

B e s c h l u s s

In dem Verfahren über  
die Verfassungsbeschwerde  
und  
den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

des minderjährigen Kindes

Beschwerdeführerin und Antragstellerin,

Prozessbevollmächtigte:

gegen

1. den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 30. Juni 2021 – 13 B 1047/21.NE –
2. § 1 Abs. 3 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 im Bereich der Betreuungsinfrastruktur (Coronabetreuungsverordnung – CoronaBetrVO) vom 21. Mai 2021

hat die 3. Kammer des

VERFASSUNGSGERICHTSHOFS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 6. August 2021

durch

die Präsidentin Prof. Dr. D a u n e r - L i e b ,  
den Richter Prof. Dr. G r z e s z i c k und  
den Richter C l e m e n

gemäß § 58 Abs. 2, § 59 Abs. 2 und § 60 Satz 1 VerfGHG

einstimmig beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird als unzulässig zurückgewiesen.

Mit der Entscheidung in der Hauptsache erledigt sich der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung.

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Beschwerdeführerin ist Schülerin der 1. Klasse einer Grundschule in L. Sie besucht zudem den Offenen Ganztag an drei bis vier Nachmittagen die Woche. Sie wendet sich gegen § 1 Abs. 3 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 im Bereich der Betreuungsinfrastruktur (Coronabetreuungsverordnung – CoronaBetrVO) vom 21. Mai 2021. Dessen Satz 1 ordnet an, dass grundsätzlich alle Personen, die sich im Rahmen der schulischen Nutzung in einem Schulgebäude aufhalten, verpflichtet sind, eine medizinische Gesichtsmaske zu tragen. Soweit Schülerinnen und Schüler bis zur Klasse 8 aufgrund der Passform keine medizinische Gesichtsmaske tragen können, kann gemäß § 1 Abs. 3 Satz 3 CoronaBetrVO ersatzweise eine Alltagsmaske getragen werden; dies gilt insbesondere im Bereich der Primarstufe. Ausnahmen von dieser Maskenpflicht sind in § 1 Abs. 3 Satz 4 und Abs. 4 CoronaBetrVO geregelt.

2. Einen Antrag der Beschwerdeführerin auf vorläufige Außervollzugsetzung des § 1 Abs. 3 Satz 1 CoronaBetrVO in der durch Art. 2 der 29. Verordnung zur Änderung von Rechtsverordnungen zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 vom 16. Juni 2021 (GV. NRW. S. 722a) geänderten Fassung, soweit darin die Pflicht zum Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske bzw. einer Alltagsmaske

auch für Schülerinnen und Schüler der Schulen der Primarstufe während des Unterrichts und nach Einnahme des Sitzplatzes angeordnet ist, lehnte das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen mit Beschluss vom 30. Juni 2021 ab. Ebenso lehnte es den hilfsweise gestellten Antrag ab, im Wege der einstweiligen Anordnung den § 1 Abs. 3 Satz 4 CoronaBetrVO um einen weiteren Ausnahmetatbestand zu ergänzen.

Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, der zulässige Hauptantrag sei unbegründet. Ein in der Hauptsache noch zu erhebender Normenkontrollantrag der Beschwerdeführerin sei nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nur möglichen summarischen Prüfung nicht offensichtlich begründet. Die deswegen anzustellende Folgenabwägung falle zu Lasten der Beschwerdeführerin aus. Der hilfsweise gestellte Antrag auf Ergänzung der angegriffenen Rechtsnorm um einen weiteren Ausnahmetatbestand sei bereits unzulässig.

**3.** Mit ihrer Verfassungsbeschwerde und ihrem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beanstandet die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihrer Grundrechte sowohl durch § 1 Abs. 3 CoronaBetrVO als auch den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts. Die mit § 1 Abs. 3 CoronaBetrVO angeordnete Maskenpflicht sei unverhältnismäßig. Auch der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts vom 30. Juni 2021 verletze ihre Grundrechte, weil das Gericht dieser Rechtsverletzung mit unhaltbaren Erwägungen nicht durch vorläufige Außervollzugsetzung der angegriffenen Rechtsnorm abgeholfen habe.

## **II.**

**1.** Die Verfassungsbeschwerde wird gemäß § 58 Abs. 2 Satz 1, § 59 Abs. 2 Satz 1 VerfGHG durch die Kammer zurückgewiesen, weil sie unzulässig ist.

**a)** Soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen den die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes versagenden Beschluss des Oberverwaltungsgerichts richtet, ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin die sich aus § 54 Satz 1 VerfGHG ergebenden Anforderungen an die Erschöpfung des fachgerichtlichen Rechtswegs erfüllt hat.

**aa)** Ist gegen die behauptete Verletzung der Rechtsweg zulässig, kann nach § 54 Satz 1 VerfGHG die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden.

Das in § 54 Satz 1 VerfGHG enthaltene Gebot der Rechtswegerschöpfung vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde ist eine Ausprägung des verfassungsprozessualen Grundsatzes der Subsidiarität, wonach die Beschwerdeführerin alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten zu ergreifen hat, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in dem unmittelbar mit ihr zusammenhängenden sachnächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen. Die Beschwerdeführerin muss bereits im Ausgangsverfahren alle prozessualen Möglichkeiten ausschöpfen, um es gar nicht erst zu dem Verfassungsverstoß kommen zu lassen oder um die geschehene Grundrechtsverletzung zu beseitigen. Die Individualverfassungsbeschwerde soll im Hinblick auf den umfassenden Rechtsschutz durch die Fachgerichtsbarkeit nicht einen wahlweisen Rechtsbehelf gewähren, sondern nur dann zulässig sein, wenn sie trotz Erschöpfung der regelmäßigen verfahrensrechtlichen Möglichkeiten zur Verhinderung einer Grundrechtsverletzung erforderlich wird. Die Voraussetzung des vorherigen Ausschöpfens aller prozessualer Möglichkeiten ist in der Regel nicht erfüllt, wenn der mit der Verfassungsbeschwerde behauptete Mangel im Instanzenzug des fachgerichtlichen Verfahrens deshalb nicht nachgeprüft werden konnte, weil er nicht oder nicht in ordnungsgemäßer Form gerügt worden ist. Bleibt ein an sich gegebenes Rechtsmittel mangels Nutzung der verfahrensrechtlichen Möglichkeiten erfolglos, ist eine Verfassungsbeschwerde regelmäßig unzulässig (vgl. zum Ganzen VerfGH

NRW, Beschluss vom 27. April 2021 – VerfGH 115/20.VB-1, juris, Rn. 26, m. w. N.).

Hieraus folgt unter anderem die Obliegenheit des Beschwerdeführers, dem Fachgericht fristgerecht und unter Einhaltung der sich aus dem Prozessrecht ergebenden Darlegungsanforderungen alle Umstände vorzubringen, die möglicherweise zum Erfolg seines Rechtsbehelfs und damit zur Behebung bzw. Verhinderung der gerügten Grundrechtsverletzung bereits im fachgerichtlichen Verfahren führen könnten (vgl. VerfGH NRW, Beschlüsse vom 20. Dezember 2019 – VerfGH 45/19.VB-1, NWVBl. 2020, 160 = juris, Rn. 13 ff., vom 15. Dezember 2020 – VerfGH 180/20.VB-2, juris, Rn. 12, und vom 27. April 2021 – VerfGH 43/21.VB-1, juris, Rn. 9).

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen muss sich, soweit dies nicht ohnehin auf der Hand liegt, gemäß den sich aus § 18 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1, § 55 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 VerfGHG ergebenden Darlegungsanforderungen aus der Begründung der Verfassungsbeschwerde ergeben (vgl. VerfGH NRW, Beschlüsse vom 25. August 2020 – VerfGH 126/20.VB-3, juris, Rn. 12, vom 27. April 2021 – VerfGH 8/21.VB-2, juris, Rn. 9, und vom 27. April 2021 – VerfGH 43/21.VB-1, juris, Rn. 8).

**bb)** Vorliegend ist nicht erkennbar, dass die Beschwerdeführerin sämtliche der von ihr mit der Verfassungsbeschwerde vorgetragene Erkenntnismittel über das Infektionsgeschehen und die Auswirkungen der Maskenpflicht, aus denen sie selbst die Unverhältnismäßigkeit der Maskenpflicht an Schulen ableitet, auch dem Oberverwaltungsgericht vorgetragen und solchermaßen effektiv das ihr Mögliche und Zumutbare beigetragen hätte, um auf eine ihrem Rechtsschutzbegehren abhelfende Entscheidung des Fachgerichts hinzuwirken. Auch hat die Beschwerdeführerin weder dargelegt noch ist dies offensichtlich, dass ihr ein solcher Vortrag unmöglich oder unzumutbar gewesen sein könnte, dem Oberverwaltungsgericht diese Er-

kenntnismittel ohnedies bekannt gewesen seien oder sie ohnehin von vornherein ungeeignet gewesen wären, dessen Entscheidung zugunsten der Beschwerdeführerin zu beeinflussen.

**cc)** Dies ist nicht deshalb unerheblich, weil der Verfassungsgerichtshof nach Maßgabe des § 54 Satz 2 VerfGHG ohne Rechtswegerschöpfung über eine Verfassungsbeschwerde entscheiden kann. Diese Möglichkeit ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nur vor Erschöpfung des Rechtswegs eröffnet. Damit kann der Verfassungsgerichtshof nicht über eine nach abgeschlossenem Instanzenzug eingelegte Verfassungsbeschwerde sachlich entscheiden, wenn die mit ihr gerügte Verletzung in den vorangegangenen Rechtszügen nicht ordnungsgemäß geltend gemacht war, obwohl sie dort nach den einschlägigen Verfahrensvorschriften hätte geltend gemacht werden müssen (vgl. VerfGH NRW, Beschluss vom 20. Dezember 2019 – VerfGH 45/19.VB-1, NWVBl. 2020, 160 = juris, Rn. 17, m. w. N.).

**b)** Soweit sich die Beschwerdeführerin unmittelbar gegen § 1 Abs. 3 CoronaBetrVO wendet, ist nicht gemäß § 18 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1, § 55 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 VerfGHG hinreichend dargelegt, dass sie durch diese Rechtsnorm möglicherweise (noch) in ihren in der Landesverfassung enthaltenen Rechten verletzt ist (vgl. Art. 75 Nr. 5a LV, § 53 Abs. 1 VerfGHG).

Am 5. Juli 2021 haben in Nordrhein-Westfalen die Sommerferien begonnen. Gemäß § 5 Abs. 2 CoronaBetrVO tritt die angegriffene Rechtsnorm mit Ablauf des 14. August 2021 und damit vor Ende der Sommerferien (17. August 2021) außer Kraft. Von der Maskenpflicht während des Unterrichts ist die Beschwerdeführerin damit nicht mehr berührt.

Obwohl sie – insoweit in Einklang mit ihrem Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes beim Oberverwaltungsgericht – in ihrer Verfassungsbeschwerde ausführt, sie wende sich gegen § 1 Abs. 3 CoronaBetrVO, „soweit darin die Pflicht

zum Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske bzw. einer Alltagsmaske auch für Schüler der Schulen der Primarstufe während des Unterrichts und nach Einnahme des Sitzplatzes angeordnet ist“ (S. 10 ihres Schriftsatzes vom 13. Juli 2021), lässt ihre Begründung die Annahme zu, sie wende sich darüber hinaus auch gegen die Maskenpflicht während der außerunterrichtlichen Betreuung im sog. Offenen Ganztage (vgl. etwa S. 7, 10 und 12 ihres Schriftsatzes vom 13. Juli 2021). Doch selbst wenn ihr mit der Verfassungsbeschwerde verfolgtes Rechtsschutzziel in diesem weiteren Sinne zu verstehen sein sollte, wäre die Verfassungsbeschwerde – unabhängig von dem mit Blick auf den dahinter zurückbleibenden Sachantrag beim Oberverwaltungsgericht diesbezüglich womöglich nicht gemäß § 54 Satz 1 VerfGHG erschöpften Rechtsweg – unzulässig, weil auch insoweit nicht die Möglichkeit einer Verletzung ihrer in der Landesverfassung enthaltenen Rechte aufgezeigt wäre.

Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin die Betreuung im Offenen Ganztage derzeit überhaupt in Anspruch nehmen könnte oder wollte. Das außerunterrichtliche Betreuungsangebot des Offenen Ganztages findet während der Sommerferien grundsätzlich für drei Wochen nicht statt (vgl. [www.bildung.koeln.de/schule/ganztagsangebote/ogts/teilnahme\\_zeiten/index.html](http://www.bildung.koeln.de/schule/ganztagsangebote/ogts/teilnahme_zeiten/index.html), zuletzt abgerufen am 2. August 2021). Außerdem habe ausweislich der als Anlage 6 vorgelegten eidesstattlichen Versicherung ihrer Mutter vom 13. Juli 2021 die Beschwerdeführerin „aufgrund der Maskenpflicht in den letzten Wochen die Ganztagsbetreuung“ verweigert, weshalb ihre Mutter „sie dann regelmäßig nach dem Unterricht mittags abholt“ habe. In diesem Zusammenhang trägt die Begründung der Verfassungsbeschwerde auch nicht dem Umstand hinreichend Rechnung, dass die Anordnung einer Maskenpflicht während des Unterrichts wegen der insoweit bestehenden Teilnahmepflicht (vgl. § 43 Abs. 1 Satz 1 SchulG NRW) anders zu beurteilen sein könnte als eine Maskenpflicht während der außerunterrichtlichen Betreuung im Offenen Ganztage, der die Beschwerdeführerin ausweislich der eidesstattlichen Versicherung ihrer Mutter offenbar entgehen kann.

**2.** Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, der auf eine vorläufige Regelung bis zur Entscheidung in der Hauptsache gerichtet ist, erledigt sich mit dem Beschluss über die Verfassungsbeschwerde.

Prof. Dr. Dauner-Lieb

Prof. Dr. Grzeszick

Clemen