, die einen möglichst effektiven Gesundheitsschutz gewährleistet.“

An diesen Ausführungen hält die Kammer auch im vorliegenden Verfahren fest. Die Ausführungen der Antragsteller geben keinen Anlass, hiervon abzuweichen.

bb) Die derzeitige Ausgestaltung der testabhängigen Zugangsbeschränkung verstößt nach summarischer Prüfung jedoch gegen die Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung. Insoweit weicht die Kammer vom Beschluss vom 22. April 2021 (2 E 1681/21, n. veröff., BA. S. 23 f.) ab.

Die Kammer hält die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) hinsichtlich der in der Klasse durchgeführten Selbsttests jedenfalls insoweit für anwendbar, als dabei ein positives Ergebnis festgestellt wird und die Meldepflicht entsprechend Ziff. 15 des Muster-Corona-Hygieneplans greift. Wie oben dargestellt, dürfte jedenfalls ab diesem Zeitpunkt eine Absicht zur Speicherung der betreffenden Daten im Sinne von Art. 2 Abs. 1 DSGVO bestehen. Die Schule leitet diesen Umstand an das Gesundheitsamt weiter, damit dieses entsprechende weitergehende Maßnahmen wie die Anordnung eines PCR-Tests ergreifen kann.

Bei der Kenntnisnahme eines positiven Selbsttestergebnisses durch die betreffende Lehrkraft und im Anschluss durch die Schule dürfte es sich um eine Erhebung von Gesundheitsdaten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DSGVO handeln, die grundsätzlich untersagt ist. Dies gilt vor dem oben dargestellten Hintergrund der weiten Auslegung des Begriffs der Gesundheitsdaten auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass wegen der recht hohen Quote falsch positiver Ergebnisse der Selbsttests ein solches Ergebnis keine (hinreichend sichere) Feststellung über eine tatsächlich vorliegende Erkrankung oder Infektiosität der betreffenden Person zulässt (im Ergebnis wohl ebenso: OVG Münster a.a.O., Rn. 100; VGH München, Beschl. v. 16.4.2021, 20 NE 21.1036, juris Rn. 25).

Eine solche ist jedoch nur unter den Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 DSGVO zulässig. Diese sind nach Ansicht der Kammer nach summarischer Prüfung für den Fall der Durchführung des gesamten Selbsttests einschließlich des Abwartens des Ergebnisses und Feststellung durch die Lehrkraft in der Klassengemeinschaft, wie er von der Antragsgegnerin offenbar und jedenfalls in der vom Antragsteller zu 1. besuchten Schule praktiziert wird, nicht gegeben.

So geht die Kammer – anders als etwa der Verwaltungsgerichtshof München (a.a.O.) – nicht davon aus, dass die Durchführung des Tests durch den Antragsteller zu 1. in der dargestellten Art und Weise, um am Präsenzunterricht teilnehmen zu können eine wirk-

same und damit rechtfertigende Einwilligung im Sinne des Art. 9 Abs. 2 Nr. 1 DSGVO darstellt. Insofern bedarf es einer entsprechenden ausdrücklichen Einwilligung zur Datenverarbeitung für einen oder mehrere festgelegte Zwecke. Diese muss unter anderem freiwillig (vgl. Art. 4 Nr. 11 DSGVO) erfolgen. Der betroffenen Person darf mithin kein Nachteil durch eine mögliche Verweigerung entstehen. Dies vermag die Kammer nach summarischer Prüfung jedoch nicht zu erkennen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass den Schülerinnen und Schülern entsprechend der Mitteilung der Antragsgegnerin insbesondere im Hinblick auf Leistungsbeurteilungen keine Nachteile dadurch entstehen, dass sie am Distanz- statt nach Durchführung eines Tests am Präsenzunterricht teilnehmen, lassen sich diese beiden Unterrichtsformen in vielerlei Hinsicht nicht gleichsetzen. Insofern fehlt dem Distanzunterricht zum einen die in zeitlicher und persönlicher Hinsicht wesentlich umfangreichere und intensivere Betreuung durch die pädagogisch und fachlich geschulten Lehrkräfte im Präsenzunterricht. Zum anderen können die Schülerinnen und Schüler am sonstigen Schulleben, das in einem erheblichen Umfang auch durch den wichtigen sozialen Umgang und Austausch mit den anderen Schülerinnen und Schülern geprägt ist, nicht teilhaben. Beides lässt sich durch eine Beschulung zuhause mit von den Lehrkräften bereitgestellten Unterlagen, gegebenen Rückmeldungen, Telefonaten und Videokonferenzen nicht aufwiegen. Derartige Nachteile reichen nach Ansicht der Kammer jedoch aus, um die Freiwilligkeit der Einwilligung zu verneinen. Dies gilt umso mehr, als die bei minderjährigen Schülerinnen und Schülern für die Entscheidung zuständigen Eltern berufstätig sind und entsprechend in ihre Überlegungen zusätzlich die mit dem Distanzunterricht wegfallende Betreuung ihrer Kinder einbeziehen dürften.

Ebenso wenig stellt die Durchführung eines PCR-Tests und Vorlage des entsprechenden Ergebnisses eine echte Alternative dar, die die Freiwilligkeit begründen könnte. Sowohl der organisatorische Aufwand, einen solchen Test samt Laborergebnis, jeweils in dem erforderlichen Zeitfenster von 48 Stunden bis zum nächsten Präsenzangebot zu erhalten, als auch der finanzielle Aufwand, der pro Test zwischen 25,- und 100,- Euro liegen dürfte, zeigen, dass ein entsprechendes Vorgehen jedenfalls auf Dauer keine wirkliche Wahlmöglichkeit begründet. Hinzukommen dürfte darüber hinaus noch der Umstand, dass die Abnahme einer entsprechenden Probe wesentlich unangenehmer sein dürfte als der Nasenabstrich, wie er bei den derzeit eingesetzten Schnelltests in der Schule vorzunehmen ist.

Ansonsten dürften nach Ansicht der Kammer als Rechtfertigung für die vorgesehene Datenverarbeitung nur noch Art. 9 Abs. 2 lit i) bzw. lit g) in Betracht kommen. Beide Regelungen setzen jedoch voraus, dass die rechtliche Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts

des betreffenden Mitgliedstaates, das die Datenverarbeitung vorsieht, angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Person vorsieht. Soweit das Vorliegen derartiger Maßnahmen im Hinblick auf die Testpflicht an sich oben bejaht wurde, dürfte dies an hiesiger Stelle nach Ansicht der Kammer daran scheitern, dass durch das gewählte Vorgehen der Antragsgegnerin zur Durchführung des Tests in der Klassengemeinschaft zwingend nicht nur die Schule bzw. eine Lehrkraft oder sonstige bedienstete Person der Schule, die entsprechenden Bindungen hinsichtlich des Datenschutzes unterliegt, von einem positiven Testergebnis Kenntnis erlangt, sondern auch alle anwesenden Mitschülerinnen und Mitschüler. Diese sind nach summarischer Prüfung nicht Teil der Schule sondern Dritte im Sinne von Art. 4 Nr. 10 DSGVO. Sie sind mithin nicht zur Datenverarbeitung befugt. Sie unterliegen jedoch auch keinen spezifischen Beschränkungen hinsichtlich der Verarbeitung von Daten, die sie in der Schule zur Kenntnis nehmen. Dies gilt jedenfalls und insbesondere auch für die positiven Testergebnisse der zu Beginn des Unterrichts in der Klasse durchgeführten Selbsttests. Dadurch, dass die betreffende Person das Klassenzimmer unverzüglich zu verlassen hat, kann dieses Datum auch von allen Anwesenden ohne Weiteres zur Kenntnis genommen werden. Wegen des Zusammenhangs mit der Durchführung des Tests ist die Feststellung des Testergebnisses durch diese Verhaltensweise hinreichend eindeutig. Insofern liegt ein Unterschied dazu vor, wenn ein Schüler oder eine Schülerin nicht zum Unterricht erscheint, nachdem er oder sie zuhause oder bei einem Leistungserbringer gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Coronavirus-Testverordnung ein positives Testergebnis erhalten hat. Selbst wenn dieses Ergebnis der Schule mitgeteilt wird, erfahren es nicht ohne Weiteres die anderen Schülerinnen und Schüler der Klasse. Deren Vermutung, dass ein solcher Umstand hinter dem Fernbleiben eines Schülers oder einer Schülerin steht, kann mit einer durch die Schule ermöglichten unmittelbaren Kenntnisnahme des positiven Testergebnisses datenschutzrechtlich nicht gleichgestellt werden. Es sind jedoch weder im Muster-Corona-Hygieneplan, noch in der HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung, noch im Schulgesetz – in das zum Beispiel für den Distanz- und Hybridunterricht eine spezielle datenschutzrechtliche Vorschrift hinsichtlich der Videokonferenzen eingefügt wurde (vgl. § 98c HmbSG) – noch im Infektionsschutzgesetz Regelungen erkennbar, die einen Schutz der Daten und damit der betroffenen Rechte eines oder einer positiv getesteten Schülers bzw. Schülerin für die hier von der Antragsgegnerin verursachte Situation der Testung in der Klassengemeinschaft vorsehen. Insoweit bedarf die Frage, ob dies in einer angemessenen Art und Weise erfolgen könnte, keiner weiteren Erörterung.

cc) Aus den vorliegenden Ausführungen folgt jedoch nicht, dass die Antragsgegnerin gehalten wäre, auch die Vorlage von Ergebnissen von Tests, die zuhause durchgeführt wurden, zu akzeptieren. Der von ihr insoweit vorgesehene Ausschluss ist nach summarischer Prüfung nicht zu beanstanden. Er ist insbesondere verhältnismäßig.

Hinsichtlich des legitimen Zwecks einer solchen Regelung und der Geeignetheit der entsprechenden Maßnahmen, diesen zu erreichen, kann im Wesentlichen auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Die Kammer geht nach summarischer Prüfung auch weiterhin davon aus, dass der Ausschluss von Tests, die zuhause durchgeführt wurden, erforderlich ist (vgl. bereits: VG Hamburg, Beschl. v. 22.4.2021, 2 E 1681/21, n. veröff., BA S. 19 ff.; Beschl. v. 15.4.2021, 2 E 1706/21, a.a.O., BA S. 14 ff.). Dabei ist auch an dieser Stelle wieder der erhebliche Einschätzungsspielraum der Antragsgegnerin als Verordnungsgeber, der auch im Rahmen der Ermessensausübung bei Erlass der Allgemeinverfügung zu berücksichtigen ist, von erheblicher Bedeutung. Insofern überschreitet die Antragsgegnerin die für sie hierbei bestehenden Grenzen nicht, wenn sie das Mittel der Durchführung von Tests zuhause nicht für gleich effektiv erachtet, wie Tests, die in der Schule oder bei entsprechenden Stellen von geschultem Personal durchgeführt werden (vgl. im Ergebnis ebenso: OVG Münster, a.a.O. Rn. 79). Zwar mögen die diesbezüglichen Erwägungen bzw. von den Antragstellern genannten Risiken nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen sein. Es erscheint durchaus plausibel, dass eine Lehrkraft, die ca. 15 (Grund-)Schülerinnen und (Grund-)Schüler bei der gleichzeitigen Durchführung des Tests überwachen und (nur) durch Hinweise oder ähnliche Anleitungen unterstützen soll, weniger auf die für den Test sehr wichtige korrekte Probenentnahme hinwirken kann, als dies bei Eltern der Fall ist, die den Test im Zweifel bei ihren Kindern selbst durchführen. Ebenso dürfte in der Tat von im Klassenverband im Ergebnis positiv getesteten Kindern, die bis dahin unter Umständen mit öffentlichen Verkehrsmitteln zur Schule gefahren sind, dort bereits auf dem Schulgelände und insbesondere innerhalb des Schulgebäudes für eine gewisse Zeit mit ihren Mitschülerinnen und Mitschülern zusammengestanden haben und sodann mit diesen mindestens weitere 20 Minuten bis zur Feststellung des Testergebnisses in einem geschlossenen Raum verbracht haben, ein unter Umständen höheres Risiko der Ansteckung anderer ausgehen, als dies bei Kindern der Fall ist, die aufgrund eines zuhause ermittelten positiven Testergebnisses den Weg zur Schule gar nicht erst angetreten haben. Es ist der Antragsgegnerin jedoch auch nicht verwehrt, demgegenüber in ihre Abwägung die Überlegung einzustellen, dass die Zulassung von zuhause durchgeführten Tests das Risiko der Manipulation der Testergebnisse in sich birgt (vgl. auch: OVG Münster a.a.O.). Zu Recht verweist sie insoweit auf einen wohl nicht unerheblichen Anteil von Eltern bzw. Familien, die schon

aufgrund ihrer Grundhaltung zur gesamten Coronapandemie bzw. der insoweit ergriffenen Maßnahmen nicht gewillt sein werden, die Tests ordnungsgemäß durchzuführen. Es entspricht ohne Weiteres der Lebenserfahrung, dass bei diesen Personen von einer Richtigkeit der vorgelegten Testergebnisse nicht hinreichend sicher ausgegangen werden kann. Des Weiteren dürfte es unabhängig von einer solchen Grundhaltung der Eltern sich im Rahmen der Lebenswirklichkeit vieler Familien, in denen insbesondere auch beide Elternteile berufstätig sind, bewegen, wenn man davon ausgeht, dass Zeit morgens ohnehin ein mehr als knappes Gut ist. Vor diesem Hintergrund erscheint es auch nicht ausgeschlossen, dass zu dem zuvor erwähnten Personenkreis ab und zu ein gewisser Anteil von Eltern hinzukommt, die aus der Not des Alltags heraus nicht in der Lage sind, den zeitlichen (und gegebenenfalls nervlichen) Zusatzaufwand eines Tests zu leisten. Soweit die Antragsgegnerin darüber hinaus auf sprachliche Barrieren verweist, wie sie ebenfalls bei einem erheblichen Anteil der Familien aufgrund der international zusammengesetzten Bevölkerung Hamburgs bestehen dürften, bestehen bei der Kammer zwar Zweifel, ob dieses Argument tatsächlich trägt oder ob hier nicht mildere Mittel der Übersetzung entsprechender Mitteilungen und Belehrungen in die verschiedenen Sprachen hinreichend erfolgversprechend sind. Schließlich werden die Selbsttests in allen möglichen Ländern eingesetzt und auch aus vielen verschiedenen Ländern importiert, sodass es möglich sein dürfte, entsprechende Gebrauchsanweisungen in vielen verschiedenen Sprachen zu erhalten. Jedenfalls dürfte sie aber auch berücksichtigen, dass durch den Ausschluss der Zulassung von zuhause durchgeführten Tests und die damit einhergehende Kontrolle bei einem ebenfalls sehr erheblichen Anteil der Eltern ein weitergehendes Vertrauen in die Effektivität dieser Maßnahme entstanden sein dürfte. Insbesondere soweit sie der Testpflicht aus welchen Gründen auch immer nicht so kritisch gegenüberstehen, dürften ihnen hinsichtlich der Richtigkeit der von den Eltern vorgelegten Testergebnisse vergleichbare Bedenken kommen wie der Antragsgegnerin. Dies wiederum dürfte eine gewisse Unruhe in einer Klassen- oder Schulgemeinschaft hervorrufen, die der Gesamtsituation und damit auch dem Schulleben einschließlich dem Bildungserfolg der Kinder nicht sehr zuträglich sein dürfte. Damit steht der Einbeziehung solcher Erwägungen durch die Antragsgegnerin auch nicht der in § 3 Abs. 4 HmbSG zum Ausdruck gebrachte Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit der Schule und der Eltern entgegen. Die Achtung dieser Leitlinie wird durch das hier in Rede stehende Vorgehen der Antragsgegnerin nicht infrage gestellt. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass sie sich bei der Ausgestaltung der Testpflicht nicht nur im Rahmen eines konkreten Verhältnisses zwischen Schule und bestimmten Eltern bewegt, sondern dass sie hier vielmehr auch jeweils die Interessen aller anderen Eltern und Schülerinnen und Schüler,

um deren Schutz es bei der Testpflicht (auch) geht, zu berücksichtigen hat. Diesen gegenüber gilt der genannte Grundsatz ebenfalls und deshalb kann die Antragsgegnerin in ihre Betrachtung mit einzubeziehen, wie sie diesen gegenüber hinreichendes Vertrauen in die Zuverlässigkeit ihres Vorgehens und damit eine allgemeine Akzeptanz erreichen kann.

Vor diesem Hintergrund ist es nach summarischer Prüfung unter Berücksichtigung des genannten Spielraums der Antragsgegnerin nicht zu beanstanden, wenn sie im Ergebnis in Abwägung der genannten Risiken dazu kommt, dass es effektiver ist, zuhause durchgeführte Tests nicht zuzulassen.

Der Ausschluss derartiger Tests erscheint auch angemessen. Die Beeinträchtigung der betroffenen Rechte geht – abgesehen von dem den Schutz der Daten umfassenden Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG – nicht wesentlich über diejenige hinaus, die durch die testabhängige Zugangsbeschränkung an sich hervorgerufen wird. Insoweit kann im Wesentlichen auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

dd) Dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dem damit zusammenhängenden Elternrecht gemäß Art. 6 Abs. 2 GG, soweit es die Befugnis umfasst, über die Art und Weise medizinischer Untersuchungen der Kinder und die Preisgabe entsprechender Ergebnisse zu entscheiden, wird durch die aus dem Tenor ersichtliche Erweiterung der Testmöglichkeiten für Schülerinnen und Schüler nach Ansicht der Kammer hinreichend Rechnung getragen. So müssen diese bzw. ihre Eltern bei der Durchführung eines Tests bei einem Leistungserbringer gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Coronavirus-Testverordnung weder zwingend ein positives Testergebnis gegenüber den Mitschülerinnen und Mitschülern preisgeben; noch müssen die Eltern dulden, dass ihre Kinder – soweit sie hier Bedenken hinsichtlich der hinreichend sicheren Durchführung durch die Kinder selbst haben sollten – die Tests an sich selbst vornehmen. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass in Hamburg die tägliche Inanspruchnahme der Testung durch einen Leistungserbringer gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Coronavirus-Testverordnung kostenfrei ist. Durch das gewählte Zeitfenster von 24 Stunden zwischen Testdurchführung und Vorlage bei der Schule wird schließlich dem Umstand hinreichend Rechnung getragen, dass ein maximal 12 Stunden alter Test faktisch vor Schulbeginn insbesondere auch aufgrund der Öffnungszeiten der Testzentren nicht zu erreichen ist. Aufgrund der Regelmäßigkeit der durchzuführenden Tests hat die Kammer auch trotz der zeitlich begrenzten Aussagekraft der Selbsttestergebnisse keine Bedenken in Bezug auf die Dauer von 24 Stunden (vgl. hiervon offenbar auch ausgehend: § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 IfSG; § 18 Abs. 4 Satz 3 12. BayIfSMV). Wegen der vorgesehenen Frequenz

der Tests und der im Wesentlichen gleichbleibenden Zusammensetzung der zusammen-treffenden Personen in Form der gebildeten Klassenteile, erscheint die Aussagekraft der durchgeführten Tests noch hinreichend sichergestellt. Insoweit ist die Situation in Schulen nicht mit denjenigen zu vergleichen, bei denen gemäß § 10h HmbSARS-CoV-2-Eindäm-mungsVO der Test maximal 12 Stunden zurückliegen darf.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Die Höhe des Streitwerts beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 2 GKG, wobei der Auffangwert im Rahmen des vorliegenden Eilverfahrens entsprechend Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwal-tungsgerichtsbarkeit 2013 halbiert wird. Eine Vorwegnahme der Hauptsache vermag die Kammer im vorliegenden Verfahren gemäß § 80 Abs. 5 1. Fall VwGO nicht zu erkennen. Eine Erhöhung des Streitwerts wegen einer subjektiven Antragshäufung unterbleibt auf-grund des im Wesentlichen selben Streitgegenstands.

...

...

...