



Verwaltungsgericht Hamburg

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

(...)

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 5, am 19. März 2021 durch

(...)

beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.

Der Streitwert wird auf 5.000 Euro 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 Oberverwaltungsgericht 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 Antragstellerin, eine 6-jährige Schülerin der 1. Jahrgangsstufe der Grundschule (...) in Hamburg, begehrt die uneingeschränkte Wiederaufnahme ihrer Beschulung im Präsenzunterricht.

II.

Das Gericht versteht den wörtlichen Antrag der Antragstellerin, festzustellen, „dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin nicht nur betreuen, sondern beschulen muss“ entsprechend der weiteren Ausführungen der Antragstellerin und vor dem Hintergrund der nach den Ferien zum 15. März 2021 erfolgten Rückkehr zum (teilweisen) Präsenzunterricht nach §§ 122 Abs. 1, 88 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) dahingehend, dass damit die uneingeschränkte Beschulung im Präsenzunterricht begehrt wird.

III.

Der so verstandene Antrag hat keinen Erfolg. Er ist zwar zulässig (dazu 1.), aber unbegründet (dazu 2.).

1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig, insbesondere nach § 123 Abs. 1 VwGO statthaft, da in der Hauptsache jedenfalls keine Anfechtungsklage einschlägig ist (§ 123 Abs. 5 VwGO). Der Anspruch auf uneingeschränkten Präsenzunterricht gegen die Antragsgegnerin dürfte vielmehr im Wege der allgemeinen Leistungsklage zu verfolgen sein.

Ein die Antragstellerin als betroffene Schülerin belastender Verwaltungsakt, der aufgehoben werden könnte, liegt nicht vor. Insbesondere hat der Muster-Corona-Hygieneplan für

alle Schulen der Freien und Hansestadt Hamburg der Behörde für Schule und Berufsbildung in seiner 10. überarbeiteten Fassung vom 15. März 2021 (abrufbar unter: [https://www.hamburg.de/contentblob/14709468/95faf2b849f7f63585b13fa44aee1f02/data/anlage-musterhygieneplan-master\).pdf](https://www.hamburg.de/contentblob/14709468/95faf2b849f7f63585b13fa44aee1f02/data/anlage-musterhygieneplan-master).pdf) – Musterhygieneplan) im Hinblick auf die Aussetzung des Präsenzunterrichts und die Ausgestaltung eines Wechselunterrichts keine Verwaltungsaktqualität. Hygienepläne werden durch den Bundesgesetzgeber gemäß §§ 36 Abs. 1 Nr. 1, 33 Nr. 3 Infektionsschutzgesetz (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 § 98c Hamburgisches Schulgesetz (HmbSG) und § 23 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg vom 30. Juni 2020 (HmbGVBl. S. 365), zuletzt geändert durch Verordnung vom 11. März 2021 (HmbGVBl. S. 137), im Folgenden EindämmungsVO, hat der Gesetz- und Ordnungsgeber die Voraussetzung dafür geschaffen, dass im Musterhygieneplan die Präsenzplicht ausgesetzt und durch alternative Unterrichtsformen ersetzt werden kann. Bei der Umsetzung in Ziff. 0.1. und 1. des Musterhygieneplans und der Ausgestaltung der Beschulung als Wechselunterricht handelt es sich um nur intern verbindliche und einheitliche Vorgaben für die Hamburger Schulen, nicht aber um eine Regelung mit Außenwirkung im Sinne des § 35 Hamburgisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HmbVwVfG) (anders bei der Maskenpflicht, die als über den verwaltungsinternen Bereich hinausgehende, belastende Maßnahme angeordnet werden kann, OVG Hamburg, Beschluss vom 5. Februar 2021, 5 Bs 217/20, n.v.).

Damit scheidet jedenfalls Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO aus, so dass im vorläufigen Rechtsschutz der gestellte Antrag nach § 123 VwGO statthaft ist (§ 123 Abs. 5 VwGO).

Die Antragsbefugnis der Antragstellerin nach § 42 Abs. 2 VwGO analog ist vorliegend zu bejahen, da nach ihrem Vorbringen im Antragschriftsatz grundsätzlich die Möglichkeit besteht, als von dem Wechselunterricht betroffene Schülerin einen (grundrechtlichen) Anspruch auf vollen Präsenzunterricht zu haben. Ob dieser Anspruch tatsächlich glaubhaft gemacht ist, ist eine Frage der Begründetheit des Antrags.

Der Antragstellerin ist auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis abzusprechen. Ein vorheriger Antrag an die Schule, sie wieder uneingeschränkt im Präsenzbetrieb zu beschulen, war

angesichts des diesem Begehren entgegenstehenden Musterhygieneplans ersichtlich entbehrlich.

2. Der Antrag bleibt in der Sache aber ohne Erfolg.

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 Zivilprozessordnung (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 Feststellung stellt sich allerdings insbesondere angesichts der im Musterhygieneplan bis zum 1. April 2021 befristeten Aussetzung des Präsenzunterrichts 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 Grundgesetz (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, Beschluss vom 6. Juli 2018, 3 Bs 97/18, juris Rn. 35 m.w.N.). Maßgeblich sind die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts.

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben hat die Antragstellerin einen Anordnungsanspruch nicht mit dem für die Vorwegnahme der Hauptsache erforderlichen hohen Maß an Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht, so dass es auf das Vorliegen eines Anordnungsgrundes nicht ankommt.

Nach der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung steht der Antragstellerin kein Anspruch auf vollen Präsenzunterricht zu, da die Einführung eines Wechselunterrichts in den Grundschulen weder in ihren einfachgesetzlichen, noch ihren grundrechtlichen Teilhabeanspruch an staatlicher Bildung eingreift (dazu unter a.), keine rechtlichen Bedenken gegen § 23 Abs. 1 Satz 3 EindämmungsVO als Anordnungsgrundlage bestehen (dazu unter b.) und die Antragstellerin

eine Verdichtung ihres Anspruchs auf fehlerfreie Ermessensausübung zu einem Rechtsanspruch auf Präsenzunterricht nicht glaubhaft gemacht hat (dazu unter c.)

a. Als einfachgesetzliche Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch auf eine Präsenzbeschulung kommen §§ 1 Satz 1, 13 Abs. 1 Satz 1, 14 Abs. 1 Satz 4, Abs. 3 HmbSG in Betracht. Nach diesen Vorschriften hat jeder Grundschüler Anspruch auf eine umfassende Bildung und Betreuung in der Zeit von 8.00 Uhr bis 16.00 Uhr an jedem Schultag, wobei die Unterrichtszeit fünf Zeitstunden an fünf Wochentagen beträgt und die Grundschule allen Schülerinnen und Schülern in einem gemeinsamen Bildungsgang grundlegende Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten vermittelt und so die Grundlage für die weitere schulische Bildung schafft.

Die Antragsgegnerin hat im Rahmen der ihr nach Art. 7 Abs. 1 GG obliegenden Planung, Organisation, Leitung und inhaltlich-didaktischen Ausgestaltung des öffentlichen Schulwesens (vgl. OVG Weimar, Beschluss vom 2. Februar 2021 – 4 EO 56/21 –, juris Rn. 13) im Regelfall die Beschulung im Präsenzunterricht vorgesehen (so auch VG Berlin, Beschluss vom 10. März 2021 – 3 L 51/21 –, juris, Rn. 17; offen gelassen in VGH München, Beschluss vom 3. Juli 2020, 20 NE 20.1443, juris Rn. 26 ff). Dieses nicht ausdrücklich normierte Leitbild wird vom Schulgesetz vorausgesetzt (vgl. etwa § 13 Abs. 1 Satz 2 HmbSG: „Besuch“ einer Schule; § 28 Abs. 2 HmbSG: Pflicht zur regelmäßigen Teilnahme am Unterricht und an den sonstigen pflichtmäßigen Schulveranstaltungen). Es ergibt sich im Umkehrschluss auch daraus, dass der Gesetz- bzw. Ordnungsgeber Abweichungen von der Präsenzpflicht ausdrücklich in § 98c HmbSG und in § 23 Abs. 1 Satz 3 EindämmungsVO geregelt hat.

Der Bildungsanspruch der Antragstellerin ist allerdings auf die Teilhabe an dem vorhandenen Schulwesen beschränkt, das nach Maßgabe des Schulgesetzes einzurichten und zu unterhalten ist (§ 1 Satz 3 und 4 HmbSG). Es besteht nach dem Schulgesetz deshalb kein individueller Anspruch auf optimale Beschulung oder ungestörtes Lernen (vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 8. August 2011, 1 Bs 137/11, juris Rn. 8). Der Teilhabeanspruch der Antragstellerin ist durch die Ermöglichung eines Wechselunterrichts, der im neu eingeführten § 98c HmbSG als Unterrichtsform beschrieben wird, in zulässiger Weise abweichend vom oben beschriebenen Leitbild ausgestaltet worden. Durch die Einführung dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass auch die Form des Fern-, Wechsel- und Hybridunterrichts eine Form des Schulbesuchs ist, durch die die Schulpflicht erfüllt wird (vgl. § 98c Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 28 Abs. 2 HmbSG).

Dem steht auch nicht der Teilhabeanspruch am Bildungssystem aus Art. 2 Abs. 1 GG entgegen, da aus diesem jedenfalls im Rahmen der summarischen Prüfung des einstweiligen Rechtsschutzes kein Anspruch auf Präsenzunterricht folgt, sondern lediglich ein Anspruch der Antragstellerin auf Teilhabe an den vorhandenen öffentlichen Bildungseinrichtungen und -angeboten bzw. auf Zugang zu diesen unter zumutbaren Bedingungen und unter dem Vorbehalt des Möglichen. Ein Anspruch auf Leistung im Sinne eines Verschaffungsanspruchs dürfte nur entstehen, wenn der Staat insoweit seine Pflichten evident verletzt, mithin den Mindeststandard staatlicher Bildungsgewährleistung unterschreitet (OVG Münster, Beschluss vom 12. Juni 2020, 13 B 779/20.NE, juris Rn. 55 f., m.w. N; VGH München, Beschluss vom 3. Juli 2020, 20 NE 20.1443, juris Rn. 29 ff. mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

b. Bei summarischer Prüfung bestehen gegen die Möglichkeit einer vorläufigen und befristeten Anordnung des Wechselunterrichts nach § 23 Abs. 1 Satz 3 EindämmungsVO keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Denn die Regelung beruht auf einer ausreichenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage (hierzu (1)), deren tatbestandliche Voraussetzungen aller Voraussicht nach erfüllt sind (hierzu (2)). Schließlich lässt sich die Anordnung eines Wechselunterrichts auch auf § 23 Abs. 1 Satz 3 EindämmungsVO stützen (hierzu (3)).

Die zeitlich bis zum 1. April 2021 befristete Anordnung der Unterrichtung der Jahrgangsstufen der Grundschule im Wechselunterricht findet ihre Rechtsgrundlage in § 23 Abs. 1 Satz 3 EindämmungsVO und Ziff. 0.1. und 1. des Musterhygieneplans.

Nach § 23 Abs. 1 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. Dabei kann die Präsenzpflicht vorübergehend aufgehoben und durch andere schulische Angebote ersetzt sowie eine Maskenpflicht oder die Pflicht zum Tragen einer medizinischen Maske angeordnet werden.“

Die Antragsgegnerin hat das ihr durch § 23 Abs. 1 EindämmungsVO eingeräumte Ermessen im Musterhygieneplan ausgeübt. Zur vorübergehenden Einschränkung des Schulbetriebs heißt es dort in Ziff 0.1.:

„Die Aufhebung der Präsenzpflicht wird für alle Schülerinnen und Schüler der allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen sowie der Schulen der Erwachsenenbildung zunächst bis zum 01.04.2021 verlängert.“

Und in Ziff. 1.:

„Auf Grundlage der Beschlüsse der Ministerpräsidenten mit der Bundeskanzlerin und unter Berücksichtigung der aktuellen Infektionslage Hamburg werden ab dem 15. März 2021 zunächst die Schülerinnen und Schüler der Klassenstufen 1 bis 4 und der Abschlussklassen 9, 10 und 13 an den Stadtteilschulen sowie die Klassen 6, 10 und 12 an den Gymnasien in halbierten Klassen im Hybridunterricht in der Schule lernen. Der Wechselunterricht wird so organisiert, dass die Hälfte der Unterrichtsstunden in der Schule erteilt wird und durch Wahrung des Abstandsgebotes in den Unterrichtsräumen und in der Schule die Infektionsgefahr gesenkt wird.

An den Tagen ohne Präsenzunterricht können Kinder, die zu Hause nicht lernen können, weiterhin im Ausnahmefall die schulische Betreuung in Anspruch nehmen. Es gelten die allgemeinen Hygieneregeln dieses Muster-Corona-Hygieneplans.“

Konkretisiert wird die Ausgestaltung des Wechselunterrichts durch das Konzept der Grundschule der Antragstellerin, wonach die Klassen in zwei Lerngruppen eingeteilt werden und diese im Wechsel 2 bzw. 3 Tage die Woche im Präsenzunterricht beschult werden. Die restliche Zeit findet Distanzunterricht statt. Für Kinder, deren Eltern die Betreuung zu Hause nicht gewährleisten können, wird im Rahmen der Kapazitäten eine Notbetreuung in der Schule (im Zeitraum von 8-13 Uhr unter Betreuung durch eine pädagogische Fachkraft) eingerichtet.

(1) Die angegriffene Verordnung beruht auf einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage.

Die Kammer geht nach der hier nur möglichen summarischen Prüfung davon aus, dass die in § 23 Abs. 1 Satz 3 EindämmungsVO geregelte Möglichkeit, den Präsenzunterricht aufzuheben und durch andere schulische Angebote zu ersetzen mit § 32 Satz 1 und 2 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 16, 33 Nr. 3 IfSG auf einer hinreichenden gesetzlichen – insbesondere das Bestimmtheits- und Wesentlichkeitserfordernis wahren – Ermächtigungsgrundlage beruht. Insoweit wird auf den Beschluss des Hamburgischen Obergerichtes vom 18. November 2020 (5 Bs 209/20, juris Rn. 13 ff.) verwiesen. Dort wird überzeugend ausgeführt, weshalb bereits die frühere Verordnungsermächtigung nach § 32 Satz 1 und 2 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG a.F. nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen dürfte und auch das Ausmaß der Verordnungsermächtigung durch die Beschränkung auf „notwendige Schutzmaßnahmen“ noch hinreichend bestimmt ist. Mittlerweile wurden die notwendigen Schutzmaßnahmen und deren Voraussetzungen aufgrund des mit Artikel 1 des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020 (BGBl. I S. 2397) eingefügten § 28a IfSG

durch eine nicht abschließende Aufzählung der in Betracht kommenden Schutzmaßnahmen (Abs. 1) sowie mehrere zusätzliche formelle und materielle Anforderungen an deren Erlass (Abs. 2 bis 7) weiter konkretisiert. Im Hinblick darauf begegnet das Ausmaß der Ermächtigung jetzt erst recht keinen schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Zweifeln (so auch OVG Hamburg, Beschluss vom 2. Februar 2021, 5 Bs 217/20, n.v. S. 3 f.). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Befugnisse des Ordnungsgebers nach § 32 IfSG, Untersagungs- und Beschränkungsmaßnahmen für ganze Bereiche des gesellschaftlichen Lebens sowie allgemeine Verhaltenspflichten für jedermann zur Bekämpfung von COVID-19 zu erlassen, zwar teilweise tief in Grundrechte der Betroffenen eingreifen. Sie sind aber allein auf das Ereignis der Corona-Pandemie zugeschnitten und bestehen jedenfalls flächendeckend nur, solange der Deutsche Bundestag eine epidemische Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG festgestellt hat (zum Vorstehenden VG Hamburg, Beschluss vom 9. Februar 2021, 15 E 355/21, n.v., S. 7 f. m.w.N.).

(2) Die Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 3 EindämmungsVO ist materiell-rechtlich von dieser Verordnungsermächtigung gedeckt.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 32 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 1 und § 28a Abs. 1 IfSG sind aufgrund der gegenwärtig weiterhin bestehenden Corona-Pandemie erfüllt.

Die Vornahme „notwendiger Schutzmaßnahmen“ ist nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG davon abhängig, dass Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war. Dass dies derzeit der Fall ist, bedarf aus Sicht der Kammer angesichts der auch nach Ergreifung einschneidender Maßnahmen immer noch bestehenden COVID-19-Pandemie mit einer Vielzahl von zuletzt steigenden Neuinfektionen allein in Hamburg, täglich häufig mehreren hundert Todesfällen im Bundesgebiet und ausweislich der hierzu veröffentlichten Lageberichte des gemäß § 4 IfSG dazu berufenen Robert-Koch-Instituts keiner näheren Begründung. Zudem besteht die epidemische Lage von nationaler Tragweite derzeit unstreitig noch fort (s.o.).

Die formellen Voraussetzungen für den Erlass einer Verordnung nach § 28a Abs. 5 IfSG sind eingehalten. Mit Verordnung vom 5. März 2021 hat der Ordnungsgeber von der Verlängerungsmöglichkeit des § 28a Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 IfSG Gebrauch gemacht. Die EindämmungsVO ist entsprechend § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG mit einer allgemeinen Begründung versehen. Die Verordnung ist zudem befristet und tritt mit Ablauf des 28. März 2021 außer Kraft (§ 40 Abs. 2 EindämmungsVO).

Die in § 23 Abs. 1 Satz 3 EindämmungsVO geregelte Möglichkeit, die Präsenzpflicht auszusetzen und durch andere Unterrichtsformen zu ersetzen lässt sich als milderes Mittel auf § 28a Abs. 1 Nr. 16 iVm § 33 Nr. 3 IfSG stützen, der als notwendige Schutzmaßnahme gar die Schließung von Schulen vorsieht.

(3) Die Anordnung eines Wechselunterrichts wie von der Antragsgegnerin vorgesehen stellt ein schulisches Angebot im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 3 EindämmungsVO dar, das unter der teilweisen Aussetzung der Präsenzpflicht eingeführt wurde (vgl. auch § 98c Abs. 1 HmbSG).

c. Dies bedeutet, dass die Antragstellerin lediglich einen Anspruch darauf hat, dass nach § 23 Abs. 1 Satz 3 EindämmungsVO ermessensfehlerfrei über die Durchführung von Präsenzunterricht bzw. Wechselunterricht entschieden wird und ein Anordnungsanspruch im Sinne von § 123 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO nur besteht, wenn das der Antragsgegnerin zustehende Ermessen zugunsten der Antragstellerin auf Null reduziert ist. Eine solche Verdichtung des Anspruchs auf fehlerfreie Ermessensausübung zu einem Rechtsanspruch ergäbe sich nur, wenn mit den Wertungen des Teilhabeanspruchs aus Art. 2 Abs. 1 GG keine andere Entscheidung als die Präsenzbeschulung vereinbar wäre. Dies ist im vorliegenden Fall zu verneinen.

Die Antragstellerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass es aus Gründen des Infektionsschutzes nicht erforderlich sei, anstatt des Präsenzunterrichts einen Wechselunterricht durchzuführen. Der Wechselunterricht ist vielmehr unter Verweis auf das Pandemiegeschehen, das sich derzeit auf der höchsten vom Gesetzgeber gegenwärtig definierten Stufe befindet (vgl. § 28a Abs. 3 Satz 5 IfSG) und der grundsätzlich räumlich beengten Situationen in Schulen, in denen sich im Regelbetrieb oft 20 oder mehr Personen in einem Raum aufhalten sowie der auch von Kindern ausgehenden Infektionsgefahr erforderlich.

Das Verwaltungsgericht Berlin hat zur vergleichbaren dortigen Regelung mit Beschluss vom 10. März 2021 (3 L 51/21, juris Rn. 34 ff.) folgende Ausführungen zur Erforderlichkeit einer Wechselbeschulung gemacht, denen sich die Kammer – auch im Hinblick auf die Aussagen zu den im vorliegenden Verfahren gleichfalls eingereichten Anlagen – aus eigener Überzeugung anschließt, zumal die Infektionszahlen in Hamburg (inzwischen) noch deutlich höher liegen als in Berlin (mit einer 7-Tage Inzidenz von 105,4 am 18. März 2021, <https://www.hamburg.de/corona-zahlen/>):

„Die grundsätzliche Untersagung des Regelunterrichts im Präsenzbetrieb dient dem in § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG genannten legitimen Zweck, durch eine weitgehende Eindämmung der Virusausbreitung eine Verlangsamung des Infektionsgeschehens

zu erreichen und damit die Belastung für das Gesundheitswesen insgesamt zu reduzieren. Belastungsspitzen sollen vermieden und die bestmögliche medizinische Versorgung für die gesamte Bevölkerung sichergestellt werden.

Die Maßnahme ist offensichtlich geeignet, diesen Zweck zu erreichen, denn die damit verbundenen Kontakte potenziell infektiöser Personen auf engem Raum (vgl. BT-Drs. 19/23944, S. 32) werden verringert.

Die Maßnahme ist auch erforderlich. Die Antragstellerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass entgegen des fachlichen Einschätzungsspielraums des Antragsgegners derzeit mildere Mittel zur Verlangsamung des Infektionsgeschehens als eine Beschulung im „Wechselmodell“ gegeben oder erreichbar sind. Dabei hat der Staat in Bezug auf die gegenwärtige Pandemie alle Handlungsalternativen auszuschöpfen, um die mit den Maßnahmen verbundenen Eingriffe möglichst gering zu halten. Indes muss der Antragsgegner im Rahmen seiner konkreten Rechtsgüterabwägung nach §§ 28 ff. IfSG bei der Beurteilung der notwendigen Schutzmaßnahmen die gegenwärtige Situation als „Ist-Zustand“ zugrunde legen, und zwar auch dann, wenn dieser Zustand durch etwaige Versäumnisse der Vergangenheit, etwa bei der Impfstoffbeschaffung, der Organisation von Impfterminen oder der sachlich-räumlichen sowie personellen Ausstattung der Schulen, geprägt sein sollte. Danach ist insbesondere zu berücksichtigen, dass bisher weder der überwiegende Teil der Lehrkräfte noch der Schülerschaft geimpft ist, so dass der Antragsgegner nachvollziehbar davon ausgeht, besondere Vorkehrungen treffen zu müssen, um die Wahrscheinlichkeit der Verbreitung mit dem hoch ansteckenden Virus (zumal in seinen neuen Varianten wie B.1.1.7) in den Schulen zu senken. Die derzeitige Teilung von Klassen im Wechselmodell entspricht den Empfehlungen des RKI, denen aufgrund seiner Rolle als der nationalen Behörde zur Vorbeugung übertragbarer Krankheiten sowie zur frühzeitigen Erkennung und Verhinderung der Weiterverbreitung von Infektionen (§ 4 Abs. 1 IfSG) eine besondere Bedeutung – wenngleich keine rechtliche Bindungswirkung – zukommt (vgl. BeckOK InfSchR/Winkelmüller, 1. Ed. 1. Juli 2020, IfSG § 4 Rn. 3; VG Berlin, Beschluss vom 6. November 2020 – VG 3 L 623/20 –, juris Rn. 35). Nach diesen Empfehlungen (vgl. „Präventionsmaßnahmen in Schulen während der COVID-19-Pandemie“ vom 12. Oktober 2020, S. 10) wird ab einem Schwellenwert von über 50 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner und Woche die „Verkleinerung der Klassen (durch Teilung oder Wechselunterricht), so dass Mindestabstand von 1,5 m eingehalten werden kann“ ebenso empfohlen wie „die Notwendigkeit für kurzzeitige, lokale Schulschließung mit Distanzunterricht [zu] prüfen“.

Die von der Antragstellerin zitierten öffentlichen Äußerungen des Präsidenten des RKI rechtfertigen keine andere Bewertung. Im Gesamtkontext seiner Äußerungen zeigt sich ein anderes Bild als es die anwaltlich vertretene Antragstellerin in ihrer Antragschrift zeichnen will. So äußerte sich der Präsident des RKI in dem von ihm zitierten Bericht vom 19. November 2020 wie folgt:

„Trotz der anhaltend hohen Zahl an Ansteckungen riet Wieler davon ab, die Maßnahmen durch die Schließung von Schulen und Kitas noch auszuweiten. Das Infektionsgeschehen an den Schulen lasse sich kontrollieren. Die Inzidenzen bei Kindern unter zwölf Jahren seien niedriger als in anderen Altersgruppen. Kinder liefen dem Infektionsgeschehen eher hinterher. Allerdings sollten die ‚schlauhen Konzepte‘, die Schulen und Kitas zum Schutz entwickelt hätten, auch umgesetzt werden“ (www.tagesschau.de/inland/rki-neuinfektionen-127.html, Hervorhebung nur hier).

Der RKI-Präsident nahm in dem hier hervorgehobenen (von der Antragstellerin indes nicht zitierten) Satz insbesondere auf die Schutzkonzepte Bezug, die sein Haus empfiehlt. Dass diese gemeint waren, ergibt sich auch im Kontext seiner weiteren öffentlichen Verlautbarungen. So heißt es etwa in einem Bericht der Tagesschau vom 23. Oktober 2020 (www.tagesschau.de/investigativ/kmk-schule-wieler-101.html):

„RKI-Chef Lothar Wieler betonte am Donnerstag die Bedeutung der Empfehlungen des Instituts für die Schulen. Diese würden nach bestem Wissen und Gewissen erstellt, sagte Wieler auf die Frage von tagesschau.de. Er bedauere, dass kein Bundesland die Empfehlungen vollständig umsetze. (...) RKI-Chef Wieler sagte, man habe bereits mehrere hundert Ausbrüche in Schulen gesehen. Zwar seien die Schulen bislang kein ‚Treiber‘ der Corona-Pandemie, so wie sie es beispielsweise bei Influenza-Wellen eindeutig der Fall sei. Aber es sei klar, so Wieler, dass bei mehr Infektionen insgesamt auch mehr Fälle in den Schulen auftreten würden. Daher sei es aus Sicht des RKI sehr wichtig, die Empfehlungen einzuhalten.““

Die Antragstellerin hat nicht hinreichend glaubhaft gemacht, dass das Ansteckungsrisiko von Kindern so gering ist, dass die Beschulung im empfohlenen Wechselmodell zur Sicherstellung des Gesundheitsschutzes nicht erforderlich sein könnte. Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus der vorgelegten Stellungnahme einer Arbeitsgruppe um den Virologen Klaus Stöhr. Hierzu sei noch einmal auf die Entscheidung des VG Berlin Bezug genommen, in der diese Stellungnahme offensichtlich ebenfalls vorgelegt wurde (a.a.O.):

„Vielmehr äußert diese Arbeitsgruppe am 6. Februar 2021 – also während des vollständig untersagten Präsenzunterrichts – es bestehe „kein Grund, die SARS-CoV-2 Bekämpfungsstrategie oder spezielle Schutzkonzepte wegen der anteilmäßigen Zunahme der B.1.1.7 Variante oder anderer Varianten jetzt zu verändern“. Inwiefern die Antragstellerin daraus die Forderung zur Rückkehr zum Regelunterricht herleiten will, ist nicht nachvollziehbar.“

Auch nicht die von der Antragstellerin selbst zitierte Stellungnahme deutet demnach darauf hin, dass es eine überwiegende oder gar allein richtige wissenschaftliche Meinung gebe, die den vom RKI und der Antragsgegnerin zugrunde gelegten Erkenntnissen zwingend entgegenstehe.

Die Antragstellerin hat auch nicht glaubhaft machen können, dass die Antragsgegnerin ihrem Bildungsauftrag im Rahmen der Schutzmaßnahmen rechtsfehlerhaft nicht nachkommen kann. Die Beschulung im Wechselmodell gewährleistet der Antragstellerin einen Regelpräsenzunterricht an durchschnittlich der Hälfte der Schultage in der Woche, sowie eine Beschulung im Distanzunterricht bzw. in der im Rahmen der Kapazitäten eingerichteten Notbetreuung, wobei für die Frage einer Ermessensreduzierung auf Null dahinstehen kann, ob die Antragstellerin an den übrigen Tagen zu Hause oder in der Notbetreuung beschult wird. Denn für beide Szenarien ist nicht ersichtlich, dass sie den Teilhabeanspruch der Antragstellerin verletzen, auch wenn es sich beim Distanz- bzw. Selbstlernen um ein gegenüber einer Präsenzbeschulung differentes Bildungsangebot handelt, welches mindestens gegenwärtig, wenn nicht grundsätzlich hinter den pädagogischen und sozialen Möglichkeiten einer Präsenzbeschulung zurückbleibt. Die Unterrichtsorganisation nähert sich mit dem Präsenzunterricht im Wechselbetrieb wieder dem gesetzlich vorgegebenen Leitbild an, so dass die Eingriffsintensität gegenüber der Zeit des ausschließlichen Distanzunterrichts verringert ist. Die Antragstellerin legt auch keine konkrete Betroffenheit durch die Maßnahmen dar, die über eine von den Eltern der Antragstellerin wahrgenommene Unterforderung und Antriebsschwäche bei der Antragstellerin hinausgeht. Sie hat mit ihrem weiteren Vorbringen daher nicht glaubhaft gemacht, dass die Beschränkungen des Schulbetriebes durch das Wechselmodell so gravierend sind, dass die Belange des Gesundheitsschutzes gegenüber ihrem Interesse an einer Regelbeschulung im Präsenzunterricht zwingend zurücktreten müssten.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

IV.

Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus §§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 1 Gerichtskostengesetz (GKG). In Anlehnung an Nr. 38.1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird der Streitwert in der Hauptsache mit dem Auffangwert bemessen. Aufgrund der begehrten Vorwegnahme der Hauptsache wurde von einer Reduzierung des Betrags im Eilverfahren in Anlehnung an Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs abgesehen.

(...)