

# Beglaubigte Abschrift



	RA Synofzik			
EB				Ab
PZU	19. März 2021			UmA
E/R				WV
		DS	Stn.	Bh

## Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht

### Beschluss

13 MN 118/21

In der Verwaltungsrechtssache

der  
Krei

– Antragstellerin –

Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt Synofzik,  
Mitteldorfstraße 13, 37083 Göttingen, - 127/21 SY01/JT -

gegen

das Land Niedersachsen,  
vertreten durch das Niedersächsische Ministerium  
für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung,  
dieses vertreten durch die Ministerin,  
Hannah-Arendt-Platz 2, 30159 Hannover, - Z/4-05213/1-60/21 -

– Antragsgegner –

Streitgegenstand: Infektionsschutzrechtliche Verordnung (MS, VO v. 30.10.2020  
i.d.F. v. 12.3.2021, § 14a Abs. 1 - Untersagung von Einzelmusik-  
unterricht)  
- Normenkontrolle -  
- vorläufiger Rechtsschutz -

hat das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht - 13. Senat - am 19. März 2021 be-  
schlossen:

§ 14a Abs. 1 Satz 1 der Niedersächsischen Verordnung  
über Maßnahmen zur Eindämmung des Corona-Virus

SARS-CoV-2 (Niedersächsische Corona-Verordnung) vom 30. Oktober 2020 (Nds. GVBl. S. 368), zuletzt geändert durch Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Corona-Verordnung vom 12. März 2021 (Nds. GVBl. S. 120), wird vorläufig außer Vollzug gesetzt, soweit er den Musikunterricht untersagt, der als Einzelunterricht durch eine Lehrkraft gegenüber einem Schüler oder einer Schülerin erteilt wird.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert des Verfahrens wird auf 5.000 EUR festgesetzt.

## Gründe

I. Der von der Antragstellerin sinngemäß (§§ 88, 122 Abs. 1 VwGO) gestellte Normenkontrollantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO,

§ 14a Abs. 1 Satz 1 der (8.) Niedersächsischen Verordnung über Maßnahmen zur Eindämmung des Corona-Virus SARS-CoV-2 (Niedersächsische Corona-Verordnung) vom 30. Oktober 2020 (Nds. GVBl. S. 368), zuletzt geändert durch Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Corona-Verordnung vom 12. März 2021 (Nds. GVBl. S. 120) vorläufig außer Vollzug zu setzen, soweit dadurch Musikunterricht untersagt wird, der als Einzelunterricht durch eine Lehrkraft gegenüber einem Schüler oder einer Schülerin erteilt wird,

hat Erfolg.

Der Antrag ist zulässig (1.) und begründet (2.). Diese Entscheidung, die nicht den prozessrechtlichen Vorgaben des § 47 Abs. 5 VwGO unterliegt (vgl. Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. 2017, Rn. 607; Hoppe, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 47 Rn. 110 ff.), trifft der Senat ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss (vgl. Niedersächsisches OVG, Beschl. v. 12.6.2009 - 1 MN 172/08 -, juris Rn. 4 m.w.N.) und gemäß § 76 Abs. 2 Satz 1 NJG ohne Mitwirkung der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter.

1. Der Antrag ist zulässig.

a) Er ist nach § 47 Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 1 Nr. 2 VwGO und § 75 NJG statthaft. Die (8.) Niedersächsische Verordnung über Maßnahmen zur Eindämmung des

Corona-Virus SARS-CoV-2 (Niedersächsische Corona-Verordnung) vom 30. Oktober 2020 (Nds. GVBl. S. 368) in der Fassung der Änderungsverordnung vom 12. März 2021 ist eine im Range unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift im Sinne des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO in Verbindung mit § 75 NJG (vgl. zu den insoweit bestehenden Anforderungen: Senatsbeschl. v. 31.1.2019 - 13 KN 510/18 -, NdsRpfl. 2019, 130 f. - juris Rn. 16 ff.). Angegriffen ist nur das Verbot des Präsenzunterrichts aus § 14a Abs. 1 Satz 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung, soweit es sich auf den Musikunterricht als Einzelunterricht bezieht. Diese Regelung lautet im Zusammenhang:

**„§ 14a Außerschulische Bildung.**

(1) *<sup>1</sup>Im Bereich der außerschulischen Bildung, vor allem in Volkshochschulen, Musikschulen und Einrichtungen der kulturellen Bildung, ist der Präsenzunterricht sowie in diesem Bereich auch der aufsuchende Unterricht, ausgenommen der praktische Fahrunterricht, untersagt. <sup>2</sup>Weiterhin zulässig sind die Durchführung von Prüfungen und die Bildungsberatung. <sup>3</sup>Ferner ist der Präsenzunterricht für Abschlussklassen der Vorbereitungskurse für staatliche Schulabschlüsse im Zweiten Bildungsweg zulässig, wobei die Gruppengröße in der Regel 16 Personen nicht überschreiten darf. <sup>4</sup>Die Vorgaben des § 2 Abs. 2 sind in den Fällen der Sätze 2 und 3 einzuhalten.*

(2) ...“

b) Der Antrag ist auch zutreffend gegen das Land Niedersachsen als normerlassende Körperschaft im Sinne des § 47 Abs. 2 Satz 2 VwGO gerichtet. Das Land Niedersachsen wird durch das Niedersächsische Ministerium für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung vertreten (vgl. Nr. II. des Gemeinsamen Runderlasses der Staatskanzlei und sämtlicher Ministerien, Vertretung des Landes Niedersachsen, v. 12.7.2012 (Nds. MBl. S. 578), zuletzt geändert am 15.9.2017 (Nds. MBl. S. 1288), in Verbindung mit Nr. 4.22 des Beschlusses der Landesregierung, Geschäftsverteilung der Niedersächsischen Landesregierung, v. 17.7.2012 (Nds. MBl. S. 610), zuletzt geändert am 18.11.2019 (Nds. MBl. S. 1618)).

c) Die Antragstellerin, die in Göttingen als Klavierlehrerin tätig ist, ist hinsichtlich des allein angegriffenen § 14a Abs. 1 Satz 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung entsprechend § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO antragsbefugt.

Sie kann geltend machen, durch diese Norm, soweit sie den Musikunterricht als Präsenzunterricht verbietet, möglicherweise in ihrem Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt zu sein (vgl. zu dieser Qualifizierung des Eingriffs: Senatsbeschl. v. 16.4.2020 - 13 MN 77/20 -, juris Rn. 29); auch eine Verletzung in ihrem dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG korrespondierenden Grundrecht ist nicht gänzlich ausgeschlossen.

Der Musikunterricht ist thematisch der (ersichtlich außerschulischen) Bildung zuzuordnen. Dies folgt bereits aus dem Verordnungstext selbst, da ausdrücklich und „vor allem“ in Volkshochschulen, Musikschulen und Einrichtungen der kulturellen Bildung der Präsenzunterricht und auch der aufsuchende Unterricht untersagt wird. Somit unterfällt auch der Präsenzunterricht durch eine selbständig tätige Klavierlehrerin dem Verbot des § 14a Abs. 1 Satz 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung.

2. Der Normenkontrollantrag erweist sich auch als begründet.

Nach § 47 Abs. 6 VwGO kann das Gericht in Normenkontrollverfahren auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind zunächst die Erfolgsaussichten eines Normenkontrollantrages im Hauptsacheverfahren, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen. Ergibt diese Prüfung, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht im Sinne von § 47 Abs. 6 VwGO zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag voraussichtlich Erfolg haben 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 des Normenkontrollverfahrens nicht abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden. Gegenüberzustellen sind im Rahmen der sog. „*Doppelhypothese*“ diejenigen Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, der Normenkontrollantrag aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Normenkontrollantrag aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe müssen die gegenläufigen Interessen deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 30.4.2019 - BVerwG 4 VR 3.19 -, juris Rn. 4 (zur Normenkontrolle eines Bebauungsplans); OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 22.10.2019 - 6 B 11533/19 -, juris Rn. 5 (zur Normenkontrolle einer Rechtsverordnung über die Freigabe eines verkaufsoffenen

Außervollzugsetzung des § 14a Abs. 1 Satz 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung, soweit dieser sich auf den Musikunterricht in Form des Einzelunterrichts bezieht, nach § 47 Abs. 6 VwGO gebietet.

Eine Unterminierung des Schutzkonzepts des Antragsgegners steht demgegenüber nicht zu befürchten. Denn die vorläufige Außervollzugsetzung des § 14a Abs. 1 Satz 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung, soweit er sich auf den Präsenzeinzelunterricht durch Musiklehrer bezieht, hat lediglich zur Folge, dass mangels anwendbarer *spezieller* Verbotsregeln für den Einzelunterricht durch Musiklehrer deren Tätigkeit nunmehr - in der Zwischenphase - den *allgemeinen* Regeln über die Kontaktbeschränkungen für private Zusammenkünfte im privat genutzten Raum (§ 2 Abs. 1 Satz 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung) unterfällt, bis der Ordnungsgeber sich entschließt, etwaig entstandene „Lücken“ durch eine verfassungskonforme Neuregelung zu füllen. Nach dieser subsidiär heranziehbaren Vorschrift wäre Musikunterricht im privat genutzten Raum zulässig, soweit daran neben dem Musiklehrer nur jeweils ein Schüler oder eine Schülerin, sofern nicht mehrere Schüler aus demselben Haushalt stammen, teilnehmen. Darüber hinaus gehender Unterricht, insbesondere für mehrere Personen oder als Kleingruppe (z.B. Band, Orchester), blieben danach hingegen vorerst unzulässig.

c) Die einstweilige Außervollzugsetzung wirkt nicht nur zugunsten der Antragstellerin in diesem Verfahren; sie ist allgemeinverbindlich (vgl. Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. 2017, Rn. 611). Der Antragsgegner hat die hierauf bezogene Entscheidungsformel in entsprechender Anwendung des § 47 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 VwGO unverzüglich im Niedersächsischen Gesetz- und Verordnungsblatt zu veröffentlichen.

II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

III. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG. Es entspricht der Praxis des Senats, in Normenkontrollverfahren in der Hauptsache nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO grundsätzlich den doppelten Auffangwert im Sinne des § 52 Abs. 2 GKG, mithin 10.000 EUR, als Streitwert anzusetzen (vgl. Senatsbeschl. v. 31.1.2019 - 13 KN 510/18 -, Nds. Rpfl. 2019, 130 f. - juris Rn. 29). Dieser Streitwert ist für das Verfahren auf sofortige Außervollzugsetzung der Verordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO zu halbieren.

Verfügung stehen und diese mehr als 1,5 m voneinander entfernt platziert werden, sei es, dass auf das praktische Zeigen von Übungen verzichtet wird. So können technische Fehler auch mit entsprechendem Abstand gesehen und verbal korrigiert werden, ohne dass eine Unterschreitung des Mindestabstands notwendig würde. Im Übrigen liegt es nahe, dass im Rahmen eines Präsenzunterrichts von Musiklehrern die Einhaltung eines Hygienekonzepts, das u.a. die Einhaltung von Mindestabständen vorsieht, eher funktioniert als bei rein „privat organisierten“ Treffen von Musikern, unabhängig davon, ob diese zeitgleich mit mehreren Instrumenten oder nacheinander an demselben Instrument spielen.

(bb) Der vom Antragsgegner und auch - im Zusammenhang mit der Öffnung von Hundeschulen - in der Judikatur (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 30.12.2020 - 13 B 1787/20.NE -, Rn. 101 a.E.) betonte Umstand, dass ein Musiklehrer bei Zulassung eines Präsenzunterrichts im Laufe eines Tages zahlreiche nacheinander erfolgende (serielle) Kontakte mit verschiedenen Schülerinnen und Schülern haben und daher einen „Superspreader“ darstellen könne, ist bei der vergleichbaren privaten, nicht-institutionalisierten Zusammenkunft in gleicher Weise gegeben; diese sukzessive Kontakthäufung wird insbesondere von den allgemeinen Regelungen des § 2 Abs. 1 Satz 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung ersichtlich bewusst hingenommen (vgl. Senatsbeschl. v. 3.3.2021 - 13 MN 67/21 -, juris Rn. 27). Diese für die Vergleichskonstellation geltende Regelung zielt lediglich darauf ab, im Interesse des Infektionsschutzes im Wege der zeitlichen Trennung zumindest eine gleichzeitige (simultane, parallele) Kontakthäufung zu vermeiden, die mit nochmals verstärkten Infektionsgefahren einherginge, und damit zugleich den Anreiz, sich überhaupt zusammenzufinden, insgesamt zu senken (vgl. hierzu bereits Senatsbeschl. v. 3.3.2021 - 13 MN 67/21 -, juris Rn. 27; Senatsbeschl. v. 18.1.2021 - 13 MN 11/21 -, juris Rn. 36 ff.).

(cc) Nach alledem verbleiben nach Auffassung des Senats im Ergebnis keine so gewichtigen Unterschiede zwischen den gebildeten Vergleichsgruppen, die es rechtfertigten, dass ein nahezu identisches äußeres Verhalten einmal nach allgemeinen Regeln erlaubt ist und ein anderes Mal nur deshalb verboten wird, weil es institutionalisiert durch einen Musiklehrer veranstaltet wird.

b) Der zu konstatierende Gleichheitsverstoß führt zu einer Verletzung der Antragstellerin als Musiklehrerin in ihrem damit korrespondierenden Gleichheitsgrundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG und begründet mit Blick auf die Unzulässigkeit des von ihr angebotenen Präsenzklavierunterrichts zugleich einen gewichtigen Nachteil, der eine vorläufige

Hiernach sind die sich aus dem Gleichheitssatz ergebenden Grenzen für die Infektionsschutzbehörde weniger streng (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.4.2020 - OVG 11 S 22/20 -, juris Rn. 25). Auch kann die strikte Beachtung des Gebots innerer Folgerichtigkeit nicht eingefordert werden (vgl. Hamburgisches OVG, Beschl. v. 26.3.2020 - 5 Bs 48/20 -, juris Rn. 13). Zudem ist die sachliche Rechtfertigung nicht allein anhand des infektionsschutzrechtlichen Gefahrengrades der betroffenen Tätigkeit zu beurteilen. Vielmehr sind auch alle sonstigen relevanten Belange zu berücksichtigen, etwa die Auswirkungen der Ge- und Verbote für die betroffenen Unternehmen und Dritte und auch öffentliche Interessen an der uneingeschränkten Aufrechterhaltung bestimmter unternehmerischer Tätigkeiten (vgl. Senatsbeschl. v. 14.4.2020 - 13 MN 63/20 -, juris Rn. 62). Auch die Überprüfbarkeit der Einhaltung von Ge- und Verboten kann berücksichtigt werden (vgl. Senatsbeschl. v. 9.6.2020 - 13 MN 211/20 -, juris Rn. 41).

(2) Selbst nach diesem Maßstab ist eine Ungleichbehandlung des Präsenzeinzelunterrichts der Musiklehrer mit sonstigen Zusammenkünften zweier Personen im privat genutzten Raum ((a)) zu verzeichnen, die nicht gerechtfertigt werden kann ((b)).

(a) Während der Präsenzunterricht einzelner Schüler durch Musiklehrer, gleichgültig ob er in den Räumlichkeiten des Schülers oder den Räumlichkeiten des Lehrers stattfinden soll, verboten ist, sind private Zusammenkünfte - auch zum gemeinsamen nicht „institutionalisierten“ Musizieren und ohne die Notwendigkeit zur Einhaltung von Hygienekonzepten oder Mindestabständen - mit bis zu fünf Personen aus zwei Haushalten zulässig (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung).

(b) Die vom Antragsgegner zu Rechtfertigungszwecken ins Feld geführten Unterschiede zwischen diesen beiden Konstellationen bestehen bei Lichte besehen im Hinblick auf die dadurch ausgelösten Begegnungen von Menschen nicht oder sind jedenfalls nicht von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie die durch § 14a Abs. 1 Satz 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung bewirkte Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten.

(aa) Nicht ersichtlich ist, dass bei einem professionellen Musikunterricht die erhöhte Gefahr einer Unterschreitung des Mindestabstands von 1,5 m (vgl. § 2 Abs. 2 der Niedersächsischen Corona-Verordnung) zwischen dem Musiklehrer und dem jeweils einzigen Schüler gegeben wäre als in den genannten privaten Konstellationen. Der Musikunterricht kann in zahlreichen Konstellationen auch unter dauerhafter Einhaltung des Mindestabstands durchgeführt werden, sei es dadurch, dass mehrere Instrumente zur

Sonntags); Sächsisches OVG, Beschl. v. 10.7.2019 - 4 B 170/19 -, juris Rn. 20 (zur Normenkontrolle einer Rechtsverordnung zur Bildung und Arbeit des Integrationsbeirats); Niedersächsisches OVG, Beschl. v. 11.5.2018 - 12 MN 40/18 -, juris Rn. 24 ff. (zur Normenkontrolle gegen die Ausschlusswirkung im Flächennutzungsplan) jeweils m.w.N.).

Unter Anwendung dieser Grundsätze ist § 14a Abs. 1 Satz 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen, soweit danach der Musikunterricht als Präsenzunterricht untersagt ist, der als Einzelunterricht durch eine Lehrkraft gegenüber einer Schülerin oder einem Schüler erteilt wird.

a) Ein in der Hauptsache noch zu stellender Normenkontrollantrag der Antragstellerin gegen das Verbot des Musikeinzelunterrichts als Präsenzunterricht aus § 14a Abs. 1 Satz 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung wäre voraussichtlich begründet. Denn diese Regelung ist rechtswidrig.

aa) Ob diese Regelung freiheitsgrundrechtlich den Anforderungen genügt, die Art. 12 Abs. 1 GG an Vorgaben und Verbote für freiberufliche Musiklehrer wie die Antragstellerin stellt, kann dahinstehen.

bb) Denn sie verstößt jedenfalls gegen das allgemeine Gleichheitsgebot.

(1) Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.2.2012 - 1 BvL 14/07 -, BVerfGE 130, 240, 252 - juris Rn. 40; Beschl. v. 15.7.1998 - 1 BvR 1554/89 u.a. -, BVerfGE 98, 365, 385 - juris Rn. 63). Es sind nicht jegliche Differenzierungen verwehrt, allerdings bedürfen sie der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen reichen die Grenzen für die Normsetzung vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse. Insoweit gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.7.2012 - 1 BvL 16/11 -, BVerfGE 132, 179, 188 - juris Rn. 30; Beschl. v. 21.6.2011 - 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49, 69 - juris Rn. 65; Beschl. v. 21.7.2010 - 1 BvR 611/07 u.a. -, BVerfGE 126, 400, 416 - juris Rn. 79).



Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Dr. Weichbrodt

Dr. Schütz

Dr. Finger

Beglaubigt  
Lüneburg, 19.03.2021

- elektronisch signiert -  
Brumm  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle