

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 20 NE 20.2349
Sachgebietsschlüssel: 542

Rechtsquellen:

§ 47 Abs. 6 VwGO,
§ 28 Abs. 1, § 32 IfSG,
§ 18 Abs. 2 Satz 1 8. BayIfSMV

Hauptpunkte:

Corona-Pandemie,
Mund-Nase-Bedeckung im Schulunterricht (Grundschüler),
offene Erfolgsaussichten,
Verhältnismäßigkeit einer Norm,
verfassungskonforme Auslegung,
Folgenabwägung

Leitsätze:

Bei verfassungskonformer Auslegung können sich Schülerinnen und Schüler auf einen hinreichend zwingenden Grund zum Abnehmen der Mund-Nasen-Bedeckung i.S.v. § 2 Nr. 3 8. BayIfSMV berufen, wenn sie in den schulischen Pausenzeiten – jedenfalls solange sie sich unter Beachtung des Mindestabstands nach § 1 Satz 2 8. BayIfSMV im Freien aufhalten – die MNB zum ungehinderten Atmen von Frischluft abnehmen.

Beschluss des 20. Senats vom 10. November 2020

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Normenkontrollsache

* . **** ***** (*** . ** . ** . ****),
* . **** ***** (*** . ** . ** . ****),
** * *** * .
***** ***** ***** ** ***** ***** ***** ,
***** ***** ***** ** ***** ***** ***** ,
* . **** ***** ,
** * *** * ***** . ***** * * , ***** ***** ,

- ***** -

***** ** * *** * .
***** ***** ***** & *****
***** ***** ,
*****_****_*** . ** , ***** ***** ,

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch:
Landesanwaltschaft Bayern,
Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach,

- Antragsgegner -

wegen

Infektionsschutzrechts
(Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO);

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 20. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Kraheberger,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Kokoska-Ruppert,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Hahn

ohne mündliche Verhandlung am **10. November 2020**
folgenden

Beschluss:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Antragsteller tragen die Kosten des Verfahrens.
- III. Der Wert des Verfahrensgegenstands wird auf 10.000,00 Euro festgesetzt.

I.

- 1 1. Mit ihrem Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO verfolgen die Antragsteller das Ziel, den Vollzug von § 18 Abs. 2 der Achten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 30. Oktober 2020 (8. BayIfSMV – BayMBl. 2020 Nr. 616) einstweilen auszusetzen.
- 2 2. Der Antragsgegner hat am 30. Oktober 2020 durch das Staatsministerium für Gesundheit und Pflege die streitgegenständliche Verordnung erlassen, die auszugsweise folgenden Wortlaut hat:

„§ 18

Schulen

- 3
- 4 (1) Unterricht und sonstige Schulveranstaltungen sowie die Mittagsbetreuung an Schulen im Sinne des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) sind zulässig, wenn durch geeignete Maßnahmen sichergestellt ist, dass dem Infektionsschutz Rechnung getragen wird. Zu diesem Zweck haben die Schulen und die

Träger der Mittagsbetreuung ein Schutz- und Hygienekonzept auf der Grundlage eines ihnen von den Staatsministerien für Unterricht und Kultus und für Gesundheit und Pflege zur Verfügung gestellten Hygieneplans (Rahmenhygieneplan) auszuarbeiten und auf Verlangen der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde vorzulegen.

- 5 (2) Auf dem Schulgelände besteht Maskenpflicht. Unbeschadet des § 2 sind von dieser Pflicht ausgenommen
- 6 1. Schülerinnen und Schüler nach Genehmigung des aufsichtführenden Personals aus zwingenden pädagogisch-didaktischen oder schulorganisatorischen Gründen,
- 7 2. Schulverwaltungspersonal nach Erreichen des jeweiligen Arbeitsplatzes, sofern nicht weitere Personen anwesend sind.
- 8 Wird der Verpflichtung nach den Sätzen 1 und 2 nicht nachgekommen, soll die Schulleiterin oder der Schulleiter die Person des Schulgeländes verweisen; für Schülerinnen und Schüler gilt dies nur ab der Jahrgangsstufe 5. Die zuständige Kreisverwaltungsbehörde kann in begründeten Einzelfällen Ausnahmen von der Maskenpflicht am Platz zulassen, soweit dies aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist.“
- 9 Nach § 28 Satz 1 8. BayIfSMV tritt die Verordnung mit Ablauf des 30. November 2020 außer Kraft.
- 10 3. Die Antragstellerin zu 1. besucht die zweite, die Antragstellerin zu 2. die erste Klasse des Ganztagszugs einer Grundschule im Landkreis Starnberg; bei dem Antragsteller zu 3. handelt es sich um ihren vertretungs- und sorgeberechtigten Vater. Die Antragsteller haben mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2020, beim Verwaltungsgerichtshof eingegangen am selben Tag, einen Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO auf einstweilige Außervollzugsetzung zunächst des § 25a Abs. 2 Nr. 1 7. BayIfSMV vom 1. Oktober 2020 (BayMBI. 2020 Nr. 562) in der Fassung vom 18. Oktober 2020 (BayMBI. 2020 Nr. 589) gestellt, der sich nach Umstellung des Antrags mit Schriftsatz vom 3. November 2020 nunmehr gegen § 18 Abs. 2 8. BayIfSMV richtet. Sie beantragen zuletzt,
- 11 § 18 Abs. 2 8. BayIfSMV außer Vollzug zu setzen, soweit hierdurch die Verpflichtung von Schülerinnen und Schülern der Jahrgangsstufen 1 bis 4 zum

Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung (MNB) auch nach Einnahme des Sitzplatzes im jeweiligen Unterrichtsraum begründet wird,

- 12 hilfswise § 18 Abs. 2 8. BayIfSMV außer Vollzug zu setzen, soweit er nicht weitere Ausnahmetatbestände von der Pflicht zum Tragen einer MNB nach Einnahme des Sitzplatzes im jeweiligen Unterrichtsraum für Schülerinnen und Schüler der Jahrgangsstufen 1 bis 4, insbesondere ausdrücklich das regelmäßige, zeitweise Absetzen der MNB zu Erholungszwecken, vorsieht.
- 13 Zur Begründung des Eilantrags wird im Wesentlichen vorgetragen, die Antragstellerinnen zu 1. und zu 2. seien aufgrund der angegriffenen Regelung verpflichtet, während des gesamten Aufenthalts auf dem Schulgelände eine Mund-Nasen-Bedeckung (MNB) zu tragen. Als Schülerinnen des Ganztagszuges müssten sie eine MNB damit durchgehend bis zu acht Stunden täglich tragen, wobei die Zeiten der Maskenpflicht in den öffentlichen Verkehrsmitteln auf dem Schulweg noch hinzukomme. Die Maskenpflicht greife in verschiedene Grundrechte der Antragstellerinnen zu 1. und zu 2. ein: Sie beeinträchtige das Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung, da im Schulalltag die Möglichkeit des sozialen Austausches, der Kommunikation und der Kontaktaufnahme erheblich eingeschränkt und beeinflusst werde. Auch der Schutzbereich der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) sei eröffnet, da die Verpflichtung zum Tragen einer MNB über die gesamte Dauer des Aufenthalts auf dem Schulgelände – auch in Pausenzeiten auf dem Schulhof – das gesundheitliche Wohl der betroffenen Grundschüler nicht hinreichend berücksichtige. Speziell im Bereich der Grundschulen sei auch zu berücksichtigen, dass die Schüler altersbedingt nicht in der Lage seien, das Schulgelände während der Pausenzeiten zumindest kurzzeitig zu verlassen. Ausnahmen von der Maskenpflicht sehe die angegriffene Bestimmung lediglich aus zwingenden pädagogisch-didaktischen oder schulorganisatorischen Gründen vor. Eine Möglichkeit zum Absetzen der MNB zu Erholungszwecken gebe es für Schüler jedweder Jahrgangsstufen jedoch nicht. In Ansehung der langen Tragezeiten und der mehr als nur unerheblichen Beeinträchtigung müsse die Verordnung Ausnahmetatbestände selbst nennen und konkretisieren. Auch die Abweichungsmöglichkeit der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde nach § 18 Abs. 2 Satz 4 8. BayIfSMV stelle nicht sicher, dass die MNB im Laufe des Schultages kurzzeitig zu Erholungszwecken abgesetzt werden könne.

- 14 Für die genannten Grundrechtseingriffe fehle es an einer verfassungsrechtlich tragbaren, hinreichend bestimmten und parlamentarisch gedeckten gesetzlichen Grundlage. Offen sei auch, ob die angegriffenen Vorschriften sich überhaupt noch auf die Ermächtigungsgrundlage der §§ 32, 28 IfSG stützen ließen, da hiermit eine flächendeckende und dauerhafte Maßnahme eingeführt werden.
- 15 Aus einer am 4. November 2020 veröffentlichten Studie aus Hessen ergebe sich schließlich, dass Kinder jüngeren Alters das Infektionsgeschehen in keiner oder allenfalls zu vernachlässigenden Weise beeinflussten.
- 16 4. Der Antragsgegner tritt dem Antrag entgegen. Auf Anfrage des Senats, ob der Rahmenhygieneplan Schulen vom 2. Oktober 2020 weiterhin Geltung beanspruche, hat der Antragsgegner mitgeteilt, dieser werde an die jeweilige Pandemiesituation angepasst, sei derzeit aber im Grundsatz noch in Kraft. Eine aktualisierte Fassung werde den Schulen baldmöglichst zugestellt. Bei dem Plan handle es sich im Übrigen um eine Verwaltungsvorschrift, die mangels Außenwirkung nicht gerichtlich überprüft werden könne. Weiter hat der Antragsgegner auf Anfrage mitgeteilt, dass die Regelung des § 18 Abs. 2 Satz 4 8. BayIfSMV Ausnahmen von der Maskenpflicht am Platz nur in begründeten Einzelfällen zulasse. Bisher erteilte stadt- oder landkreisweit Ausnahmen verlören nach § 26 8. BayIfSMV mit Ablauf des 9. November 2020 ihre Gültigkeit und seien derzeit „schwerlich billigungsfähig“. Aufgrund der bayernweit massiv gestiegenen Inzidenzwerte sei es ein Anliegen des Antragsgegners, einem „Wildwuchs“ an Ausnahmen zu Maskenpflicht an Schulen entschlossen zu begegnen. Vorstellbar blieben mit entsprechender Begründung allenfalls noch schul- oder klassenbezogene Ausnahmen, nicht aber Ausnahmen für eine gesamte Stadt oder einen gesamten Landkreis.
- 17 5. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

- 18 Der zulässige Antrag hat in der Sache keinen Erfolg.
- 19 1. Haupt- und Hilfsantrag der Antragsteller sind nach § 88 VwGO sachgerecht so auszulegen, dass mit ihnen die Außervollzugsetzung des § 18 Abs. 2 8. BayIfSMV angestrebt wird. Die von den Antragstellern ausdrücklich beantragte Außervollzugsetzung

nur im Hinblick auf das Fehlen bestimmter Ausnahmeregeln wäre im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO weder zulässig noch erforderlich. Wenn es der von den Antragstellern für erforderlich gehaltenen Ausnahmen von der Regelung des § 18 Abs. 2 8. BaylFSMV bedürfte, wäre die angegriffene Bestimmung insgesamt außer Vollzug zu setzen, da sie ausnahmslose Geltung beansprucht und insofern nicht nur teilweise außer Vollzug gesetzt werden könnte (vgl. Schoch in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand 01/2020, § 47 Rn. 182). So verstanden, ist der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO zulässig. Insbesondere ist auch der Antragsteller zu 3. als Vater der Antragstellerinnen zu 1. und zu 2. antragsbefugt, da er durch die angegriffene Bestimmung in seinem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG betroffen sein kann (vgl. bereits BayVGh, B.v. 8.9.2020 – 20 NE 20.1999 – juris Rn. 17).

- 20 2. Der Antrag ist jedoch nicht begründet.
- 21 Die Voraussetzungen des § 47 Abs. 6 VwGO, wonach das Normenkontrollgericht eine einstweilige Anordnung erlassen kann, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist, liegen nicht vor. Die Erfolgsaussichten eines Normenkontrollantrags in der Hauptsache gegen § 18 Abs. 2 Satz 1 8. BaylFSMV sind unter Anwendung des Prüfungsmaßstabs im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO (a) bei der nur möglichen summarischen Prüfung als offen anzusehen (b). Eine Folgenabwägung geht zulasten der Antragsteller aus (c).
- 22 a) Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 u.a. – ZfBR 2015, 381 – juris Rn. 12; zustimmend OVG NW, B.v. 25.4.2019 – 4 B 480/19.NE – NVwZ-RR 2019, 993 – juris Rn. 9). Dabei erlangen die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Eilverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Normen befristet und je geringer damit die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag noch vor dem Außerkrafttreten der Normen ergehen kann. Das muss insbesondere dann gelten, wenn – wie hier – die in der Hauptsache angegriffenen Normen in quantitativer und qualitativer Hinsicht erhebliche Grundrechtseingriffe enthalten oder begründen, sodass sich das Normenkontrollverfahren (ausnahmsweise) als zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG geboten erweisen dürfte.

- 23 Ergibt demnach die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist. Lassen sich die Erfolgsaussichten nicht absehen, ist im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden. Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung nicht erginge, der Normenkontrollantrag aber später Erfolg hätte, und die Folgen, die entstünden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung erlassen würde, der Normenkontrollantrag aber später erfolglos bliebe. Die für eine einstweilige Außervollzugsetzung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, also so schwer wiegen, dass sie – trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache – dringend geboten ist (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 u.a. – ZfBR 2015, 381 – juris Rn. 12).
- 24 b) Nach diesen Maßstäben geht der Senat davon aus, dass die Erfolgsaussichten einer noch zu erhebenden Hauptsache bei summarischer Prüfung (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 – ZfBR 2015, 381 – juris Rn. 14) offen sind.
- 25 aa) Einerseits bestehen Zweifel, ob das der 8. BaylfSMV zugrunde liegende Regelungskonzept – das auch die Grundsatzentscheidung zur Durchführung von Präsenzunterricht in den Schulen unter gleichzeitiger Erstreckung der Maskenpflicht auch auf Grundschüler und die gesamte Aufenthaltsdauer auf dem Schulgelände umfasst – noch mit den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts bzw. des Bestimmtheitsgebots aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG vereinbar ist (vgl. dazu eingehend BayVGH, B.v. 4.11.2020 – 20 NE 20.2468 – abrufbar unter <https://www.vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/20a02468b.pdf>).

- 26 bb) Andererseits spricht bei summarischer Prüfung einiges dafür, dass es sich bei der angegriffenen Bestimmung des § 18 Abs. 2 Satz 1 BayIfSMV – jedenfalls bei verfassungskonformer Auslegung unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Rechte der Normadressaten – um einen noch verhältnismäßigen Eingriff handelt.
- 27 (1) Der Senat hält an seiner bereits wiederholt geäußerten Auffassung, dass die Maskenpflicht als Bestandteil des jeweils zugrunde liegenden Gesamtkonzepts der BayIfSMV zum Schutz vor einer ungehinderten Ausbreitung bzw. zur Kontrolle des Infektionsgeschehens voraussichtlich geeignet ist und für die Betroffenen im Regelfall keine unzumutbare Belastung darstellt, auch weiterhin fest (vgl. nur BayVGH, B.v. 7.9.2020 – 20 NE 20.1981 – juris [Unterricht an weiterführenden Schulen]; B.v. 26.6.2020 – 20 NE 20.1423 – juris [Gottesdienst]; B.v. 19.6.2020 – 20 NE 20.1337 – juris [öffentliche Verkehrsmittel, Groß- und Einzelhandel, Dienstleistungsbetriebe mit Kundenverkehr, Arztpraxen, Gastronomie], B.v. 5.5.2020 – 20 NE 20.926 – juris [Einzelhandel, öffentliche Verkehrsmittel]). Auch die generelle Erstreckung der Maskenpflicht auf die schulischen Unterrichtsveranstaltungen erscheint vor dem Hintergrund, dass der Antragsgegner an der Durchführung von Präsenzunterricht für Schüler aller Klassenstufen ungeachtet der vielfach fehlenden Möglichkeit zur Einhaltung von Mindestabständen in den Klassenzimmern und – abhängig von den Witterungsbedingungen und baulichen Gegebenheiten – eingeschränkten Belüftungsmöglichkeiten zunächst festhalten möchte, grundsätzlich nachvollziehbar und nicht sachwidrig. Dabei weisen die Antragsteller zwar zutreffend darauf hin, dass die erheblichen Unterschiede in den Regelungen der Länder zur Maskenpflicht in Schulen – soweit erkennbar, dürften derzeit in allen anderen Bundesländern Grundschüler von der Maskenpflicht im Unterricht zumindest im Regelfall befreit sein, vgl. z.B. § 3 Abs. 1 Nr. 6 CoronaVO (Baden-Württemberg); § 3 Abs. 1 Satz 2 2. CoronaVO (Hessen); § 13 Abs. 1 Satz 6 CoronaVO (Niedersachsen); § 12 Abs. 2 Satz 1 CoBeLVO (Rheinland-Pfalz); § 3 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b) SächsCoronaSchVO (Sachsen); § 5 Abs. 1 SchulencoronaVO (Schleswig-Holstein) – angesichts eines einheitlichen Infektionsgeschehens nur bedingt verständlich erscheinen. Die grundsätzliche Eignung der angegriffenen Bestimmung wird damit aber nicht in Frage gestellt.
- 28 Entgegen dem Vortrag der Antragsteller lässt sich anhand der gegebenen Datenlage auch nicht feststellen, dass jüngere (insbesondere Grund-)Schüler – selbst wenn diese statistisch bislang seltener betroffen sind als Erwachsene – sich mit dem SARS-CoV-2-Virus von vornherein nicht infizieren würden oder die Infektion nicht an andere

weitergeben könnten (vgl. RKI, Präventionsmaßnahmen in Schulen während der COVID-19-Pandemie, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Corona_virus/Praevention-Schulen.pdf;jsessionid=F2E9E16AA2D03DD0405DFB0B782E26BB.internet062?__blob=publicationFile, dort S. 2).

- 29 (2) Die hier angegriffene Bestimmung vertieft den mit der Pflicht zum Tragen einer MNB allgemein verbunden Eingriff jedoch insbesondere in zweierlei Hinsicht: Zum einen im Hinblick auf Schüler, die – wie die Antragstellerinnen zu 1. und zu 2. – noch der Schulpflicht unterliegen. Denn diese können sich der Maskenpflicht aufgrund der zugleich bestehenden Pflicht zum Schulbesuch (Art. 35 ff. BayEUG) schlechthin nicht – auch nicht zeitweise – dadurch entziehen, dass sie den Aufenthalt an dem der Maskenpflicht unterliegenden Ort aufgrund ihrer freien Willensentscheidung unterbrechen, verkürzen oder ganz meiden. Zum anderen zeichnet sich die Maskenpflicht nach § 18 Abs. 2 Satz 1 8. BayIfSMV dadurch aus, dass sie die Normadressaten jedenfalls nach dem Wortlaut der angegriffenen Vorschrift während der gesamten Dauer des Aufenthalts auf dem jeweiligen Schulgelände pausenlos zum Tragen einer MNB verpflichtet. Nachdem der – bei bestehender Schulpflicht sogar verpflichtende – Aufenthalt auf dem Schulgelände für Schüler sowie für das Unterrichts- und Verwaltungspersonal täglich einen ununterbrochenen Zeitraum von mehreren Stunden umfasst, erstreckt sich die durchgehende Maskenpflicht nach § 18 Abs. 2 Satz 1 8. BayIfSMV auf einen erheblichen Anteil des Alltags der meisten Personen, die sich auf dem Gelände von Schulen aufhalten. Dies gilt in besonderer Weise für jüngere Schüler, die das Schulgelände nicht in den Pausen kurzzeitig selbständig verlassen dürfen (vgl. § 22 Abs. 2 Satz 2 BaySchO).
- 30 Im Hinblick auf das gesteigerte Gewicht des mit der Maskenpflicht auf dem Gelände von Schulen verbundenen Eingriffs in die Rechte der Betroffenen erscheint es zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich zwingend, dass während eines nicht nur kurzfristigen Aufenthalts auf dem Schulgelände – über die in § 18 Abs. 2 Satz 2 8. BayIfSMV ausdrücklich geregelten Ausnahmen hinaus – zumindest in gewissen zeitlichen Abständen Gelegenheiten bestehen müssen, die MNB vorübergehend abnehmen zu können. Dabei bedarf es, zumal im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, keiner Entscheidung, bis zu welcher Dauer das ununterbrochene Tragen einer MNB noch zumutbar ist. Auch wenn sich arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen mangels Vergleichbarkeit wohl nicht als Beleg der Unzumutbarkeit bestimmter ununterbrochener Tragezeiten von MNB heranziehen lassen dürften (vgl. dazu BayVGH,

B.v. 8.9.2020 – 20 NE 20.1999 – juris Rn. 44 m.w.N.), ergibt sich aus ihnen doch eine medizinische Grundeinschätzung, dass bei längeren Tragezeiten von MNB auch Tragepausen erforderlich werden können. Zudem folgt aus dem (bisherigen) Fehlen verbindlicher Regelungen dieser Frage naturgemäß nicht, dass eine zeitlich unbeschränkte Trageverpflichtung zulässig wäre. Je nach Beschaffenheit der getragenen MNB – der Verordnungsgeber macht insofern bislang keinerlei qualitative Vorgaben – führt das Tragen von MNB zu einem mit dem Schutzniveau ansteigenden (deutlich) erhöhten Atemwiderstand. Daher korrespondiert mit der grundsätzlichen Zulässigkeit der Verpflichtung zum Tragen von MNB auch eine Pflicht des Verordnungsgebers, den Normadressaten Gelegenheiten zum Abnehmen der MNB einzuräumen. Das wird vor allem dann relevant, wenn und soweit die Maskenpflicht nicht nur kurzfristige und vorübergehende, sondern längerfristige Situationen betrifft und gilt umso mehr, je weniger sich die Betroffenen der jeweiligen Situation aus eigener Entschließung entziehen können.

- 31 Im Hinblick auf minderjährige Schüler kommt hinzu, dass aus kinder- und jugend-
medizinischer Sicht eine Maskenpflicht in der Schule ausdrücklich nur eingeschränkt
und mit Tragepausen empfohlen wird (vgl. Simon et al., <https://www.dakj.de/wp-content/uploads/2020/08/DAKJ-SN-Aufrechterhaltung-Regelbetrieb-Gemeinschafts-einrichtungen.pdf>, <Tabelle 1>; Deutsche Gesellschaft für Kinder- und Jugendmedizin e.V., https://www.dgkj.de/fileadmin/user_upload/Meldungen_2020/200504_DGKJ_Maskenempfehlung_aktualisiert.pdf).
- 32
- 33 Die ausdrücklich geregelten Ausnahmen nach § 18 Abs. 2 Satz 2 8. BayIfSMV kommen insoweit zur Herstellung der Verhältnismäßigkeit nicht in Betracht, da § 18 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 8. BayIfSMV gerade nicht die Belange der betroffenen Personen, sondern allein pädagogische oder organisatorische Gründe betrifft und § 18 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 8. BayIfSMV von vornherein nur dem Verwaltungspersonal der Schulen zugutekommt. Eine allgemeine Regelung, die in bestimmten zeitlichen Abständen oder unter bestimmten Bedingungen „Tragepausen“ zuließe, fehlt dagegen.
- 34 Das Fehlen einer in der angegriffenen Verordnung selbst geregelten Ausnahme ist jedoch – jedenfalls vorübergehend – hinzunehmen, weil sich zumindest im Wege der verfassungskonformen Auslegung ein verhältnismäßiger Norminhalt ermitteln lässt. Nach der allgemeinen Regelung des § 2 Nr. 3 8. BayIfSMV ist das Abnehmen der MNB zulässig, solange dies „aus zwingenden Gründen erforderlich“ ist. Ob das – kaum

abstrakt-generell abschätzbare – Bedürfnis nach ungehindertem Atmen von Frischluft nach längerem Tragen einer MNB einen solchen „zwingenden Grund“ darstellt, muss in der Regel letztlich eine individuelle Einzelfallentscheidung bleiben. Nachdem aber insbesondere jüngeren Schülern eine solche Entscheidung schon wegen möglicher Kollisionen mit dem Unterrichtsbetrieb nicht ohne weiteres zuzumuten ist und diese teilweise auch keine Möglichkeit haben, das Schulgelände zeitweise zu verlassen, bedarf es jedenfalls insoweit einer allgemeinen Auslegung dergestalt, dass zumindest die Möglichkeit bestehen muss, die MNB während der Schulpausen bei Bedarf vorübergehend abzunehmen.

- 35 Dabei lassen sich die Aussagen aus Ziff. 6.7 des aktuellen „Rahmenhygieneplans zur Umsetzung des Schutz- und Hygienekonzepts für Schulen nach der jeweils geltenden Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 6. November 2020 (Rahmenhygieneplan Schulen, derzeit nur abrufbar unter <https://www.km.bayern.de/ministerium/meldung/7061/aktualisierter-rahmen-hygieneplan-fuer-schulen-liegt-vor.html>) wenigstens als Auslegungshilfe heranziehen: Ziff. 6.7 des Rahmenhygieneplans Schulen sieht u.a. vor, dass wegen der Verpflichtung zum Tragen einer MNB auch während des Unterrichts, der schulischen Ganztagsangebote bzw. der Mittagsbetreuung „für Tragepausen/Erholungsphasen“ gesorgt werden solle und dass Schülern „in Ausnahmefällen“ gestattet werden könne, die MNB bei ausreichendem Mindestabstand auf den Pausenflächen sowie während einer Stoßlüftung im Klassenzimmer abzunehmen. Insofern belegt die ausdrückliche Erwähnung von „Tragepausen/Erholungsphasen“, dass der Antragsgegner die mit der angeordneten Maskenpflicht verbundenen Belastungen – jedenfalls im Hinblick auf Schüler – grundsätzlich ebenso erkannt hat wie die Notwendigkeit regelmäßiger Pausen. Dabei bedarf hier keiner Entscheidung, ob die den Schulen eingeräumten oder sogar nahegelegten („soll“) Abweichungsbefugnisse von der Vorgabe des § 18 Abs. 2 Satz 1 8. BayIfSMV im Rahmen einer – wie der Antragsgegner ausdrücklich vertritt – bloßen Verwaltungsvorschrift rechtswirksam geregelt werden könnte und ob die damit verbundene Delegation infektionsschutzrechtlicher Befugnisse auf die Schulen durch Verwaltungsvorschrift mit den §§ 65 ff. ZustV vereinbar wäre. Zumindest als Auslegungshilfe und verbindliche Willensäußerung des Antragsgegners erscheint die o.g. Bestimmung des Rahmenhygieneplans ohne weiteres ausreichend.

- 36 Vor diesem Hintergrund können sich Schüler in Ermangelung eines besonders geregelten Ausnahmetatbestands in § 18 Abs. 8. BayLfSMV auf einen hinreichend zwingenden Grund i.S.v. § 2 Nr. 3 Abs. 8. BayLfSMV berufen, wenn sie in den schulischen Pausenzeiten – jedenfalls solange sie sich unter Beachtung des Mindestabstands nach § 1 Satz 2 Abs. 8. BayLfSMV im Freien aufhalten – die MNB bei Bedarf zum ungehinderten Atmen von Frischluft abnehmen (vgl. etwa auch § 1 Abs. 3 Satz 2 der baden-württembergischen CoronaVO Schule, dazu VGH BW, B.v. 22.10.2020 – 1 S 3201/20 – juris Rn. 65).
- 37 c) Die bei offenen Erfolgsaussichten gebotene Folgenabwägung ergibt, dass die Interessen der Allgemeinheit am Schutz von Leib und Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) die Interessen der von der angegriffenen Vorschrift betroffenen Personen an einer vorläufigen Außervollzugsetzung der Norm überwiegen.
- 38 Das pandemische Geschehen verstärkt sich aktuell weiter in erheblichem Umfang. Nach dem Lagebericht des Robert-Koch-Instituts (RKI) vom 9. November 2020 (vgl. abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-11-09-de.pdf?__blob=publicationFile) ist weiter eine starke Zunahme der Übertragungen in der Bevölkerung in Deutschland zu beobachten. Der Anteil der COVID-19-Fälle in der älteren Bevölkerung, bei der die Wahrscheinlichkeit eines schweren Verlaufs deutlich erhöht ist, nimmt wieder zu. Die Zahl der intensivmedizinisch behandelten COVID-19-Fälle ist in den vergangenen zwei Wochen von 1.362 Patienten am 26. Oktober 2020 auf 3.005 Patienten am 9. November 2020 angestiegen.
- 39 In dieser Situation ergibt die Folgenabwägung, dass die zu erwartenden Folgen einer Außervollzugsetzung der angegriffenen Norm im Hinblick auf die damit einhergehende mögliche Eröffnung weiterer Infektionsketten schwerer ins Gewicht fallen als die Folgen ihres weiteren Vollzugs für die Interessen der Normadressaten, zumal nach Maßgabe der o.g. verfassungskonformen Auslegung gewährleistet ist, dass allen von der Maskenpflicht nach § 18 Abs. 2 Satz 1 Abs. 8. BayLfSMV Betroffenen regelmäßig Tragepausen im Freien einzuräumen sind. Gegenüber den bestehenden Gefahren für Leib und Leben durch eine in ihrem Verlauf und ihren Auswirkungen bisher nicht zuverlässig einzuschätzende Pandemie, vor der zu schützen der Staat nach dem

Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 GG verpflichtet ist, müssen die Interessen der Betroffenen derzeit zurücktreten (vgl. auch BVerfG, B.v. 15.7.2020 – 1 BvR 1630/20 – juris Rn. 25).

- 40 e) Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG. Da die von dem Antragsteller angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 30. November 2020 außer Kraft tritt (§ 28 Satz 1 8. BaylFSMV), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit hier nicht angebracht ist.
- 41 Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Kraheberger

Kokoska-Ruppert

Dr. Hahn