

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 20 NE 20.2461
Sachgebietsschlüssel: 542

Rechtsquellen:

§ 47 Abs. 6 VwGO
§§ 32, 28 Abs. 1, 28a IFSG
§ 3 Abs. 1 9. BayIfSMV
§ 12 Abs. 1 9. BayIfSMV

Hauptpunkte:

Kontaktbeschränkung
Gastronomieschließung

Leitsätze:

Beschluss des 20. Senats vom 8. Dezember 2020

20 NE 20.2461

*Großes
Staatswappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Normenkontrollsache

***** * *****

- ***** -

*****.

***** ***** *

***** * * *****

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch:

Landesrechtsanwaltschaft Bayern,
Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach,

- Antragsgegner -

wegen

Kontaktbeschränkung (Restaurantbesuch)
(Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO);

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

ohne mündliche Verhandlung am **8. Dezember 2020**
folgenden

Beschluss:

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

Gründe:

I.

1 1. Mit ihrem Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO verfolgt die Antragstellerin das Ziel,
den Vollzug von § 3 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 der Neunten Bayerischen Infektionsschutz-
maßnahmenverordnung vom 30. November 2020 (2126-1-13-G, BayMBI. 2020
Nr. 683, im Folgenden: 9. BayIfSMV) einstweilen auszusetzen.

2 2. Der Antragsgegner hat am 30. November 2020 durch das Staatsministerium für
Gesundheit und Pflege die streitgegenständliche Verordnung erlassen, die auszugs-
weise folgenden Wortlaut hat:

„§ 3

Kontaktbeschränkung

3
4 (1) Der gemeinsame Aufenthalt im öffentlichen Raum, in privat genutzten Räumen und auf
privat genutzten Grundstücken ist nur gestattet

5 1. mit den Angehörigen des eigenen Hausstands sowie

6 2. zusätzlich den Angehörigen eines weiteren Hausstands, solange dabei eine Gesamtzahl von
insgesamt höchstens fünf Personen nicht überschritten wird; die zu diesen Hausständen gehö-
renden Kinder unter 14 Jahren bleiben für die Gesamtzahl außer Betracht. ...

§ 13

Gastronomie

7
8 (1) Gastronomiebetriebe jeder Art sind vorbehaltlich der Abs. 2 und 3 untersagt.“

9 Die 9. BayIfSMV ist seit 1. Dezember 2020 in Kraft und tritt mit Ablauf des
20. Dezember 2020 außer Kraft (§ 30 9. BayIfSMV).

- 10 3. Die Antragstellerin, die in Bayern lebt, trägt zur Begründung ihres mit Schriftsatz vom 31. Oktober 2020 gestellten Eilantrags vor, durch die Kontaktbeschränkung beschwert zu sein, weil sie eine schwerbehinderte Schwester habe, die in einem Heim wohne, jedoch ein Heimfahrtrecht habe und die Antragstellerin regelmäßig besuche, wobei zu diesem Treffen dann auch die weitere Schwester komme, sodass insofern Personen aus drei Haushalten zusammenträfen, was durch die beanstandete Regelung nunmehr untersagt sei. Darüber hinaus betreibe sie ein Beleuchtungsgeschäft, sodass sie durch die Gastronomieschließung wirtschaftliche Nachteile erleide.
- 11 Die angegriffenen Regelungen könnten nicht (mehr) auf §§ 32, 28 IfSG gestützt werden. Nach der Wesentlichkeitstheorie bedürften jedenfalls gravierende Grundrechtseinschränkungen – wie die Schließung von Betrieben und Kontaktbeschränkungen – einer gesonderten gesetzlichen Grundlage. Der Verordnungsgeber sei seiner Evaluierungspflicht nicht in hinreichendem Maß nachgekommen. Obwohl man bereits seit geraumer Zeit in „Phase 2“ der Pandemie eingetreten sei, lägen noch immer praktisch keine weitergehenden Erkenntnisse zur Wirksamkeit einzelner Maßnahmen vor. Die Kopplung von Maßnahmen an einen Inzidenzwert – das Strategiepapier der Telefonkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefs der Länder vom 28. Oktober 2020 stelle maßgeblich auf einen anzustrebenden Wert von unter 50 ab – sei kein taugliches Kriterium für die Erforderlichkeit von Maßnahmen. Die Kopplung an bloße Infektionszahlen sei auch deshalb untauglich, weil damit keinerlei Aussage über den Grad der tatsächlichen Gefährdung der Volksgesundheit abgeleitet werden könne und dies nichts für die Frage der Anzahl der schweren Verläufe oder der Mortalität hergebe. Der Aspekt eines verstärkten eigenverantwortlichen Schutzes von Risikopersonen sei nicht ausreichend einbezogen worden.
- 12 Die Kontaktbeschränkung nach § 3 Abs. 1 8. BayIfSMV genüge nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz. Das Wort „mit“ sei mehrdeutig. Unklar sei, ob Personen untereinander einen gewissen Abstand unterschreiten oder sich für eine gewisse Dauer (und wenn ja wie lange) oder für ein gemeinsames Ziel verbunden haben müssten. Im öffentlichen Raum verliere diese Definition vollends an Kontur (z.B. Sprechen mit Zufallsbekanntschaften). Des Weiteren sei die Regelung unschlüssig, weil nach ihr unter Angehörigen (allein) eines Hausstands die Personenzahl von 10 überschritten werden könne. Es werde nicht ausreichend differenziert zwischen dem Aufenthalt im öffentlichen und privaten Bereich sowie in geschlossenen Räumen und im Freien. Es

sei auch nicht ersichtlich, dass die Regelung ausnahmslos erforderlich wäre. Ausnahmen wären insbesondere bei Kindern angebracht, weil sie weniger infektiös seien. Die Gastronomieschließung schränke ihre allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG ein. Die Schließung ohne jede Differenzierung nach Herkunft des Nutzers oder Lage der Einrichtung im (Nicht-)Risikogebiet sei unverhältnismäßig, weil mildere Mittel zur Verfügung stünden (z.B. Vorlage eines negativen Tests oder Einhaltung von Hygienemaßnahmen).

- 13 Mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 2. Dezember 2020 stellte die Antragstellerin ihren zunächst auf die 8. BayIfSMV gerichteten Antrag auf die genannten Normen der 9. BayIfSMV um und führte zusätzlich aus, die Begründung der Verordnung sei unzureichend und genüge nicht dem gesetzlichen Erfordernis. Sie erschöpfte sich weitgehend in Allgemeinplätzen und Leerformeln. Insbesondere lasse der Verordnungsgeber im Unklaren, wie wirksam die einzelnen Maßnahmen seien. Zudem genüge die Verordnung nicht dem gesetzlichen Befristungserfordernis. Zwar sei sie ihrem Wortlaut nach bis 20. Dezember 2020 befristet. Jedoch sei seitens des Antragsgegners in den Medien bereits verlautbart worden, dass nach einer vorübergehenden Lockerung über Weihnachten die Maßnahmen fort dauern und gegebenenfalls sogar weiter verschärft werden könnten.
- 14 4. Der Antragsgegner tritt dem Eilantrag entgegen.
- 15 5. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

- 16 Der zulässige Antrag hat in der Sache keinen Erfolg.
- 17 Die Voraussetzungen des § 47 Abs. 6 VwGO, wonach das Normenkontrollgericht eine einstweilige Anordnung erlassen kann, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist, liegen nicht vor. Die Erfolgsaussichten eines Normenkontrollantrags in der Hauptsache gegen § 3 Abs. 1 9. BayIfSMV (Kontaktbeschränkung) und § 12 Abs. 1 9. BayIfSMV (Schließung von Gastronomiebetrieben) sind unter Anwendung des Prüfungsmaßstabs im Verfahren nach § 47

Abs. 6 VwGO (1.) bei der nur möglichen summarischen Prüfung voraussichtlich nicht gegeben (2.). Eine Folgenabwägung geht zudem zulasten der Antragstellerin aus (3.).

- 18 1. Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 u.a. – ZfBR 2015, 381 – juris Rn. 12; zustimmend OVG NW, B.v. 25.4.2019 – 4 B 480/19.NE – NVwZ-RR 2019, 993 – juris Rn. 9). Dabei erlangen die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Eilverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Normen befristet und je geringer damit die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag noch vor dem Außerkrafttreten der Normen ergehen kann. Das muss insbesondere dann gelten, wenn – wie hier – die in der Hauptsache angegriffenen Normen in quantitativer und qualitativer Hinsicht erhebliche Grundrechtseingriffe enthalten oder begründen, sodass sich das Normenkontrollverfahren (ausnahmsweise) als zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG geboten erweisen dürfte.
- 19 Ergibt demnach die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist. Lassen sich die Erfolgsaussichten nicht absehen, ist im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden. Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung nicht erginge, der Normenkontrollantrag aber später Erfolg hätte, und die Folgen, die entstünden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung erlassen würde, der Normenkontrollantrag aber später erfolglos bliebe. Die für eine einstweilige Außervollzugsetzung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, also so schwer wiegen,

dass sie – trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache – dringend geboten ist (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 u.a. – ZfBR 2015, 381 – juris Rn. 12).

- 20 2. Nach diesen Maßstäben sind die Erfolgsaussichten der Hauptsache bei der nur möglichen, aber ausreichenden summarischen Prüfung (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 – ZfBR 2015, 381 – juris Rn. 14) voraussichtlich nicht gegeben.
- 21 a) Der Senat geht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO davon aus, dass die angegriffene Kontaktbeschränkung nach § 3 Abs. 1 9. BayIfSMV und die Schließung von Gastronomiebetrieben nach § 12 Abs. 1 9. BayIfSMV mit dem durch Artikel 1 des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020 (BGBl. I S. 2397) eingefügten § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG (Kontaktbeschränkung) und § 28a Abs. 1 Nr. 13 IfSG (Untersagung des Betriebs von gastronomischen Einrichtungen) i.V.m. der Verordnungsermächtigung nach § 32 Satz 1 IfSG über eine hinreichende Rechtsgrundlage verfügen. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 28a Abs. 1 IfSG sind offensichtlich gegeben. Schließlich ist auch nicht erkennbar, dass die angegriffenen Vorschriften in ihren Rechtsfolgen von der Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt wären oder in unverhältnismäßiger Weise in die Rechte der Normbetroffenen eingreifen würden.
- 22 aa) Der Senat geht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren auch nicht davon aus, dass diese Rechtsgrundlage verfassungswidrig ist. Zwar wurden bereits während des Gesetzgebungsverfahrens Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Norm geäußert (vgl. https://www.bundestag.de/resource/blob/805568/07051b199add717e04d7cca843c3de48/19_14_0246-9-_ESV-prof-Dr-Klafki-3-BevSchG-data.pdf; <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-massnahmen-28a-ifsg-rechtssicherheit-gerichte-verfassungswidrig-unbestimmt-anhoerung-bundestag>). Mit dem im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens vorgenommenen Änderungen (vgl. BT-Drucksache 19/24334) geht der Senat jedoch davon aus, dass im einstweiligen Rechtsschutzverfahren durchgreifende Bedenken nicht ersichtlich sind. Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle soll zwar, soweit sie nicht lediglich auf eine objektive Rechtskontrolle abzielt, den Rechtsschutz der Bürger verbessern; durch sie sollen mögliche Zweifel an der Gültigkeit einer untergesetzlichen Rechtsnorm einer frühzeitigen Klärung zugeführt werden; insoweit dient sie der Beschleunigung des Rechtsschutzes und der Rechtsklarheit (BVerwG, U. v. 16.1.2003 – 4 CN 8/01 – BVerwGE 117, 313). Der Senat verkennt auch

nicht, dass die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage gerade bei erheblichen Grundrechtseingriffen von den Fachgerichten auch von Amts wegen zu prüfen ist, gegebenenfalls vorläufiger Rechtsschutz zu gewähren und bei negativem Ausgang der Prüfung die Sache unter Beachtung der Darlegungsanforderungen für Vorlagen im Verfahren der konkreten Normenkontrolle dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen ist (BVerfG, B. v. 15.12.2011 – 2 BvR 2362/11 – BeckRS 2012, 45915, B.v. 4.3.2014 – 2 BvL 2/13 – juris Rn. 17 m.w.N.).

23 Zu berücksichtigen ist jedoch, dass nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG eine Richtervorlage nur zulässig ist, wenn das Gericht das betreffende Gesetz für verfassungswidrig „hält“. Das vorliegende Gericht kann nur dann geltend machen, dass es ein Gesetz für verfassungswidrig „hält“, wenn es von dessen Verfassungswidrigkeit überzeugt ist. Dieses Erfordernis der fachgerichtlichen Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Norm bildet eine unmittelbar in Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG normierte, eigenständige Zulässigkeitsvoraussetzung, erschöpft sich also nicht lediglich in einer Ausfüllung der Begründungsanforderungen des § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG. Bloße Zweifel oder Bedenken des Gerichts an der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes genügen nicht (Maunz/Dürig, Art. 100 GG Rn 128 f.; vgl. auch BVerfG, B.v. 26.2.2020 – 1 BvL 1/20 – juris Rn. 10 jew. m.w.N.). Daraus ergibt sich, dass im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO eine Außervollzugsetzung einer Rechtsverordnung nach § 32 Satz 1 IfSG wegen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der bundesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage aufgrund der weitreichenden Folgen einer Außervollzugsetzung nur dann in Betracht kommt, wenn das Gericht bereits im Rahmen der summarischen Prüfung von der Verfassungswidrigkeit der Norm überzeugt ist, wenn also die Verfassungswidrigkeit offensichtlich ist oder, anders gesagt, besonders schwerwiegende Zweifel an der bundesrechtlichen Ermächtigungsgrundlage bestehen. Fehlt es hingegen an derartigen besonders schwerwiegenden Zweifeln, so sind bis zur allgemeinverbindlichen Feststellung ihrer Nichtigkeit oder Unwirksamkeit durch das Bundesverfassungsgericht Gesetze, die unter der Herrschaft des Grundgesetzes erlassen worden sind, zu befolgen. Eine andere Sichtweise würde in unzulässiger Weise in die alleinige Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts eingreifen und eine Umgehung des Art. 100 GG darstellen (vgl. hierzu BayVGH, B. v. 29.3.2007 - 19 CS 07.397 - BeckRS 2007, 29584).

24 Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs erkennt der Senat solche schwerwiegenden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 28a IfSG nicht. Zwar sind die Befugnisse

der Infektionsschutzbehörden und damit vor allem des Verordnungsgebers nach § 32 IfSG Untersagungs- und Beschränkungsmaßnahmen für ganze Bereiche des gesellschaftlichen Lebens sowie allgemeine Verhaltenspflichten für jedermann zur Bekämpfung von COVID-19 zu erlassen, zum Teil sehr weitgehend und in die Grundrechte der Betroffenen tief eingreifend. Auf der anderen Seite muss jedoch berücksichtigt werden, dass diese Befugnisse allein auf das Ereignis der Corona-Pandemie zugeschnitten sind und jedenfalls flächendeckend nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG durch den Deutschen Bundestag erlassen werden können. Dadurch hat der Bundestag eine Gefährdungseinschätzung durch die Corona-Pandemie, welche sowohl Gefahrenabwehrelemente als auch Gefahrenprognoseelemente (vgl. hierzu BVerwG, U. v. 28.6.2004 – 6 C 21.02 – BeckRS 2004,25030) enthält, zum Ausdruck gebracht, welche grundsätzlich solch einschneidende Maßnahmen voraussichtlich rechtfertigen kann. Dass der Bundestag hier seinen weiten Gestaltungsspielraum überschritten hätte, ist nicht ersichtlich.

- 25 Der Gesetzgeber hat den Behörden und Fachgerichten auch genügend Spielraum belassen, um eine verhältnismäßige Anwendung von § 28, 28a Abs.1 IfSG im Einzelfall sicherzustellen. Die Anforderungen durch allgemeine und besondere (§ 28a Abs. 2 IfSG) Verhältnismäßigkeitserwägungen sowie besondere Verfahrensvorschriften (§ 28a Abs. 5 IfSG) begrenzen die Befugnisse des §§ 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1 IfSG. In einer dokumentierten Entscheidung hat der Verordnungsgeber (§ 32 Satz 1 IfSG) die besonders gewichtigen infektiologischen Erfordernisse mit sozialen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Einzelnen und die Allgemeinheit nach § 28a Abs. 6 IfSG abzuwägen. Dabei dürfte es sich um eine prognostische Abwägungsentscheidung handeln, welche dem Verordnungsgeber einen Beurteilungsspielraum eröffnet, der gerichtlich nur begrenzt überprüfbar ist. Das Bundesverfassungsgericht geht im Übrigen auch nach Inkrafttreten des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020 davon aus, dass Verfassungsbeschwerden gegen behördliche Eingriffe aus Gründen des Infektionsschutzes jedenfalls nicht erkennbar erfolgreich sind, stellt die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage also bislang nicht in Frage (BVerfG, B.v. 5. Dezember 2020 – 1 BvQ 145/20 – https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/12/qk20201205_1bvq014520.html; Versammlungsfreiheit).

- 26 bb) Die bisher geäußerten Zweifel des Senats zur Frage des Parlamentsvorbehalts hat der Gesetzgeber mit den Änderungen des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020 weitgehend ausgeräumt. Wesentlicher Beweggrund für den Gesetzgeber für den Erlass dieser Regelung war (BT- Drucksache 19/24334 S. 67):
- 27 „Die bisher maßgeblich auf Grundlage der §§ 28 ff. und 32 IfSG getroffenen Maßnahmen zur Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie führten teilweise zu erheblichen Eingriffen in grundrechtliche Freiheiten. Sie dienen dem Schutz der Bevölkerung vor Infizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und erfolgten in Umsetzung der Gewährleistung des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes. Um den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Parlamentsvorbehalts aus Artikel 80 Absatz 1 Satz 1 und Satz 2 des Grundgesetzes angesichts der länger andauernden Pandemielage und der fortgesetzt erforderlichen eingriffsintensiven Maßnahmen zu entsprechen, sei eine gesetzliche Präzisierung im Hinblick auf Dauer, Reichweite und Intensität möglicher Maßnahmen angezeigt.
- ...
- 28 1. Mit der Benennung nicht abschließender Regelbeispiele etwaiger Schutzmaßnahmen gibt der Gesetzgeber in Ausübung seiner Beobachtungs- und Korrekturpflicht Reichweite und Grenzen exekutiven Handelns vor“.
- 29 „Durch Absatz 1 werden die Regelbeispiele in § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 IfSG speziell für die SARS-CoV-2-Pandemie klarstellend erweitert und der Systematik des § 5 folgend an die Feststellung einer pandemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag gebunden. (BT-Drucksache 19/23944 S. 31).“
- 30 Damit entspricht § 28 i.V.m. § 28a IfSG bei überschlägiger Prüfung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren den Vorgaben des Parlamentsvorbehalts.
- 31 b) Die formellen Voraussetzungen für den Erlass einer Verordnung nach § 28a Abs. 5 IfSG sind entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin eingehalten. Nach dieser Vorschrift sind Rechtsverordnungen, die nach § 32 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 und § 28a Abs. 1 IfSG erlassen werden, mit einer allgemeinen Begründung zu versehen und zeitlich zu befristen.

- 32 Die Begründungspflicht dient dazu, die wesentlichen Entscheidungsgründe für die getroffenen Maßnahmen transparent zu machen und dient damit insbesondere der Verfahrensrationalität wie auch der Legitimationssicherung (vgl. dazu auch BVerwG, B.v. 30.3.2016 – 5 B 11.16 – juris Rn. 4 m.w.N.). Sie gewährleistet als prozedurale Anforderung den Grundrechtsschutz durch Verfahren. Innerhalb der Begründung ist zu erläutern, in welcher Weise die Schutzmaßnahmen im Rahmen eines Gesamtkonzepts der Infektionsbekämpfung dienen. Eine empirische und umfassende Erläuterung ist nach den Gesetzesmaterialien nicht geschuldet. Die Begründung ist möglichst zeitnah nach Erlass der Rechtsverordnung zu veröffentlichen (BT-Drucksache 19/24334 S. 81). Diese Voraussetzungen sind bei summarischer Prüfung durch die Begründung der Verordnung (2126-1-13-G, BayMBI. 2020 Nr. 684 vom 30.11.2020) gewahrt.
- 33 Mit der Befristungspflicht wird sichergestellt, dass die jeweilige Rechtsverordnung unter Berücksichtigung neuer Entwicklungen der Corona-Pandemie fortgeschrieben werden muss. Die Geltungsdauer beträgt grundsätzlich vier Wochen; sie kann optional verlängert werden. Auch diese formelle Voraussetzung ist gewahrt, da die Verordnung mit Ablauf des 20. Dezember 2020 außer Kraft tritt (§ 30 9. BayIfSMV).
- 34 c) § 3 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 9. BayIfSMV dürften auch materiell rechtmäßig sein, denn sie halten sich bei summarischer Prüfung an die gesetzlichen Vorgaben des § 28a IfSG.
- 35 Ausweislich der Begründung der Verordnung meldete das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (LGL) am 24. Oktober 2020 für Bayern ebenfalls den höchsten Zuwachs an Neuinfektionen mit 2 136 Fällen. Bereits am 28. Oktober 2020 wurde dieser bisherige Höchstwert mit bayernweit 2 629 Fälle im Vergleich zum Vortag erneut übertroffen. Daneben überschritt auch eine immer weiter zunehmende Anzahl an Landkreisen und kreisfreien Städten nach den insoweit gemäß § 28a Abs. 3 Satz 12 IfSG maßgeblichen Informationen des RKI den Schwellenwert von 50 Fällen pro 100 000 Einwohner in den letzten sieben Tagen. Am 28. Oktober 2020 wiesen 91 der 96 Landkreise und kreisfreie Städte in Bayern eine 7-Tage-Inzidenz über dem Schwellenwert auf, davon lagen 39 Landkreise und kreisfreie Städte über dem Wert von 100 (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Okt_2020/2020-10-28-de.pdf?__blob=publicationFile). Noch eine Woche zuvor hatte die Zahl deutlich niedriger gelegen: Am

21. Oktober 2020 hatten 42 bayerische Landkreise und kreisfreie Städte den Schwellenwert überschritten, davon 8 den Wert von 100 (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Okt_2020/2020-10-21-de.pdf?__blob=publicationFile). Die deutliche Zuspitzung der Infektionslage spiegelte sich auch in einer steigenden Zahl von COVID-19-Patienten in den bayerischen Krankenhäusern wider: Vom 21. Oktober 2020 auf den 28. Oktober 2020 hatte sich die Belegung der Krankenhausbetten mit COVID-19-Patienten nahezu verdoppelt. Die Belegungszahlen stiegen weiter an. Damit hat sich der Antragsgegner an den Vorgaben des § 28a Abs. 3 IfSG orientiert.

36 Die streitgegenständliche Kontaktbeschränkung und die Schließung der Gastronomiebetriebe dienen dem Schutz von Leben und Gesundheit und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems (§ 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG). Sie erfolgen, um Kontakte zu reduzieren. Immer dann, wenn Menschen aufeinandertreffen und sich austauschen, ist das Risiko einer Ansteckung besonders groß. Dies gilt im privaten wie auch im öffentlichen Raum. Die bisherigen Erfahrungen in der Bundesrepublik und in anderen Staaten zeigen, dass die exponentiell verlaufende Verbreitung des besonders leicht im Wege der Tröpfcheninfektion und über Aerosole von Mensch zu Mensch übertragbaren Virus nur durch eine strikte Minimierung der physischen Kontakte zwischen den Menschen eingedämmt werden kann (BT-Drucksache 19/23944 S. 31). Auch die Untersagung der Gastronomie entspricht diesen Vorgaben, sie ist grundsätzlich geeignet, Kontakte zu reduzieren und somit dem Infektionsgeschehen entgegen zu wirken.

37 Die getroffenen Maßnahmen dürften auch erforderlich und angemessen sein. Ausweislich der Begründung der Verordnung (a.a.O.) hat der mit Inkrafttreten der 8. BayIfSMV am 2. November 2020 einhergehende sog. „Lockdown Light“ bislang allerdings noch keine hinreichende Abnahme der Zahl der Neuinfektionen bewirkt. Vielmehr scheint sich die Zahl der Neuinfektionen langsam auf einem hohen Niveau zu stabilisieren, ein klarer Rückgang der Fallzahlen in Bayern ist aber nicht zu verzeichnen. Seit dem 21. Oktober 2020 überschreitet die Zahl der neuen Fälle nach Meldedatum beinahe jeden Tag (mit Ausnahme von vier Wochenendtagen) den Höchstwert vom 1. April 2020 (damals 1 988 Fälle nach Meldedatum). Die Höchstwerte im November sind mehr als doppelt so hoch (https://www.lgl.bayern.de/gesundheit/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/#meldedatum). Am 30. November 2020 liegt die 7-Tages-Inzidenz für Bayern bei 175 und

damit auf einem sehr hohen Niveau und über dem Bundesdurchschnitt von 138 (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-11-30-de.pdf?__blob=publicationFile). Als Ziel des „Lockdown Light“ war eine 7-Tage-Inzidenz von höchstens 50 (Schwellenwert) ausgegeben worden. Dies ist der Wert, bei welchem erfahrungsgemäß eine Kontaktpersonennachverfolgung durch die Gesundheitsämter noch gewährleistet werden kann und der mittlerweile auch in § 28a Abs. 3 Satz 4, 9 und 10 IfSG als verbindlicher Schwellenwert für die Abgrenzung zwischen breit angelegten Schutzmaßnahmen und umfassenden Schutzmaßnahmen gesetzlich verankert ist.

- 38 Nach den Vorgaben des § 28a Abs. 3 Satz 5 IfSG sind bei einer Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen umfassende Schutzmaßnahmen zu erlassen, die eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens erwarten lassen. Die Möglichkeiten zur Eindämmung hängen dabei von der Inzidenz ab. Dort wo das Infektionsgeschehen noch nicht 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen erreicht hat, ist eine individuelle Kontaktnachverfolgung regelmäßig noch leistbar, so dass schwerwiegende Einschränkungen des öffentlichen Lebens nicht absolut notwendig sind (BT-Drucksache 19/23944 S. 34). Damit ist Bayern mit einer landesweiten Inzidenz vor Verordnungserlass von 175, welche sich im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats im Wesentlichen nicht verändert hat, sehr weit von den gesetzlichen Vorgaben entfernt, so dass akuter Handlungsbedarf bestand und besteht.
- 39 So begründet der Antragsgegner entsprechende Kontaktbeschränkungen durch die 9. BayIfSMV (a.a.O.): „Zur Verminderung des Übertragungsrisikos sind die schnelle Isolierung von positiv getesteten Personen sowie die Identifikation und die frühzeitige Quarantäne enger Kontaktpersonen erforderlich. Die Unterbrechung von Infektionsketten wird durch das gesteigerte Infektionsgeschehen und die diffuse Ausbreitung des Virus in der Bevölkerung zunehmend erschwert. Daher ist es notwendig, durch eine erhebliche Reduzierung der Kontakte in der Bevölkerung insgesamt das Infektionsgeschehen einzudämmen und die Zahl der Neuinfektionen wieder in die Größenordnung von unter 50 Neuinfektionen pro 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen zu senken.“
- 40 Auch entsprechen die Erwägungen des Ordnungsgebers hinsichtlich der Schließung der Gastronomie (-Freizeitbereich) sachlichen Gesichtspunkten und stellen sich im Rahmen einer summarischen Prüfung nicht als unverhältnismäßig heraus. Diese

Maßnahme dient der Kontaktreduzierung in einem kontaktintensiven Bereich, wobei angesichts des intensiven Infektionsgeschehens eine begrenzte Öffnung unter Beachtung von Schutz- und Hygienekonzepten nicht als ausreichend erachtet wird, was in der gegenwärtigen Lage nicht zu beanstanden ist. Gleichzeitig dürfte die Erwägung, beispielsweise den Einzelhandel von Schließungen auszunehmen, weil dies gesamtwirtschaftlich mit noch schwereren Folgen verbunden wäre, von § 28 Abs. 6 Satz 3 IfSG noch gedeckt sein, da der Gesetzgeber den Infektionsschutzbehörden bei bereichsspezifischen Differenzierungen in einem Gesamtkonzept einen weiten Gestaltungsspielraum eingeräumt hat (vgl. BT-Drs. 19/24334 S. 82).

- 41 d) Die materiellen Einwendungen der Antragstellerin greifen bei summarischer Prüfung nicht durch.
- 42 aa) Die Kontaktbeschränkung nach § 3 Abs. 1 9. BayIfSMV (§ 28a Abs. 1 Nr. 3) genügt voraussichtlich den rechtsstaatlichen Anforderungen der Bestimmtheit (vgl. zu § 2 Abs. 1 4. BayIfSMV auch bereits BayVGh, B.v. 26.5.2020 – 20 NE 20.1065 – juris Rn. 28 ff.). Hiernach müssen die Bürger in zumutbarer Weise selbst feststellen können, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen; die Gerichte müssen in der Lage sein, die normative Entscheidung zu konkretisieren (BayVerfGH, E.v. 29.4.1983 – Vf. 16-VII-80 – VerfGHE 36, 56/68). Sieht eine Rechtsverordnung – wie hier § 29 Nr. 1 9. BayIfSMV – die Ahndung von Verstößen als Ordnungswidrigkeit vor, muss die Bußgeldvorschrift hinreichend bestimmt sein (Art. 103 Abs. 2 GG, § 3 OWiG). Der grammatikalischen Auslegung bzw. Wortlautgrenze kommt in einem solchen Fall herausgehobene Bedeutung zu (vgl. BVerwG, U.v. 29.2.2012 – 9 C 8.11 – juris Rn. 12; BayVGh, B.v. 17.2.2020 – 8 ZB 19.2200 – juris Rn. 14).
- 43 Die Beschränkung des gemeinsamen Aufenthalts „mit“ den Angehörigen des eigenen Hausstands sowie zusätzlich den Angehörigen eines weiteren Hausstands, solange dabei eine Gesamtzahl von insgesamt höchstens 5 Personen nicht überschritten wird, ist nach vorläufiger Einschätzung des Senats noch hinreichend bestimmt. Die Regelung zielt erkennbar darauf ab, „Ansammlungen“ (vgl. auch § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG) wegen des von dort ausgehenden hohen Infektionsrisikos weitestgehend zu vermeiden (vgl. auch OVG NW, B.v. 19.5.2020 – 13 B 557/20.NE – juris Rn. 53 ff.; NdsOVG, B.v. 11.6.2020 – 13 MN 192/20 – juris Rn. 34 ff.; BT-Drs. 19/18111, S. 10 und 24). Ausgehend davon wird deutlich, dass für einen „gemeinsamen“ Aufenthalt jedenfalls

nicht jede bloß zufällige gleichzeitige Anwesenheit mehrerer Personen genügt (vgl. auch Kießling, IfSG, 1. Aufl. 2020, § 28 Rn. 38). Aus dem Verordnungstext lässt sich – trotz eines gewissen Auslegungsspielraums – jedenfalls hinreichend ableiten, welche Verhaltensweisen nicht gestattet sind.

44 Auch der von der Antragstellerin infrage gestellte Geltungsbereich der Personenobergrenze in § 3 Abs. 1 Nr. 2 9. BayIfSMV erweist sich bei summarischer Prüfung nicht als unschlüssig. Dass die Kontaktbeschränkung zusätzlicher Ausnahmen bedürfte, ist im Hinblick auf die Zielsetzung des Verordnungsgebers, das Pandemiegeschehen in der Bevölkerung insgesamt zu verlangsamen und die Kontrolle über die Infektionswege wieder zu erlangen, ebenfalls nicht erkennbar.

45 3. Im Übrigen ergibt auch eine Folgenabwägung, dass die Interessen der Gesamtbevölkerung am Schutz von Leib und Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) die Interessen der Antragstellerin, sich mit Personen aus mehr als zwei Hausständen gemeinsam zu treffen und ein Restaurant zu besuchen (Art. 2 Abs. 1 GG), überwiegen.

46 Das pandemische Geschehen hat sich erheblich verstärkt. Nach dem Situationsbericht des Robert-Koch-Instituts (RKI) vom 6. Dezember 2020 (vgl. abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-12-07-de.pdf?__blob=publicationFile) ist weiterhin eine Zunahme der Übertragungen in der Bevölkerung in Deutschland zu beobachten. Die Inzidenz der letzten 7 Tage liegt deutschlandweit bei 146 Fällen pro 100.000 Einwohner (EW). In den Bundesländern Bayern, Berlin und Thüringen liegt sie deutlich, in Sachsen sehr deutlich darüber. Seit Anfang September nimmt der Anteil älterer Personen unter den COVID-19-Fällen wieder zu. Die 7-Tage-Inzidenz bei Personen ≥ 60 Jahre liegt bei aktuell 132 Fällen/100.000 EW. Die hohen bundesweiten Fallzahlen werden verursacht durch zumeist diffuse Geschehen, mit zahlreichen Häufungen insb. in Haushalten sowie in Alten- und Pflegeheimen, aber auch in beruflichen Settings, in Gemeinschaftseinrichtungen und ausgehend von religiösen Veranstaltungen. Für einen großen Anteil der Fälle kann das Infektionsumfeld nicht ermittelt werden. Nach dem starken Anstieg der intensivmedizinisch behandelten COVID-19-Fälle bis Mitte November (von 879 Fällen am 20.10 [abrufbar unter DIVI Visualizations] auf 3.615 Fälle am 20.11.2020 [abrufbar unter <https://www.divi.de/divi-intensivregister-tagesreport-archiv/divi-intensivregister-tagesreport-2020-11-29/viewdocument/5272>]), hat sich dieser mittlerweile etwas verlangsamt, mit 4.108 Fällen am 6. Dezember 2020. Am

06.12.2020 wurden im Vergleich zum Vortag 17.767 neue Fälle und 255 neue Todesfälle übermittelt.

- 47 In dieser Situation ergibt die Folgenabwägung, dass die zu erwartenden Folgen einer Außervollzugsetzung der angegriffenen Normen – im Hinblick auf die damit einhergehende mögliche Eröffnung weiterer Infektionsketten – schwerer ins Gewicht fallen als die Folgen ihres weiteren Vollzugs für die Handlungsfreiheit der Antragstellerin. Gegenüber den somit bestehenden Gefahren für Leib und Leben, vor denen zu schützen der Staat nach dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 GG verpflichtet ist, müssen die Interessen der von den Kontaktbeschränkungen und Schließung von Gastronomie Betroffenen derzeit zurücktreten (vgl. auch BVerfG, B.v. 15.7.2020 – 1 BvR 1630/20 – juris Rn. 25; BayVerfGH, E.v. 12.8.2020 – Vf.-34-VII-20 – juris Rn. 24 m.w.N.; BVerfG, B.v. 11.11.2020 – 1 BvR 2530/20 –, abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/11/rk20201111_1bvr253020.html).
- 48 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG. Da die von der Antragstellerin angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 20. Dezember 2020 außer Kraft tritt (§ 30 9. BayIfSMV), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit hier nicht angebracht ist.

Kraheberger

Kokoska-Ruppert

Dr. Hahn