



## **Verwaltungsgericht Hamburg**

# **Beschluss**

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 13, am 8. März 2021 durch

die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht ...,  
die Richterin am Verwaltungsgericht ...,  
die Richterin ...

### **beschlossen:**

Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, es vorläufig sanktionsfrei zu dulden, dass der Antragsteller Kinderspielplätze in Hamburg besucht, ohne dabei der Maskenpflicht nach § 8 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO in der Fassung vom 5. März 2021 nachzukommen, sofern sich auf dem jeweiligen Spielplatz ausschließlich der Antragsteller allein oder mit Personen, für die das Abstandsgebot nach § 3 Abs. 2 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO nicht gilt, befindet.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsteller zu 2/3 und die Antragsgegnerin zu 1/3.

Der Streitwert wird auf 5.000,-- € festgesetzt.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten und sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Hamburgische Oberverwaltungsgericht 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 Oberverwaltungsgericht, 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 Oberverwaltungsgericht, 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 Prozesskostenhilfungsverfahren, 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, Lübeckertor-damm 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.

Der Antrag, mit dem der Antragsteller im Wege der einstweiligen Anordnung die Verpflichtung der Antragsgegnerin begehrt, einstweilen sanktionsfrei zu dulden, dass er Kinderspielplätze in Hamburg besucht, ohne dabei der Maskenpflicht nach § 20 Abs. 6 Satz 3 i.V.m. § 8 der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung (HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) in der Fassung der 34. Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 5. März (HmbGVBl. S. 121) nachzukommen, ist zulässig (1.), hat in der Sache jedoch nur in dem tenorierten Umfang Erfolg (2.).

1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO statthaft. In den Fällen, in denen – wie vorliegend – die Möglichkeit der Normenkontrolle für untergesetzliches Landesrecht nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO nicht besteht, ist – um Rechtsschutzlücken zu schließen – ein entsprechender Eilrechtsschutz über § 123 Abs. 1 VwGO eröffnet.

Der Antragsteller ist entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO antragsbefugt, da er vorgetragen hat, mit seinem dreijährigen Sohn häufiger verschiedene Kinderspielplätze in Hamburg zu besuchen. Damit zählt er zu den Adressaten, die von der in §§ 20 Abs. 6 Satz 3, 8 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO normierten generellen Maskenpflicht auf Spielplätzen betroffen

ist. Vor diesem Hintergrund kommt eine Rechtsbeeinträchtigung im Hinblick auf das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung zum Tragen einer Maske auf Spielplätzen ist gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 56a HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bußgeldbewehrt. Mithin hat der Antragsteller auch insoweit ein berechtigtes Interesse an der begehrten Verpflichtung der Antragsgegnerin.

2. Der Antrag hat in der Sache nur insoweit Erfolg, soweit die Antragsgegnerin es vorläufig sanktionsfrei zu dulden hat, dass der Antragsteller die Maskenpflicht nicht einhält, soweit er sich auf dem jeweiligen Spielplatz in Hamburg ausschließlich allein oder mit Personen, für die das Abstandsgebot nach § 3 Abs. 2 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO nicht gilt, aufhält.

Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen eines Anordnungsgrundes, also die Eilbedürftigkeit der Sache sowie ein Anordnungsanspruch. Beide Voraussetzungen sind gemäß § 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 dem Antragsteller begehrte Feststellung stellt sich angesichts der befristeten Geltung des angegriffenen § 20 Abs. 6 Satz 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bis zum 28. März 2021 (vgl. § 40 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) als endgültige Vorwegnahme der Hauptsache dar. In einem solchen Fall 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 m.w.N.). Derart erhöhte Maßstäbe sind hier auch deshalb anzulegen, da der Sache nach die Gültigkeit einer Rechtsnorm vorübergehend suspendiert werden soll, wofür in einem Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO auch eine besonders strenge Interessenabwägung vorzunehmen wäre.

Unter Anlegung dieses strengen Maßstabes hat der Antragsteller einen Anordnungsanspruch mit der erforderlichen weit überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Hinblick auf die auf den Spielplätzen generell angeordnete Maskenpflicht nur teilweise glaubhaft gemacht. Die Kammer hält die Regelung des § 20 Abs. 6 Satz 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO ohne die sich aus dem Tenor ergebenden Einschränkung nicht für rechtmäßig, weil sie insoweit gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt.

Die in der vorgenannten Vorschrift angeordnete Maskenpflicht auf Spielplätzen findet in §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1, 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG eine hinreichende gesetzliche Grundlage, weil die Verordnungsermächtigung mit höherrangigem Recht vereinbar ist und insbesondere die Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG und des Parlamentsvorbehalts beachtet (ständige Rechtsprechung des OVG Hamburg, zuletzt im Beschl. v. 2.2.2021, 5 Bs 217/20 juris Rn.7). Die Kammer sieht gegenwärtig keinen Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der vorgenannten Vorschriften sind aufgrund der gegenwärtig weiterhin bestehenden Corona-Pandemie erfüllt. Dies wird auch von dem Antragsteller nicht in Zweifel gezogen.

Die ausnahmslos in § 20 Abs. 6 Satz 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO angeordnete Maskenpflicht auf allen privaten und öffentlichen Spielplätzen in Hamburg steht nach Einschätzung der Kammer jedoch nur teilweise mit höherrangigem Recht in Einklang. Der Antragsteller wird dadurch in unzulässiger Weise in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG und seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt, indem er durch die vorgenannte Vorschrift auch dann zur Anlegung einer Maske verpflichtet ist, wenn er sich entweder ganz allein mit seinem Sohn oder allein mit der in § 3 Abs. 2 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO genannten begrenzten Anzahl von Personen auf einem Spielplatz befindet.

Soweit die Maskenpflicht auch dann gelten soll, wenn sich nur der Antragsteller zusammen mit seinem Sohn auf einem Spielplatz aufhält, ist die angeordnete Maskenpflicht bereits nicht geeignet, dem legitimen Zweck, nämlich der Bekämpfung der Corona-Pandemie, zu dienen. Soweit keine anderen Personen sich auf dem Spielplatz aufhalten, besteht auch keine Gefahr, dass von dem Antragsteller eine Übertragung auf andere Personen stattfinden kann. Aufgrund der Vielzahl der in Hamburg vorhandenen Spielplätze (allein 750 öffentliche Spielplätze) kann es witterungs- und tageszeitabhängig häufiger vorkommen, dass der Antragsteller – so wie er es auch vorgetragen hat – der einzige Besucher eines Spielplatzes ist. In diesen Fällen reicht es mit Blick auf den Infektionsschutz aus, wenn die

Maskenpflicht erst dann gilt, wenn noch weitere Personen den Spielplatz aufsuchen, die nicht zu dem in § 3 Abs. 2 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aufgeführten Personenkreis gehören.

Soweit die Maskenpflicht auch dann gelten soll, wenn der Antragsteller ausschließlich zusammen mit den in § 3 Abs. 2 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aufgezählten Personen sich auf einem Spielplatz aufhält, verstößt dies gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Denn für diese Personen gilt nach der vorgenannten Vorschrift weder das Abstandsgebot von 1,5 Metern noch nach § 10b Abs.1a Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO die Maskenpflicht auf öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen, in öffentlichen Grün- und Erholungsanlagen sowie an sämtlichen sonstigen öffentlichen Orten. Dies bedeutet, dass z.B. zwei Elternpaare sich mit ihren unter 14 Jahre alten Kindern im Park zum Spielen verabreden können, ohne verpflichtet zu sein, einen Abstand von 1,5 Metern zueinander einzuhalten oder eine Maske zu tragen. Die Kammer kann keinen Unterschied zu einem solchen Treffen erkennen, wenn dieses stattdessen auf einem Spielplatz stattfindet und sich dort gleichzeitig keine anderen weiteren Personen aufhalten. Der Kontakt zwischen den beiden Familien und den spielenden Kindern und das damit verbundene potentielle Infektionsrisiko ist identisch.

Sofern der Antragsteller sich aber nicht allein mit seinem Sohn und nicht allein mit den in § 3 Abs. 2 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO genannten Personen auf dem jeweiligen Spielplatz aufhält, hält die Kammer die angeordnete Maskenpflicht zur Erreichung des in § 1 HmbSARS-CoV2-EindämmungsVO benannten Ziels, das Infektionsgeschehen zu reduzieren bzw. zu kontrollieren, um eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern, für rechtmäßig, insbesondere für geeignet, erforderlich und angemessen. Insoweit hat der Verordnungsgeber seinen ihm zustehenden Beurteilungs- und Prognosespielraum nicht überschritten.

Das Corona-Virus verbreitet sich nach derzeitigen Erkenntnissen bei direkten persönlichen Kontakten im Wege einer Tröpfcheninfektion, z.B. beim Sprechen, Husten oder Niesen und über Aerosole (feinste luftgetragene Flüssigkeitspartikel und Tröpfchenkerne), die längere Zeit in der Luft schweben können. Durch das Einhalten eines Abstands von mindestens 1,5 Metern kann die Exposition gegenüber Tröpfchen sowie in gewissem Umfang auch Aerosolen verringert werden. Im Freien finden zwar so gut wie keine Infektionen durch Aerosolepartikel statt, allerdings können Tröpfcheninfektionen auftreten, insbesondere in Menschenansammlungen, wenn der Mindestabstand von 1,5 Metern nicht eingehalten und/oder keine Masken getragen werden. Davon ist bei Spielplätzen regelmäßig auszugehen.

Halten sich mehrere Personen mit ihren Kindern gleichzeitig auf den Spielplätzen auf, kann das Abstandsgebot des § 3 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO oftmals nicht eingehalten werden. Dies beruht darauf, dass insbesondere kleine Kinder die Abstandsregeln noch nicht verstehen können und auf dem Spielplatz mit fremden Kindern zusammenspielen, wobei es immer wieder zu Situationen kommen kann, bei denen die sorgeberechtigten oder zur Aufsicht berechtigten Personen sich gleichzeitig zu ihren Kindern begeben müssen, z.B. um einen Streit um ein Spielzeug oder ein zu benutzendes Spielgerät auf dem Spielplatz zu schlichten. Häufig benötigen die Kinder auch Anleitung und Hilfestellung bei der Benutzung der verschiedenen Spielgeräte, was dazu führt, dass die Begleitpersonen den Abstand von 1,5 Metern zueinander nicht einhalten. Zum anderen ergeben sich während der mitunter längeren Verweildauer auf den Spielplätzen zwischen den Eltern der Kinder oder deren Begleitpersonen persönliche Kontakte, z.B. auf den vorhandenen Sitzgelegenheiten. Nicht selten kommt es dann zu längeren intensiven Gesprächen; mitgebrachte Speisen und Getränke sowie Spielsachen werden ausgetauscht. Freundschaften werden geschlossen. Bei guten Witterungsverhältnissen und entsprechend hoher Frequentierung der Spielplätze ist die Einhaltung des Abstandsgebots dann regelmäßig nicht mehr einhaltbar. Um eine Virus-Übertragung durch Tröpfchen und Aerosole in solchen Fällen zu minimieren, ist die angeordnete Maskenpflicht nicht unverhältnismäßig.

Insbesondere kann das Infektionsrisiko auf Spielplätzen nicht alleine dadurch effektiv gesenkt werden, dass die Einhaltung des Abstandsgebots nach § 3 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO durch die Antragsgegnerin regelmäßig kontrolliert und gegebenenfalls Verstöße sanktioniert werden. Denn soweit Eltern oder sonstige aufsichtsberechtigte Personen das Abstandsgebot unterschreiten, um ihre Kinder beim Spielen zu unterstützen oder vor Verletzungen zu bewahren, dürfte dies regelmäßig zur Ausübung der Aufsichtspflicht erforderlich sein. In diesen Fällen ist die Unterschreitung des Mindestabstandes von 1,5 Metern wegen rechtlicher beziehungsweise tatsächlicher Unmöglichkeit nach § 3 Abs. 2 Satz 2 letzter Halbsatz HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO zulässig.

Als milderer Mittel musste die Antragsgegnerin die angeordnete Maskenpflicht auch nicht auf einzelne, besonders gut besuchte Spielplätze beschränken. Diese lassen sich nicht allgemein benennen. Die Attraktivität der Spielplätze hängt nämlich von vielen Faktoren, insbesondere von den Wetterverhältnissen, der Ausstattung mit verschiedenen Spielgeräten, der Sauberkeit, der Erreichbarkeit und nicht zuletzt von dem Kreis der Besucher ab. Diese Kriterien erfahren teilweise ständige Veränderung, wie z.B. die Wetterlage. Auch die Größe

der Spielplätze sagt noch nicht zwingend etwas über die Besucherzahlen aus. Ebenso wenig drängt sich eine Beschränkung der Maskenpflicht auf bestimmte Tageszeiten und/oder Wochentage als milderer Mittel auf, denn auch in den Abendstunden werden Spielplätze teilweise von Jugendlichen als Treffpunkt genutzt. Insgesamt lässt es sich kaum zuverlässig einschätzen, zu welcher Tageszeit die jeweiligen Spielplätze besonders gut besucht werden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass zahlreiche Eltern derzeit im Homeoffice arbeiten und deshalb flexibel sind, was die Zeiten angeht, in denen sie mit ihren Kindern die Spielplätze nutzen. Vormittags wird zudem vermehrt mit Kindergartengruppen zu rechnen sein.

Soweit der Antragsteller bemängelt, die Antragstellerin hätte vor Anordnung der Maskenpflicht keine Erhebung vor Ort auf den einzelnen Spielplätzen über deren Auslastung unternommen, so hält die Kammer einen solchen Verwaltungsaufwand angesichts einer Zahl von 750 öffentlichen Spielplätzen in Hamburg nicht für praktikabel, um die einzelnen Spielplätze nach ihrem Beliebtheitsgrad und der Besuchsfrequenz in Bezug auf verschiedene Tageszeiten und Wochentage einzustufen, zumal – wie oben ausgeführt – eine Momentaufnahme wenig repräsentativ sein dürfte. Die öffentlichen Spielplätze werden nicht nur an bestimmten Tagen besonders häufig besucht, sondern die Anzahl der Besucher und deren Verweildauer hängt insbesondere von der Außentemperatur und den sonstigen Witterungsverhältnissen ab. Insoweit unterscheiden sich die Spielplätze von den in § 10b Abs. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aufgezählten Straßenabschnitten und öffentlichen Plätzen, für die der Verordnungsgeber bei Anordnung der Maskenpflicht nach Tageszeiten und Wochentagen differenziert hat.

Zu Recht weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass die Anordnung der Maskenpflicht nur für ausgewählte Spielplätze dazu führen würde, dass der Besucherstrom sich auf diejenigen Spielplätze konzentrieren würde, auf denen die Maskenpflicht nicht gilt. Dies spricht ebenfalls für eine einheitliche Behandlung aller Spielplätze.

Soweit dem Antrag stattgegeben worden ist, besteht auch ein Anordnungsgrund. Die Eilbedürftigkeit ergibt sich daraus, dass das angegriffene Maskengebot auf Spielplätzen mit Ablauf des 28. März 2021 außer Kraft tritt (§ 40 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO).

**II.**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG, wobei aufgrund der mit einer stattgebenden Entscheidung verbundenen Vorwegnahme der Hauptsache von einer Halbierung des Streitwerts in Anlehnung an Ziffer 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit abgesehen wird.

...

...

...