

**Titel:**

**Pflicht zum Tragen einer FFP2-Maske: gleichwertig genormter Standard ("livinguard")**

**Normenkette:**

11. BayIfSMV § 1 Abs. 2 Nr. 3

GG Art. 2 Abs. 2 S. 1

VwGO § 47 Abs. 6, § 123

**Leitsätze:**

**1. Ein subjektiver Anspruch auf Abänderung bzw. Ergänzung der im Freistaat Bayern geltenden allgemeinen Regelungen zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung und deren erforderlicher medizinischer Standard ist im Hinblick auf die Rechtsnatur einer abstrakt-generellen Regelung im Wege der Rechtsverordnung schon begrifflich ausgeschlossen. (Rn. 23) (redaktioneller Leitsatz)**

**2. Hinsichtlich der Ausgestaltung der Maskenpflicht kommt dem Gesetz- und Verordnungsgeber ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu, der mit der Festlegung zum Tragen einer FFP2-Maske oder einer Maske mit gleichwertig genormtem Standard nicht überschritten wird. (Rn. 28) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

vorläufiger Rechtsschutz, Unzulässigkeit des Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, fehlende Antragstellung, Normerlassantrag (unzulässig), Schutzmaske Typ „livinguard“, Normerlassklage, Antragsbefugnis, Maskenpflicht, Corona-Pandemie, FFP2-Maske, "livinguard", Schutzpflicht

**Tenor**

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Der Antragsteller wendet sich im Wege einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Beschränkung in der 11. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (11. BayIfSMV) zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung in Form einer FFP2-Maske bzw. einem gleichwertigen genormten Standard.

2

Die 11. BayIfSMV vom 15. Dezember 2020 (BayMBl. Nr. 737, BayRS 2126-1-15-G), zuletzt geändert durch Verordnung vom 20. Januar 2021 (BayMBl. Nr. 54) hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

3

§ 1 Abstandsgebot, Mund-Nasen-Bedeckung, Kontaktdatenerfassung

4

(1) Jeder wird angehalten, die physischen Kontakte zu anderen Menschen auf ein absolut nötiges Minimum zu reduzieren und den Personenkreis möglichst konstant zu halten. Wo immer möglich, ist ein Mindestabstand zwischen zwei Personen von 1,5 m einzuhalten. Wo die Einhaltung des Mindestabstands im öffentlichen Raum nicht möglich ist, soll eine Mund-Nasen-Bedeckung getragen werden. In geschlossenen Räumlichkeiten ist stets auf ausreichende zu achten.

5

(2) Soweit in dieser Verordnung die Verpflichtung vorgesehen ist, eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen (Maskenpflicht), gilt:

6

1. Kinder sind bis zum 6. Geburtstag von der Tragepflicht befreit.

**7**

2. Personen, die glaubhaft machen können, dass ihnen das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung aufgrund einer Behinderung oder aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich oder unzumutbar ist, sind von der Trageverpflichtung befreit; die Glaubhaftmachung erfolgt bei gesundheitlichen Gründen insbesondere durch eine ärztliche Bescheinigung, die die fachlich-medizinische Beurteilung des Krankheitsbildes (Diagnose), den lateinischen Namen oder die Klassifizierung der Erkrankung nach ICD 10 sowie den Grund, warum sich hieraus eine Befreiung der Tragepflicht ergibt, enthält.

**8**

3. Das Abnehmen der Mund-Nasen-Bedeckung ist zulässig, solange zu Identifikationszwecken oder zur Kommunikation mit Menschen mit Hörbehinderung oder aus sonstigen zwingenden Gründen erforderlich ist. Soweit in dieser Verordnung die Verpflichtung vorgesehen ist, eine FFP2-Maske oder eine Maske mit mindestens gleichwertigem genormten Standard zu tragen (FFP2-Maskenpflicht), gilt Satz 1 entsprechend mit der Maßgabe, dass Kinder zwischen dem 6. und dem 15. Geburtstag nur eine Mund-Nasen-Bedeckung tragen müssen.

**9**

§ 8 Öffentliche Verkehrsmittel, Schülerbeförderung, Reisebusse

**10**

Im öffentlichen Personenfernverkehr und den hierzu gehörenden Einrichtungen besteht für Fahr- und Fluggäste sowie für das Kontroll- und Servicepersonal, soweit es in Kontakt mit Fahr- und Fluggästen kommt, Maskenpflicht. Satz 1 gilt entsprechend für den öffentlichen Personennahverkehr und die hierzu gehörenden Einrichtungen sowie für die Schülerbeförderung im freigestellten Schülerverkehr mit der Maßgabe, dass für die jeweiligen Fahrgäste FFP2-Maskenpflicht gilt. Touristische Busreisen sind untersagt.

**11**

Mit am 25. Januar 2021 beim Bayerischen Verwaltungsgericht Augsburg eingegangenen Schreiben begehrt der Antragsteller Eilrechtsschutz bezüglich der Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung im Sinne des § 1 Abs. 2 der 11. BayIfSMV.

**12**

Der Antragsteller führt aus, dass er sich im Oktober 2020 Masken der Schweizer Firma „livinguard“ gekauft habe. Die Masken erfüllten nach der Europäischen Norm dieselben Kriterien wie eine FFP2-Maske bzw. seien nach mehreren unabhängigen Studien deutlich effektiver. In Bayern würden die Menschen gezwungen, FFP2-Masken aus China zu tragen. Die livinguard-Maske schütze nicht nur ihn und andere, sondern vermeide zusätzlichen Abfall. Diese Maske könne bis zu 210 Tage lang getragen werden. Die Maskenpflicht in Bayern müsse dringend nachgebessert werden. Eine ausschließliche Festlegung auf die Kategorien FFP2, KN95 und N95 sei nicht überzeugend. Auch würden Ausnahmen im Fernverkehr, bei den US-Streitkräften, in Arbeitsstätten und bei Verkäufern erlaubt. Er begehre die Ausnahme, die livinguard-Maske weiterhin tragen zu können. Mit dieser Maske, die in der Schweiz entwickelt worden sei und in Portugal produziert werde, fühle er sich sicherer. In Karlstadt in Bayern sitze das Europäische Distributionszentrum mit knapp 100 Mitarbeitern, die man mit der Beschränkung auf die Kategorie FFP2 zusätzlich einschränke. Um Nachbesserung der Maskenpflicht werde gebeten.

**13**

Auf den weiteren Vortrag im Antragschriftsatz vom 17. Januar 2020 wird ergänzend verwiesen.

**14**

Das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege ist dem Antrag mit Schriftsatz vom 26. Januar 2021 entgegengetreten und beantragt,

**15**

den Antrag abzulehnen.

**16**

Für den Fall, dass der Eilantrag gegen die maßgeblichen Regelungen zur FFP2-Maskenpflicht in der 11. BayIfSMV gerichtet sei, sei der Antrag beim sachlich nicht zuständigen Verwaltungsgericht gestellt. Zuständig sei vielmehr ausschließlich der Bayerische Verwaltungsgerichtshof. Lege man den Antrag als

Normerlassantrag auf Änderung der maßgeblichen Regelungen zur FFP2-Maskenpflicht in der 11. BayIfSMV aus, so habe er keinen Erfolg. Der Antrag sei aus verschiedenen Gründen bereits unzulässig. Es fehle bereits an einer Antragsbefugnis des Antragstellers. Ein einfach gesetzlich normierter Anspruch des Antragstellers auf Änderung der für den gesamten Freistaat geltenden und sich damit nicht auf den Antragsteller beschränkenden Regelungen bestehe nicht. Auch eine Grundrechtsverletzung sei mit den getroffenen, rechtmäßigen Regelungen nicht verbunden. Der Antragsteller habe einen Anordnungsgrund im Sinne einer besonderen Eilbedürftigkeit bereits nicht geltend gemacht. Der Antrag sei schließlich auch unbegründet. Es sei bereits nicht ersichtlich, woraus sich ein Anordnungsanspruch ergeben könne. Im Übrigen sei die FFP2-Maskenpflicht in ihrer derzeit bestehenden Form verhältnismäßig. Wie der Begründung zur 11. BayIfSMV zu entnehmen sei, werde mit der FFP2-Maskenpflicht insbesondere das Ziel verfolgt, das Infektionsgeschehen einzudämmen und die Ausbreitungsgeschwindigkeit von COVID-19 in der Bevölkerung zu reduzieren, insbesondere auch vor dem Hintergrund der vermutlich bis zu 70% höheren Übertragbarkeit der mittlerweile auch in Bayern nachgewiesenen mutierten Virusvariation aus Großbritannien. Die Maßnahme verfolge weiterhin das Ziel, einen Zusammenbruch des öffentlichen Gesundheitssystems durch Überforderung mit den CoronaFolgen zu verhindern. Hierbei handele es sich um ein durchaus legitimes Ziel. Die Verpflichtung, FFP2-Masken oder eine Maske mit mindestens gleichwertigem genormten Standard zu tragen erfasse auch nur bestimmte Situationen, in denen eine Kontaktnachverfolgung kaum möglich sei. FFP2-Masken hätten eine Filterleistung von mindestens 94% der Aerosole und würden bei richtiger Handhabung einen weitaus besseren Eigen- und Fremdschutz vor infektiösen Aerosolen als sogenannte Community-Masken bieten. Dies zugrunde gelegt sei diese Maßnahme fraglos geeignet, einen Beitrag zur Erreichung der vorgenannten Ziele zu leisten. Die Maßnahme sei schließlich auch erforderlich. Kein gleich geeignetes Mittel wäre es, Masken zuzulassen, bezüglich derer zwar vorgetragen werde, dass sie einen mindestens gleichwertigen Schutz bewirkten, die jedoch keine entsprechende Normierung aufwiesen. Die vom Antragsteller angeführte livinguard PRO Mask sei ausschließlich nach EN 14683:2019 als medizinische Gesichtsmaske Typ I zertifiziert.

#### 17

Auf den weiteren Vortrag im Antragsrügeverfahren vom 26. Januar 2021 wird ergänzend verwiesen.

#### 18

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den wechselseitigen Schriftverkehr und die Gerichtsakte Bezug genommen.

#### II.

#### 19

Der Antrag des Antragstellers bleibt ohne Erfolg. Er ist sowohl unzulässig als auch jedenfalls unbegründet.

#### 20

1. Der vorliegende Antrag ist bereits unzulässig.

#### 21

a) Soweit man den Antrag dahingehend versteht (vgl. §§ 122, 88 Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO), dass sich der Antragsteller gegen die insbesondere in § 1 Abs. 2 Satz 2 der 11. BayIfSMV geregelte generelle FFP2-Maskenpflicht wendet und eine Neukonzeption der Regelungen zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung verlangt, wäre das Bayerische Verwaltungsgericht Augsburg hierfür sachlich nicht zuständig. Ein solches Begehren ist im Wege eines Normenkontrollantrags gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, Art. 5 des Gesetzes zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung (AGVwGO) als gesetzlich hierfür vorgesehener Rechtsschutz zu verfolgen. Ein Eilantrag kann im Rahmen des § 47 Abs. 6 VwGO gestellt werden.

#### 22

b) Soweit das Begehren des Antragstellers darauf gerichtet ist, die Regelungen der 11. BayIfSMV dahingehend zu ergänzen, dass auch die von ihm im Oktober 2020 erworbenen Masken der Firma „livinguard“ mit dem Standard EN 14683:219 als zulässige Mund-Nasen-Bedeckungen gelten, wäre in einer evtl. Hauptsache eine sog. „Normerlassklage“ zu erheben, die nach herrschender Meinung als Feststellungsklage bzw. als allgemeine Leistungsklage einzuordnen ist. Einstweiliger Rechtsschutz wäre demnach über die Vorschrift des § 123 VwGO zu gewähren.

## 23

Ein so verstandener Eilantrag wäre jedoch ebenfalls bereits unzulässig. Die Zulässigkeit würde voraussetzen, dass der Antragsteller einen möglichen Anordnungsanspruch auf Normergänzung behaupten bzw. geltend machen kann. Ein solcher ist jedoch vorliegend von vornherein ausgeschlossen, da ein subjektiver Anspruch des Antragstellers auf Abänderung bzw. Ergänzung der im Freistaat Bayern geltenden allgemeinen Regelungen zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung und deren erforderlicher medizinischer Standard im Hinblick auf die Rechtsnatur einer abstrakt-generellen Regelung im Wege einer Rechtsverordnung bereits begrifflich ausgeschlossen ist.

## 24

2. Der Eilantrag des Antragstellers wäre überdies unbegründet, da dem Antragsteller kein Anordnungsanspruch gegen den Antragsgegner zur Seite steht. Ein Anordnungsanspruch lässt sich weder aus spezialgesetzlichen Regelungen noch aus dem allgemeinen Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG) oder dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG herleiten.

## 25

a) Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ist nicht nur ein subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe. Es umfasst auch die Pflicht des Staates, sich aktiv schützend und fördernd vor das Leben der Einzelnen zu stellen sowie diesen vor Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit zu schützen (BVerfG, B.v. 12.5.2020 - 1 BvR 1027/20 - juris Rn. 6). Staatlichen Stellen kommt bei der Erfüllung dieser Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein erheblicher Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (vgl. BVerfG, B.v. 19.5.2020 - 2 BvR 483/20 - juris Rn. 8). Was konkret zu tun ist, um Grundrechtsschutz zu gewährleisten, hängt von vielen Faktoren ab, im Besonderen von der Eigenart des Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter. Die Verletzung einer Schutzpflicht kann nur festgestellt werden, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahme offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben (Untermaßverbot) (vgl. BVerfG, B.v. 12.5.2020 - 1 BvR 1027/20 - juris Rn. 7).

## 26

b) Vor diesem Hintergrund kann ein Anspruch eines Bürgers auf ein bestimmtes Einschreiten der Exekutive ausschließlich dann bestehen, wenn es sich hierbei um die einzige denkbare ermessensfehlerfreie Entscheidung handeln würde, mithin eine Situation einer Ermessensreduktion auf Null gegeben wäre. Dem entspricht es, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Ansprüche auf Erlass oder Änderung gesetzlicher Rechtsnormen nur höchst ausnahmsweise in Betracht kommen (vgl. VG Freiburg, B.v. 14.9.2020 - 2 K 2971/20 - juris Rn. 11 m.w.N.). Mit dem Ausnahmecharakter der Normerlassklage wird der im Gewaltenteilungsgrundsatz begründeten Trennung der rechtsetzenden und der rechtsprechenden Organe Rechnung getragen (vgl. VG München, B.v. 22.10.2020 - M 26a E 20.5020 - juris Rn. 23).

## 27

Dies zugrunde gelegt scheidet ein Erfolg des Antrags des Antragstellers aus, da dessen Antrag darauf gerichtet ist, dass in der 11. BayIfSMV derzeit zugrunde gelegte Schutzniveau im Bereich der erforderlichen Mund-Nasen-Bedeckungen dahingehend zu modifizieren bzw. zu ergänzen, dass auch nicht zertifizierte bzw. nicht entsprechend genormte Masken der Firma livinguard als ausreichendes Schutzniveau erachtet werden.

## 28

aa) Das von § 1 Abs. 2 Satz 2 der BayIfSMV derzeit geforderte Schutzniveau ist nicht zu beanstanden. Notwendige Schutzmaßnahme im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 Infektionsschutzgesetz (IfSG) zur Verhinderung der Verbreitung der Corona-Virus-Krankheit 2019 (COVID-19) kann nach § 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG auch die Anordnung der Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung (Maskenpflicht) sein. Bezüglich der Ausgestaltung dieser Maskenpflicht kommt dem Antragsgegner der bereits zuvor genannte Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu, der vorliegend jedenfalls nicht in gesetzwidriger Weise überschritten wurde. Die Rechtmäßigkeit der in der 11. BayIfSMV für bestimmte Bereiche (vgl. insoweit beispielsweise § 8, § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 12 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 der 11. BayIfSMV) geregelten

Ausgestaltung der FFP2-Maskenpflicht und das darin geforderte Schutzniveau wurde bereits obergerichtlich vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof bestätigt (BayVGh, B.v. 26.1.2021 - 20 NE 21.171 - juris).

### **29**

bb) Die vom Antragsteller erworbenen Schutzmasken, deren Zulassung er in Ergänzung zu den Regelungen der 11. BayIfSMV begehrt, weisen nicht die nach § 1 Abs. 2 Satz 2 der 11. BayIfSMV erforderliche Normierung eines der Kategorie FFP2 entsprechenden Standards auf. Wie sich sowohl aus den vom Antragsteller vorgelegten Unterlagen als auch aus den im Internet frei zugänglichen Herstellerangaben ergibt, ist die vom Antragsteller erworbene Maske lediglich nach EN 14683:2019 als medizinische Gesichtsmaske des Typs I zertifiziert und weist damit nicht den aktuell erforderlichen medizinischen Standard einer vergleichbaren FFP2-Maske auf. Eine Normierung entsprechend § 1 der 11. BayIfSMV weisen aktuell lediglich die Standards FFP2, N95, P2, KF94, DS und KN95 auf. Dem ist der Antragsteller auch nicht substantiiert entgegengetreten.

### **30**

Abschließend weist das Gericht darauf hin, dass es für den Antragsteller durchaus möglich ist, konform zu den derzeitigen Regelungen in § 1 Abs. 2 Satz 2 der 11. BayIfSMV eine Maske der Firma livinguard zu verwenden. Diese wird nämlich in zwei unterschiedlichen Anwendungen angeboten. Neben der vom Antragsteller angeführten Maske „5log PRO Mask“ mit der Medizinklasse 1 (DIN EN 14683:2019) wird die livinguard-Technik auch in der Schutzkategorie KN95 mit der Standardisierung GB2626:2006 angeboten. Als solche entspricht sie dem von der BayIfSMV derzeit geforderten medizinischen Schutzniveau.

### **31**

3. Nach allem war der Antrag daher mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen. Als im Verfahren unterlegen hat der Antragsteller die Kosten des Verfahrens zu tragen.

### **32**

Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 Gerichtskostengesetz (GKG). Da der Antrag des Antragstellers der Vorwegnahme einer Hauptsache entspricht, war der in einer eventuellen Hauptsache gebotene Streitwert in Höhe von 5.000,00 EUR (§ 52 Abs. 2 GKG) vorliegend nicht gemäß Nr. 1.5 der Empfehlungen des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (BayVBl. Sonderbeilage Januar 2014) zu halbieren.