

Titel:

Erfolgsloses Eilverfahren gegen infektionsschutzrechtliche Allgemeinverfügung auf Untersagung von Gastronomiebetrieb

Normenketten:

BayVwVfG Art. 39 Abs. 1

GG Art. 12, Art. 14

IfSG § 2 Nr. 1, § 4, § 16 Abs. 8, § 28 Abs. 1 S. 1

VwGO § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, Abs. 5, § 114 S. 1

Leitsätze:

Die Untersagung von Gastronomiebetrieben jeder Art mit Ausnahme der Abgabe und Lieferung von mitnahmefähigen Speisen erweist sich angesichts eines extremen Anstiegs des Inzidentwertes auf weit über 250 als voraussichtlich verhältnismäßig. (Rn. 28) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die Heranziehung unzutreffender Rechtsvorschriften vermag zwar die materielle Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts zu begründen, stellt aber keinen Fehler hinsichtlich der formellen Begründungspflicht dar (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz)

3. Die Untersagung von Gastronomiebetrieben jeder Art mit Ausnahme der Abgabe und Lieferung von mitnahmefähigen Speisen ist Teil eines auf Kontaktreduzierung gerichteten Maßnahmenpakets und verfolgt den legitimen Zweck, die Ausbreitung des neuartigen Coronavirus durch die Reduzierung infektionsbegünstigender physischer Kontakte zeitlich und räumlich zu verlangsamen, um so eine Überlastung des Gesundheitssystems und das Risiko einer erhöhten Sterblichkeit Betroffener an einer SARS-CoV-2-Infektion zu verhindern, wobei es ausreicht, dass die Maßnahme zur Zweckerreichung beiträgt (vgl. BVerwG BeckRS 2012, 59045; BayVGH B.v. 13.8.2020 - 20 S 20.1821 -). (Rn. 29 – 31) (redaktioneller Leitsatz)

4. Welche Anforderungen an das Maß der erforderlichen Bestimmtheit von Ermächtigungsgrundlagen im Einzelnen zu stellen sind, ist abhängig von der Intensität der Auswirkungen der Regelung für die Betroffenen (d.h. je schwerwiegender die grundrechtsrelevanten Auswirkungen für die potentiell Betroffenen sind, desto strengere Anforderungen gelten für das Maß der Bestimmtheit sowie für Inhalt und Zweck der erteilten Ermächtigung) und von der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts, insbes. davon, in welchem Umfang der zu regelnde Sachverhalt einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich ist. (Rn. 39) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Corona, Untersagung von Gastronomiebetrieben mit Ausnahme der Abgabe und Lieferung von mitnahmefähigen Speisen, Allgemeinverfügung für den Landkreis Berchtesgadener Land, Eilrechtsschutz, Infektionsschutzgesetz, Coronavirus, Allgemeinverfügung, Begründungspflicht, Gastronomieschließung, Ermächtigungsgrundlage, Bestimmtheitsgebot, Grundrechtseingriff, Ermessen, geeignet, erforderlich, angemessen

Fundstellen:

BeckRS 2020, 28234

LSK 2020, 28234

COVuR 2020, 774

Tenor

I. Die Anträge werden abgelehnt.

II. Der Antragsteller hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

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

Gründe

I.

1

Der Antragsteller ist Eigentümer und Betreiber des Restaurants „... ..“ im Landkreis Berchtesgadener Land.

2

In diesem Landkreis war ein erheblicher Anstieg im Hinblick auf Infektionen mit dem SARS-CoV-2 Virus (neuartiges Coronavirus) zu verzeichnen. Am 22. Oktober 2020 lag der 7-Tage-Inzidenzwert deutlich über 250 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner in einem Zeitraum von 7 Tagen. Mit Allgemeinverfügung vom 19. Oktober 2020 (gültig ab 20. Oktober 2020, 14:00 Uhr), neu gefasst durch Allgemeinverfügung vom 22. Oktober 2020 (gültig ab 23. Oktober 2020, 0:00 Uhr, gültig zunächst bis 2. November 2020 20, 24:00Uhr) ordnete der Antragsgegner auf infektionsschutzrechtlicher Grundlage zur Bekämpfung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 im Landkreis Berchtesgadener Land aufgrund steigender Fallzahlen verschiedene Maßnahmen an. Das Maßnahmenpaket umfasst allgemeine Ausgangsbeschränkungen, Veranstaltungsverbote, Betriebsuntersagungen, Besuchsverbote, Schließung von Schulen und Betreuungseinrichtungen und eine Maskenpflicht im öffentlichen Raum.

3

Ziffer 3 Abs. 2 der Allgemeinverfügung in der Fassung vom 22. Oktober 2020 lautet:

4

„Untersagt sind Gastronomiebetriebe jeder Art. Dies gilt auch für Gaststätten und Gaststättenbereiche im Freien (z.B. Biergärten, Terrassen). Ausgenommen ist die Abgabe und Lieferung von mitnahmefähigen Speisen.“

5

In Ziffer 1 Abs. 2 der Allgemeinverfügung ist darüber hinaus geregelt, dass das Verlassen der eigenen Wohnung nur bei Vorliegen triftiger Gründe erlaubt ist. Ziffer 1 Abs. 3 enthält eine Aufzählung triftiger Gründe, unter anderem die Ausübung beruflicher Tätigkeiten, Versorgungsgänge für Gegenstände des täglichen Bedarfs und Einkaufen in Ladengeschäften sowie die Inanspruchnahme sonstiger Dienstleistungen wie z.B. Friseurbesuche.

6

Auf die Allgemeinverfügung samt Begründung (abrufbar unter:

https://www.lrabgl.de/fileadmin/user_upload/content/doc/Das_Landratsamt/Amtsblaetter/2020/Amtsblatt_Nr_43b_vom_22-10-2020_Volltext.pdf) wird Bezug genommen.

7

Der Antragsteller erhob am 21. Oktober 2020 Klage gegen Ziffer 3 Abs. 2 der Allgemeinverfügung und beantragte gleichzeitig die Feststellung, dass der Besuch eines Gastronomiebetriebs einen triftigen Grund im Sinne der Ziffer 1 Abs. 2 der Allgemeinverfügung darstelle. Gleichzeitig beantragt er im Eilverfahren gemäß § 80 Abs. 5 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) und gemäß § 123 Abs. 1 VwGO:

8

1. Die aufschiebende Wirkung der Klage gegen Ziffer 3 Abs. 2 der Allgemeinverfügung des Antragsgegners vom 19. Oktober 2020 in der Fassung vom 22. Oktober 2020, wird angeordnet.

9

2. Es wird im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig festgestellt, dass der Besuch eines Gastronomiebetriebes einen triftigen Grund im Sinne von Ziffer 1 Abs. 2 der Allgemeinverfügung des Antragsgegners vom 19. Oktober 2020 in der Fassung vom 22. Oktober 2020 darstellt.

10

Zur Begründung wurde mit Schriftsätzen vom 22. Oktober 2020 und vom 23. Oktober 2020 im Wesentlichen vorgetragen, die Allgemeinverfügung sei bereits formell rechtswidrig, weil sie die Mindestanforderungen an eine hinreichende Begründung nicht erfülle. Es werde weder die richtige einschlägige Rechtsgrundlage genannt noch die Ermessensbetätigung hinreichend begründet. Die Allgemeinverfügung sei auch materiell rechtswidrig. Insbesondere fehle es an einer geeigneten Rechtsgrundlage. § 25a der 7. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung alte Fassung (7. BayIfSMV a. F.) bzw. § 25 7. BayIfSMV (n. F.), soweit die Vorschrift aufgrund der 7-Tages-Inzidenz von über 100 überhaupt anwendbar sei und nicht vielmehr § 26 7. BayIfSMV (n. F.) in Betracht komme, seien abschließend und ermächtigten nicht zu

weitergehenden, über die Vorschrift hinausgehenden Maßnahmen. Auch § 28 Abs. 1 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) stelle keine hinreichende Rechtsgrundlage (mehr) dar, um derartig weitreichende Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen. Es bestünden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Rechtsgrundlage insbesondere im Hinblick auf den Parlamentsvorbehalt bzw. das Wesentlichkeitsgebot. Selbst wenn man von einer gültigen Rechtsgrundlage ausginge, so sei die Allgemeinverfügung jedenfalls ermessensfehlerhaft. Die Schließung von Gastronomiebetrieben sei nicht notwendig, da von ordnungsgemäß geführten Gastronomiebetrieben, die Abstandsvorgaben und Hygienekonzepte mit Rückverfolgungsmöglichkeiten einhielten, gegenüber den weiterhin zulässigen Tätigkeiten keine erhöhte Infektionsgefahr ausgehe. Der Antragsgegner gehe von einem diffusen Infektionsgeschehen aus. Dies widerspreche bereits den Verlautbarungen des Ministerpräsidenten, der eine private Feier als Auslöser für den enormen Anstieg der Infektionszahlen genannt habe. Nach derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnissen (Transkript des Podcasts „Corona Virus-Update“ vom 13.10.2020, Professor Dr. C* ... D* ...*) liege gerade kein diffuses Infektionsgeschehen vor, vielmehr werde das Infektionsgeschehen durch Cluster vorangetrieben. Aus der fehlenden Fähigkeit der Gesundheitsämter, diese zu ermitteln, könne nicht auf eine diffuse Infektionstätigkeit geschlossen werden. Es gebe keinen Nachweis, dass die Infektionstätigkeit tatsächlich gerade durch den Betrieb von Gastronomiebetrieben maßgeblich gefördert werde. Es stelle sich vielmehr so dar, dass der Antragsgegner offenbar keine Kenntnis habe, wo sich die Infektionstätigkeit abspiele, und daher nun mit der Gießkanne Maßnahmen ergreife. Dass von Gastronomiebetrieben eine relevante Infektionsgefahr ausgehe, habe der Antragsgegner nicht dargetan. Als milderer Mittel gegenüber der Betriebsschließung jeglicher Gastronomie sei eine Kontrolle der Einhaltung der vorgeschriebenen Hygienekonzepte und bei Nichteinhaltung die Betriebsschließung einzelner Betriebe vorzugswürdig. Eine effektive Kontrolle der Hygienekonzepte habe nach hiesiger Kenntnis nicht stattgefunden. Das Betriebsverbot verstoße auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Es sei nicht gerechtfertigt, dass das gesamte geschäftliche Leben im Wesentlichen fortgeführt werden könne, insbesondere Dienstleistungsbetriebe wie Friseursalons oder Kosmetikstudios, bei denen im Vergleich mit einem Gastronomiebetrieb ein wesentlich engerer körperlicher Kontakt bestehe. Für den Antragsteller bestehe ein vollständiges Berufsverbot, was ihn unverhältnismäßig belaste.

11

Der Antragsgegner beantragt,

12

Die Anträge werden abgelehnt.

13

Die Rechtsgrundlage für die Allgemeinverfügung finde sich in § 28 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 IfSG in Verbindung mit § 25 der 7. BayIfSMV. Formelle Mängel seien in der aktuellen Fassung der Allgemeinverfügung vom 22. Oktober 2020 nicht ersichtlich. Die angegriffene Regelung sei verhältnismäßig. Sie sei geeignet, das legitime Ziel der Unterbrechung von Infektionsketten zu erreichen. Durch die Maßnahme werde der Kontakt innerhalb der Gastronomie beschränkt und zwar sowohl zwischen den Gästen als auch zwischen Gästen und Personal. Eine Vergleichbarkeit mit Einzelhandelsbetrieben oder Dienstleistern liegen nicht vor, da es der Bewirtung von Gästen inhärent sei, dass Geselligkeit und Beisammensitzen gefördert werde. Überall dort, wo reger Gesprächsaustausch innerhalb von Gruppen stattfinde, bestehe ein erhöhtes Infektionsrisiko. Außerdem sei zu beachten, dass die Allgemeinverfügung auch jede Art von Veranstaltungen mit Ausnahme von Gottesdiensten untersage, auch private Feiern würden unterbunden. Die Allgemeinverfügung sei bis zum 2. November 2020 befristet, ein Umstieg auf Liefer- oder Abholbetrieb zur Vermeidung drastischer finanzieller Einbußen sei zumutbar. Das Infektionsgeschehen sei diffus über den Landkreis verteilt, anderslautende Berichterstattungen seien aus Sicht des Antragsgegners nicht nachvollziehbar. Im Hinblick auf die Überwachung von Hygienekonzepten dürfte unstrittig sein, dass Erlass und Vollzug von Rechtsnormen oder Allgemeinverfügungen zu unterscheiden und unabhängig voneinander zu betrachten seien. Letztlich diene das verfügte Maßnahmenpaket dem übergeordneten Ziel, eine echte „Quarantäne“ wie etwa in M* ... oder K* ... zu verhindern. Es bestehe infolge der stark erhöhten Infektionszahlen eine Gefahr für Leib und Leben einer Vielzahl von Menschen mit der Möglichkeit einer Überforderung der personellen und sachlichen Kapazitäten des Gesundheitssystems. Der Feststellungsantrag sei bereits unzulässig, da ein besonderes

Feststellungsinteresse weder dargelegt noch ersichtlich sei und der Antragsteller keine Rechtsverletzung geltend machen könne.

14

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte verwiesen.

II.

15

Die Anträge bleiben ohne Erfolg.

16

1. Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gemäß § 80 Abs. 5 VwGO ist zulässig, da Anfechtungsklagen gegen Maßnahmen nach dem IfSG kraft Gesetzes keine aufschiebende Wirkung entfalten (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO, § 28 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. § 16 Abs. 8 IfSG), aber unbegründet.

17

Nach § 80 Abs. 5 VwGO kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag die aufschiebende Wirkung der Klage anordnen, wenn die Klage keine aufschiebende Wirkung hat. Dabei trifft das Gericht im Rahmen einer summarischen Prüfung der sich im Zeitpunkt der Entscheidung darstellenden Sach- und Rechtslage eine eigene, originäre Ermessensentscheidung darüber, ob die Interessen, die für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung streiten, oder diejenigen, die für einen sofortigen Vollzug des angefochtenen Verwaltungsakts sprechen, überwiegen. Wesentliches Element dieser Entscheidung sind die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens. Ergibt die im Rahmen des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO allein erforderliche summarische Prüfung, dass der Rechtsbehelf voraussichtlich erfolglos sein wird, tritt das Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs regelmäßig zurück. Erweist sich dagegen der angefochtene Bescheid als voraussichtlich rechtswidrig, besteht kein Interesse an dessen sofortiger Vollziehung. Ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens nicht hinreichend absehbar, bleibt es bei einer allgemeinen Interessenabwägung.

18

Streitgegenstand ist die Allgemeinverfügung des Antragsgegners vom 19. Oktober 2020 in der Fassung vom 22. Oktober 2020. Maßgeblich für die Beurteilung des Rechtsstreits ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung, insbesondere die 7. BayIfSMV in der Fassung der letzten Änderung vom 22. Oktober 2020.

19

1.1. Die streitgegenständliche Allgemeinverfügung erweist sich in Ziffer 3 Abs. 2 als voraussichtlich rechtmäßig und verletzt den Antragsteller nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

20

1.1.1. Im Hinblick auf die formelle Rechtmäßigkeit bestehen keine Bedenken. Insbesondere ist den Anforderungen an die Begründungspflicht gemäß Art. 39 Abs. 1 des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (BayVwVfG) Genüge getan. Nach dieser Vorschrift bedarf ein Verwaltungsakt der Begründung. In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Die Begründung von Ermessensentscheidungen soll auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist. Soweit gerügt wird, der Antragsgegner habe unzutreffende Rechtsvorschriften zur Begründung herangezogen, ist zu sehen, dass Art. 39 BayVwVfG erfordert, dass eine Begründung gegeben wird, nicht jedoch, dass die Begründung in allen Punkten zutreffend sein muss. Vielmehr gibt auch eine gegebenenfalls unzutreffende rechtliche Begründung dem Betroffenen hinreichende Auskunft darüber, auf welche Gründe die Behörde den Verwaltungsakt gestützt hat (BVerwG NVwZ 1993, 572; Tiede* ... in BeckOK VwVfG, 48. Stand 1.7.2020, § 39 Rn. 37). Nach ständiger Rechtsprechung kann die Heranziehung unzutreffender Rechtsvorschriften zwar die materielle Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts begründen, stellt aber keinen Fehler hinsichtlich der formellen Begründungspflicht dar. Einen Begründungsfehler vermag das Gericht auch nicht im Hinblick auf die Ermessenserwägungen zu erkennen. Jedenfalls die Ausführungen in der Neufassung der streitgegenständlichen Verfügung vom 22. Oktober 2020 lassen die wesentlichen Grundlagen der Entscheidung hinreichend erkennen.

21

1.1.2. Die Allgemeinverfügung ist auch materiell rechtmäßig.

22

1.1.2.1. Einschlägige Rechtsgrundlage für die Schließung von Gastronomiebetrieben ist § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG. Diese Vorschrift hat der Antragsgegner auch im Wesentlichen herangezogen.

23

Entgegen der Auffassung des Antragstellers sind §§ 24 bis 26 der 7. BayIfSMV in der seit 23. Oktober 2020 gültigen aktuellen Fassung ebenso wie § 25a der 7. BayIfSMV der zuvor gültigen Fassung, wonach im Falle erhöhter Inzidenzwerte besondere, verschärfte Regelungen gelten, nicht abschließend. Vielmehr lässt die 7. BayIfSMV ausdrücklich weitergehende Anordnungen der örtlich für den Vollzug des IfSG zuständigen Behörden zu. Dies ergibt sich eindeutig aus § 27 7. BayIfSMV (n.F.) bzw. § 25 7. BayIfSMV (a.F.).

24

1.1.2.2. Die Tatbestandsvoraussetzungen der einschlägigen Rechtsgrundlage sind erfüllt. Gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige, ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden.

25

Diese Voraussetzungen liegen dem Grunde nach angesichts der anhaltenden SARSCoV-2-Pandemielage unzweifelhaft vor. Das Virus SARS-CoV-2 ist ein Krankheitserreger im Sinne von § 2 Nr. 1 IfSG, der zur Lungenkrankheit COVID-19, einer übertragbaren Krankheit im Sinne von § 2 Nr. 3 IfSG führen kann. Nach Einschätzung des Robert Koch-Instituts, dem der Gesetzgeber im Bereich des Infektionsschutzes mit § 4 IfSG besonderes Gewicht eingeräumt hat (vgl. BVerfG, B.v. 10.4.2020 - 1 BvQ 28/20 - juris Rn. 13; BayVerfGH, E.v. 26.3.2020 - Vf. 6-VII-20 - juris Rn. 16), handelt es sich bei der COVID-19-Pandemie weltweit und in Deutschland um eine dynamische und ernst zu nehmende Situation, wobei die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland weiterhin als hoch, für Risikogruppen als sehr hoch einzuschätzen ist. Intensive gesamtgesellschaftliche Gegenmaßnahmen bleiben nötig, um die Folgen der COVID-19-Pandemie für Deutschland zu minimieren. Die massiven Anstrengungen auf allen Ebenen des Öffentlichen Gesundheitsdienstes verfolgen weiterhin das Ziel, die Infektionen in Deutschland so früh wie möglich zu erkennen und die weitere Ausbreitung des Virus einzudämmen. Es ist laut Robert Koch-Institut (RKI) von entscheidender Bedeutung, die Zahl der Erkrankten so gering wie möglich zu halten und Ausbrüche zu verhindern. Hierdurch soll die Zeit für die Entwicklung von antiviralen Medikamenten und von Impfstoffen gewonnen werden. Auch sollen Belastungsspitzen im Gesundheitswesen vermieden werden (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html, Stand 26.10.2020).

26

Weitere tatbestandliche Anforderungen an ein Tätigwerden stellt § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG nicht. Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor, ist die Behörde zum Handeln verpflichtet (sog. gebundene Entscheidung).

27

1.1.2.3. Hinsichtlich Art und Umfang der zu treffenden Schutzmaßnahmen ist der Behörde ein Auswahlermessen eingeräumt. Das behördliche Ermessen wird dadurch beschränkt, dass es sich um „notwendige Schutzmaßnahmen“ handeln muss. Zudem sind dem Ermessen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Grenzen gesetzt (vgl. BVerwG, U.v. 22.3.2012 - 3 C 16.11 - BVerwGE 142, 205 - juris Rn. 24; BayVG, B.v. 13.8.2020 - 20 CS 20.1821 - juris Rn. 27). Die Ermessensentscheidung ist nach Maßgabe von § 114 Satz 1 VwGO gerichtlich überprüfbar. Im vorliegenden Fall sind Ermessensfehler im Sinne von § 114 Satz 1 VwGO nicht ersichtlich.

28

a) Das Gericht hat keinen Zweifel an der Notwendigkeit der Untersagung des Gastronomiebetriebs (mit Ausnahme der Abgabe und Lieferung mitnahmefähiger Speisen). Der Antragsgegner nimmt insoweit zu Recht Bezug auf den extremen Anstieg des Inzidenzwerts auf weit über 250 (Stand: 22. Oktober 2020). Damit hatte der Landkreis Berchtesgadener Land den Spitzenplatz in der Liste der höchsten Inzidenzwerte in der Bundesrepublik Deutschland erreicht. Am 26. Oktober 2020 lag Inzidenzwert laut Robert Koch-Institut immer noch bei 237 und übersteigt damit um ein Vielfaches die Werte von 35, 50 bzw. 100, ab denen die 7. BayIfSMV (n.F.) besondere Regelungen zur Eindämmung des Infektionsgeschehens vorsieht. Der Antragsgegner hatte daher begründeten Anlass, einem weiteren Anstieg des Infektionsgeschehens durch

weitere, eigene Maßnahmen entgegenzuwirken. Zu diesem Zweck hat er ein Maßnahmenpaket geschnürt, welches erkennbar darauf gerichtet ist, Kontakte auf das notwendigste Maß zu beschränken und damit die Weiterverbreitung des Virus einzudämmen. Bestandteil dieses Maßnahmenpakets ist auch die streitgegenständliche Anordnung im Hinblick auf Gastronomiebetriebe.

29

b) Die Untersagung von Gastronomiebetrieben jeder Art mit Ausnahme der Abgabe und Lieferung von mitnahmefähigen Speisen erweist sich auch als voraussichtlich verhältnismäßig.

30

(1) Sie verfolgt den legitimen Zweck, die Ausbreitung des neuartigen Coronavirus durch die Reduzierung infektionsbegünstigender physischer Kontakte zeitlich und räumlich zu verlangsamen, um so eine Überlastung des Gesundheitssystems und das Risiko einer erhöhten Sterblichkeit Betroffener an einer SARS-CoV-2-Infektion zu verhindern.

31

(2) Die Maßnahme ist als Teil eines auf Kontaktreduzierung gerichteten Maßnahmenpakets geeignet, die Infektionsgefahr im Rahmen der Pandemiebekämpfung zu verringern und eine Ausbreitung des neuartigen Coronavirus zu verzögern. Dabei reicht es nach allgemeinen ordnungsrechtlichen Grundsätzen aus, dass die Maßnahme zur Zweckerreichung beiträgt (vgl. BVerwG, U.v. 2.8.2012 - 7 CN 1.11 - juris Rn. 29, BayVGH, B.v. 13.8.2020 - 20 S 20.1821 - juris Rn. 27). Dass durch die Schließung von Gaststätten eine Reduzierung von - nicht unbedingt notwendigen - Kontakten bewirkt wird, liegt auf der Hand. Entgegen der Auffassung des Antragstellers kann nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die Begegnungen von Menschen in Gastronomiebetrieben keinerlei Beitrag zur Ausbreitung des neuartigen Coronavirus leisten. Zunächst ist festzustellen, dass die Einschätzung des Gesundheitsamtes, es liege im Landkreis ein diffuses Infektionsgeschehen vor, plausibel und nachvollziehbar erscheint. Sie beruht auf den Erkenntnissen des Gesundheitsamtes und steht im Einklang mit den Feststellungen des Robert Koch-Instituts (vgl. den täglichen Situationsbericht vom 26. Oktober 2020, Seite 7), wonach es sich in den meisten Kreisen „um ein diffuses Geschehen, mit zahlreichen Häufungen im Zusammenhang mit privaten Feiern im Familien- und Freundeskreis“ handele

(https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Okt_2020/2020-10-26-de.pdf?__blob=publicationFile). Nicht belegbare Äußerungen von anderer Stelle oder aus der Presse vermögen die fachkundige Einschätzung der mit der Sache befassten Behörden nicht zu erschüttern.

Soweit der Antragsteller darauf verweist, das Gesundheitsamt habe gerade keine explizite Kenntnis davon, dass sich Personen bei einem Gastronomiebesuch infiziert hätten, ist zu sehen, dass die mangelnde Kenntnis derartiger Ausbrüche gerade nicht bedeutet, dass Ansteckungen im Bereich der Gastronomie ausgeschlossen wären. Aus dem vom Antragsteller vorgelegten Transkript des Podcasts von Prof. Dr. D* ... geht gerade diese Problematik hervor (Transkript des Podcasts vom 13.10.2020, Seite 4). Prof. Dr. D* ... weist darauf hin, dass bei den Gesundheitsämtern insoweit Erkenntnislücken bestehen. So seien über die Hälfte aller Ansteckungsfälle nicht aufklärbar, darunter auch solche, die in Restaurants stattfinden könnten.

32

(3) Die streitgegenständliche Maßnahme ist zum Zwecke des Infektionsschutzes auch erforderlich. Ein gleichermaßen geeignetes, aber in seinen Auswirkungen milderer Mittel ist nicht ersichtlich. Insbesondere das vom Antragsteller in diesem Zusammenhang angeführte Mittel der konsequenten Einhaltung von Hygienekonzepten in der Gastronomie erscheint angesichts der aktuellen Infektionslage und deren epidemiologischer Bewertung nicht (mehr) als gleich geeignetes effektives Mittel, um in der jetzigen Situation die weitere Ausbreitung des neuartigen Coronavirus zu verlangsamen. Das Infektionsgeschehen ist nach plausibler Darstellung des Antragsgegners nicht auf bestimmte Infektionsherde beschränkt, sondern verteilt sich diffus in der Gesamtbevölkerung und flächig über den gesamten Landkreis. Die Inzidenzwerte haben dabei bundesweit Spitzenwerte erreicht, wobei zunehmend die Gefahr eines exponentiellen Anstiegs der Infektionen bestehe, angesichts dessen eine Kontaktnachverfolgung nicht mehr zu gewährleisten sei. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner Maßnahmen ergreift, um Kontakte und Ansteckungen bei der Einnahme von Mahlzeiten in Gaststätten auszuschließen. Unter den dargelegten Umständen ist es nicht gleichermaßen effektiv, in Gaststättenbetrieben wie bisher den Betrieb lediglich den Regelungen über den Mindestabstand, die Maskenpflicht und über ein vom Betreiber auszuarbeiten und einzuhaltendes Hygienekonzept zu überantworten. Auch das strengste Hygienekonzept kann nicht verhindern, dass sich Menschen während

der Einnahme von Mahlzeiten im Restaurant ohne Mund-Nasen-Bedeckung in einer sogenannten „face to face Situation“ ohne Einhaltung des Mindestabstands gegenüber sitzen und über Tröpfcheninfektion oder Aerosolbildung das Virus weitergeben. Das Risiko einer Infektion im Bereich von Gaststätten ist hinnehmbar, soweit und solange das Infektionsgeschehen auf einem niedrigen Niveau stattfindet. Vor dem Hintergrund des derzeitigen Infektionsgeschehens im betroffenen Landkreis ist der Antragsgegner jedoch nicht gehindert, strengere Maßnahmen zu ergreifen. Die Untersagung von Gastronomiebetrieben (mit Ausnahme der Abgabe und Lieferung mitnahmefähiger Speisen) ist daher als Teil des Maßnahmenpakets zur gebotenen Kontaktreduzierung erforderlich, um den Zweck der Eindämmung des Infektionsgeschehens zu erreichen.

33

(4) Schließlich steht Ziffer 3 Abs. 2 der Allgemeinverfügung auch nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck, sondern erweist sich als voraussichtlich angemessen.

34

Die streitgegenständliche Anordnung beschränkt den Antragsteller als Eigentümer und Betreiber einer Gaststätte in seiner Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz - GG). Entgegen der Auffassung des Antragstellers liegt kein vollständiges Berufsverbot vor, da die Untersagung zeitlich befristet ist und die Abgabe und Lieferung mitnahmefähiger Speisen unberührt lässt. Ob der Antragsteller von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, bleibt ihm überlassen. Es liegt somit lediglich ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit vor.

35

Der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) ist von der streitgegenständlichen Maßnahme nicht berührt, da die Eigentumsfreiheit nicht den Erwerb, sondern das Erworbene schützt, mithin nicht künftige Gewinnerwartungen. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass der Betrieb des Antragstellers durch die zeitlich befristete Maßnahme derzeit in seiner Existenz gefährdet wäre.

36

Da der Eingriff somit auf der Ebene der Berufsausübung erfolgt, müssen zu seiner Rechtfertigung vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls vorliegen (BVerfG, B.v. 20.12.2017 - 1 BvR 2233/17 - juris Rn. 11 m.w.N.). Dies ist hier im Hinblick auf den angestrebten Schutz des Lebens und der Gesundheit der Bevölkerung sowie des Funktionierens des Gesundheitssystems zu bejahen.

37

In der Abwägung mit den Rechten der Bevölkerung auf Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG), die zu schützen der Staat die strenge Pflicht hat, tritt die Berufsfreiheit des Antragstellers zurück. Angesichts des dynamischen Anstiegs der Infektionszahlen im betroffenen Landkreis besteht die Gefahr einer Vielzahl von Erkrankungen mit COVID-19, welche insbesondere für ältere Menschen und Risikopatienten die Gefahr eines tödlichen Verlaufs mit sich bringt. Ferner ist zu befürchten, dass bei einem Anstieg der Infektionszahlen nicht nur Ärzte und Krankenhäuser, sondern auch Gesundheitsämter bei der Nachverfolgung von Infektionsketten überlastet werden. Angesichts der hochwertigen Rechtsgüter Leib und Leben, der möglichen gravierenden, teils irreversiblen Folgen eines weiteren Anstiegs von Infektionen und Erkrankungen einer Vielzahl von Personen ist der Eingriff trotz seiner nicht unerheblichen Intensität als voraussichtlich angemessen zu bewerten.

38

Die Untersagung von Gastronomiebetrieben greift auch nicht unverhältnismäßig in das Recht des Antragstellers auf Gleichbehandlung (Art. 3 GG) ein, weil Einzelhandel und Dienstleistungsbetriebe von Betriebsuntersagungen nicht betroffen sind. Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Differenzierende Regelungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angemessen sind (st. Rspr., vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 24. März 2015 - 1 BvR 2880/11 -, juris, Rn. 38 f., m. w. N.; BVerfG, Urteil vom 16. Dezember 2016 - 8 C 6.15 -, juris, Rn. 76). Vorliegend besteht ein angemessener sachlicher Differenzierungsgrund. Das Maßnahmenpaket der Allgemeinverfügung ist erkennbar von dem Gedanken getragen, persönliche Kontakte auf den Bereich des Notwendigen zu beschränken und Vergnügungen, Freizeittätigkeiten und Geselligkeit zu untersagen. Der Gaststättenbereich ist eindeutig dem Bereich Freizeit, Vergnügungen und Geselligkeit zuzuordnen und unterscheidet sich daher von notwendigen Besorgungen im Einzelhandel oder

etwa der Inanspruchnahme von Dienstleistungen im Rahmen eines Friseurbesuchs. Ein weiterer Differenzierungsgrund liegt darin, dass persönliche Kontakte im Rahmen des Einzelhandels und der weiterhin erlaubten Dienstleistungen in der Regel zeitlich von kurzer Dauer sind und Hygienekonzepte beachtet werden müssen, die insbesondere das dauerhafte Tragen von Mund-Nasen-Bedeckungen beinhalten, während sich beim Gaststättenbesuch Personen ohne Mund-Nasen-Bedeckungen über einen längeren Zeitraum „face to face“ gegenüber sitzen.

39

1.1.2.4. Der Einwand des Antragstellers, § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG stelle keine hinreichende Rechtsgrundlage (mehr) dar, um weitreichende Grundrechtseingriffe wie Betriebsschließungen zu rechtfertigen, da die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Bestimmtheit, Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitsgebot nicht gewahrt seien, verfängt jedenfalls im Eilverfahren bei summarischer Prüfung derzeit nicht. Dabei ist zu sehen, dass die Rechtsgrundlage in ihrem Wortlaut nicht so genau wie irgend möglich gefasst sein muss, sondern von Verfassung wegen nur hinreichend bestimmt zu sein hat. Daher genügt es, dass sich die gesetzlichen Vorgaben mithilfe allgemeiner Auslegungsregeln erschließen lassen, insbesondere aus dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und der Entstehungsgeschichte der Norm. Welche Anforderungen an das Maß der erforderlichen Bestimmtheit im Einzelnen zu stellen sind, lässt sich aber nicht allgemein festlegen. Zum einen kommt es auf die Intensität der Auswirkungen der Regelung für die Betroffenen an. Je schwerwiegender die grundrechtsrelevanten Auswirkungen für die von einer Rechtsverordnung potentiell Betroffenen sind, desto strengere Anforderungen gelten für das Maß der Bestimmtheit sowie für Inhalt und Zweck der erteilten Ermächtigung. Zum anderen hängen die Anforderungen von der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts ab, insbesondere davon, in welchem Umfang der zu regelnde Sachverhalt einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich ist. Insoweit ist im Rahmen der Pandemiebekämpfung zu sehen, dass sich nicht von vorneherein bestimmen lässt, welche Schutzmaßnahmen im Einzelfall in Betracht kommen (vgl. zum Ganzen BayVGh, B.v. 30.3.2020 - 20 NE20.632 - juris Rn. 40 ff.). Die stets sich verändernde Pandemielage und die fortschreitende Entwicklung medizinischer und epidemiologischer Erkenntnisse erfordern eine stete Anpassung verschiedener, im vorneherein nicht abschließend bestimmbarer Maßnahmen. Der Gesetzgeber selbst hat dazu sinngemäß ausgeführt, dass eine generelle Ermächtigung geboten sei, um für alle Fälle gewappnet zu sein (vgl. BT Drs. 8/2468 S. 27 f.). Das Gericht geht daher davon aus, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsgrundlage derzeit noch gewahrt sind.

40

Nach alledem erweist sich die erhobene Klage im maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung als voraussichtlich erfolglos. Für welchen Zeitraum die Anordnung aufrechterhalten werden kann, hängt vom Fortgang des Infektionsgeschehens ab, welches der Antragsgegner sorgfältig zu beobachten hat. Wegen der nicht vorhersehbaren Dynamik der Entwicklung ist eine gerichtliche Prognose der zulässigen Zeitdauer - wie vom Antragsteller gewünscht - nicht möglich.

41

1.2. Selbst, wenn man die Erfolgsaussichten als offen betrachten würde, führte eine Interessenabwägung dazu, dass die von dem Antragsteller geltend gemachten Gründe für die einstweilige Außervollzugsetzung der Anordnung die für den weiteren Vollzug sprechenden Gründe nicht überwiegen. Zwar kommt es durch die getroffene Anordnung zu einer Beschränkung des Antragstellers in seiner Berufsfreiheit von einigem Gewicht. Allerdings wäre das Gewicht eines rechtswidrigen Eingriffs gleichwohl weniger hoch einzuschätzen als die zu erwartenden Folgen einer Außervollzugsetzung der streitgegenständlichen Anordnung. Würde der Vollzug ausgesetzt, wäre jedenfalls nicht auszuschließen, dass es - in welchem Umfang auch immer - zu einem weiteren Fortschreiten des Infektionsgeschehens mit den dargestellten Gefahren für überragend wichtige Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, Funktionieren des Gesundheitssystems) kommen würde.

42

Da somit das Vollzugsinteresse das Interesse des Antragstellers an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage überwiegt, war der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO abzulehnen.

43

2. Der Antrag gemäß § 123 VwGO auf vorläufige Feststellung, dass der Besuch eines Gastronomiebetriebes einen triftigen Grund im Sinne von Ziffer 1 Abs. 2 der Allgemeinverfügung darstellt,

ist unzulässig, da es am Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Da - wie soeben erörtert - die Untersagung des Gastronomiebetriebs voraussichtlich rechtmäßig ist und die aufschiebende Wirkung der Klage nicht angeordnet wurde, ist dem Antragsteller die begehrte Feststellung nicht von Nutzen. Ohne Gäste bewirten zu dürfen, hat der Antragsteller keinen Vorteil von der Feststellung, dass ein Besuch seiner Gaststätte einen triftigen Grund darstellen würde.

44

3. Gemäß § 154 Abs. 1 VwGO hat der Antragsteller die Kosten des Verfahrens zu tragen.

45

4. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 und 2, § 52 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG) i.V.m Nr. 1.5. Satz 2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Aufgrund der faktischen Vorwegnahme des Hauptsacheverfahrens angesichts der befristeten Laufzeit der Allgemeinverfügung unterbleibt dabei eine Reduzierung des Streitwerts gegenüber dem Hauptsacheverfahren um die Hälfte. Das Gericht misst dem Feststellungsantrag jedenfalls im Eilverfahren keine eigenständige streitwertrelevante Bedeutung zu (Nr. 1.1.1 des Streitwertkatalogs).