



## Verwaltungsgericht Hamburg

# Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 3, am 6. August 2020 durch

...

**beschlossen:**

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens hat der Antragsteller zu tragen.

Der Streitwert wird auf 5.000,00 EUR 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 Obergerverwaltungsgericht, 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 Obergerverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht 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 Obergerverwaltungsgericht 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.

Das Gericht hat den Antrag des Antragstellers, die Schulbehörde zu verpflichten, in Schulen für Schüler und für das Lehrpersonal das Tragen von Mund-Nasen-Schutz auch während des Unterrichts anzuordnen, gemäß §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes dahingehend ausgelegt, dass er den Erlass einer solchen Anordnung durch die zuständige Stelle begehrt. Als Inhalt kommen hierfür eine Änderung der Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg (Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung – HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) in der Fassung vom 13. Juli 2020 (HmbGVBl. S. 404), der Erlass einer Allgemeinverfügung gemäß § 35 Satz 2 HmbVwVfG oder eine Änderung des Musterhygieneplans der Behörde für Schule und Berufsbildung in Betracht.

Dahinstehen kann vor diesem Hintergrund, ob der Antragsteller den Antrag zutreffend gegen die Freie und Hansestadt Hamburg, vertreten durch die Behörde für Schule und Berufsbildung, gerichtet hat, oder ob vorliegend eine andere Behörde – insbesondere die Behörde für Arbeit, Gesundheit, Soziales, Familie und Integration oder ein Bezirksamt – zur Vertretung befugt und das Passivrubrum insoweit von Amts wegen zu berichtigen wäre. Ungeachtet der Frage, durch welche Behörde sie vorliegend vertreten wird, ist die Freie und Hansestadt Hamburg zudem entsprechend § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die richtige Antragsgegnerin.

## II.

Der Antrag hat keinen Erfolg.

1. Es bestehen schon Bedenken an seiner Zulässigkeit.

Das Rechtsschutzbegehren ist als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO statthaft, weil der Antragsteller den Erlass einer Regelungsanordnung begehrt. Der Statthaftigkeit eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung steht § 123 Abs. 5 VwGO nicht entgegen, der die Anwendung des § 123 Abs. 1 VwGO in den Fällen der §§ 80, 80a VwGO ausschließt, denn in der Hauptsache wäre jedenfalls keine Anfechtungsklage statthaft. Das mit dem Antrag verfolgte Begehren würde sich in der Hauptsache als eine allgemeine Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO in der Form der Normerlassklage darstellen, wenn man annähme, dass es darauf gerichtet ist, im einstweiligen Rechtsschutzverfahren feststellen zu lassen, dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, die HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO derart abzuändern, dass das Tragen von Mund-Nasen-Bedeckungen auch während des Unterrichts vorgeschrieben wird. Eine Anordnung der Behörde für Schule und Berufsbildung gegenüber den Schülern und dem Lehrpersonal mittels Allgemeinverfügung wäre in der Hauptsache mit einer Verpflichtungsklage zu erreichen. Für die Änderung des Musterhygieneplans, der gegenüber den Schulen – und damit unmittelbar nur verwaltungsintern – Verhaltensregeln für den Schulbetrieb aufstellt, wäre eine Leistungsklage statthaft.

Zweifelhaft ist aber, ob der Antragsteller entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO antragsbefugt ist. Um einen Popularrechtsbehelf auszuschließen, muss es nach dem Vorbringen des Antragstellers – auch insoweit obliegt ihm gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO die Glaubhaftmachung – zumindest möglich erscheinen, dass dieser in eigenen Rechten verletzt ist oder ihm eine solche Verletzung droht. Dass es dem Antragsteller um die Geltendmachung eigener Rechte geht, ist jedenfalls den kurzen Erwägungen, die er zur Begründung seines Antrags mitgeteilt hat, nicht zu entnehmen. Vielmehr begründet er den

aus seiner Sicht bestehenden Anspruch lediglich allgemein und ohne Individualbezug. Inwiefern er durch die fehlende Anordnung einer Maskenpflicht während des Schulunterrichts selbst beeinträchtigt werden könnte – ob er etwa als Lehrer an einer Schule tätig, selbst Schüler oder als Vater eines schulpflichtigen Kindes betroffen ist –, legt er nicht dar. Sollte der Antragsteller keiner der genannten Gruppen angehören, liegt es im Übrigen an ihm, sein Infektionsrisiko durch Wahrung des Mindestabstandes und Befolgung der Maskenpflicht (z.B. in Einkaufsgeschäften und im ÖPNV) zu minimieren.

2. Ob der Antrag nach dem Vorstehenden mangels Antragsbefugnis bereits unzulässig ist oder ob das Vorbringen des Antragstellers noch dahingehend ausgelegt werden kann, dass es darauf abzielt, dem Staat aufgrund seiner aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgenden Pflicht zum Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit aller Bürger Handlungen zum Schutz vor der Ansteckung mit einem gefährlichen Virus – dem Coronavirus SARS-CoV-2 – abzuverlangen, kann hier offenbleiben, da der Antrag auch bei der letztgenannten rechtsschutzfreundlichen Interpretation jedenfalls in der Sache keinen Erfolg hat.

Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Voraussetzung hierfür ist gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO, dass der Antragsteller Umstände glaubhaft macht, aufgrund derer er dringend auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung angewiesen ist (Anordnungsgrund) und aus denen er in der Hauptsache einen Anspruch herleitet (Anordnungsanspruch).

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. 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 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).

Nach diesen Maßgaben liegen die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht vor. Zwar besteht ein Anordnungsgrund, da der Unterricht im Schuljahr

2020/2021 teilweise bereits am heutigen Tag begonnen hat und für die übrigen Schulformen und Jahrgangsstufen in den nächsten Tagen beginnen wird. Der Antragsteller hat aber nicht mit dem für die Vorwegnahme der Hauptsache erforderlichen hohen Maß an Wahrscheinlichkeit einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

Ein Anordnungsanspruch lässt sich vorliegend nicht aus dem Grundrecht des Antragstellers auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) herleiten.

Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ist nicht nur ein subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, sondern umfasst auch die Pflicht, sich schützend und fördernd vor das Leben der Einzelnen zu stellen (vgl. BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164; 90, 145, 195; 115, 320, 346) sowie vor Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit zu schützen (vgl. BVerfGE 56, 54, 78; 121, 317, 356). Bei der Erfüllung ihrer Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG kommt staatlichen Stellen aber ein erheblicher Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (vgl. BVerfGE 96, 56, 64; 121, 317, 356; 133, 59, 76 Rn. 45; 142, 313, 337 f. Rn. 69 f.). Was konkret zu tun ist, um Grundrechtsschutz zu gewährleisten, hängt von vielen Faktoren ab, im Besonderen von der Eigenart des Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der hier betroffenen Rechtsgüter (vgl. zuletzt BVerfG, Urt. v. 26. 2.2020, 2 BvR 2347/15, juris Rn. 224 m.w.N.). Die Verletzung einer Schutzpflicht kann nur festgestellt werden, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben (vgl. BVerfGE 56, 54, 80; 77, 170, 215; 92, 26, 46; 125, 39 78 f.; 142, 313, 337 f. Rn. 70; siehe auch zuletzt BVerfG, Beschl. v. 11.5.2020, 1 BvR 1027/20, juris Rn. 7 – Verfassungsbeschwerde gegen Lockerungen der Corona-Eindämmungsmaßnahmen).

Vor diesem Hintergrund kann ein Anspruch eines Bürgers auf Einschreiten der Exekutive durch Erlass eines drittbelastenden Verwaltungsakts ausschließlich dann bestehen, wenn es sich hierbei um die einzige denkbare ermessensfehlerfreie Entscheidung handeln würde, mithin eine Situation einer Ermessensreduzierung auf Null gegeben wäre. Dem entspricht es, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Ansprüche auf Erlass oder Änderung untergesetzlicher Rechtsnormen – wie hier der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO – nur ausnahmsweise in Betracht kommen (vgl. BVerwG, Urt. v. 4.7.2002, 2 C 13/01, juris Rn. 15). Mit dem Ausnahmecharakter der Normerlassklage wird der im Gewaltenteilungsgrundsatz begründeten Trennung der Recht setzenden und Recht spre-

chenden Organe Rechnung getragen, demzufolge auf deren Entscheidungsfreiheit gerichtlich nur in dem für den Rechtsschutz des Bürgers unumgänglichen Umfang eingewirkt werden soll (BVerwG, Urt. v. 28.11.2007, 9 C 10/07, juris Rn. 13 m.w.N.; BVerfG, Beschl. v. 17.1.2006, 1 BvR 541/02, juris Rn. 51 ff.). Soweit eine Änderung des Musterhygieneplans in Rede steht, den die Behörde für Schule und Berufsbildung erstellt hat, handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift, die an die Schulen adressiert ist. Der Bürger kann aus der Verwaltungsvorschrift unmittelbar keine Rechte herleiten. Der Musterhygieneplan erhält lediglich über die Verwaltungspraxis und den Gleichheitssatz mittelbar Außenwirkung.

Der Antragsteller hat nicht glaubhaft gemacht, dass der Gestaltungsspielraum der Antragsgegnerin darauf beschränkt ist, in Schulen für Schüler und das Lehrpersonal das Tragen von Mund-Nasen-Bedeckungen auch während des Unterrichts anzuordnen, sei es durch Änderung der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, mittels Allgemeinverfügung oder durch Änderung des Musterhygieneplans.

Dabei wird nicht verkannt, dass mit Leben und körperlicher Unversehrtheit überragend wichtige Rechtsgüter in Rede stehen. Das Robert-Koch-Institut schätzt die Gefährdung durch die gegenwärtig bestehende Corona-Pandemie für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland auch aktuell noch als insgesamt hoch ein, für Risikogruppen als sehr hoch ([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/2020-08-05-de.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-08-05-de.pdf?__blob=publicationFile), S. 15, Abruf vom 6.8.2020). Das Coronavirus ist trotz der aktuell in Deutschland und in Hamburg niedrigen Infektionszahlen nicht etwa „verschwunden“, wie sowohl Ausbrüche in Deutschland an bestimmten „Hot-Spots“ als auch zuletzt zum Teil stark gestiegene Infektionszahlen in europäischen Nachbarländern zeigen. Die durch die HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO in bestimmten Alltagssituationen vorgesehene Maskenpflicht (vgl. § 8 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) erscheint vor diesem Hintergrund als ein zur Bekämpfung der Corona-Pandemie und zum gesundheitlichen Schutz der Bevölkerung verhältnismäßiger Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (vgl. nur OVG Hamburg, Beschl. v. 21.7.2020, 5 Bs 86/20, juris Rn. 38).

Die Maßnahmen zum besonderen Infektionsschutz in Schulen regelt § 23 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO. Mangels Verweises auf § 8 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO ist hiervon die Maskenpflicht nicht umfasst. Für den Betrieb von Schulen gelten aber gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO die allgemeinen Hygieneanforderungen nach § 5 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO. Jede Schule hat zudem gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO einen Hygieneplan nach dem Infektionsschutzgesetz aufzustellen, der sich im Rahmen des von der Behörde für Schule und

Berufsbildung veröffentlichten Musterhygieneplans zu halten hat. Wie sich aus einer Pressemitteilung der Behörde für Schule und Berufsbildung vom 3. August 2020 (<https://www.hamburg.de/bsb/pressemitteilungen/14165870/2020-08-03-bsb-maskenpflicht-an-weiterfuehrenden-schulen/>, Abruf vom 6.8.2020) ergibt, hat diese den bestehenden Musterhygieneplan fortgeschrieben und für den Schulbetrieb nach den Sommerferien neben weiteren Regeln zur persönlichen und allgemeinen Hygiene sowie zu den Mindestabständen auch die Pflicht eingeführt, an den Schulen Masken zu tragen. Danach werden Schülerinnen und Schüler der Grundschulen von der Maskenpflicht ausgenommen, weil in dieser Altersgruppe die Corona-Krankheit sehr selten vorkomme, einen sehr milden Verlauf nehme und zudem die Kinder mit den Masken noch nicht fachgerecht umgehen könnten. Die Maskenpflicht solle nur auf den Fluren der Schulgebäude, in den Schulpausen und auf Wegen durch das Schulgelände und in der Kantine gelten.

Aus welchem Grund daneben auch noch die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung im Unterricht unerlässlich sein soll, hat der Antragsteller nicht – weder verallgemeinerungsfähig für alle Hamburger Schulen noch basierend auf der lokalen Situation an einer bestimmten Schule – glaubhaft gemacht (vgl. zu einem ähnlichen Fall VG Wiesbaden, Beschl. v. 11.5.2020, 6 L 485/20.WI, juris). Zwar weist er zu Recht darauf hin, dass Virologen (auch des Robert-Koch-Instituts) sich für eine Maskenpflicht auch im Unterricht ausgesprochen haben ( vgl. [https://www.leopoldina.org/uploads/tx\\_leopublication/2020\\_08\\_05\\_Leopoldina\\_Stellungnahme\\_Coronavirus\\_Bildung.pdf](https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2020_08_05_Leopoldina_Stellungnahme_Coronavirus_Bildung.pdf), S. 1, 6 f.: Maskenpflicht für Schülerinnen und Schüler ab der 5. Klasse, Abruf vom 6.8.2020). Es ist aber nicht ersichtlich, dass die Einführung einer Maskenpflicht auch im Unterricht und für alle Schülerinnen und Schüler unabhängig von Klasse und Schulform zwingend ist, um der aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgenden Schutzpflicht Genüge zu tun, und dass die bisherigen Vorkehrungen zum Schutz des Grundrechts völlig ungeeignet oder völlig unzulänglich wären.

Der Normgeber überschreitet seine Einschätzungsprärogative ferner nicht, indem er zwischen Kindern verschiedener Altersstufen differenziert. Der Ansatz, Grundschul Kinder von der Maskenpflicht auszunehmen, ist mit der gegebenen Begründung sachlich nachvollziehbar. Auch verfängt der Hinweis des Antragstellers, es gebe keine hinreichenden Studien, die eine Differenzierung rechtfertigen würden – ungeachtet des Umstands, dass die Einschätzungsprärogative das Vorliegen von „hinreichenden Studien“ nicht erfordert – nicht, da es durchaus Hinweise gibt, dass speziell jüngere Kinder (unter 10 Jahren) eine geringere Rolle im Infektionsgeschehen spielen könnten (vgl. [https://www.leopoldina.org/uploads/tx\\_leopublication/2020\\_08\\_05\\_Leopoldina\\_Stellungnahme\\_Coronavirus\\_Bildung.pdf](https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2020_08_05_Leopoldina_Stellungnahme_Coronavirus_Bildung.pdf),

S. 4 f.). Die bestehende Differenzierung ist damit auch nicht gleichheitswidrig, weil die gegebene Begründung einen hinreichenden sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GG bietet.

III.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus den §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG. Die Kammer sieht aufgrund der begehrten Vorwegnahme der Hauptsache von einer Reduzierung des Betrags im Eilverfahren ab.

...

....

.....