



Verwaltungsgericht Hamburg

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigte(r):

g e g e n

die Freie und Hansestadt Hamburg,
vertreten durch die Behörde für Schule und Berufsbildung
Amt für Verwaltung
Rechtsabteilung,
Hamburger Straße 31, 22083 Hamburg,

- Antragsgegnerin -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 5, am 27. April 2022 durch

beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung der Widersprüche der Antragsteller vom 14. April 2022 gegen Ziff. 1.2 und Ziff. 3 des von der Behörde für Schule und Berufsbildung der Antragsgegnerin erlassenen Muster-Corona-Hygieneplans für alle Schulen in der Freien und Hansestadt Hamburg, 28. überarbeitete Fassung, gültig ab 4. April 2022, wird wiederhergestellt.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin.

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 Obergericht zu. Sie ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses 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, 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, einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern ist oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

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

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

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

Hinsichtlich der Festsetzung des Streitwertes steht den Beteiligten die Beschwerde an das Hamburgische Obergericht zu. Die Streitwertbeschwerde ist beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

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

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

Gründe

I.

Die Antragsteller wenden sich im Wege vorläufigen Rechtsschutzes gegen die ihnen durch Verwaltungsakt der Antragsgegnerin auferlegte Masken- und Testpflicht an Schulen.

Die Behörde für Schule und Berufsbildung der Antragsgegnerin erließ einen Muster-Corona-Hygieneplan für alle Schulen in der Freien und Hansestadt Hamburg, 28. überarbeitete Fassung, gültig ab 4. April 2022 ([https://www.hamburg.de/contentblob/14709468/0a978cbc44a57cc5fcce7cbf05133e51/data/anlage-musterhygieneplan-master\).pdf](https://www.hamburg.de/contentblob/14709468/0a978cbc44a57cc5fcce7cbf05133e51/data/anlage-musterhygieneplan-master).pdf), zuletzt abgerufen am 26.4.2022). In diesem ist ausgeführt:

„0. Anordnung der sofortigen Vollziehung aller Regelungen

Die sofortige Vollziehung der im Muster-Corona-Hygieneplan enthaltenen Regelungen und Pflichten wird hiermit angeordnet.

Die im Muster-Corona-Hygieneplan enthaltenen Regelungen und Pflichten dienen dem Schutz individueller Rechtsgüter von höchstem Rang, insbesondere von Leben und Gesundheit aller schulischen Beteiligten. Weiterhin sind sie unerlässlich, um den Schulbetrieb zu gewährleisten, und dienen damit der Aufrechterhaltung einer staatlichen Aufgabe von überragender Bedeutung für das Gemeinwesen. Gegenläufige Interessen einzelner Betroffener müssen angesichts der nach wie vor hohen Gefahren für Leib und Leben sowie angesichts des Interesses an der Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Schulbetriebs zurückstehen.

1. Durchführung des Schulbetriebs im Schuljahr 2021/22

Die Monate des ausgesetzten Regelschulbetriebes waren für die Familien sowie die Kinder und Jugendlichen mit großen Belastungen verbunden. [...] Im August 2021 sind die Schulen aller Schulformen daher über alle Jahrgänge im vollen Präsenzunterricht nach Stundentafel gestartet. Begleitet wurde der Präsenzunterricht durch umfangreiche Infektionsschutzmaßnahmen. Im Frühjahr 2022 kann festgestellt werden, dass die Infektionen aufgrund der neuen Omikron-Variante in Deutschland wie in allen europäischen Ländern wesentlich milder verlaufen als zu Beginn der Pandemie. Vor diesem Hintergrund ist es angemessen, die Gemeinschaftseinrichtung Schule weiterhin zu schützen und gleichzeitig die Hygienemaßnahmen an die Regelungen für den allgemeinen Bereich anzupassen. [...]

1.1. Verpflichtende Schnelltests für Laien bei allen an der Schule tätigen Personen

Andere Personen als Schülerinnen und Schüler dürfen das Schulgelände nur betreten bzw. dort verbleiben, wenn sie einen negativen Coronavirus-Testnachweis, einen Coronavirus-Impfnachweis oder einen Genesenen-Nachweis vorlegen. [...]

1.2. Verpflichtende Schnelltest für Laien bei Schülerinnen und Schülern

Schülerinnen und Schüler, die Präsenzangebote an der Schule wahrnehmen, dies schließt die von der Schule für verpflichtend erklärte Anwesenheit wie der bei Klausuren ein, werden nur zugelassen, wenn sie

- zuvor unter Aufsicht der Schule einen Selbsttest mit negativem Ergebnis selbst durchgeführt haben,
- einen Antigen-Schnelltest bei einem zugelassenen Testzentrum durchführen und ein negatives Ergebnis bestätigt bekommen haben, das nicht älter als 24 Stunden ist oder
- einen PCR Test vorlegen, der entspricht und nicht älter ist als 48 Stunden.

Dies gilt auch für Schülerinnen und Schüler der Vorschulklassen. Verweigern Schülerinnen und Schüler eine Selbsttestung, werden sie zu schulischen Präsenzangeboten nicht zugelassen und müssen das Schulgelände verlassen. Die Testpflicht umfasst mindestens zwei verpflichtende Tests in jeder Kalenderwoche. Die Erhöhung der Testfrequenz kann durch das zuständige Gesundheitsamt im Einzelfall oder durch die Behörde für Schule und Berufsbildung nach allgemeiner Infektionsentwicklung angeordnet werden. Zu verwenden sind stets die von der FHH zur Verfügung gestellten Schnelltests, sofern nicht die Alternative in einem zugelassenen Testzentrum wahrgenommen wird. Der Test sollte jeweils zu Beginn des Schultages durchgeführt werden. Der Montag ist als Testtag festgelegt, ansonsten ist eine gleichmäßige Verteilung auf die weiteren Wochentage vorzusehen. Dies gilt bis auf Weiteres auch für geimpfte und genesene Personen im Sinne der COVID-19 Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung, siehe auch Kap. 1.3. Bei einem positiven Schnelltestergebnis gelten die Meldeverpflichtungen aus Kap. 15. Darüber hinaus ist keine personenbezogene Dokumentation der durchgeführten und negativ ausgefallenen Schnelltests durch die Schulen notwendig. Zu Monitoringzwecken ist allein der zahlenmäßige Verbrauch der Schnelltests zu erfassen und der BSB auf Abfrage zu melden, siehe auch Kap. 14.“

Zuständig: Schulleitung

1.3. Ausnahmen von der Testpflicht

Für Schülerinnen und Schüler gilt die Testpflicht uneingeschränkt. Dies gilt auch, wenn sie geimpft oder genesen sind. Ausgenommen davon sind frisch genesene Schülerinnen und Schüler, die nach zehn Tagen Isolation bzw. nach sieben Tagen verkürzter Isolation und 48 Stunden Symptombefreiheit und Freitesting mit einem Antigen-Schnelltest in einem zugelassenen Testzentrum wieder zur Schule kommen. Diese Schülerinnen und Schüler können durch die Schulleitung für sieben Tage nach Rückkehr in die Schule von der Testpflicht ausgenommen werden. Schulleitungen können von der Einhaltung der Testpflicht bei Schülerinnen und Schülern dann Abstand nehmen, wenn sie eine besondere persönliche Härte bedeutet. Eine solche Härte liegt vor, wenn die geforderte Handlung, wie die Durchführung eines Selbsttests, für den Schüler oder die Schülerin beispielsweise aufgrund eines sonderpädagogischen Förderbedarfs mit besonderen Beeinträchtigungen verbunden ist.

Für andere Personen gilt:

Vollständig Geimpfte oder Genesene sind nach Beschlusslage auf Bundesebene getesteten Personen gleichgestellt. Auch die Pflicht, sich zweimal in der Woche für den Präsenzunterricht testen zu lassen, gilt für diese Gruppe nicht mehr. Als geimpft

oder genesen anerkannt wird nur, wer einen entsprechenden gültigen Nachweis vorlegt.

Zuständig: Schulleitung [...]

3. Das Tragen von medizinischen Masken

Durch das Tragen von medizinischen Masken werden Tröpfchen, die z.B. beim Sprechen, Husten oder Niesen ausgestoßen werden, abgefangen. Als Standard gilt dabei die sog. OP-Maske, das Tragen von CPA, KN 95, FFP 2 ist freiwillig (außer bei Lehrkräften während der Testungen, siehe oben 2.2.). Das Risiko, eine andere Person durch Husten, Niesen oder Sprechen anzustecken, wird so deutlich verringert (Fremdschutz).

Alle Personen müssen an den Schulen bis auf Weiteres eine medizinische Maske tragen („Maskenpflicht“). Von dieser grundsätzlichen Regelung gibt es folgende Ausnahmen:

1. Schülerinnen und Schüler dürfen die Maske abnehmen,
 - a) sobald sie einen festen Platz eingenommen haben und solange sie diesen nicht verlassen,
 - b) solange sie sich im Freien aufhalten,
 - c) in allen Prüfungen, Präsentationen und Klausuren,
 - d) im Theater- und Musikunterricht,
 - e) im Sportunterricht
2. Ausgenommen von der Maskenpflicht ist das schulische Personal,
 - a) sobald sie einen festen Platz eingenommen haben und solange sie diesen nicht verlassen bzw. im Unterricht einen Abstand von 1,5 Metern zu anderen Personen einhalten,
 - b) solange sie in einem Büro an einem festen Arbeitsplatz arbeiten. Das gilt beispielsweise für das Schulsekretariat oder das Lehrerzimmer, aber auch für Elterngespräche, Elternabende und Schulkonferenzen. Für Personen, die sich alleine in einem Raum aufhalten, besteht keine Maskenpflicht.
3. Andere Personen dürfen die Maske abnehmen, sobald und solange sie einen festen Platz eingenommen haben. Hierzu gehört auch das Arbeiten an einem eng umgrenzten Ort (z.B. für Handwerker).
4. Eine völlige Befreiung einzelner Schülerinnen und Schüler oder Beschäftigter von der Maskenpflicht kann die Schulleitung nur auf der Grundlage eines aktuellen qualifizierten ärztlichen Attestes erteilen. Dabei genügt es nicht, wenn eine Ärztin oder einen Arzt attestiert, die oder der Betroffene sei ‚aus gesundheitlichen Gründen‘ nicht in der Lage, eine Maske zu tragen. Vielmehr muss sich aus dem Attest nachvollziehbar ergeben, welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen aufgrund der Verpflichtung zum Tragen einer medizinischen Maske in der Schule zu erwarten sind. Das Attest muss die diagnostizierte Erkrankung, aufgrund derer mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen beim Tragen der Maske zu rechnen ist,

klar ausweisen. Ein qualifiziertes Attest muss darüber hinaus zweifelsfrei erkennen lassen, dass

- ein[e] zugelassene Ärztin bzw. ein zugelassener Arzt
- im Rahmen einer persönlichen Untersuchung der Patientin/des Patienten
- ein ordnungsgemäßes Attest (Name Patient, Stempel Praxis, Datum etc.)

erstellt hat. Entspricht ein Attest den o.g. Vorgaben, so ist es zu akzeptieren und durch die Schulleitung mit der oder dem Betroffenen abzustimmen, wie eine Teilnahme am Unterricht bzw. ein Einsatz an Schule erfolgen kann, ohne dass von ihr bzw. ihm eine Ansteckungsgefahr ausgeht. Die Befreiung wird grundsätzlich nur ausdrücklich befristet für das laufende Schulhalbjahr ausgesprochen. Eine kürzere Befreiung ist angezeigt, wenn sich dies unmittelbar aus dem Attest ergibt. Wird eine Erkrankung attestiert, die offensichtlich keiner Besserung zugänglich ist, genügt im folgenden Halbjahr die Vorlage des alten Attests. Die Schule weist alle Beteiligten, insbesondere die Sorgeberechtigten sowie die Schülerinnen und Schüler, auf die Maskenpflicht hin und erklärt die Regeln für das Tragen auf dem Schulgelände. Wichtig sind entsprechende Hinweistafeln oder -plakate an den Schuleingängen. Die Schule achtet darauf, dass die Schülerinnen und Schüler, die schulischen Beschäftigten sowie alle weiteren Personen die Regeln an den Schulen einhalten. Werden die Regeln nicht eingehalten, ergreift die Schule zur Durchsetzung der Regeln die entsprechenden Maßnahmen wie bei anderen Disziplinverstößen auch. Schulexterne sowie Eltern tragen während der Schulzeit im Schulgebäude grundsätzlich eine medizinische Maske (zum Zugang schulfremder Personen siehe auch Kap. 12).

Zuständig: Schulleitung/jede Einzelperson“

Die Antragsteller haben beim Verwaltungsgericht Hamburg am 13. April 2022 dagegen um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht. Sie tragen insbesondere vor:

Beide Antragsteller litten erheblich unter der Masken- sowie der Testpflicht. Die 2008 geborene Antragstellerin zu 1 besuche die Jahrgangsstufe 7 eines Gymnasiums der Antragsgegnerin. Sie sei in der Vergangenheit durch den Einsatz von Tests der damals von der Antragsgegnerin im öffentlichen Dienst verwendeten Marke zweimal „Opfer“ falsch-positiver Testergebnisse geworden. Die meisten Lehrerinnen und Lehrer legten den Musterhygieneplan so aus, dass die Maske weiterhin die Regel und nicht die Ausnahme sei. Sie habe sich im Dezember 2021 und Januar 2022 impfen lassen. Der 2014 geborene Antragsteller zu 2 besuche eine Grundschule der Antragsgegnerin. Er habe im Dezember 2021 zugestimmt, sich impfen zu lassen. Die neuen Regeln über die Maskenpflicht würden von den Lehrern unterschiedlich angewandt. Bei ihm komme, neben der Herausforderung den gesamten Schultag über Maske zu tragen, hinzu, dass ihm eine Brille neu verschrieben worden sei. Die Test- und Maskenpflichten behandelten Schülerinnen und Schüler im

Vergleich zu Erwachsenen ungleich. Masken erschwerten die Kommunikation. Die Beeinträchtigung wöge schwer. Die Antragsteller empfänden die Testungen als hochgradig unangenehm bzw. sogar als schmerzhaft. Die laufende Durchführung von Tests beeinträchtigte die psychische Gesundheit der Betroffenen. Die Antragsteller verweisen auf Studien über die Folgen der Schulschließungen. Am 13. Juli 2021 habe sich die Menschenrechtskommissarin des Europarats an die zuständige Bundesministerin gewandt (<https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/germany-should-pursue-efforts-to-fully-ensure-children-s-rights>; dort ist ausgeführt: „keeping schools open should be a key objective for governments“). Die Antragsteller nehmen in diesem Zusammenhang Bezug auf Empfehlungen der WHO aus dem Juni 2021 zur Beschulung (<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/342075/WHO-EURO-2021-2151-41906-59077-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; dort ist ausgeführt: „closures should be considered only as a measure of last resort. To achieve this goal, adequate public health and social measures should be implemented in communities and schools so that on-site schooling can continue“).

Grundsätzlich stehe der Antragsgegnerin ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu. Wie das Bundesverfassungsgericht allerdings klarstelle, könne dieser Spielraum „mit der Zeit - etwa wegen besonders schwerer Grundrechtsbelastungen und wegen der Möglichkeit zunehmender Erkenntnis - geringer werden“ (Beschl. v. 13.5.2020, 1 BvR 1021/20, NVwZ 2020, 876, juris Rn. 10). Je länger die Maßnahmen andauern, umso strengere Verhältnismäßigkeitsanforderungen gelte es zu berücksichtigen (was sich aus BVerfG, Beschl. v. 10.4.2020, 1 BvQ 28/20, NJW 2020, 1427, juris Rn. 14, ergebe). Es gebe grundsätzlich weite Spielräume, doch seien diese gerichtlich voll überprüfbar, wie sich aus einer Stellungnahme des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz ergebe (dort ist ausgeführt: „Bereits der Wortlaut des § 28a Absatz 8 Satz 1 IfSG-E spricht dafür, dass ein Beschluss des Landesparlaments nicht allein ausreichend [ist], in dem es eine konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage feststellt.“) Das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes vermittele einen Anspruch auf eine vollständige Überprüfung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht.

Schulen gehörten - wie sich aus dem Vergleich zu § 28a Abs. 7 IfSG ergebe - gerade nicht zu den Örtlichkeiten, für die eine Maskentragepflicht noch angeordnet werden könne. Die dann zu beachtenden Voraussetzungen des § 28a Abs. 8 IfSG seien aber nicht erfüllt. Die

Begründung der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO lasse gerade keine hinreichend konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage erkennen. Sie enthalte keinerlei Feststellungen zum Infektionsrisiko speziell in Schulen und damit zur Notwendigkeit einer Masken- oder Testpflicht in Schulen, sondern beschränke sich allgemein auf die Problematik von Aerosolen in Innenräumen. Der Beirat beim Bundesministerium für Gesundheit habe am 30. April 2021 ausgeführt, dass die Pandemie zu keinem Zeitpunkt die stationäre Versorgung an ihre Grenze gebracht habe. Bei Belastungsspitzen handele es sich um allgemeine Lebensrisiken, die keine „Gefahr“ im Rechtssinne bedeuteten, sondern die seit jeher akzeptiert werden müssten. Der Verordnungsgeber habe berücksichtigen müssen, dass sich der Pandemieverlauf verändert habe und eine Hotspot-Regelung nur dort in Betracht habe kommen sollen, wo nicht auf Krankenhauskapazitäten außerhalb des betroffenen Gebiets habe zurückgegriffen werden können. Die meisten anderen Bundesländer hätten gerade keinen Gebrauch von der Regelung des § 28a Abs. 8 IfSG gemacht und insofern deutlich zu erkennen gegeben, dass sie nicht mehr von einer drohenden Überlastung des Gesundheitssystems ausgingen, ebenso wie der Bundesgesetzgeber, der die Feststellung der epidemischen Lage nationaler Tragweite bereits Ende November 2021 habe auslaufen lassen. Die Antragsteller nehmen ferner Bezug auf die Ausführungen des Obergerichtes Mecklenburg-Vorpommern (Beschl. v. 22.4.2022, 1 KM 221/22 OVG), die allerdings die dortige Hotspot-Regelung betreffen.

Erkenntnisse der CODAG-Arbeitsgruppe der LMU München vom 28. Mai 2021 zeigten, dass für die seit September 2020 ergriffenen Maßnahmen und die damit verbundenen Kontaktbeschränkungen „kein unmittelbarer Zusammenhang“ mit der Entwicklung der täglich übermittelten R-Werte des Robert-Koch-Instituts festzustellen gewesen sei. Es gebe tatsächlich zahllose Beispiele dafür, dass „Non-pharmaceutical interventions“ (NPI) nicht die behauptete Wirkung hätten. Es bestünden erhebliche Zweifel am Nutzen von Masken und an der Geeignetheit von Testungen, um das Ziel der Vermeidung einer Überlastung der Krankenhauskapazitäten zu erreichen.

Es existierten mildere Mittel wie Luftfilter und Luftreinigungsgeräte, die gezielte Impfung derjenigen, die die größten Risikofaktoren hätten, die Erweiterung bzw. Wiederherstellung von Vorsorgekapazitäten sowie der gezielte Schutz vulnerabler Gruppen. Ein legitimes Ziel öffentlicher Gesundheitsvorsorge von erheblichem Gewicht könne es nicht sein, ein spezifisches Infektionsrisiko auf ein Niveau zu senken, das unterhalb der Schwelle

allgemein akzeptierter Risiken liege, die sich effektiv nicht vermeiden ließen. Die meisten Infektionsketten begännen am Arbeitsplatz. Eine Testpflicht für Arbeitnehmer, die erlauben würde, Infektionsketten zu unterbrechen, bestehe nicht mehr. Außerhalb der in § 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO genannten Einrichtungen und Angebote bestehe grundsätzlich keine Pflicht mehr, am Arbeitsplatz eine Maske zu tragen. Eine Ungleichbehandlung zeige sich schließlich auch insoweit, als Lehrerinnen und Lehrer nicht derselben Testpflicht wie Schülerinnen und Schüler unterlägen. Eine weitere Ungleichbehandlung liege darin begründet, dass der Zugang zu Tanzlustbarkeiten gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. a HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO für bestimmte Gruppen von Geimpften und Genesenen ohne weiteren Test möglich sei, während Schülerinnen und Schüler unabhängig von ihrem Impf- oder Genesenenstatus sich weiterhin der Testung unterziehen müssten und sogar getestet jedenfalls auf Fluren weiterhin Maske tragen müssten. Mit einem Impfangebot an alle impffähigen Personen entfalle die Rechtfertigung für etwaige Eingriffe. Dies ergebe sich nunmehr eindeutig aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. November 2021 (1 BvR 971/21, NJW 2022, 167), wonach „das Verbot von Präsenzunterricht bei einem Impfangebot an alle impffähigen Personen allmählich seine Rechtfertigung verlieren könnte.“ Schülerinnen und Schüler seien die einzige Bevölkerungsgruppe, die sich derzeit noch „dreimal“ (gemeint wohl: zweimal) wöchentlich testen lassen und Maske tragen müsse. Kein sachlicher Rechtfertigungsgrund bestehe darüber hinaus bei der Differenzierung zwischen geimpften und genesenen Lehrkräften einerseits und Schülerinnen und Schülern ungeachtet ihres Impf- oder Genesenenstatus andererseits. Ein gesamtgesellschaftlich milderes Mittel als die Testung in der Schule sei die Testung bei Tanzlustbarkeiten nach § 7 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO.

Kinder seien weniger durch COVID-19 gefährdet und trügen deutlich weniger zum Infektionsgeschehen bei als Erwachsene. Aus einer Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Pädiatrische Infektiologie (DGPI) vom 16. Juli 2021 gegenüber dem Bundesverfassungsgericht ergebe sich, dass als nachgewiesen gelten könne, dass Kinder sich seltener mit SARS-CoV-2 infizierten, seltener an COVID-19 erkrankten, dass die Symptome regelhaft milder als bei Erwachsenen ausgeprägt seien und schwere Verläufe mit Intensivtherapiepflichtigkeit oder gar Versterben extrem selten aufträten. Kinder und Jugendliche belasteten selbst im Fall einer Ansteckung das Gesundheitssystem nicht zusätzlich. Es seien ausreichende Möglichkeiten des Selbstschutzes gegeben.

Bei der Beurteilung der Angemessenheit gehe es um Maßnahmen, die asymptomatische Personen betreffen. Es handele sich grundsätzlich um „Nichtstörer“. Hinzu komme, dass gemäß § 28a Abs. 7 IfSG die besonderen Belange von Kindern und Jugendlichen zu berücksichtigen seien. Dem durch Vermeidung einer Überlastung von Krankenhauskapazitäten mittelbar bezweckten Schutz von Leben und Gesundheit komme demgegenüber kein größeres Gewicht zu. Für die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme komme es auf den konkreten Beitrag einer Regelung zur Zielerreichung an. Wenn sich der Normgeber für ein Schutz- oder Regelungskonzept entscheide, müsse seine Aufstellung und normative Umsetzung darüber hinaus stringent, also in sich schlüssig, sein, da andernfalls die Belastungen hieraus unzumutbar verteilt würden (wie sich aus BVerfG, Urt. v. 30.7.2008, 1 BvR 3262/07 u.a., BVerfGE 121, 317, juris Rn. 116, 128 ergebe). Vorliegend fehle es an einem sachlichen Grund, weil die Ungleichbehandlung sich nicht in ein folgerichtiges Schutzkonzept einfüge.

Die Antragsteller beantragen,

die aufschiebende Wirkung eines noch gegen Ziff. 1.2 und Ziff. 3 des Muster-Corona-Hygieneplans für alle Schulen in der Freien und Hansestadt Hamburg einzulegenden Widerspruchs gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Var. 2 VwGO wiederherzustellen.

Die Antragsteller beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Die Antragsgegnerin verweist zur Begründung auf den Beschluss der Kammer vom 13. April 2022 (5 E 1581/22, juris) zu §§ 4, 7 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO.

Am 14. April 2022 haben die Antragsteller bei der Antragsgegnerin gegen Ziff. 1.2 und 3 des Muster-Corona-Hygieneplans Widerspruch eingelegt.

II.

Der Antrag auf vorläufigen Rechtschutz hat Erfolg.

1. Der Antrag ist zulässig.

a) Statthaft ist gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Var. 2 VwGO für jeden der beiden Antragsteller der Antrag, die aufschiebende Wirkung des jeweils am 14. April 2022

eingelegeten Widerspruchs gegen Ziff. 1.2 und Ziff. 3 des von der Behörde für Schule und Berufsbildung der Antragsgegnerin erlassenen Muster-Corona-Hygieneplans für alle Schulen in der Freien und Hansestadt Hamburg. 28. überarbeitete Fassung, gültig ab 4. April 2022 (Muster-Corona-Hygieneplan), wiederherzustellen.

Bei den Regelungen zur Test- und Maskenpflicht in dem von der Behörde für Schule und Berufsbildung der Antragsgegnerin erlassenen Musterhygieneplan handelt es sich jeweils um einen Verwaltungsakt in der Spielart einer Allgemeinverfügung nach § 35 Satz 2 HmbVwVfG, der gestützt auf die ihrerseits auf § 32 Satz 1 IfSG beruhende Rechtsverordnung erlassen wird, so dass demgegenüber die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage nicht bereits nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. §§ 28 Abs. 3, 16 Abs. 8 IfSG kraft Gesetzes entfällt (zum Ganzen: OVG Hamburg, Beschl. v. 21.6.2021, 1 Bs 114/21, juris Rn. 32, 34, 38). Die sofortige Vollziehung beruht hier auf der unter Ziff. 0 des Bescheids getroffenen behördlichen Anordnung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO.

Im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ist, wie es die Zulässigkeit des Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz voraussetzt (VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2022, 5 E 1630/22), in der Hauptsache der Anfechtungsrechtsbehelf gegen den Verwaltungsakt bereits eingelegt. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vom 13. April 2022 geht nicht länger ins Leere, nachdem die Antragsteller jeweils am 14. April 2022 die Erhebung eines Widerspruchs noch in der dafür geltenden Form und Frist nach § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO nachgeholt haben.

b) Die ausgehend von der dem Rechtsschutz in der Hauptsache dienenden Funktion des Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO vorausgesetzte Antragsbefugnis steht den Antragstellern zur Seite.

Aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG folgt das Recht der Antragsteller gegen die Antragsgegnerin, ihre Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit auch in der Gemeinschaft durch schulische Bildung zu unterstützen und zu fördern; dieses Recht auf schulische Bildung umfasst auch ein Abwehrrecht gegen Maßnahmen, welche das aktuell eröffnete und auch wahrgenommene Bildungsangebot einer Schule einschränken, ohne das in Ausgestaltung des Art. 7 Abs. 1 GG geschaffene Schulsystem als solches zu verändern (BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021, 1 BvR 971/21, NJW 2022, 167, juris Rn. 47, 61).

Die jeweils angefochtene Testpflicht der Antragsteller nach Ziff. 1.2 sowie Maskenpflicht der Antragsteller nach Ziff. 3 des Muster-Corona-Hygieneplans der Antragsgegnerin stellen sich als Eingriffe in das Recht der Antragsteller auf schulische Bildung dar. Sie dienen nicht der Ausgestaltung des Schulsystems und suchen sich nicht auf das Hamburgische Schulgesetz (v. 16.4. 1997, HmbGVBl. S. 97, zuletzt geändert durch Ges. v. 11.5.2021, HmbGVBl. S. 322 - HmbSG) zu stützen, sondern auf die Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg (v. 31.3.2022, HmbGVBl. S. 197 - HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) und damit letztlich auf das Infektionsschutzgesetz (v. 20.7.2000, BGBl. I S. 1045, zuletzt geändert durch Ges. v. 18.3.2022, BGBl. I S. 473 - IfSG).

2. Der Antrag ist begründet.

a) In formeller Hinsicht dürfte die Anordnung sofortiger Vollziehung in Ziff. 0 des Muster-Corona-Hygieneplans allerdings den Vorgaben des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO - noch - genügen. Danach ist das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts schriftlich zu begründen.

Zwar wird angenommen, dass eine auf die Umstände des konkreten Falles bezogene Darlegung des besonderen Interesses gerade an der sofortigen Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts notwendig sei; auch in denjenigen Fällen, in denen in der Sache eine (Teil-)Identität zwischen dem Erlassinteresse am Verwaltungsakt und dem besonderen Vollziehbarkeitsinteresse bestehe, erlaube das Gesetz keinen Verzicht auf die Begründung und auch nicht den Gebrauch nichtssagender, formelhafter Wendungen (Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 41. EL 2021, VwGO § 80, Rn. 247 f. m.w.N.). Dies dürfte grundsätzlich darauf führen, in der behördlichen Begründung Ausführungen gerade zu der Frage des Zeitmoments oder der Dringlichkeit einer sofortigen Vollziehung trotz eines etwaigen Rechtsbehelfsverfahrens in der Hauptsache zu erwarten.

Doch dürfte ausgehend von der Hauptfunktion des formellen Begründungserfordernisses, dass sich die Behörde der besonderen Ausnahmesituation bewusst wird, wenn sie die sofortige Vollziehung anordnet (Schoch, a.a.O., Rn. 245; Hoppe, in: Eyermann, 15. Aufl. 2019, VwGO § 80 Rn. 54), hinreichen, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung gesondert schriftlich begründet wird und diese Begründung erkennen lässt, dass die Behörde im Einzelfall einer Gefahr zu begegnen sucht, die aus ihrer Sicht bereits während eines etwaigen Rechtsbehelfsverfahrens in der Hauptsache sich in einem Schaden zu

verwirklichen droht. So wird etwa im Straßenverkehrsrecht in geeigneten Fällen angesichts der Gefahren insbesondere für die körperliche Unversehrtheit zugrunde gelegt, dass bei der Anordnung sofortiger Vollziehung nicht stärker auf die Umstände des konkreten Einzelfalls eingegangen werden muss (dazu VG Hamburg, Beschl. v. 6.7.2015, 15 E 3047/15, BeckRS 2016, 54558, juris Rn. 16). Im Recht der Gefahrenabwehr sind die Überlegungen zum Erlass einer Verfügung oftmals identisch mit den Erwägungen zum Sofortvollzug (Schoch, a.a.O., Rn. 210).

b) In materieller Hinsicht fehlt es indessen an einem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung der angefochtenen Ziff. 1.2 und Ziff. 3 des Muster-Corona-Hygieneplans, das gegenüber dem Interesse der Antragsteller an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Widersprüche überwäge. Die eingelegten Widersprüche haben nach § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO voraussichtlich Erfolg. Nach dem Erkenntnisstand des Verfahrens vorläufigen Rechtsschutzes ist der Verwaltungsakt, soweit angefochten, rechtswidrig und verletzt die Antragsteller dadurch in ihren Rechten. Die Eingriffe in die subjektiven Rechte der Antragsteller durch die Testpflicht nach Ziff. 1.2 sowie die Maskenpflicht nach Ziff. 3 des durch die Behörde für Schule und Berufsbildung der Antragsgegnerin erlassenen Muster-Corona-Hygieneplan dürften gegenwärtig keine hinreichende Grundlage in geltenden Vorschriften des objektiven Rechts finden.

aa) Als Rechtsgrundlage der Eingriffe dürfte allein § 8 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO in Betracht kommen.

Eingriffe in subjektive Rechte bedürfen einer sie rechtfertigenden Grundlage in einer Vorschrift des objektiven Rechts. Selbst keine Rechtsgrundlage enthält die von der Bürgerschaft der Antragsgegnerin in der Sitzung vom 30. März 2022 getroffene Feststellung (Bekanntmachung v. 31.3.2022, HmbGVBl. S. 195), dass in der Freien und Hansestadt Hamburg durch eine epidemische Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) die konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage bestehe sowie konkrete Maßnahmen nach § 28a Abs. 8 Satz 1 Nr. 1, 3 und 4 IfSG Anwendung fänden. Es handelt sich nicht um einen Rechtssetzungsakt, wie ein von der Bürgerschaft nach Art. 48 Abs. 2 Alt. 1 HmbVerf beschlossenes Landesgesetz, dessen Erlass nach Art. 80 Abs. 4 GG i.V.m. § 32 Satz 1 IfSG anstelle einer Rechtsverordnung möglich gewesen wäre. Vielmehr dient der ergangene Parlamentsbeschluss lediglich als

formelle Voraussetzung für den Erlass einer Rechtsverordnung (VG Hamburg, Beschl. v. 13.4.2022, 5 E 1581/22, juris Rn. 24).

Die HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO ist als Rechtsverordnung nach Art. 80 Abs. 1 GG eine Rechtsvorschrift. Erlassen hat sie die Behörde für Arbeit, Gesundheit, Soziales, Familie und Integration der Antragsgegnerin gestützt auf § 32 Satz 1 IfSG und die Verordnung zur Weiterübertragung bestimmter Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem IfSG (v. 8.1.2021, HmbGVBl. S. 9). Der Bundesgesetzgeber ermächtigt in § 32 Satz 1 IfSG die Landesregierungen, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28, 28a und 29 bis 31 IfSG maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Die Landesregierungen können die Ermächtigung nach § 32 Satz 2 IfSG durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen. Der hamburgische Ordnungsgeber hat dabei in § 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO die Maskenpflicht in Einrichtungen und Angeboten mit Publikumsverkehr sowie Veranstaltungen und Versammlungen in geschlossenen Räumen sowie in § 7 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO den Zugang zu Tanzlustbarkeiten in geschlossenen Räumen, etwaig nach Nachweis eines vorherigen negativen Tests, geregelt. Diese Regelungen unmittelbar in der Rechtsverordnung sind nach der Rechtsprechung der Kammer im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes keinen Bedenken ausgesetzt, insbesondere dürfte die Annahme einer konkreten Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage wegen einer auf Grund einer besonders hohen Anzahl von Neuinfektionen drohenden Überlastung der Krankenhauskapazitäten in der Freien und Hansestadt Hamburg vom Einschätzungsspielraum des Normgebers gedeckt sein (VG Hamburg, Beschl. v. 13.4.2022, a.a.O., Rn. 31 ff.). Demgegenüber hat der Ordnungsgeber den Bereich der Schulen von einer Vollregelung durch Rechtsvorschrift ausgenommen. Vielmehr hat nach § 8 Abs. 1 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO die für Schule zuständige Behörde einen Musterhygieneplan für Schulen zu erlassen, auf dessen Grundlage jede einzelne Schule einen Hygieneplan nach §§ 36 Abs. 1 Nr. 1, 33 Nr. 2 IfSG aufzustellen hat. Nach näherer Maßgabe des den Rechtsfolgen nach umfassenden Katalogs des § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO können in dem Musterhygieneplan (Nr. 1) die Präsenzpflicht vorübergehend aufgehoben, (Nr. 2) eine Maskenpflicht angeordnet sowie (Nr. 3) eine Testpflicht verfügt werden. Tatbestandliche Voraussetzungen sind für diese Rechtsfolgen nicht normiert.

bb) Die den Antragstellern in Ziff. 1.2 des Muster-Corona-Hygieneplans auferlegte Testpflicht dürfte durch § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO nicht gerechtfertigt sein.

Nach dieser Verordnungsbestimmung kann in dem Musterhygieneplan insbesondere der Zugang zum Schulgelände sowie die Teilnahme an schulischen Veranstaltungen für Schülerinnen und Schüler, Bedienstete der Schule sowie sonstige in der Schule beruflich tätige Personen von der Vorlage eines Testnachweises nach § 2 Abs. 7 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO abhängig gemacht und eine Verpflichtung zur Testung auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus im Rahmen des Schulbetriebs vorgesehen werden; dies gilt auch in Bezug auf geimpfte Personen nach § 2 Abs. 8 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO und genesene Personen nach § 2 Abs. 9 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO; die Testung kann auch mittels Selbsttest erfolgen, wobei Schülerinnen und Schüler diesen unter der Aufsicht einer oder eines Bediensteten der Schule durchzuführen haben.

Auslegung und Anwendung dieser Verordnungsbestimmung müssen sich dabei ihrerseits nach § 32 Satz 1 IfSG an den gesetzlichen Voraussetzungen messen lassen, die für die Maßnahmen nach dem einschlägigen § 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 lit b IfSG gelten. Danach kann die Verpflichtung zur Testung auf das Vorliegen einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in Schulen unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite notwendige Schutzmaßnahme i.S.d. § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG sein, soweit sie zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich ist.

Während die Kammer dem Ordnungsgeber als exekutiven Rechtssetzer einen weiten Einschätzungsspielraum zugesteht (VG Hamburg, Beschl. v. 13.4.2022, a.a.O., Rn. 31), verhält es sich gegenüber der Behörde bei Erlass eines Verwaltungsaktes anders. Nach § 114 Satz 1 VwGO ist die gerichtliche Überprüfung der behördlichen Ermessensbetätigung bei Erlass des Verwaltungsaktes geboten. Dieser Überprüfung kommt vorliegend gesteigerte Bedeutung zu, da die Verordnungsbestimmung des § 8 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO eine Regelung durch Verwaltungsakt nicht an die Einhaltung bestimmter tatbestandlicher Voraussetzungen knüpft, sondern lediglich der für Schule zuständigen Behörde umfassend Entschließungs- und darüber hinaus Auswahlermessen („kann“) darüber einräumt, ob oder welche Rechtsfolgen aus einem

vorgegebenen Katalog gesetzt werden. Die in Ziff. 1.2 und Ziff. 3 des Muster-Corona-Hygieneplans enthaltenen Regelungen mögen jeweils als öffentlich bekannt gemachte Allgemeinverfügung nach § 39 Abs. 2 Nr. 5 HmbVwVfG in formeller Hinsicht keiner Begründung bedürfen. Dies dürfte die Behörde für Schule und Berufsbildung jedoch nicht in materieller Hinsicht von der Obliegenheit entheben, hinreichende Ermessenserwägungen anzustellen, die vom Gericht auf Ermessensfehler hin zu überprüfen sind. Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie gemäß § 40 HmbVwVfG ihr Ermessen auszuüben (sonst leidet der Verwaltungsakt an einem Ermessensausfall) entsprechend dem Zweck der Ermächtigung (sonst liegt ein Ermessens Fehlgebrauch vor) und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten (sonst kommt es zu einer Ermessensüberschreitung).

Ausgehend davon dürfte die durch Ziff. 1.2 des Muster-Corona-Hygieneplans auferlegte Testpflicht zumindest gegenüber geimpften Schülerinnen und Schülern wie den beiden Antragstellern ermessensfehlerhaft sein. Die Behörde für Schule und Berufsbildung dürfte bei Erlass des Verwaltungsaktes die Grenzen des ihr eingeräumten Ermessens aus mehreren selbständig tragenden Gründen überschritten haben.

Der Eingriff durch Verwaltungsakt stellt sich nach dem Erkenntnisstand des Verfahrens vorläufigen Rechtsschutzes nicht als verhältnismäßig dar. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass zur Erreichung eines legitimen Zwecks das gewählte Mittel geeignet, erforderlich und angemessen ist. Zwar muss angenommen werden, dass die Testpflicht (sowie auch die Maskenpflicht) - gerade im Interesse der Antragsteller und aller weiteren Schülerinnen und Schüler - der Aufrechterhaltung des im August 2021 wieder aufgenommenen vollen Präsenzunterrichts dient. So ist in Ziff. 1 des Muster-Corona-Hygieneplans ausgeführt, dass angemessen scheint, die Gemeinschaftseinrichtung Schule weiterhin zu schützen und gleichzeitig die Hygienemaßnahmen an die Regelungen für den allgemeinen Bereich anzupassen. Auch mag insbesondere die Testpflicht bereits geimpfter Personen angesichts der fortdauernden Pandemie in verschiedenen Varianten eine Eignung zum Infektionsschutz nicht vollständig abgesprochen werden. Doch hätte die Annahme der Erforderlichkeit entsprechender sie tragender Ermessenserwägungen der Behörde für Schule und Berufsbildung bedurft. Erforderlich ist ein Mittel nur dann, wenn kein gleichermaßen geeignetes, weniger belastendes Mittel zu Gebote steht. Die geimpften Schülerinnen und Schülern auferlegte Testpflicht erscheint nicht Ausdruck eines von der Behörde für Schule und Berufsbildung verfolgten stringenten Schutzkonzepts zu sein. Der

Muster-Corona-Hygieneplan enthält hinsichtlich der Testpflicht vollständig geimpfter Personen differenzierende Regelungen hinsichtlich der Schülerinnen und Schüler einerseits sowie anderer Personen andererseits. Schülerinnen und Schüler - wie die beiden Antragsteller - werden durch Ziff. 1.2 zu zwei Schnelltests je Woche verpflichtet. Grundsätzlich gilt diese Testpflicht nach Ziff. 1.3 Abs. 1 Satz 1 für Schülerinnen und Schüler uneingeschränkt. Nach Ziff. 1.3 Abs. 1 Satz 2 gilt sie auch, wenn sie geimpft oder genesen sind. Nach Ziff. 1.3 Abs. 1 Satz 3 ff. sind nur frisch genesene Schülerinnen und Schüler für einen bestimmten Zeitraum ausgenommen. Demgegenüber sind andere Personen als Schülerinnen und Schüler von der in Ziff. 1.1 angeordneten Testpflicht gemäß Ziff. 1.3 Abs. 2 Satz 1 und 2 bereits dann ausgenommen, wenn sie genesen oder - wie die Antragsteller - vollständig geimpft sind. Weder sind im Muster-Corona-Hygieneplan Erwägungen der Behörde für Schule und Berufsbildung dazu niedergelegt noch drängt sich auf, aus welchem Grund geimpfte Schülerinnen und Schüler regelmäßig zu testen sind, obwohl die Behörde für Schule und Berufsbildung dies für andere geimpfte Personen nicht für erforderlich hält.

Der Eingriff durch Verwaltungsakt dürfte zudem gegen die Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (v. 8.5.2021, zuletzt geändert durch Ges. v. 18.3.2022, BGBl. I S. 478 - SchAusnahmV) als entgegenstehendem Bundesrecht verstoßen. Danach sind geimpfte Personen und genesene Personen grundsätzlich getesteten Personen gleichgestellt. Sofern auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht eine Ausnahme von Geboten oder Verboten für Personen, die negativ auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet sind, vorgesehen ist oder erlassen wird, gilt diese Ausnahme nach § 3 Abs. 1 SchAusnahmV auch für geimpfte Personen und genesene Personen. Sofern auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht vorgibt oder voraussetzt, dass eine Person negativ auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet ist, gilt diese Vorgabe oder Voraussetzung im Fall von geimpften Personen und genesenen Personen nach § 3 Abs. 2 Satz 1 SchAusnahmV als erfüllt. Eine in ihrem Anwendungsbereich begrenzte Öffnungsklausel enthält nur § 3 Abs. 2 Satz 2 SchAusnahmV. Danach kann auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht vorsehen, dass Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen für geimpfte Personen und für genesene Personen

nur bestehen, wenn sie ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können. Diese bundesrechtlichen Vorschriften dürften der Regelung durch Verwaltungsakt in Ziff. 1.2 entgegenstehen. Es ist bereits zweifelhaft, ob ein Verwaltungsakt - der sich auf Landesrecht zu stützen sucht, aber selbst nicht Landesrecht ist - im Anwendungsbereich des § 3 Abs. 2 Satz 2 SchAusnahmV genügen würde, um den Grundsatz der Gleichstellung von Geimpften und Genesenen mit Getesteten zu durchbrechen. Denn das Landesrecht normiert in § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO nicht selbst eine Testpflicht und enthält nicht selbst eine Durchbrechung der Gleichstellung von Geimpften und Genesenen mit Getesteten. Vielmehr überlässt es bereits die Entscheidung über die Testpflicht dem Ermessen der Behörde bei Erlass des Verwaltungsaktes. Schon gar nicht findet sich im Landesrecht die in Ziff. 1.2 i.V.m. Ziff. 1.3 des Muster-Corona-Hygieneplans der Behörde für Schule und Berufsbildung enthaltene Differenzierung zwischen geimpften Schülerinnen und Schülern einerseits und anderen geimpften Personen andererseits. Zumindest dürfte der Anwendungsbereich der Öffnungsklausel in § 3 Abs. 2 Satz 2 SchAusnahmV bereits nicht gegeben sein. Die Verordnung und der zu ihrer Ausführung ergangene Muster-Corona-Hygieneplan regeln insoweit keine Schutzmaßnahmen und davon gewährte Erleichterungen und Ausnahmen, sondern machen die Erfüllung der Testpflicht zu einer Voraussetzung i.S.d. § 3 Abs. 2 Satz 1 SchAusnahmV, um schulische Präsenzangebote wahrzunehmen. Eine Durchbrechung der bundesrechtlich vorgegebenen grundsätzlichen Gleichstellung von geimpften und genesenen Personen mit getesteten Personen ist durch Landesrecht in diesem Fall nicht zugelassen.

cc) Die den Antragstellern in Ziff. 3 des Muster-Corona-Hygieneplan auferlegte Maskenpflicht dürfte durch § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO nicht gerechtfertigt sein.

Nach dieser Verordnungsbestimmung kann in dem Musterhygieneplan insbesondere eine Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung oder einer medizinischen Maske i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO angeordnet werden, wobei § 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO im Übrigen keine Anwendung findet.

Auslegung und Anwendung der Verordnungsbestimmung müssen sich dabei ihrerseits nach § 32 Satz 1 IfSG an den gesetzlichen Voraussetzungen messen lassen, die für die einschlägigen Maßnahmen gelten. Eine Verpflichtung zum Tragen einer Atemschutzmaske

(FFP2 oder vergleichbar) oder einer medizinischen Gesichtsmaske (Mund-Nasen-Schutz) kann auf Grundlage des § 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 IfSG nur in den im dortigen Katalog lit. a bis c benannten Örtlichkeiten, darunter Arztpraxen, Verkehrsmittel des öffentlichen Personennahverkehrs und Obdachlosenunterkünfte, angeordnet werden. Für in dem Katalog nicht benannte Örtlichkeiten, insbesondere Schulen als Gemeinschaftseinrichtungen nach § 33 Nr. 3 IfSG, kann hingegen eine Maskenpflicht nur auf Grundlage des § 28a Abs. 8 IfSG angeordnet werden. Danach kann unabhängig von einer festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite in einer konkret zu benennenden Gebietskörperschaft, in der durch eine epidemische Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit 2019 (COVID-19) die konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage besteht, „über den Absatz 7 hinaus“ eine Verpflichtung zum Tragen einer Atemschutzmaske (FFP2 oder vergleichbar) oder einer medizinischen Gesichtsmaske (Mund-Nasen-Schutz) auch notwendige Schutzmaßnahme i.S.d § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG sein, sofern das Parlament des betroffenen Landes das Vorliegen der konkreten Gefahr und die Anwendung konkreter Maßnahmen in dieser Gebietskörperschaft feststellt.

Zwar hat die Kammer bereits in einem Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes ausgeführt, dass der Verordnungsgeber der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO den ihm zu belassenen Einschätzungsspielraum nicht überschritten haben dürfte durch die Annahme einer konkreten Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage in der Freien und Hansestadt Hamburg als konkret benannter Gebietskörperschaft, da nach Einschätzung des Verordnungsgebers auf Grund einer besonders hohen Anzahl von Neuinfektionen eine Überlastung der Krankenhauskapazitäten in der jeweiligen Gebietskörperschaft drohte (VG Hamburg, Beschl. v. 13.4.2022, a.a.O., Rn. 27 ff.). Auf dieser Grundlage hat die Kammer die Vollregelungen durch Rechtsverordnung in § 4 und § 7 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO als mit höherrangigem Recht vereinbar erachtet (VG Hamburg, Beschl. v. 13.4.2022, a.a.O., Rn. 44 ff.). Doch hat die Behörde für Schule und Berufsbildung bei einer Regelung durch Verwaltungsakt im Muster-Corona-Hygieneplans keinen Teil an einem dem Rechtssetzer zu belassenen weiten Einschätzungsspielraum.

In der nach § 114 Satz 1 VwGO gebotenen gerichtlichen Überprüfung dürfte sich die behördliche Ausübung des Ermessens bei Erlass des Verwaltungsaktes nach § 40 HmbVwVfG im Einzelnen als fehlerhaft erweisen.

Nach Ziff. 1 des Muster-Corona-Hygieneplans dürfte die Aufrechterhaltung des vollen Präsenzunterrichts das auch mit der Maskenpflicht verfolgte behördliche Ziel sein. Es handelt sich um ein grundsätzlich legitimes Ziel, die in der Vergangenheit bereits überwundenen Schulschließungen - gegen die sich weite Teile der Antragschrift zu richten scheinen - für die Zukunft zu vermeiden. Auch kann die Kammer entgegen der Auffassung der Antragsteller auf Grundlage vorhandener Erkenntnis nicht feststellen, dass Masken jegliche Eignung zum Infektionsschutz abzusprechen wäre (siehe etwa Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, 26.11.2021, WD 9 - 3000 – 096/21, Zur Wirksamkeit nicht pharmazeutischer Corona-Maßnahmen, Ausgewählte Studien und Beiträge, <https://www.bundestag.de/resource/blob/876448/4de7028572da225cb8b469ef8948b65a/WD-9-096-21-pdf-data.pdf>, abgerufen am 26.4.2022).

Doch dürfte die Behörde für Schule und Berufsbildung ihre Ermessenserwägungen, soweit Maßnahmen wie die Maskenpflicht in § 28a Abs. 8 IfSG betroffen sind, eben an der in § 28a Abs. 8 IfSG vorausgesetzten konkreten Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage ausrichten müssen, insbesondere daran, dass nach Einschätzung des Verordnungsgebers einer auf Grund einer besonders hohen Anzahl von Neuinfektionen eine Überlastung der Krankenhauskapazitäten in der Freien und Hansestadt Hamburg droht. Gemessen daran dürften jedenfalls Ermessenserwägungen fehlen, aufgrund derer die den Antragstellern durch Verwaltungsakt auferlegte Maskenpflicht weiterhin als erforderlich erschiene.

Zur Maskenpflicht nach Ziff. 3 des Muster-Corona-Hygieneplans der Behörde für Schule und Berufsbildung, insbesondere in der 7. und in der 19. Fassung, hat das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht (Beschl. v. 15.1.2021, 1 Bs 237/20, juris Rn. 32; Beschl. v. 27.9.2021, 1 Bs 206/21, n.v.) ausgeführt, dass im Eilverfahren keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit bestanden (die Anordnung einer Maskenpflicht in der Schule allerdings durch Rechtsverordnung betreffend OVG Münster, Beschl. v. 16.9.2021, 13 B 1489/21.NE, juris Rn. 7 ff.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 9.9.2021, 13 MN 384/21, juris Rn. 5 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.8.2021, OVG 11 S 86/21, juris Rn. 19 ff.; VGH München, Beschl. v. 28.7.2021, 25 NE 21.1962, juris Rn. 29 ff.). Indessen dürfte nicht nur in tatsächlicher Hinsicht die Pandemie in eine neue Phase eingetreten, sondern auch in rechtlicher Hinsicht zumindest eine durch Verwaltungsakt auferlegte Maskenpflicht in der Schule nach neuen Maßstäben zu beurteilen sein, da insoweit kein

Einschätzungsspielraum des Verordnungsgebers, sondern ein behördliches Ermessen greift, dessen Ausübung nach § 114 Satz 1 VwGO gerichtlich zu überprüfen ist.

Mit Ablauf des 19. März 2022 endete die Geltungsdauer der Rechtsgrundlage für die meisten Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (BT-Drs. 20/958, S. 1, 13). Der Bundesgesetzgeber hat durch das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und anderer Vorschriften (v. 18.3.2022, BGBl. I S. 473) insbesondere § 28a Abs. 7 und 8 IfSG neu gefasst. Die Maßnahmen nach § 28a Abs. 8 IfSG, so etwa eine erweiterte Maskenpflicht, unterliegen danach gegenüber Maßnahmen nach § 28a Abs. 7 IfSG, so etwa einer Testpflicht, in formeller und materieller Hinsicht gesteigerten Rechtmäßigkeitsanforderungen. Nach der Wertung des Gesetzgebers bedarf nunmehr eine Maßnahme wie die Maskenpflicht in der Schule als „scharfes Schwert“ im Vergleich zu einer milderen und nach der Wertung des Gesetzgebers (BT-Drs. 20/958, S. 1, 13) „niedrigschwelliger“ Maßnahme wie etwa der Testpflicht in der Schule in gesteigerter Weise einer Rechtfertigung im Hinblick auf ihre Erforderlichkeit. Dieses Stufenverhältnis belegt der Gesetzeswortlaut des § 28a Abs. 8 Satz 1 IfSG, nach dem die dort vorgesehenen Maßnahmen „über den Absatz 7 hinaus“ gehen.

Die Pflicht der Schülerinnen und Schüler, wie der beiden Antragsteller, medizinische Masken zu tragen, ist nach Ziff. 3 Abs. 2 Satz 1 des Muster-Corona-Hygieneplans nach wie vor als Grundsatz formuliert. Die Ausnahmen von dieser „grundsätzlichen Regelung“ sind allerdings viel weiter gefasst als in früheren Fassungen des Muster-Corona-Hygieneplans (etwa in der 19. überarbeiteten Fassung, gültig ab 1.8.2021, zu dem sich das OVG Hamburg, Beschl. v. 27.9.2021, a.a.O., verhält, oder auch in der 26. überarbeiteten Fassung, gültig ab 21.2.2022, auf welche die Internetpräsenz der von der Antragstellerin zu 1 besuchten Schule aber noch verweist, https://www....-gymnasium.de/images/ath_daten/beitraege/neuigkeit/2021/Corona/Muster-Corona-Hygieneplan.pdf, abgerufen am 26.4.2022). Nach Ziff. 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 der aktuellen Fassung des Muster-Corona-Hygieneplans dürfen Schülerinnen und Schüler die Maske insbesondere abnehmen, sobald sie einen festen Platz eingenommen haben und solange sie diesen nicht verlassen, sowie im Freien. Doch unterliegen Schülerinnen und Schüler der Maskenpflicht beispielsweise grundsätzlich (noch) dann, wenn sie sich allein oder mit anderen auf den Fluren oder im Klassenraum bewegen. Gerade in diesen Situationen wird ihre verbale sowie ihre nonverbale Kommunikation untereinander oder mit Lehrkräften

durch die zu tragende Maske beeinträchtigt und damit ihre Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit auch in der Gemeinschaft zumindest berührt.

Angesichts der Relevanz für die Ausübung des nunmehr vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Grundrechts auf schulische Bildung sowie angesichts der Neufassung von § 28a Abs. 7 und 8 IfSG steht in Frage, ob eine Regelung der Maskenpflicht in der Schule statt durch eine Rechtsverordnung (der dazu vom Senat ermächtigten Behörde für Arbeit, Gesundheit, Soziales, Familie und Integration) durch Verwaltungsakt (der nur dazu berufenen Behörde für Schule und Berufsbildung) überhaupt noch angängig ist. Hinsichtlich der Maskenpflicht außerhalb der Schule sah sich der Ordnungsgeber jedenfalls an einer Vollregelung in § 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO nicht gehindert. Die Maskenpflicht in der Schule als nach der gesetzgeberischen Wertung in § 28a Abs. 8 IfSG besonders scharfe Maßnahme dürfte, wenn schon nicht einer Vollregelung durch Verordnung, so doch zumindest Erwägungen der Behörde bedürfen, die nach ihrem Ermessen eine Regelung durch Verwaltungsakt erkennbar tragen. Dies gilt deshalb uneingeschränkt, weil der Ordnungsgeber in § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO selbst keine Regelung über Maskenpflichten in Schulen getroffen hat. Er hat insoweit nicht von seinem Einschätzungsspielraum Gebrauch gemacht, sondern die Regelung in das Ermessen der Behörde gelegt, dessen Ausübung sich seinerseits nach der gesetzlichen Ermächtigung in § 28a Abs. 8 IfSG auszurichten hat. Erwägungen gerade in Ausrichtung auf § 28a Abs. 8 IfSG und die konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage, da auf Grund einer besonders hohen Anzahl von Neuinfektionen eine Überlastung der Krankenhauskapazitäten in der jeweiligen Gebietskörperschaft droht, sind aber gerade nicht ersichtlich. Bereits der Beitrag, den die in Ziff. 3 des Muster-Corona-Hygieneplans Schülerinnen und Schülern außerhalb des fest eingenommenen Platzes auferlegte Maskenpflicht zur Erreichung dieses Ziels leistet, ist weder von der Behörde für Schule und Berufsbildung in dem angefochtenen Verwaltungsakt dargelegt noch sind die insoweit tragenden Ermessenserwägungen ersichtlich. Dessen hätte es aber jedenfalls deshalb bedurft, weil und soweit nicht an jedem Arbeitsplatz eine Maskenpflicht besteht.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1, Abs. 2 GKG und lehnt sich an Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit an. Für jeden Antragsteller wird in der

Hauptsache der Regelstreitwert und im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes davon die Hälfte in Ansatz gebracht.