



## Verwaltungsgericht Hamburg Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 5, am 9. April 2021 durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht ...,  
die Richterin am Verwaltungsgericht ...,  
den Richter ...

### **beschlossen:**

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten und sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Hamburgische Obergericht 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 Obergericht, 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 Obergericht, 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 beigefügt 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.

## Gründe

### I.

Die durch ihren allein sorgeberechtigten Vater vertretene Antragstellerin wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes dagegen, nur nach Durchführung eines Corona-Schnelltests unter Aufsicht der Schule oder eines PCR-Tests zu den Abschlussprüfungen zur Erreichung des Mittleren Schulabschlusses (MSA) zugelassen zu werden.

Die Antragstellerin besucht die 10. Jahrgangsstufe der X-Schule in Hamburg. Dort finden bzw. fanden am 7., 9. und 13. April 2021 die MSA-Abschlussprüfungen statt.

Nach § 23 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 Nr. 3 der 38. Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg mit Gültigkeit ab dem 6. April 2021 (EindämmungsVO) hat die für Schule zuständige Behörde einen Musterhygieneplan für Schulen zu veröffentlichen, in dessen Rahmen für jede einzelne Schule ein Hygieneplan nach dem Infektionsschutzgesetz aufzustellen ist, wobei in dem Musterhygieneplan insbesondere eine Pflicht zur Durchführung von Coronavirus-Tests nach § 10d EindämmungsVO vorgesehen und die Teilnahme an schulischen Veranstaltungen und das Recht zum Betreten des Schulgeländes von einem Coronavirus-Test mit negativem Ergebnis abhängig gemacht werden kann.

Im Muster-Corona-Hygieneplan für alle Schulen in der Freien und Hansestadt Hamburg, 11. überarbeitete Fassung mit Gültigkeit ab dem 6. April 2021 (Muster-Corona-Hygieneplan) heißt es auszugsweise:

#### „0. Vorübergehende Einschränkung des Schulbetriebs

1.) Die Aufhebung der Präsenzpflcht wird für alle Schülerinnen und Schüler der allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen sowie der Schulen der Erwachsenenbildung zunächst bis zum 18.04.2021 verlängert.

2.) Für die Anfertigung von Klausuren und die Durchführung von Prüfungshandlungen kann die Schule die persönliche Anwesenheit von Schülerinnen und Schülern anordnen.“

Und:

„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.“

Auch auf der Homepage der X- Schule wird auf den Muster-Corona-Hygieneplan der Schulbehörde (allerdings noch in der 10. Fassung) verwiesen (vgl. <https://www. ...> zuletzt abgerufen am Tag der Entscheidung).

Die Antragstellerin stellte bereits am 7. April 2021 einen ersten Eilantrag, mit dem sie begehrte, nach Durchführung eines auf der in § 10d EindämmungsVO in Bezug genommenen Homepage [https://www.bfarm.de/DE/Medizinprodukte/Antigentests/\\_node.html](https://www.bfarm.de/DE/Medizinprodukte/Antigentests/_node.html) ausdrücklich genannten Spucktests an den MSA-Prüfungen teilnehmen zu dürfen, und dem seitens der Antragsgegnerin abgeholfen wurde.

Am 9. April 2021 hat die Antragstellerin erneut um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht, wobei sie sich mit dem hiesigen Antrag grundsätzlich gegen die Testverpflichtung wendet. Dabei beruft sie sich auf ihr Recht aus Art. 12 Abs. 1 GG und macht geltend, dass ihr Schulabschluss als Voraussetzung des Berufszugangs verschlechtert oder ganz verhindert werde, wenn die Teilnahme an den Prüfungen durch Verweigerung des Betretens des Schulgeländes faktisch unterbunden werde. Hierfür mangle es bereits an einer ausdrücklichen Regelung. Zudem werde sie in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt, wenn sie durch unter Aufsicht der Schule durchzuführende Corona-Tests zur Preisgabe von Gesundheitsdaten gezwungen werde.

Die Antragstellerin beantragt,

die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, die Antragstellerin an den Prüfungen für den mittleren Schulabschluss an der X-Schule ohne Vorort-SARS-CoV-2-Test teilnehmen zu lassen.

Eine Stellungnahme der Antragsgegnerin ist bis zur Entscheidung nicht bei Gericht eingegangen.

## II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat keinen Erfolg, da es an einem Anordnungsanspruch mangelt.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung notwendig erscheint, insbesondere auch, um wesentliche Nachteile abzuwenden. Erforderlich sind danach ein Anordnungsgrund, also die Eilbedürftigkeit der Sache, sowie ein Anordnungsanspruch, also ein Anspruch auf die begehrte Maßnahme. Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch sind nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft zu machen.

Das einstweilige Rechtsschutzverfahren nach § 123 VwGO dient grundsätzlich nur der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses; einem Antragsteller soll hier regelmäßig nicht bereits das gewährt werden, was er nur in einem Hauptsacheverfahren erreichen kann. Die von der Antragstellerin begehrte Zulassung zu den aktuell stattfindenden Abschlussprüfungen der 10. Jahrgangsstufe ohne vorherige Durchführung eines Corona-Tests stellt sich jedoch als eine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache dar. Wird – wie hier – die Hauptsache vorweggenommen, kann dem Eilantrag nach § 123 VwGO nur stattgegeben werden, wenn dies zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG schlechterdings unabweisbar ist. Dies setzt hohe Erfolgsaussichten, also eine weit überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs in der Hauptsache, sowie schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile im Falle des Abwartens in der Hauptsache voraus (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 6.7.2018, 3 Bs 97/18, juris Rn. 35 m.w.N.). Maßgeblich sind die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts.

Kommt ein Anordnungsanspruch in Betracht, ohne dass dies bei summarischer Prüfung im Eilverfahren abschließend entschieden werden kann, ist aufgrund von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG eine Folgenabwägung durchzuführen (BVerfG, Beschl. v. 25.2.2009, 1 BvR 120/09, juris Rn. 11; OVG Hamburg, Beschl. v. 6.11.2018, 4 Bs 37/18, juris Rn. 56 f.; VGH München, Beschl. v. 7.9.2018, 12 CE 18.1899, juris Rn. 5; OVG Magdeburg, Beschl. v. 19.4.2012, 1 M 32/12, juris Rn. 16; vgl. Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Auflage 2018, § 123 VwGO, Rn. 79, 100). Der in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verankerte Anspruch des Bürgers auf eine tatsächlich und rechtlich wirksame Kontrolle verpflichtet die Gerichte, bei ihrer Entscheidungsfindung diejenigen Folgen zu erwägen, die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes für den Bürger verbunden sind. Dies gilt nicht nur im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO, sondern ist im Hinblick auf den in gleicher Weise gegebenen Anspruch auf Gewährung effektiven (vorläufigen) Rechtsschutzes in Fällen drohender Grundrechtsbeeinträchtigung auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO zu beachten. Daher darf im Rahmen eines Verfahrens nach § 123 VwGO das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtsposition umso weniger zurückgestellt werden, je schwerer die sich aus der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes ergebenden Belastungen wiegen und je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass sie im Falle des Obsiegens in der Hauptsache rückgängig gemacht werden können (OVG Hamburg, Beschl. v. 6.11.2018, 4 Bs 37/18, juris Rn. 57; OVG Magdeburg, Beschl. v. 19.4.2012 1 M 32/12, juris Rn. 17). Droht einem Antragsteller bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten, die durch eine der Klage stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, so ist einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (OVG Magdeburg, Beschl. v. 19.4.2012, 1 M 32/12, juris Rn. 17). Bei drohenden schweren und unzumutbaren Nachteilen kann sogar eine Vorwegnahme der Hauptsache geboten sein (BVerfG, Beschl. v. 25.2.2009, 1 BvR 120/09, juris Rn. 17).

Ausgehend von diesen Maßgaben vermag die Kammer einen Anordnungsanspruch bei der allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung im Eilverfahren weder auszuschließen noch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit festzustellen (hierzu unter 1.). Die vor diesem Hintergrund vorzunehmende Folgenabwägung ergibt, dass dem Antrag in der Sache nicht zu entsprechen ist (hierzu unter 2.). Auch für den Fall der Statthaftigkeit eines Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO ergäbe sich nichts anderes (hierzu unter 3.).

1. Die Kammer vermag bei der nur möglichen summarischen Prüfung im vorliegenden Eilverfahren eine Verletzung der Antragstellerin in ihren geltend gemachten Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit/Berufszugangsfreiheit) und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht/Recht auf informationelle Selbstbestimmung) weder festzustellen noch auszuschließen.

Sowohl Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG als auch in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sind nur dann zulässig, wenn hierfür eine taugliche Ermächtigungsgrundlage vorliegt. Insoweit verbleiben hinsichtlich der für die Einführung von verpflichtenden Corona-Tests als Voraussetzung für die Teilnahme an schulischen Abschlussprüfungen herangezogenen Rechtsgrundlage in § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 EindämmungsVO, die sich ihrerseits auf §§ 32, 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 und 28a Abs. 1 und 3 IfSG stützt, Zweifel, die im Rahmen der summarischen Prüfung im vorliegenden Eilverfahren nicht vollständig ausgeräumt werden können, so dass das Vorliegen einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage im Ergebnis als offen einzustufen ist (hierzu unter a)). Im Übrigen erweist sich die Einführung der streitgegenständlichen Testverpflichtung nach dem Erkenntnisstand des Eilverfahrens aber nicht als offensichtlich unverhältnismäßig (hierzu unter b)).

a) Die Antragsgegnerin stützt sich hinsichtlich der Anordnung verpflichtender Corona-Tests vor der Wahrnehmung schulischer Präsenzangebote nach Ziffer 1.2 des Muster-Corona-Hygieneplans auf § 23 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 Nr. 3 EindämmungsVO. Danach hat die für Schule zuständige Behörde einen Musterhygieneplan für Schulen zu veröffentlichen, in dessen Rahmen für jede einzelne Schule ein Hygieneplan nach dem Infektionsschutzgesetz aufzustellen ist. In dem Musterhygieneplan kann die Pflicht zur Durchführung von Coronavirus-Tests nach § 10d EindämmungsVO vorgesehen und die Teilnahme an schulischen Veranstaltungen und das Recht zum Betreten des Schulgeländes von einem Coronavirus-Test mit negativem Ergebnis abhängig gemacht werden.

Soweit der Muster-Corona-Hygieneplan der Antragsgegnerin in seiner aktuellen Fassung eine Testpflicht für Schülerinnen und Schüler vorsieht, handelt es sich dabei nach Ansicht der Kammer um eine regelnde Maßnahme mit Außenwirkung in Gestalt einer Allgemeinverfügung gemäß § 35 Satz 2 HmbVwVfG. Zwar sind Hygienepläne durch den Bundesgesetzgeber gemäß §§ 36 Abs. 1 Nr. 1, 33 Nr. 3 IfSG grundsätzlich als betriebs- bzw. verwaltungsinterne Planinstrumente zur Einhaltung der Infektionshygiene konzipiert. Danach

müssen u.a. Schulen in Hygieneplänen innerbetriebliche Verfahrensweisen zur Infektionshygiene festlegen und unterliegen der infektionshygienischen Überwachung durch das Gesundheitsamt. Zweck der §§ 36 Abs. 1 Nr. 1, 33 Nr. 3 IfSG ist es, durch die Hygieneplanpflicht die infektionshygienische Eigenverantwortlichkeit der genannten Einrichtungen zu erhöhen (Kießling, IfSG, 2020, § 36 Rn. 3). Mit § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 EindämmungsVO hat der Ordnungsgeber jedoch eine Rechtsgrundlage geschaffen, mit der in Schul-Hygieneplänen in den Schulen eine Testpflicht als über den verwaltungsinternen Bereich hinausgehende, belastende Maßnahme angeordnet werden kann (vgl. ebenso zur Maskenpflicht in Schulen: OVG Hamburg, Beschl. v. 15.1.2021, 1 Bs 237/20, juris Rn. 33). Die in der 11. Fassung des Muster-Corona-Hygieneplans der Antragsgegnerin enthaltene Allgemeinverfügung zur Testpflicht wurde bei summarischer Prüfung ordnungsgemäß gemäß § 41 Abs. 4 Satz 2 und 7 HmbVwVfG bekanntgegeben. Sie ist auf der Internetseite der Antragsgegnerin zugänglich (<https://www.hamburg.de/contentblob/14709468/42416f3e486fe4ebcdca2a36b78537ab/data/anlage-musterhygieneplan-master>).pdf, zuletzt abgerufen am Tag der Entscheidung).

Allerdings enthält der Muster-Corona-Hygieneplan keine ausdrückliche Anordnung der Testpflicht auch vor der Teilnahme an verpflichtenden schulischen Veranstaltungen wie Abschlussklausuren. Ziffer 1.2 des Muster-Corona-Hygieneplans spricht insoweit lediglich von „Präsenzangeboten“ und sieht als Alternative für Schülerinnen und Schüler, die keinen Corona-Test machen wollen, die Unterrichtung im Distanzunterricht vor. Eine derartige Alternative besteht im Falle von Klausuren, die in Präsenz zu schreiben sind, jedoch ersichtlich nicht. Schülerinnen und Schüler, die die Durchführung eines Corona-Tests verweigern, versäumen vielmehr den Leistungsnachweis, so dass dieser nach Ansicht der Schulbehörde mit der Note „ungenügend (6)“ zu bewerten ist (vgl. die Ausführungen der Schulbehörde auf ihrer Internetseite im Rahmen des „FAQ Corona“: [https://www.hamburg.de/bsb/13679646/corona-faqs/#anker\\_2](https://www.hamburg.de/bsb/13679646/corona-faqs/#anker_2), zuletzt abgerufen am Tag der Entscheidung). Allerdings könnten die Bestimmungen zur Testpflicht bei der Wahrnehmung von Präsenzangeboten in Ziffer 1.2 des Muster-Corona-Hygieneplans im Zusammenhang mit Ziffer 0. 2.) des Muster-Corona-Hygieneplans, wonach die Schule für die Anfertigung von Klausuren und die Durchführung von Prüfungshandlungen die persönliche Anwesenheit von Schülerinnen und Schülern anordnen kann, so zu verstehen sein, dass aus ihnen auch die Anordnung einer Testpflicht in Bezug auf die Teilnahme an verpflichtenden Prüfungsveranstaltungen folgt. Soweit die Testpflicht nach dem Muster-Corona-Hygieneplan mindestens zwei verpflichtende Tests in jeder Kalenderwoche umfasst und sich Schülerinnen

und Schüler, die durchgängig an Präsenzangeboten teilnehmen, am Montag und am Mittwoch, andere Schülerinnen und Schüler 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, testen müssen, dürfte hieraus übertragen auf die MSA-Abschlussprüfungen folgen, dass sich die Schülerinnen und Schüler, die nur aus Anlass der MSA-Abschlussprüfungen zu Schule kommen, vor jeder Klausur zu testen haben. Denn in der Kalenderwoche 14 finden bzw. fanden zwei Klausuren und in der Kalenderwoche 15 findet eine weitere Klausur statt. Angesichts der mit einer Verweigerung der Durchführung eines Corona-Tests vor einer Abschlussprüfung verbundenen weitreichenden Konsequenzen verbleiben allerdings Zweifel, ob der Muster-Corona-Hygieneplan insoweit noch dem Bestimmtheitsanforderung des § 37 Abs. 1 VwVfG genügt oder ob es hierfür nicht einer ausdrücklicheren Regelung bedürfte. Dies vermag die Kammer bei summarischer Prüfung nicht abschließend zu beurteilen.

Ebenfalls offen erscheint, ob sich die im Muster-Corona-Hygieneplan enthaltene Allgemeinverfügung zur Testpflicht auch insoweit auf die Rechtsgrundlage in § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 EindämmungsVO stützen kann, als dort die Durchführung eines Corona-Schnelltests „unter Aufsicht der Schule“ (alternativ ist nur die Durchführung eines PCR-Tests möglich) verlangt wird. § 23 Abs. 1 EindämmungsVO ist eine derartige Einschränkung für die Durchführung von Corona-Schnelltests zur Teilnahme an schulischen Veranstaltungen nicht ausdrücklich zu entnehmen. Allerdings dürfte wohl nur eine solche Regelung, wie sie im Muster-Corona-Hygieneplan getroffen wurde, den Sinn und Zweck der Einführung der Testpflicht vor der Teilnahme an schulischen Veranstaltungen gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 EindämmungsVO erfüllen. Denn wäre es den Schülerinnen und Schülern freigestellt, vor dem Besuch der Schule zu Hause einen Corona-Schnelltest durchzuführen, könnte die Schule nicht sicherstellen, dass dieser tatsächlich und auch ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Für die Schülerinnen und Schüler, die eine Vor-Ort-Selbsttestung ablehnen, besteht im Übrigen die Möglichkeit der Vorlage eines PCR-Tests, der § 10d EindämmungsVO entspricht und nicht älter als 48 Stunden ist. Die Vorlage eines negativen Testergebnisses eines durch Leistungserbringer nach § 6 Absatz 1 Satz 1 der Coronavirus-Testverordnung durchgeführten Schnelltests dürfte dagegen im schulischen Kontext regelmäßig nicht in Betracht kommen, da derartige Schnelltests höchstens zwölf Stunden vor der Teilnahme an der Präsenzveranstaltung durchgeführt worden sein dürfen (vgl. § 10h Satz 1 Nr. 1 EindämmungsVO). Schulische Veranstaltungen, insbesondere Unterricht und Prüfungen, beginnen jedoch in der Regel gegen 8 Uhr morgens, also zu einer Zeit, zu der Testzentren grundsätzlich noch nicht geöffnet haben dürften.



Schließlich bestehen im Rahmen des hiesigen Eilverfahrens nicht abschließend zu klärende Zweifel daran, ob die durch den Hamburgischen Ordnungsgeber erlassene Ermächtigungsgrundlage des § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 EindämmungsVO zur Anordnung einer Testpflicht in Schulen durch die Behörde für Schule und Berufsbildung bzw. die Schulen ihrerseits die formellen Voraussetzungen für ihren Erlass eingehalten hat.

Die durch den Hamburgischen Ordnungsgeber erlassene Ermächtigungsgrundlage des § 23 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 EindämmungsVO zur Anordnung einer Testverpflichtung in Schulen durch die Behörde für Schule und Berufsbildung bzw. die Schulen stützt sich ihrerseits auf die Rechtsgrundlage der §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1, 28a Abs. 1 Nr. 16 und Abs. 3 i.V.m. § 33 Nr. 3 IfSG. Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG trifft, werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt, die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in § 28a Abs. 1 und in den §§ 29 bis 31 IfSG genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG sind aufgrund der gegenwärtigen Corona-Pandemie weiterhin erfüllt. Die Vorschrift ermöglicht Regelungen gegenüber einzelnen wie mehreren Personen. Vorrangige Adressaten sind zwar die in § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG benannten Personengruppen, bei denen feststeht oder der Verdacht besteht, dass sie Träger von Krankheitserregern sind, die bei Menschen eine Infektion oder eine übertragbare Krankheit im Sinne von § 2 Nr. 1 bis Nr. 3 IfSG verursachen können. Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG können aber auch sonstige Dritte Adressaten von Maßnahmen sein (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 21.7.2020, 5 Bs 86/20, juris Rn. 11 m.w.N.). § 28a Abs. 1 Nr. 16 IfSG ermächtigt für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG durch den Deutschen Bundestag ausdrücklich zur Schließung von Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne von § 33 IfSG, worunter nach § 33 Nr. 3 IfSG auch Schulen fallen, oder zur Erteilung von Auflagen für die Fortführung ihres Betriebs als Schutzmaßnahme. Der Deutsche Bundestag stellte am 25. März 2020 eine epidemische Lage von nationaler Tragweite fest (BT-PIPr. 19/154, 19169C). Am 18. November 2020 und 4. März 2021 hat er den Fortbestand erneut festgestellt (BT-Drs. 19/24387, BT-PIPr. 19/191, 24109C). In Hamburg liegt der 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.

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 Verordnungsgeber 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).

Fraglich erscheint allerdings, ob die Begründungspflicht des § 28a Abs. 5 IfSG eingehalten wurde. Nach § 28a Abs. 5 IfSG sind Rechtsverordnungen, die nach § 32 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 und § 28a Abs. 1 IfSG erlassen werden, mit einer allgemeinen Begründung zu versehen und zeitlich zu befristen. Die Begründungspflicht dient nach dem Willen des Gesetzgebers dazu, die wesentlichen Entscheidungsgründe für die getroffenen Maßnahmen transparent zu machen, und damit insbesondere der Verfahrensrationalität und der Legitimationssicherung. Sie soll als prozedurale Anforderung den Grundrechtsschutz durch Verfahren gewährleisten. Innerhalb der Begründung ist zu erläutern, in welcher Weise die Schutzmaßnahmen im Rahmen eines Gesamtkonzepts der Infektionsbekämpfung dienen, ohne dass insoweit eine empirische und umfassende Erläuterung geschuldet wäre. Sie ist möglichst zeitnah nach Erlass der Rechtsverordnung zu veröffentlichen (OVG Münster, Beschl. v. 23.12.2020, 13 B 1707/20, juris Rn. 43).

In der Begründung zu der insoweit maßgeblichen 34. Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 5. März 2021, mit der die Ermächtigung zur Einführung der Testpflicht an Schulen erstmals in § 23 EindämmungsVO aufgenommen wurde (die 38. Änderungsverordnung enthält bezogen auf § 23 EindämmungsVO nur redaktionelle Änderungen), finden sich im Teil B keine explizit hierauf bezogenen Erläuterungen (vgl. HmbGVBl. Nr. 16, abrufbar unter: <https://www.luw.de/docs/gvbl/docs/2422.pdf>, zuletzt abgerufen am Tag der Entscheidung). Jedoch

lässt sich der maßgeblichen Verordnungsbegründung an anderer Stelle – nämlich bei den Erläuterungen zu § 10d EindämmungsVO – eindeutig entnehmen, welchen Zweck Selbsttestungen im Rahmen des Gesamtkonzepts der Infektionsbekämpfung des Hamburgischen Verordnungsgebers erfüllen. Hier heißt es:

„Die Verfügbarkeit von Schnelltests in großen Mengen stellt künftig einen wesentlichen Baustein dar, der es in den kommenden Monaten ermöglichen wird, weitere besonders wirkungsvolle Schutzmaßnahmen im Gesamtkonzept zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus in der Freien und Hansestadt Hamburg vorzusehen. Schnelltests sind mit hinreichender Genauigkeit in der Lage festzustellen, ob jemand aufgrund einer akuten COVID-19-Infektion ansteckend ist. Insofern können Schnelltests tagesaktuell zusätzliche Sicherheit bei Kontakten geben. Regelmäßige Testungen können dabei unterstützen, auch Infektionen ohne Krankheitssymptome zu erkennen und beugen deshalb einer unbemerkten Verbreitung des Coronavirus in erheblichem Maße vor. Infizierte Personen können sich auf diese Weise schneller absondern und ihre persönlichen Kontakte besser schützen. Regelmäßige, einfach durchzuführende Selbsttestungen können deshalb den Infektionsschutz gerade in den Bereichen erheblich erhöhen, die durch räumliche Enge und eine hohe Personendichte gekennzeichnet sind. Die positive Wirkung von Testungen auf die epidemiologische Lage ist dabei umso größer, je mehr Bürgerinnen und Bürger sich konsequent an dem Testprogramm beteiligen. Bund und Länder wollen nun erproben, wie durch die deutliche Ausweitung von Tests und ein Testprogramm in Verbindung mit einer besseren Nachvollziehbarkeit der Kontakte im Falle einer Infektion Öffnungsschritte auch bei höheren Inzidenzen möglich werden.“

Dieselben Erwägungen dürften letztlich auch und gerade im Hinblick auf die in derselben Fassung der Verordnung erstmals vorgesehene Ermächtigung zur Einführung einer Testpflicht vor der Teilnahme an schulischen Veranstaltungen gelten, was dafür sprechen könnte, dass eine explizite Begründung auch zu § 23 Abs. 3 Satz 4 (jetzt Satz 3 Nr. 3) EindämmungsVO – etwa in Form eines Verweises auf die Erläuterungen zu § 10d EindämmungsVO – verzichtbar war.

b) Im Übrigen stellt die Anordnung einer Testpflicht vor der Teilnahme an schulischen Präsenzveranstaltungen, unter anderem Abschlussklausuren, nach summarischer Prüfung voraussichtlich keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte der hiervon betroffenen Schülerinnen und Schüler und damit auch der Antragstellerin aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG dar.

Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind Eingriffe in die o. a. Grundrechte nur gerechtfertigt, wenn sie zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich sind und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der sie rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit

im engeren Sinne) noch gewahrt wird (st. Rspr., vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.1.2015, 1 BvR 931/12, juris Rn. 53 ff.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Ordnungsgeber bei der Beurteilung komplexer Gefahrenlagen, wie sie bei der aktuellen Corona-Pandemie gegeben ist, bezüglich der Auswahl der geeigneten, erforderlichen und angemessenen Schutzmaßnahmen ein weiter Einschätzungsspielraum zusteht (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 28; Beschl. v. 30.4.2020, 5 Bs 64/20, juris Rn. 21, jeweils m.w.N.). Dieser Einschätzungsspielraum stand dem Ordnungsgeber auch im Rahmen der „zweiten Welle“ (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 28) und steht ihm gegenwärtig im Rahmen der „dritten Welle“ wegen der weiterhin bestehenden komplexen Gefahrenlage, einer weiterhin unzureichenden Tatsachengrundlage über die genauen Infektionsquellen und wegen der noch nicht abschätzbaren Folgen der Virusvarianten auf das Infektionsgeschehen und die Krankheitsverläufe zu (OVG Hamburg, Beschl. v. 25.3.2021, 5 Bs 57/21).

Die Einführung verpflichtender Tests an Schulen, auch vor der Teilnahme an Abschlussprüfungen, ist geeignet, das hiermit verfolgte Ziel der Weiterverbreitung des Virus SARS-CoV-2 bei Fortführung bzw. Wiederaufnahme des Präsenzbetriebs in den Schulen für bestimmte Schülerinnen und Schüler zu fördern.

Insoweit schließt sich die Kammer den Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts Bautzen im Beschluss vom 19. März 2021 (3 B 81/21, abrufbar unter: <https://freie-sachsen.info/wp-content/uploads/2021/03/Testpflicht-Beschluss.pdf>, zuletzt abgerufen am Tag der Entscheidung) an und macht sich diese zu Eigen:

„Ohne diese Testpflicht wäre das Risiko, dass sich durch den Präsenzbetrieb in den Schulen die Ausbreitung des Virus verstärkt, wesentlich höher. Gegen diese Einschätzung spricht nicht der Umstand, dass ein Corona-Test immer nur eine Momentaufnahme ist. Nach der angegriffenen Vorschrift müssen die Betroffenen den Nachweis, dass keine Infektion besteht, in hinreichend kurzen Abständen erbringen. Die Annahme, die angegriffene Norm weise die erforderliche(n) Eignung zur Verhinderung der Ausbreitung der Pandemie auf, wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass sie einen Corona-Selbsttest zulässt, der gegenüber den PCR-Tests eine höhere Fehlerrate aufweist (vgl. hierzu <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronatest/faq-schnelltests.html>). Es ist davon auszugehen, dass Selbsttests nur zugelassen werden, wenn sie ein hinreichendes Diagnosepotential aufweisen.“

Die Regelung ist bei Gewährleistung des Präsenzbetriebs in Schulen zur Bekämpfung der Pandemie auch erforderlich. Insoweit kann erneut auf die überzeugenden Ausführungen

des Oberverwaltungsgerichts Bautzen verwiesen werden (a.a.O.), die sich auch auf die streitgegenständliche Regelung betreffend die Verweigerung der Teilnahme an Abschlussprüfungen ohne vorherigen Corona-Test übertragen lassen:

„Ein(e) andere Maßnahme, die weniger stark in die betroffene(n) Grundrechte eingreifen würde, aber ebenfalls in gleicher Weise das Ziel fördern könnte, die Ausbreitung der Pandemie bei einem Präsenzbetrieb in Schulen zu verhindern, ist nicht erkennbar. Durch die Implementierung des hier vorgesehenen Zutrittsverbots wird die Wahrscheinlichkeit, dass mit Corona infizierte Personen überhaupt das jeweilige Schulgelände betreten können und sich Corona dort ausbreiten kann, stark reduziert. Andere Maßnahmen, die die gleiche Wirkung haben, sind nicht offensichtlich. Insbesondere schulische Hygienekonzepte dürften für sich genommen nicht die gleiche Wirkung haben. Jedenfalls können sie nicht verhindern, dass infizierte Personen auf das Schulgelände gelangen. Dessen ungeachtet dürfte gerade in Schulen immer das Risiko bestehen, dass Hygienekonzepte nicht vollständig umgesetzt werden. Sofern Hygienekonzepte neben Zutrittsverboten, wie sie hier in Rede stehen, zur Anwendung kommen, dürfte das Ziel, die Ausbreitung der Pandemie in Schulen bei Durchführung von Präsenzunterricht zu verhindern, allerdings besonders gut gefördert werden können.“

Schließlich dürfte die in Rede stehende Regelung auch im engeren Sinne verhältnismäßig sein. Der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dürfte gering sein, da es die Antragstellerin selbst in der Hand hat, den Nachweis eines negativen Corona-Tests zu erbringen und damit an den MSA-Abschlussprüfungen teilzunehmen. Dabei ist es der Antragstellerin freigestellt, der Testverpflichtung durch den Nachweis eines negativen Testergebnisses eines aktuellen PCR-Tests oder durch Durchführung eines Selbsttests vor Ort nachzukommen. Testkits für einen Corona-Schnelltest werden von der Schule der Antragstellerin bereitgestellt, so dass hiermit keine Kosten für die Antragstellerin verbunden sind. Im Übrigen kann sie – wie ihr aufgrund ihres vorherigen Eilantrags mittlerweile seitens der Schule bestätigt wurde – auch einen anderen zugelassenen Selbsttest, etwa einen Spucktest, durchführen. Derartige Spucktests dürften in ihrer Durchführung noch weniger belastend sein als ein mittels Nasenabstrich durchgeführter Schnelltest. Soweit sich die Antragstellerin ausdrücklich auch dagegen wendet, dass der Corona-Schnelltest nach der maßgeblichen Regelung im Muster-Corona-Hygieneplan unter Aufsicht der Schule durchzuführen ist, ist zwar richtig, dass die Durchführung des Tests vor Ort dazu führt, dass das Testergebnis, zumal auch ein positives, den anwesenden Lehrkräften sowie Mitschülerinnen und Mitschülern unmittelbar bekannt wird. Zum einen ist jedoch festzuhalten, dass die Antragstellerin auch dann, wenn es ihr gestattet wäre, vor dem Schulbesuch zu Hause einen Schnelltest durchzuführen, verpflichtet wäre, der Schule ein positives Testergebnis zu melden. Aus ihrer dann folgenden Abwesenheit bei der Prüfung könnten wiederum auch Mitschülerinnen und Mitschüler ihre Schlüsse ziehen. Zum anderen werden die Testergebnisse nicht auf Dauer gespeichert

und dürfte sich die stigmatisierende Wirkung eines positiven Corona-Tests aufgrund der großen Anzahl von Personen, die sich bislang mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert haben, in Grenzen halten. Schließlich könnte die Antragstellerin den notwendigen Nachweis statt durch die Durchführung eines Vor-Ort-Selbsttests auch durch einen PCR-Test erbringen.

Den somit verhältnismäßig geringen Eingriffen in die betroffenen Grundrechte der Antragstellerin steht gegenüber, dass die entsprechende Regelung der staatlichen Verpflichtung aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG Vorschub leistet, die Gesundheit der Bevölkerung, insbesondere der Lehrkräfte und der Mitschülerinnen und Mitschüler der Antragstellerin, zu schützen und dass sie zugleich eine zumindest teilweise Rückkehr zum Präsenzunterricht sowie die Durchführung abschlussrelevanter Prüfungen bei deutlicher Reduktion des Infektionsrisikos in der Schule ermöglicht.

2. Die vor dem Hintergrund der verbleibenden Unsicherheiten aufgrund von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vorzunehmende Folgenabwägung geht nach den eingangs dargestellten Maßstäben zu Lasten der Antragstellerin aus. Bei der konkreten Abwägung der Interessen der Antragstellerin an einer Teilnahme an den MSA-Abschlussprüfungen ohne vorherige Durchführung eines Corona-Schnelltests unter Aufsicht der Schule mit den entgegenstehenden Interessen der Allgemeinheit an der Eindämmung des neuartigen Coronavirus sowie insbesondere der bei den Abschlussprüfungen anwesenden Lehrpersonen sowie Schülerinnen und Schüler der Jahrgangsstufe der Antragstellerin an einem Schutz vor Ansteckung geht das Gericht davon aus, dass die für die Antragstellerin mit der Durchführung eines Corona-Schnelltests vor Ort zusammenhängenden Nachteile den Gesundheitsschutz der restlichen Bevölkerung sowie der Lehrkräfte und Mitschülerinnen und Mitschüler nicht überwiegen.

3. Für den Fall der Annahme einer Allgemeinverfügung im Muster-Corona-Hygieneplan, durch die eine Testpflicht vor der Teilnahme an den MSA-Abschlussprüfungen angeordnet wird, dürfte im vorliegenden Fall statt eines Antrags nach § 123 VwGO ein solcher auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines noch einzulegenden bzw. dem vorliegenden Eilantrag zu entnehmenden Widerspruchs gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO statthaft sein (vgl. insoweit zur Maskenpflicht im Einzelnen: VG Hamburg, Beschl. v. 12.3.2021, 2 E 797/21, abrufbar unter: <https://justiz.hamburg.de/vg-aktuelles/>, zuletzt abgerufen am Tag der Entscheidung). Auch eine im Rahmen eines solchen Antrags

nach § 80 Abs. 5 VwGO nach dem Vorstehenden ebenfalls vorzunehmende Folgenabwägung käme jedoch zu keinem anderen Ergebnis.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

...

...

...