

# Referendarexamensklausur Öffentliches Recht: Das Schulbetretungsverbot

Von Wiss. Mitarbeiter Ass. iur. Dr. Nils Schaks, licencié en droit (Paris X-Nanterre), Berlin

*Die Klausur wurde vom Verf. im Wintersemester 2012/2013 im Rahmen des Examensklausurenkurses des Universitätsrepetitoriums der Freien Universität Berlin gestellt. Die Klausur beruht auf einem Urteil des BVerwG (BVerwGE 142, 205). Kenntnisse im Infektionsschutzrecht wurden nicht erwartet. Positiv für die Bewertung war es, wenn der Sachverhalt aufgegriffen und möglichst ausgeschöpft wurde. Ebenfalls positiv wurde es bewertet, wenn die abgedruckten Vorschriften des IfSG ausgewertet und argumentativ herangezogen wurden. Die durchschnittliche Punktzahl betrug 4,5; die Nichtbestehensquote lag bei 28 %.*

## Sachverhalt

K ist 14 Jahre alt. Er besucht die 6. Klasse der Kooperativen Gesamtschule in Berlin-Wedding (im Folgenden: KGS). Am Dienstag, den 29.5.2007, erhielt die zuständige Behörde (B) Kenntnis von der Masern-Erkrankung eines die Grundschule in Wedding besuchenden Schülers. Die Grundschule und die KGS sind räumlich mehrere hundert Meter voneinander getrennt. Beide Schulen nutzen gemeinsam die Bibliothek, die Bushaltestelle und die Spielmöglichkeiten; die KGS veranstaltet zudem in den Räumen der Grundschule einen Kochkurs. Der erkrankte Grundschüler hatte noch am Freitag zuvor die Grundschule besucht, das Exanthem (der typische Ausschlag bei Masern) ist bei ihm am Montag, dem 28.5.2007, ausgebrochen. Aufgrund von privaten Kontakten des an Masern erkrankten Grundschülers traten in der Folge bei 15 weiteren Kindern im Stadtgebiet von Berlin Masern auf.

Die Masern sind eine hochansteckende Virus-Infektion. Vielfach zeigen die Erkrankten Symptome wie Schnupfen, Husten, Niesen, die von Erkältungskrankheiten zunächst nicht zu unterscheiden sind. Neben den typischen roten Hautflecken (Masern-Exanthem) ruft die Erkrankung Fieber und einen erheblich geschwächten Allgemeinzustand hervor. Selten treten auch lebensbedrohliche Komplikationen wie Lungen- und Hirnentzündungen auf. Die Erreger werden durch Tröpfcheninfektion beim Husten, Niesen oder Sprechen innerhalb eines Abstandes bis zu ca. einem Meter übertragen. Die Masern verbreiten sich explosionsartig, denn die Ansteckungsfähigkeit beginnt bereits fünf Tage vor Auftreten des Exanthems und hält bis vier Tage danach an.

B wies mit einem Informationsschreiben vom 31.5.2007, das auch an der KGS verteilt wurde, darauf hin, dass Schutzmaßnahmen beabsichtigt seien. Geplant sei, die Impfausweise der Schüler und der in der Schule tätigen Personen zu kontrollieren und Impfungen anzubieten; bei nicht bestehendem Impfschutz oder diesbezüglichen Unklarheiten bei gleichzeitig fehlender Vorerkrankung an Masern müssten die Betroffenen bis zur Klärung des Immunstatus vom Schulbesuch ausgeschlossen werden.

Am Sonntag, dem 3.6.2007, informierte die Klassenlehrerin von K in einem Telefonat dessen Eltern darüber, dass Mitarbeiter von B am nächsten Tag auch in der KGS die Impfausweise der Schüler kontrollieren würden und wies auf die Möglichkeit der Impfung hin.

Am Montag, dem 4.6.2007, klagte K über Schwindel, Übelkeit und Beschwerden im Bauchbereich und blieb zu Hause; Fieber, Ausschlag oder Anzeichen von typischen Erkältungskrankheiten hatte er nicht. Am Dienstag, dem 5.6.2007, ging er wieder zur Schule. Die Klassenlehrerin schickte ihn in das Schulsekretariat; dort wurde ihm mündlich und seinen Eltern fernmündlich im Auftrag der B mitgeteilt, dass er für die Dauer von 14 Tagen die Schule nicht betreten dürfe, weil er nicht gegen Masern geimpft sei, in der Vergangenheit auch noch nicht an Masern erkrankt sei und eine sofortige Impfung vor Ort ablehne (was alles zutrifft). Auch die Eltern lehnten eine Impfung ab. Weder K noch seine Eltern wurden zuvor zu möglichen Kontakten mit dem Masern-Fall an der Grundschule befragt. K wurde auch nicht ärztlich untersucht. Er bleibt – wie angeordnet – 14 Tage zu Hause. K erkrankt zu keinem Zeitpunkt an Masern.

K, der ordnungsgemäß von seinen Eltern vertreten wird, hat am 24.7.2007 Klage vor dem zuständigen VG Berlin erhoben. Er rügt vor allem, dass das Schulbetretungsverbot formell nicht ordnungsgemäß verhängt worden sei und auch die Tatbestandsvoraussetzungen eines solchen Verbots nicht gegeben waren. Bereits die Rechtsgrundlage sei unklar. Es sei darüber hinaus reine Spekulation, dass K möglicherweise andere Kinder hätte anstecken können; für einen solchen Schluss fehle jegliche tragfähige Grundlage. Nur weil er nicht geimpft sei, sei er kein Ansteckungsverdächtiger. Dies ergebe sich deutlich aus der Systematik des IfSG, das klar zwischen verschiedenen Verdachtsstufen differenziere und gesetzgeberische Risikobewertungen reflektiere, die mit dem Vorgehen der Behörde unvereinbar seien. Schließlich sei K auch nicht krank geworden. Nachdem B von Anfang an erklärt hat, auch in Zukunft in einem vergleichbaren Wiederholungsfall den K mit einem Schulbetretungsverbot zu belegen, müsse er klagen können.

B hält das Schulbetretungsverbot formell und materiell für rechtmäßig. Die Schulbetretungsverbote seien auf ungeschützte Personen beschränkt worden. Mit den acht anderen Schülern der KGS, bei denen die Überprüfung des Impfstatus am Montag, dem 4.6.2007, ebenfalls ergeben habe, dass sie ungeschützt gegen Masern seien (keine Impfung, keine durchgemachte Masernerkrankung) sei in identischer Weise verfahren worden. Alle ungeimpften Schüler der KGS – und damit auch K – seien verdächtig gewesen, weil die Grundschule Wedding und die KGS Teile der Infrastruktur gemeinsam nutzten, so dass eine Durchmischung der beiden Schülerpopulationen stattfinde. Es sei hierfür unerheblich, dass K unter keine dieser Gruppen (Bibliothek, Bushaltestelle, Kochkurs, Spiele) falle, wie die B durch die Klageschrift erfahren habe. Denn ein Grundschüler könne einen anderen Gesamtschüler infiziert und dieser dann K angesteckt haben, zumal Masern hochinfektiös seien und sie eine erhebliche Gesundheitsgefährdung darstellten. Im Übrigen sei es für die behördlichen Maßnahmen unerheblich, wenn sich später herausstelle, dass ein Betroffener nicht erkrankte. Ziel sei es gewesen, die weitere Ausbreitung der Masern schnell und effizient zu unterbinden, wie es § 1 IfSG entspreche.

**Aufgabe**

Prüfen Sie gutachterlich die Erfolgsaussicht der Klage des K unter allen für die Bearbeitung relevanten Aspekten, ggf. hilfsgutachterlich.

**Bearbeitervermerk**

Alle behördlichen Zuständigkeiten wurden gewahrt. Die Bekanntgabe am 5.6.2007 war ordnungsgemäß. Rechtsträger von B ist das Land Berlin.

Zugelassene Hilfsmittel: Sartorius, (Berliner) Landesrecht.

**Anlage zum Sachverhalt**

Auszug aus dem Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG)

*1. Abschnitt: Allgemeine Vorschriften*

*§ 1 Zweck des Gesetzes*

(1) Zweck des Gesetzes ist es, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern. [...]

*§ 2 Begriffsbestimmungen*

Im Sinne dieses Gesetzes ist

1. Krankheitserreger: ein vermehrungsfähiges Agens (Virus, Bakterium, Pilz, Parasit) oder ein sonstiges biologisches transmissibles Agens, das bei Menschen eine Infektion oder übertragbare Krankheit verursachen kann,
2. Infektion: die Aufnahme eines Krankheitserregers und seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus,
3. übertragbare Krankheit: eine durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden, verursachte Krankheit,
4. Kranker: eine Person, die an einer übertragbaren Krankheit erkrankt ist,
5. Krankheitsverdächtiger: eine Person, bei der Symptome bestehen, welche das Vorliegen einer bestimmten übertragbaren Krankheit vermuten lassen,
6. Ausscheider: eine Person, die Krankheitserreger ausscheidet und dadurch eine Ansteckungsquelle für die Allgemeinheit sein kann, ohne krank oder krankheitsverdächtig zu sein,
7. Ansteckungsverdächtiger: eine Person, von der anzunehmen ist, dass sie Krankheitserreger aufgenommen hat, ohne krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein, [...].

*4. Abschnitt: Verhütung übertragbarer Krankheiten*

*§ 16 Allgemeine Maßnahmen der zuständigen Behörde*

(1) Werden Tatsachen festgestellt, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können, oder ist anzunehmen, dass solche Tatsachen vorliegen, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Maßnahmen zur Abwendung der

dem Einzelnen oder der Allgemeinheit hierdurch drohenden Gefahren.

(2) In den Fällen des Absatzes 1 sind die Beauftragten der zuständigen Behörde und des Gesundheitsamtes zur Durchführung von Ermittlungen und zur Überwachung der angeordneten Maßnahmen berechtigt, Grundstücke, Räume, Anlagen und Einrichtungen sowie Verkehrsmittel aller Art zu betreten und Bücher oder sonstige Unterlagen einzusehen und hieraus Abschriften, Ablichtungen oder Auszüge anzufertigen sowie sonstige Gegenstände zu untersuchen oder Proben zur Untersuchung zu fordern oder zu entnehmen. [...]

*5. Abschnitt: Bekämpfung übertragbarer Krankheiten*  
[...]

*§ 25 Ermittlungen, Unterrichtungspflichten des Gesundheitsamtes bei Blut-, Organ-, Gewebe- oder Zellspendern*

(1) Ergibt sich oder ist anzunehmen, dass jemand krank, krankheitsverdächtig, ansteckungsverdächtig oder Ausscheider ist oder dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so stellt das Gesundheitsamt die erforderlichen Ermittlungen an, insbesondere über Art, Ursache, Ansteckungsquelle und Ausbreitung der Krankheit. [...]

*§ 28 Schutzmaßnahmen*

(1) Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 29 bis 31 [Anmerkung: für die Bearbeitung nicht von Bedeutung] genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen einer größeren Anzahl von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen; sie kann auch Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte nicht zu betreten, bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind. [...]

*6. Abschnitt: Zusätzliche Vorschriften für Schulen und sonstige Gemeinschaftseinrichtungen*

*§ 33 Gemeinschaftseinrichtungen*

Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne dieses Gesetzes sind Einrichtungen, in denen überwiegend Säuglinge, Kinder oder Jugendliche betreut werden, insbesondere Kinderkrippen, Kindergärten, Kindertagesstätten, Kinderhorte, Schulen oder sonstige Ausbildungseinrichtungen, Heime, Ferienlager und ähnliche Einrichtungen.

§ 34 Gesundheitliche Anforderungen, Mitwirkungspflichten, Aufgaben des Gesundheitsamtes

(1) Personen, die an [...]

1. Masern [...]

erkrankt oder dessen verdächtig oder die verlaust sind, dürfen in den in § 33 genannten Gemeinschaftseinrichtungen keine Lehr-, Erziehungs-, Pflege-, Aufsichts- oder sonstige Tätigkeiten ausüben, bei denen sie Kontakt zu den dort Betreuten haben, bis nach ärztlichem Urteil eine Weiterverbreitung der Krankheit oder der Verlaustung durch sie nicht mehr zu befürchten ist. Satz 1 gilt entsprechend für die in der Gemeinschaftseinrichtung Betreuten mit der Maßgabe, dass sie die dem Betrieb der Gemeinschaftseinrichtung dienenden Räume nicht betreten, Einrichtungen der Gemeinschaftseinrichtung nicht benutzen und an Veranstaltungen der Gemeinschaftseinrichtung nicht teilnehmen dürfen. [...]

(2) [...]

(3) Absatz 1 Satz 1 und 2 gilt entsprechend für Personen, in deren Wohngemeinschaft nach ärztlichem Urteil eine Erkrankung an oder ein Verdacht auf [...]

7. Masern [...]

aufgetreten ist.

### Lösung

Die Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### I. Zulässigkeit

#### 1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Es sind keine auf- oder abdrängenden Spezialzuweisungen<sup>1</sup> ersichtlich, so dass der Verwaltungsrechtsweg nur nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet sein kann. Es müsste also eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art vorliegen. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn sie anhand von Normen des öffentlichen Rechts entschieden wird.<sup>2</sup> Vorliegend ist die Rechtsgrundlage des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG die streitentscheidende Norm, die nach jeder Abgrenzungstheorie als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist. Die Streitigkeit ist nichtverfassungsrechtlicher Art, da nicht zwei Verfassungsorgane unmittelbar über Verfassungsrecht streiten (keine „doppelte Verfassungsunmittelbarkeit“<sup>3</sup>). Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet.

#### 2. Statthafte Klageart

Die Statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren, § 88 VwGO. K geht gegen das Schulbetretungsverbot vor. Die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 VwGO ist hierfür grundsätzlich die statthafte Rechtschutzform, wenn es sich bei dem Schulbetretungsverbot um

<sup>1</sup> Es ist vertretbar, abweichend von der Formulierung in § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO das Nichtvorliegen von abdrängenden Sonderzuweisungen zu Beginn zu prüfen, vgl. *Ehlers*, Jura 2008, 183.

<sup>2</sup> *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 5. Aufl. 2012, § 94 Rn. 17.

<sup>3</sup> Siehe hierzu *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl. 2011, § 11 Rn. 49-52; *Sodan/Ziekow* (Fn. 2), § 94 Rn. 15.

einen belastenden Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 BVwVfG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 BlnVwVfG (nachfolgend: VwVfG) handelt. Dies ist bei einem gegenüber einem einzelnen Schüler durch eine Behörde ausgesprochenen Schulbetretungsverbot der Fall. Es besteht aber die Besonderheit, dass sich das auf 14 Tage befristete Schulbetretungsverbot durch Zeitablauf gem. § 43 Abs. 2 VwVfG zum Zeitpunkt der Klageerhebung bereits erledigt hatte. Eine aktuelle Beschwerde bestand nicht mehr, die Anfechtungsklage ist deshalb nicht statthaft. Eine unmittelbare Anwendung der Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO scheidet aus, da diese direkt nur auf den Fall der Erledigung des Verwaltungsakts nach Klageerhebung anwendbar ist.<sup>4</sup> In Betracht kommt die Fortsetzungsfeststellungsklage<sup>5</sup> analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO oder die Feststellungsklage<sup>6</sup> gem. § 43 Abs. 1 VwGO.

Die analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO setzt methodisch eine planwidrige Regelungslücke sowie die Vergleichbarkeit des geregelten und des unregulierten Sachverhalts voraus. Das Bestehen einer Regelungslücke wäre zweifelhaft, wenn mit der Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO auch ohne Analogie eine statthafte Rechtschutzform bereitstünde.<sup>7</sup> Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass die allgemeine Feststellungsklage nur subsidiär gilt und auch keine spezielle Regelung des vorprozessual erledigten Verwaltungsakts enthält.<sup>8</sup> Für die analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO spricht insbesondere der enge systematische Zusammenhang der Anfechtungs- mit der Fortsetzungsfeststellungsklage.<sup>9</sup> Darüber hinaus entscheidet dann nicht der Zufall, zu welchem Zeitpunkt Erledigung eintritt, darüber, welche Klageart die statthafte ist.<sup>10</sup> Daher ist die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO statthaft.<sup>11</sup>

<sup>4</sup> *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 3. Aufl. 2010, § 113 Rn. 262 m.w.N.; *Ehlers*, Jura 2001, 415 (417 m.w.N).

<sup>5</sup> *Ehlers*, Jura 2011, 415; *Mehde*, *VerwArch* 100 (2009), 432; *R.P. Schenke*, *JuS* 2007, 697.

<sup>6</sup> Siehe hierzu *Ehlers*, Jura 2007, 179; *Geis/Schmidt*, *JuS* 2012, 599; *Kunig*, Jura 1997, 326; *Sodan/Ziekow* (Fn. 2), § 101; *R.P. Schenke*, *JuS* 2007, 697.

<sup>7</sup> So *Glaser*, *NJW* 2009, 1043; *Gerhardt*, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 1. Aufl. 1996, § 113 Rn. 99; *Wehr*, *DVBbl.* 2001, 785 (787 ff.). A.A. *Ehlers*, Jura 2011, 415 (417 f.). Das BVerwG ging bisher in seiner Rspr. von der Analogie zu § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO (BVerwGE 81, 226 [227]) aus, hat aber in einem obiter dictum Zweifel hieran geäußert (BVerwGE 109, 203 [208 f.]). Diese Zweifel hat es später jedoch nicht mehr aufgegriffen.

<sup>8</sup> Vgl. *Schmitt Glaeser/Horn*, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl. 2000, Rn. 361.

<sup>9</sup> *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2012, Rn. 325.

<sup>10</sup> So *Ehlers*, Jura 2011, 415 (417); *W.-R. Schenke* (Fn. 9), Rn. 325; *Schmitt Glaeser/Horn* (Fn. 8), Rn. 361.

<sup>11</sup> So auch *VG Hannover*, *Urt. v. 23.10.2008 – 7 A 3697/07*, Rn. 19 (juris). A.A. sehr gut vertretbar, vgl. die Nachweise in Fn. 6. Der die analogen Anwendung befürwortenden Meinung

3. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Des Weiteren muss der Kläger gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog ein anerkennenswertes Interesse haben, warum er trotz Erledigung des Verwaltungsaktes sein Klagebegehren weiterverfolgen möchte (Fortsetzungsfeststellungsinteresse). Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse besteht u.a. im Falle einer Wiederholungsgefahr.<sup>12</sup> Da die B zu Protokoll gegeben hat, auch in Zukunft in vergleichbaren Fällen genauso gegenüber K zu handeln, ist von der Wiederholungsgefahr auszugehen. Es ließe sich auch ein Rehabilitationsinteresse des K bejahen, da K als einer von wenigen wegen eines Ansteckungsverdachts die Schule nicht betreten durfte und dies stigmatisierend wirkte.<sup>13</sup>

4. Klagebefugnis

Bei Erledigung vor Klageerhebung ist umstritten, welche Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sein müssen (siehe unten bei Vorverfahren und Frist<sup>14</sup>), die Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO gehört jedoch unbestritten zu den Voraussetzungen.<sup>15</sup> Daher muss K analog § 42 Abs. 2 VwGO eine Verletzung eines subjektiven Rechts geltend machen. Da im Rahmen der Klagebefugnis die Möglichkeit der Rechtsverletzung hinreichend und K Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes ist, ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass K möglicherweise in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist (sog. Adressatengedanke).

5. Vorverfahren

Ein Vorverfahren hat nicht stattgefunden. Wäre die ordnungsgemäße Durchführung des Widerspruchsverfahrens (§§ 68 ff. VwGO) auch bei vorprozessualer Erledigung des Verwaltungsaktes stets Zulässigkeitsvoraussetzung, dann wäre die Klage unzulässig. Ob ein Vorverfahren bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage analog (bei Erledigung vor Klageerhebung) durchzuführen ist, ist umstritten. Nach Auffassung vor allem der Rspr. des BVerwG ist ein Vorverfahren nach Erledigung

unzulässig.<sup>16</sup> Begründet wird diese Ansicht damit, dass mit der Erledigung des Verwaltungsaktes auch das Widerspruchsverfahren gegenstandslos werde, und es seine Funktion nicht mehr erfüllen könne. Das Vorverfahren gelte nur für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, nicht aber für die analog angewendete Fortsetzungsfeststellungsklage.<sup>17</sup> Schließlich schaffe nur die Feststellung des Gerichtes eine verbindliche Klärung der Rechtsfrage.<sup>18</sup>

Nach anderer Auffassung ist das Vorverfahren nicht entbehrlich und muss ordnungsgemäß durchgeführt werden.<sup>19</sup> Hierfür spreche zum einen, dass alle Zwecke des Vorverfahrens noch erreicht werden können (zusätzliche Rechtsschutzfunktion für den Bürger [Zweckmäßigkeitprüfung bei Ermessensentscheidungen], Entlastung der Gerichte, Möglichkeit der Selbstkorrektur der Verwaltung). § 44 Abs. 5 VwVfG zeige zudem, dass die Verwaltung die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes feststellen kann, ohne dass es hierfür einer gerichtlichen Entscheidung bedürfte. Darüber hinaus sei es inkonsequent, die Analogie zu § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO wegen vermeintlicher Sachnähe zur Anfechtungsklage zu begründen, dann aber nicht deren Voraussetzungen zu übernehmen.<sup>20</sup>

Da es in Fällen wie dem vorliegenden darum geht, dass Behörde und Bürger auch nach Erledigung noch darum streiten, ob die Maßnahme rechtswidrig war und es den Beteiligten typischerweise um die verbindliche Klärung durch ein Gericht geht, wird aus diesem Grund der ersten Auffassung gefolgt.<sup>21</sup>

6. Klagefrist

Fraglich ist, ob K fristgemäß Klage eingereicht hat, denn die Klage wurde nicht innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Schulbetretungsverbots erhoben. Jedoch wurde bei dem mündlich ausgesprochenen Schulbetretungsverbot keine ordnungsgemäße schriftliche oder elektronische (vgl. § 58 Abs. 1 VwGO) Rechtsbehelfsbelehrung erteilt, so dass die Jahresfrist gem. § 58 Abs. 2 S. 1 VwGO und nicht die Monatsfrist gem. § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO gilt.<sup>22</sup> K hat zwar nicht innerhalb

lässt sich entgegenhalten, dass das Kriterium der Sachnähe unbestimmt ist und der Zufall auch sonst häufiger darüber entscheidet, welche Klageart statthaft ist; so z.B. wenn ein aufgrund einer Abrissverfügung zu beseitigendes Gebäude infolge eines Blitzschlags nach Erhebung der Anfechtungsklage gegen die Abrissverfügung vollständig abbrennt. Im Ergebnis wirken sich die unterschiedlichen Meinungen jedoch kaum aus, da das BVerwG weder die Durchführung des Vorverfahrens gem. §§ 68 ff. VwGO noch die Einhaltung der Klagefrist gem. § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO verlangt und somit der Sache nach die (niedrigeren) Voraussetzungen der Feststellungsklage prüft.

<sup>12</sup> Sodan/Ziekow (Fn. 2), § 102 Rn. 6-9, 13; Hufen (Fn. 3), § 18 Rn. 47-49.

<sup>13</sup> Siehe hierzu Sodan/Ziekow (Fn. 2), § 102 Rn. 8.

<sup>14</sup> Vgl. Fechner, NVwZ 2000, 121 (124 f.); Rozek, JuS 2000, 1162.

<sup>15</sup> Sodan, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 3. Aufl. 2010, § 42 Rn. 67 m.w.N., 375; Ehlers, Jura 2011, 415 (421).

<sup>16</sup> BVerwGE 26, 161 (166 ff.); 81, 226 (229). So auch Sodan/Ziekow (Fn. 2), § 102 Rn. 11.

<sup>17</sup> Ehlers, Jura 2011, 415 (420).

<sup>18</sup> So Hufen (Fn. 3), § 18 Rn. 55.

<sup>19</sup> Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 12. Aufl. 2011, § 11 Rn. 17, § 31 Rn. 29 f.; W.-R. Schenke (Fn. 9), Rn. 666; R.P. Schenke, JuS 2007, 697 (699 f.); R.P. Schenke, NVwZ 2000, 1255 (1257 f).

<sup>20</sup> Vgl. R.P. Schenke, JuS 2007, 697 (699 f.).

<sup>21</sup> A.A. sehr gut vertretbar, vgl. die Nachweise in Fn. 18. Dann wäre noch zu problematisieren, ob das fehlende Vorverfahren möglicherweise deshalb unbeachtlich ist, weil die beklagte Behörde sich im Prozess zur Sache eingelassen hat, ohne das Fehlen des Vorverfahrens zu rügen. S. hierzu W.-R. Schenke (Fn. 9), Rn. 664.

<sup>22</sup> Nach der Rspr. des BVerwG (grundlegend BVerwGE 109, 203 [207 f.]) ist die Fortsetzungsfeststellungsklage bei vorprozessualer Erledigung ohnehin nicht an die Monatsfrist gem. § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO gebunden. Denn die Interessenlage vor und nach Erledigung sei unterschiedlich. Einem Bürger

eines Monats, jedoch innerhalb eines Jahres nach Bekanntgabe des Schulbetretungsverbots Klage erhoben, so dass die Klage nicht verfristet ist.

### 7. Beklagter, Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Richtiger Beklagter ist der Rechtsträger der Ausgangsbehörde, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog, also das Land Berlin. Die Beteiligten K und B sind beteiligtenfähig nach § 61 Nr. 1 VwGO (natürliche oder juristische Personen; Land Berlin als Beklagter ist juristische Person des öffentlichen Rechts). Die Prozessfähigkeit (Fähigkeit zur Vornahme von Verfahrenshandlung vor Gericht) ergibt sich bei B aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Juristische Personen (wie das Land Berlin) müssen sich gem. § 62 Abs. 3 VwGO vor Gericht vertreten lassen. K, der als 14-Jähriger beschränkt geschäftsfähig (§§ 2, 106 BGB) und damit nicht prozessfähig<sup>23</sup> ist, muss sich von seinen gesetzlichen Vertretern vertreten lassen (vgl. §§ 1626 Abs. 1 S. 1, 1629 Abs. 1 S. 1 BGB), was laut Sachverhalt der Fall ist.

### 8. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

## II. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit das Schulbetretungsverbot rechtswidrig war (1.) und K hierdurch in seinen Rechten verletzt worden ist (2.), § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog.

### 1. Rechtswidrigkeit des Schulbetretungsverbots

#### a) Rechtsgrundlage

Als belastender Verwaltungsakt bedarf das Schulbetretungsverbot einer gesetzlichen Grundlage (Vorbehalt des Gesetzes). Mögliche Handlungsbefugnisse der Behörde, die im vorliegenden Zusammenhang in Betracht kommen, bieten §§ 16 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 1 S. 2, 34 Abs. 1 und 34 Abs. 3 IfSG.

#### aa) § 34 Abs. 1 S. 2 IfSG als Rechtsgrundlage?

§ 34 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit S. 1 IfSG setzt voraus, dass eine Person an Masern erkrankt oder dessen verdächtig ist. K war aber nicht krank im Sinne des § 2 Nr. 4 IfSG, denn er hatte zu keinem Zeitpunkt Masern. Somit kommt allenfalls noch ein Krankheitsverdacht im Sinne des § 2 Nr. 4 IfSG in Betracht. Zwar zeigte K Symptome einer Krankheit (Schwindel, Übelkeit, Bauchschmerzen), aber es waren nicht die Symptome von Masern (Exanthem, Fieber, Ausschlag, Husten, Schnupfen, Niesen). Dies reicht jedoch nicht für die Verhängung eines Schulbetretungsverbots wegen Masern aus. Entscheidend ist nämlich, dass nicht die Symptome irgendeiner

Krankheit vorliegen, sondern solche, die das Vorliegen einer bestimmten in § 34 Abs. 1 S. 1 IfSG genannten Krankheit vermuten lassen.<sup>24</sup> Da § 34 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit S. 1 IfSG lediglich diese beiden Gefahrenstufen (Krankheit und Krankheitsverdacht) und nicht auch die Ausscheidung und den Ansteckungsverdacht (§ 2 Nr. 6 und 7 IfSG) nennt, scheidet § 34 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit S. 1 IfSG als Rechtsgrundlage aus.

#### bb) § 34 Abs. 3 Nr. 7 IfSG als Rechtsgrundlage?

§ 34 Abs. 3 Nr. 7 IfSG verbietet den Schulbesuch qua Gesetz, wenn in der Wohngemeinschaft des Betroffenen nach ärztlichem Urteil eine Erkrankung an oder ein Verdacht auf Masern aufgetreten ist. Es gibt jedoch keine Hinweise, dass jemand in der Wohngemeinschaft des K (= Familie) an Masern erkrankt oder dessen verdächtig ist; auch fehlt es an der ärztlichen Feststellung.

Somit kann sowohl bezüglich § 34 Abs. 1 S. 2 IfSG als auch bezüglich § 34 Abs. 3 IfSG offen bleiben, inwieweit das gesetzliche Verbot überhaupt zugleich eine behördliche Handlungsbefugnis enthält oder ggf. auf Vorschriften des Polizeirechts oder des Vollstreckungsrechts zur Durchsetzung zurückgegriffen werden müsste.<sup>25</sup>

#### cc) § 16 Abs. 1 S. 1 IfSG als Rechtsgrundlage?

§ 16 Abs. 1 S. 1 IfSG setzt voraus, dass Tatsachen festgestellt werden, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können, oder dass anzunehmen ist, dass solche Tatsachen vorliegen. Dann trifft die zuständige Behörde die notwendigen Maßnahmen zur Abwendung der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit hierdurch drohenden Gefahren. Wie sich aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung von § 16 IfSG einerseits und § 28 IfSG andererseits ergibt, bezieht sich § 28 IfSG auf den Fall, dass eine Erkrankung etc. festgestellt wurde. Demgegenüber genügt es für die Anwendung von § 16 IfSG, dass es – zukünftig – zu einer Erkrankung kommen kann. Das Gesetz geht von der Zerteilung zwischen Verhütung einerseits und Bekämpfung andererseits von Krankheiten aus („Exklusivitätsverhältnis“<sup>26</sup>). Dies ergibt sich nicht nur aus den gesetzlichen Überschriften, sondern lässt sich auch § 1 IfSG entnehmen. Auch die möglichen Maßnahmen, die § 16 Abs. 1 S. 2 IfSG vorsieht, zeigen, dass dort vorbeugende Maßnahmen und Maßnahmen der Gefahrforschung vorgesehen sind. Demgegenüber geht es bei § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG darum, eine konkrete Maßnahme zur Bekämpfung von bereits aufgetretenen übertragbaren Krankheiten zu ergreifen. Mit dem Erkrankungsfall in der Grundschule lag eine Erkrankung vor, so dass § 16 IfSG von § 28 IfSG verdrängt wird.<sup>27</sup>

könne nach der Erledigung nicht zugemutet werden, innerhalb eines Monats zu klagen, da der Verwaltungsakt wegen der Erledigung keine Wirkungen mehr entfalte und der Bürger deshalb nicht mehr bemüht sei, die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage zu bewirken.

<sup>23</sup> Siehe zur Prozess(un)fähigkeit von Minderjährigen Ehlers, Jura 2008, 506.

<sup>24</sup> VG Hannover, Urt. v. 23.10.2008 – 7 A 36/97/07, Rn. 27 (juris).

<sup>25</sup> S. hierzu Schoch, Jura 2010, 670.

<sup>26</sup> OVG Lüneburg NdsVBl. 2011, 158 (162).

<sup>27</sup> OVG Lüneburg NdsVBl. 2011, 158 (162).

dd) § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG oder § 28 Abs. 1 S. 2 IfSG?

Sowohl § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG als auch § 28 Abs. 1 S. 2 IfSG beziehen sich auf Maßnahmen, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt wurden. Fraglich ist, welche Norm die richtige Rechtsgrundlage ist. Aus dem Zusatz in S. 2 „bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind“ ergibt sich, dass die Schutzmaßnahme selbst nach S. 1 getroffen wird. Bei den Maßnahmen nach S. 2 handelt es sich um unterstützende Maßnahmen. Somit kommt allein § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG als Rechtsgrundlage in Betracht, denn B will die von K ausgehende Gefahr bannen, indem dieser nicht die Schule betreten darf.<sup>28</sup>

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass in §§ 33 ff. IfSG besondere Vorschriften für den Fall bestehen, dass eine Gemeinschaftseinrichtung im Sinne des § 33 IfSG betroffen ist. Im Falle eines Spezialitätsverhältnisses wäre ein Rückgriff auf die Generalklausel<sup>29</sup> des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG nach allgemeinen Grundsätzen gesperrt. Für eine Spezialvorschrift spricht zwar, dass in § 34 IfSG ein Sonderfall (Infektionskrankheit in einer Gemeinschaftseinrichtung) geregelt ist. Ausweislich des Wortlauts der Überschrift des 6. Abschnitts handelt es sich jedoch um „zusätzliche“, nicht um „speziellere“ Vorschriften. In als besonders gefährlich eingeschätzten Fällen sollten Schüler bereits von Gesetzes wegen vom Schulbesuch ausgeschlossen sein, ohne dass es noch einer behördlichen Anordnung im Einzelfall bedürfte. Die Befugnisse der Behörde sollten hierdurch jedoch nicht geschmälert werden,<sup>30</sup> so dass Wortlaut, Systematik und ratio legis gegen eine Sperrwirkung sprechen. Somit ist § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG die taugliche Rechtsgrundlage.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

Laut Bearbeitungshinweis wurde das Schulbetretungsverbot ordnungsgemäß bekanntgegeben.<sup>31</sup> Die zuständige Behörde hat gehandelt, die Form wurde gewahrt (vgl. § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG) und eine Begründung war bei dem mündlich erlassenen Schulbetretungsverbot nicht erforderlich (vgl. § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG<sup>32</sup>). Somit ist in formeller Hinsicht allein zweifelhaft, ob die Vorschriften im Hinblick auf die Anhörung<sup>33</sup> eingehalten worden sind.

<sup>28</sup> OVG Lüneburg NdsVBl. 2011, 158.

<sup>29</sup> *Sodan*, Infektionsschutzrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2013, § 56 Rn. 36 (im Erscheinen).

<sup>30</sup> BVerwGE 142, 205 (213 f.).

<sup>31</sup> Siehe zur Bekanntgabe von Verwaltungsakten *Schoch*, Jura 2011, 23.

<sup>32</sup> Zwar besteht ein Anspruch auf schriftliche oder elektronische Bestätigung einschließlich Begründung (vgl. § 37 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG), dieser wurde aber nicht geltend gemacht. Siehe zum Begründungserfordernis *Schoch*, Jura 2005, 757.

<sup>33</sup> Siehe zu Problemen der formellen Rechtmäßigkeit im Verwaltungsverfahren *Fremuth*, JA 2012, 844; *Guckelberger*, JuS 2011, 577; *Pünder*, JuS 2011, 289.

aa) Anhörung gem. § 28 Abs. 1 VwVfG erfolgt?

Grundsätzlich muss vor Erlass eines Verwaltungsakts, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, diesem Gelegenheit gegeben werden, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern (§ 28 Abs. 1 VwVfG). Dies könnte auf Grund des Informationsblatts vom 31.5.2007 erfolgt sein, da in diesem auf die Möglichkeit des Erlasses von Schulbetretungsverboten hingewiesen wurde. Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um ein allgemeines Informationsschreiben. Der Anzuhörende muss jedoch erkennen können, dass ein bestimmter Verwaltungsakt aufgrund bestimmter Tatsachen gerade ihm gegenüber erlassen werden soll.<sup>34</sup> Anderenfalls kann er von seinem Recht keinen sinnvollen Gebrauch machen. Weder K noch seine Eltern<sup>35</sup> konnten davon ausgehen, dass sie aufgrund dieses Informationsschreibens die Möglichkeit zur Stellungnahme hinsichtlich eines gerade gegenüber K zu erlassenden Schulbetretungsverbots hatten, so dass das bloße Verteilen des Informationsschreibens keine ordnungsgemäße Anhörung im Sinne des § 28 Abs. 1 VwVfG darstellt.<sup>36</sup>

Weiterhin könnte eine Anhörung in dem Telefonat zwischen der Klassenlehrerin und den Eltern des K am Sonntag, 3.6.2007, gesehen werden. Allerdings war dort ebenfalls nicht die Rede davon, dass gegenüber dem K ein Schulbetretungsverbot verhängt werden könnte. Vielmehr wurde lediglich über die Möglichkeit von Impfungen und Kontrollen des Impfstatus gesprochen. Ob und welche Maßnahmen ergriffen würden, wenn K als ungeimpfter Schüler sich einer Impfung verweigern würde, wurde nicht erörtert.

Eine Anhörung im Sinne von § 28 Abs. 1 VwVfG im Hinblick auf ein zu erlassendes Schulbetretungsverbot gegenüber K erfolgte somit nicht.

bb) Ausnahme vom Anhörungserfordernis gem. § 28 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 VwVfG?

Von der grundsätzlich gebotenen Anhörung konnte möglicherweise nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 VwVfG abgesehen werden, wenn eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug notwendig erschien.

Gefahr im Verzug im Sinne des § 28 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 VwVfG setzt voraus, dass durch eine vorherige Anhörung „auch bei Gewährung kürzester Anhörungsfristen ein Zeitverlust einträte, der mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Folge hätte, dass die behördliche Maßnahme zu spät käme, um ih-

<sup>34</sup> *Ehlers*, JK 3/13, VwVfG § 28/5. Siehe zu Inhalt und Durchführung der Anhörung *Ehlers*, Jura 1996, 617 (619 f.).

<sup>35</sup> Im Verwaltungsverfahren ist der beschränkt Geschäftsfähige zwar beteiligtenfähig (§ 11 Nr. 1 VwVfG), nicht aber fähig, Verfahrenshandlungen vorzunehmen (vgl. § 12 VwVfG), wozu auch die Anhörung gem. § 28 Abs. 1 VwVfG gehört. Deshalb ist den gesetzlichen Vertretern Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, vgl. *Kopp/Ramsauer*, Kommentar zum VwVfG, 13. Aufl. 2012, § 12 Rn. 1-3; *Bonk/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), Kommentar zum VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 12 Rn. 1 ff., 5, 7.

<sup>36</sup> BVerwGE 142, 205 (207 f.).

ren Zweck noch zu erreichen.<sup>37</sup> Hierbei ist zu beachten, dass die Anhörung auch telefonisch<sup>38</sup> erfolgen kann, was nicht sehr zeitintensiv ist.<sup>39</sup> Entscheidend ist die ex ante-Sicht der Behörde.<sup>40</sup>

Mit dem Anruf von insgesamt neun Familien wäre eine Zeitverzögerung eingetreten. Da sich Masern explosionsartig verbreiten können, ließe sich argumentieren, dass hierdurch die Effektivität der Maßnahmen geschwächt würde. Jedoch wäre die zeitliche Verzögerung nur gering, da nur bei insgesamt neun Schülern ein Schulbetretungsverbot in Rede stand. Es ist nicht ersichtlich, dass die Eltern des K und K selbst nicht hätten zumindest telefonisch erreicht werden können, zumal die Schule über die Kontaktdaten der Schüler und ihrer Erziehungsberechtigten verfügt. Außerdem waren die neun Schüler bereits im Laufe des Montags ermittelt und Schulbeginn war erst wieder am nächsten Morgen. Auch ist der personelle und zeitliche Aufwand für neun Telefonate für B nicht unzumutbar.<sup>41</sup> Selbst wenn man dies anders beurteilt, so hätte B aus Verhältnismäßigkeitserwägungen lediglich eine vorläufige Regelung für zunächst einen Schultag treffen dürfen, bis die Anhörung durchgeführt worden wäre.<sup>42</sup> Somit leidet das Schulbetretungsverbot an einem formellen Mangel, es sei denn, dieser Mangel ist geheilt worden.

*cc) Heilung gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG?*

Möglicherweise wurde der Anhörungsmangel im nachfolgenden Verfahren gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG geheilt. Denn eine solche Heilung ist gem. § 45 Abs. 2 VwVfG bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens möglich. Eine Heilung setzt voraus, dass die Anhörung nachträglich tatsächlich ordnungsgemäß durchgeführt wird und diese ihre Funktion für den Entscheidungsprozess der Behörde noch ohne Abstriche erfüllen kann.<sup>43</sup> Im vorliegenden Fall kann eine Anhörung allenfalls im gerichtlichen Verfahren, nämlich durch Schriftsätze, Äußerungen und Stellungnahmen des K und seiner Eltern, stattgefunden haben. Ob dies ausreicht, ist umstritten.<sup>44</sup> Hier liegt es so,

<sup>37</sup> BVerwGE 142, 205 (208).

<sup>38</sup> Schoch, Jura 2006, 833 (837).

<sup>39</sup> Bonk/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 35), § 28 Rn. 51.

<sup>40</sup> BVerwGE 142, 205 (208).

<sup>41</sup> BVerwGE 142, 205 (208 f.); Ehlers (Fn. 34).

<sup>42</sup> BVerwGE 142, 205 (209). Hier besteht eine Parallele zu den Gefahrerforschungseingriffen im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht. Solange nicht klar ist, ob eine Gefahr gegeben ist, dürfen zunächst nur Maßnahmen ergriffen werden, um den Sachverhalt aufzuklären oder eine vorläufige Sicherung des status quo zu erlangen; es darf jedoch aus Verhältnismäßigkeitserwägungen regelmäßig nicht die abschließende Maßnahme selbst getroffen werden, vgl. hierzu Schoch, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2013, Kap. 2 Rn. 145-148; Sodan/Ziekow (Fn. 2), § 68 Rn. 9.

<sup>43</sup> BVerwGE 142, 205 (210). Siehe auch VGH Kassel NVwZ-RR 2012, 163 (164).

<sup>44</sup> Ablehnend nunmehr BVerwGE 137, 199 (211 f.); 142, 205 (210). So auch Schoch, Jura 2007, 28 (31 f.). Vgl. auch Gu-

ckelberger, JuS 2011, 577 (579 ff.); Fremuth, JA 2012, 844 (848).

dass die nachgeholte Anhörung erst dann stattgefunden haben kann, als das Schulbetretungsverbot sich bereits erledigt hatte. In einem solchen Fall, kann der mit der Anhörung angestrebte Zweck jedoch nicht mehr erreicht werden. Denn selbst wenn eine ordnungsgemäße nachträgliche Anhörung stattfände, hätte dies keinerlei Auswirkungen mehr, da der Verwaltungsakt sich bereits zuvor erledigt hatte. Somit scheidet schon aus diesem Grund eine Heilung gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG aus.<sup>45</sup>

*dd) Unbeachtlichkeit gem. § 46 VwVfG?*

Schließlich könnte die fehlende Anhörung gem. § 46 VwVfG unbeachtlich sein.<sup>46</sup> Dafür müsste § 46 VwVfG vorliegend überhaupt anwendbar sein. Dies erscheint zweifelhaft, denn seinem Wortlaut nach bezieht sich die Vorschrift nur auf den Fall, dass ein Verwaltungsakt aufgehoben werden soll. Damit ist unmittelbar lediglich der Fall der Anfechtungsklage gemeint (vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Im Falle der Fortsetzungsfeststellungsklage wird ein Verwaltungsakt jedoch gerade nicht aufgehoben, sondern lediglich seine Rechtswidrigkeit festgestellt (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO). Möglicherweise kommt eine analoge Anwendung des § 46 VwVfG in Betracht, wofür wegen der Sachnähe zur Anfechtungsklage (siehe oben) gute Gründe sprechen könnten.<sup>47</sup> Jedoch muss der Streit dann nicht entschieden werden, wenn er sich im Ergebnis nicht auswirkt.

Nach § 46 VwVfG kann die Aufhebung eines Verwaltungsakts, der nicht nach § 44 VwVfG nichtig ist, nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Hätte eine Anhörung gem. § 28 Abs. 1 VwVfG stattgefunden, hätte die handelnde Behörde wissen können, dass K weder die Bibliothek noch die Grundschule betreten hat, dass er kein Fahrschüler ist, der mit Grundschulern den gleichen Schulbus nutzt und dass er keinen privaten Kontakt mit an Masern erkrankten Grundschulern hatte. Da § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG Ermessen – zumindest hinsichtlich der Wahl der

ckelberger, JuS 2011, 577 (579 ff.); Fremuth, JA 2012, 844 (848).

<sup>45</sup> BVerwGE 142, 205 (210); auch Guckelberger, JuS 2011, 577 (580).

<sup>46</sup> Nach h.M. lässt § 46 VwVfG die Rechtswidrigkeit unberührt und betrifft die Rechtsverletzung bzw. den Aufhebungsanspruch des Klägers, vgl. Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), HK-VerwR, 3. Aufl. 2013, § 46 Rn. 30; Ziekow, Kommentar zum VwVfG, 2. Aufl. 2010, § 46 Rn. 13; Schemmer, in: Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, Stand: 1.4.2013, § 46 Rn. 44. Aufgrund des Zusammenhangs mit § 45 VwVfG wird § 46 VwVfG jedoch an dieser Stelle geprüft. Darüber hinaus ist § 46 VwVfG im Falle der materiellen Rechtswidrigkeit unerheblich, so dass bei einer Prüfung an späterer Stelle der Klausurschreiber sich das Problem „abschneiden“ würde.

<sup>47</sup> Vgl. BVerwGE 142, 205 (210); Schemmer (Fn. 46), § 46 Rn. 9; a.A. Guckelberger, JuS 2011, 577 (582).

Mittel (Auswahlermessen) – einräumt, ist nicht offensichtlich, dass B auch in Kenntnis dieser weiteren Informationen ein Schulbetretungsverbot erlassen hätte.<sup>48</sup> Im Ergebnis leidet das am 5.6.2007 mündlich ausgesprochene Schulbetretungsverbot an einem beachtlichen formellen Fehler.

c) *Materielle Rechtmäßigkeit*

§ 28 Abs. 1 S. 1 IfSG setzt voraus, dass Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden. Unter diesen Voraussetzungen trifft in der Rechtsfolge (Handlungspflicht, kein Entschließungsermessen) die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist (Auswahlermessen).

aa) *Tatbestandsvoraussetzungen*

(1) *Krankheitsfall*

An der nahe gelegenen Grundschule war ein Schüler nachweislich an Masern erkrankt (siehe oben bei der Abgrenzung der Rechtsgrundlagen), so dass ein Krankheitsfall vorlag. Dies reicht für die Anwendbarkeit von § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG aus. Es ist kein so enger räumlicher Zusammenhang wie bei § 34 IfSG erforderlich, so dass es unschädlich ist, dass der Masernfall an einem mehrere hundert Meter entfernten Ort aufgetreten ist.<sup>49</sup>

(2) *K als richtiger Adressat der Maßnahme*

Fraglich ist, ob das Schulbetretungsverbot gerade gegenüber K auszusprechen war. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG befugt in erster Linie zu Maßnahmen gegen Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider.<sup>50</sup> Es handelt sich um Regelungen der ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit, für deren Auslegung auf allgemeine Grundsätze des Polizei- und Ordnungsrechts zurückgegriffen werden kann.<sup>51</sup> K selbst war nicht krank oder krankheitsverdächtig (siehe oben). Dass K Ausscheider im Sinne des § 2 Nr. 6 IfSG war, ist ebenfalls nicht ersichtlich. In Betracht kommt somit allein ein Ansteckungsverdacht<sup>52</sup> (§ 2 Nr. 7 IfSG). Es muss also festgestellt worden sein, dass K<sup>53</sup> eine Person ist, von der anzunehmen

ist, dass sie Krankheitserreger aufgenommen hat, ohne krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein.

Fraglich ist vorliegend, ab wann von dieser Annahme ausgegangen werden kann. Einerseits steht fest, dass K nicht an Masern erkrankt ist. Dies ist jedoch auch nicht erforderlich, da es sich bei einem Ansteckungsverdacht im Sinne des § 2 Nr. 7 IfSG um einen Gefahrenverdacht im Sinne des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts<sup>54</sup> handelt. Ausreichend ist, dass ex ante die Aufnahme von Krankheitserregern angenommen werden konnte. Aber die Aufnahme von Krankheitserregern muss immerhin „anzunehmen“ sein. Eine rein hypothetische Möglichkeit genügt hierfür nicht. B geht davon aus, dass jeder „ungeschützte“ Schüler der KGS ansteckungsverdächtig ist, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass es Kontakt zu einem infizierten Grundschüler gab, z.B. über den Kochkurs, die Bibliothek, die Spielgeräte oder die Bushaltestelle. Hierfür spricht zunächst, dass ein solcher Kontakt nicht sicher ausgeschlossen werden kann und Masern hochinfektiös sind, so dass sie sich rasch und unkontrolliert weiterverbreiten.

Fraglich ist jedoch, ob dieser Grad der Wahrscheinlichkeit für die Feststellung einer Annahme im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit § 2 Nr. 7 IfSG ausreicht. Bei K lag es so, dass er die Bereiche, in denen sich Grund- und Gesamtschüler begegnen können (obwohl beide Schulen ansonsten mehrere 100 Meter voneinander entfernt liegen), nicht betreten hat. Die Wahrscheinlichkeit, dass K unmittelbar auf infizierte Schüler getroffen ist, ist also deutlich geringer, als wenn die Masern an der KGS ausgebrochen wären. Ob die dann noch verbleibende Wahrscheinlichkeit hinreichend ist, lässt sich möglicherweise anhand des systematischen Zusammenspiels der Bestimmungen des IfSG klären.

Aus § 34 Abs. 3 Nr. 7 IfSG ergibt sich, dass ein Schulbetretungsverbot qua Gesetz für Personen gilt, in deren Wohngemeinschaft nach ärztlichem Urteil eine Erkrankung an oder ein Verdacht auf Masern aufgetreten ist. Tatbestandsvoraussetzung ist somit allein, dass in der Wohngemeinschaft eine Erkrankung oder ein Krankheitsverdacht ärztlich festgestellt worden ist. Ist dies der Fall, so gilt für alle anderen Personen dieser Wohnungsgemeinschaft automatisch ein Schulbetretungsverbot. Somit statuiert diese Bestimmung die gesetzgeberische Wertung, dass dann und nur dann, wenn ein Krankheitsfall oder Krankheitsverdacht in einer Wohngemeinschaft auftritt, alle anderen Mitbewohner ohne weitere Voraussetzungen vom Unterricht ausgeschlossen sind. Es handelt sich um eine gesetzliche Vermutung einer besonderen Wahrscheinlichkeit, dass diese Mitbewohner Krankheitserreger aufgenommen haben. Eines hinreichend konkreten Verdachts im Einzelfall bedarf es insoweit nicht, wohl aber – im Umkehrschluss – in den übrigen Fällen. Würde man die bloße Eigenschaft als Nichtgeimpfter im Falle des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG genügen lassen, um Maßnahmen gegen diese Person (hier K) zu ergreifen, würde die gesetzgeberische Wertung des § 34 Abs. 3 IfSG unterlaufen, dass nur in dem dort aufgeführten

<sup>48</sup> BVerwGE 142, 205 (210 f.); *Guckelberger*, JuS 2011, 577 (582 ff.).

<sup>49</sup> OVG Lüneburg NdsVBl. 2011, 158 (162).

<sup>50</sup> BVerwGE 142, 205 (212).

<sup>51</sup> Das BVerwG spricht hinsichtlich Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ausscheidern und Ansteckungsverdächtigen i.S.v. § 2 IfSG auch von „Störern“, BVerwGE 142, 205 (212). Da es sich hierbei um die Frage der Verantwortlichkeit handelt, wird dieser Punkt hier unter dem Oberpunkt „Tatbestandsvoraussetzungen“ thematisiert. Es wurde nicht als Fehler bewertet, wenn dem Aufbau des BVerwG gefolgt wurde, welches bei fehlender Verantwortlichkeit davon ausging, dass die Maßnahme nicht erforderlich i.S.d. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG war.

<sup>52</sup> *Sodan* (Fn. 29), § 56 Rn. 20.

<sup>53</sup> Für die Verantwortlichkeit ist die Geschäftsfähigkeit nicht von Bedeutung. Dies wäre mit der Effektivität der Gefahren-

abwehr nicht zu vereinbaren, vgl. *Schoch* (Fn. 42), Kap. 2 Rn. 174 m.w.N.

<sup>54</sup> Siehe hierzu *Schoch*, Jura 2003, 472 (474 f.).

Fall die bloße Möglichkeit einer Infektion für den Schulausschluss ausreichend ist.<sup>55</sup>

Auch in weiteren Vorschriften des IfSG differenziert das Gesetz zwischen verschiedenen Verdachts- und Wahrscheinlichkeitsstufen. § 25 Abs. 1 S. 1 IfSG gilt z.B. für den Fall, dass sich ergibt oder anzunehmen ist, dass eine Person krank, krankheitsverdächtig, ansteckungsverdächtig oder Ausscheider ist, und gestattet dann weitere Ermittlungen. Es genügt also die „doppelte Annahme“, (anzunehmen, dass anzunehmen ist, dass Krankheitserreger aufgenommen wurden). Demgegenüber reicht es bei § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG nicht, dass bloß anzunehmen ist, dass jemand ansteckungsverdächtig ist; vielmehr muss dies nach § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG feststehen. An diese Voraussetzung ist die Befugnis zum Ergreifen weiterer, über bloße Ermittlungseingriffe hinausgehende Schutzmaßnahmen geknüpft. Hieraus wird man entnehmen können, dass bei § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG die bloße Möglichkeit einer Ansteckung nicht ausreicht, sondern dass konkretere Tatsachen vorliegen müssen, die einen solchen Schluss zulassen, selbst wenn sich das Urteil *ex post* nicht als zutreffend herausstellen sollte.<sup>56</sup>

Dies ist bei K jedoch nicht der Fall. Er hatte keinen Kontakt zu Grundschulern, ein Kontakt in der Bibliothek, dem Kochunterricht und an der Bushaltestelle kann ebenfalls ausgeschlossen werden. So bestand allenfalls die Möglichkeit, dass sich ein Gesamtschüler bei einem Grundschüler angesteckt hat und so K infiziert wurde (Kontakt zweiten Grades). Allerdings ist dies ebenfalls äußerst unwahrscheinlich, da außer K nur acht weitere ungeschützte Gesamtschüler festgestellt wurden. Die geimpften Gesamtschüler leisteten einen Beitrag zur Unterbrechung der – möglichen – Infektionskette. Es ist zwar eine notwendige Bedingung, nicht geimpft oder vorerkrankt zu sein, aber keine hinreichende. Hinzukommen muss die hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass K Kontakt zu einer infizierten Person hatte. Nur dann kann K Krankheitserreger aufgenommen haben und zu einer Gefahr für andere Schülerinnen und Schüler werden.

Somit konnte K nur als Nichtverantwortlicher im Sinne des § 16 ASOG in Anspruch genommen werden. Dies setzt voraus, dass die Regelungen des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts anwendbar sind. Hiervon gehen Rechtsprechung und Literatur in Bezug auf das IfSG aus.<sup>57</sup> Jedoch ist die Inanspruchnahme als Nichtstörer an das Vorliegen strenger Voraussetzungen geknüpft. § 16 Abs. 1 Nr. 1 ASOG erfordert u.a., dass „eine gegenwärtige erhebliche Gefahr abzuwehren ist“.<sup>58</sup> Die Anforderungen an das Vorliegen der gegenwärtigen erheblichen Gefahr sind jedoch höher als die des Ansteckungsverdachts.<sup>59</sup> Somit liegen auch die materiellen Voraus-

setzungen für den Erlass des Schulbetretungsverbots nicht vor. Es ist somit auch materiell rechtswidrig.

#### *bb) Rechtsfolge: Notwendige Schutzmaßnahme*

§ 28 Abs. 1 S. 1 IfSG verpflichtet die Behörde zum Ergreifen der „notwendigen Schutzmaßnahmen“, „soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist“. Wie gesehen, ist das Schulbetretungsverbot grundsätzlich eine zulässige Maßnahme. Da K kein Verantwortlicher ist, kann ein an ihn gerichtetes Schulbetretungsverbot keine notwendige Maßnahme im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG sein. Für die folgende hilfgutachterliche Prüfung wird das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen unterstellt.

#### *(1) Ermessensbetätigung*

Ermessensfehler bei der Auswahl der Maßnahme sind nicht ersichtlich, insbesondere hat die Behörde sich am Zweck des Gesetzes orientiert (vgl. § 40 VwVfG, § 114 S. 1 VwGO). Anzeichen für zweckfremde Erwägungen oder einen Ermessensausfall sind nicht ersichtlich. In Betracht kommt allenfalls ein Überschreiten der gesetzlichen Grenzen des Ermessens durch eine unverhältnismäßige Maßnahme.

#### *(2) Verhältnismäßigkeit*

Das Schulbetretungsverbot muss auch verhältnismäßig gewesen sein. Dies ergibt sich aus den Grundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip.<sup>60</sup> Bei § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG ist das Übermaßverbot ausdrücklich in der Befugnisnorm selbst angelegt, da sie nur die „notwendigen“ Schutzmaßnahmen gestattet und nur „soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist“. Das konkret gegenüber K verhängte Schulbetretungsverbot muss also geeignet, erforderlich und angemessen gewesen sein.

Wenn ein ansteckungsverdächtiger Schüler nicht am Unterricht teilnimmt, ist mit Sicherheit ausgeschlossen, dass er seine am Schulunterricht teilnehmenden Mitschüler infiziert, so dass die Maßnahme geeignet ist, einen Beitrag zur Verhinderung der weiteren Verbreitung der Masern zu leisten. Denn damit ist jegliches Risiko einer Infektion anderer Schüler in der Schule ausgeschlossen. Die Maßnahme ist auch erforderlich, da K sich nicht impfen lassen wollte und somit keine andere Möglichkeit bestand, Mitschüler vor einer etwaigen Maserninfektion durch K zu schützen. Angesichts der Inkubationszeit war ein auf 14 Tage befristetes Schulbetretungsverbot auch nicht zu lang (wenn K ordnungsgemäß angehört worden wäre, siehe oben). Die Angemessenheit ist ebenfalls gegeben, denn Masern sind hochinfektiös, und ungewollt können zahlreiche andere Kinder infiziert werden. Bedenkt man, dass Masern mit gravierenden Komplikationen bis hin zum Tod verbunden sein können, stand die Belastung durch ein zweiwöchiges Schulverbot nicht in einem unangemessenen Verhältnis zum Gesundheitsschutz der anderen Schüler. Darüber hinaus hatte es K in der Hand, durch eine

<sup>55</sup> Ausführlich zu der vorstehenden Argumentation VG Hannover, Urt. v. 23.10.2008 – 7 A 36/97/07, Rn. 30 (juris).

<sup>56</sup> Hierzu OVG Lüneburg NdsVBl. 2011, 158 (159 f.).

<sup>57</sup> BVerwGE 39, 190 (192) – noch zum Bundesseuchengesetz; OVG Lüneburg NdsVBl. 2011, 158 (161 f.); *Sodan* (Fn. 29), § 56 Rn. 14.

<sup>58</sup> Siehe zu dieser Voraussetzung *Schoch*, Jura 2007, 676 (678 f.).

<sup>59</sup> OVG Lüneburg NdsVBl. 2011, 158 (161 f.).

<sup>60</sup> Vgl. BVerwGE 19, 342 (348 f.); 76, 1 (50 f.).

freiwillige Impfung das Schulbetretungsverbot abzuwenden.  
Hierin ist auch kein unzulässiger Impfzwang zu sehen.<sup>61</sup>

*d) Ergebnis zu 1.*

Das Schulbetretungsverbot ist formell und materiell rechtswidrig.

*2. Rechtsverletzung des K*

Durch das rechtswidrige Schulbetretungsverbot wird K in seinen Rechten aus § 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 3 BInSchulG, Art. 20 Abs. 1 VvB sowie Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

### **III. Gesamtergebnis**

Die Klage ist zulässig und begründet; sie wird somit Erfolg haben.

---

<sup>61</sup> BVerwGE 142, 205 (214 f.).