

Titel:

Einstweiliger Rechtsschutz gegen Ausweisung als „stark frequentierte öffentliche Plätze“ mit erweiterter Maskenpflicht

Normenketten:

VwGO § 80 Abs. 5, § 88, § 113 Abs. 1 S. 1, § 122 Abs. 1

IfSG § 4, § 28

BayIfSMV § 24 Abs. 1 Nr. 1

BayVwVfG Art. 40

Leitsätze:

1. Die Ausweisung des gesamten Innenstadtbereichs als "stark frequentierte öffentliche Plätze" mit der Folge, dass dort im gesamten Bereich eine Maskenpflicht auch im Freien gilt, ist angesichts milderer, gleich effektiver zur Verfügung stehender Mittel nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig. (Rn. 44 – 46) (redaktioneller Leitsatz)

2. Ein Vergleich mit den Allgemeinverfügungen anderer bayerischer Kreisverwaltungsbehörden zeigt, dass es sehr wohl gelingt, einzelne Straßen, Plätze oder Wege als „stark frequentierte öffentliche Plätze“ auszuweisen, wenn die Erkenntnisse des kommunalen Ordnungsdienstes, der Polizei und des Gesundheitsamtes einbezogen und weitere Aspekte wie zum Beispiel Pendlerverkehr, typische Laufwege, Fußgängerzone und gegebene Wohnbebauung berücksichtigt werden. (Rn. 49 – 54) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Einstweiliger Rechtsschutz gegen Ausweisung „stark frequentierten öffentlicher Plätze“ bei erweiterter Maskenpflicht, Abgrenzung Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, Verstoß gegen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei Ausweisung der Innenstadt ohne Berücksichtigung infektiologischer Erwägungen, Ausweisung, Maskenpflicht, Anfechtungsklage, SARS-CoV-2, Mund-Nasen-Bedeckung, Mindestabstand, COVID-19, Gefahrenabwehr, Normenkontrollverfahren

Fundstelle:

BeckRS 2020, 30559

Tenor

I. Die aufschiebende Wirkung der noch zu erhebenden Anfechtungsklage gegen die Allgemeinverfügung vom 3.11.2020 zur „Änderung der Allgemeinverfügung zur Bekämpfung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in der Stadt A. vom 23.10.2020“ (Abl. S. 311) wird wiederhergestellt.

II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 2.500,- EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1

Der Antragsteller begehrt im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gegen die Allgemeinverfügung vom 3.11.2020 „zur Änderung der Allgemeinverfügung zur Bekämpfung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in der Stadt A. vom 23.10.2020“.

2

Die Siebte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (7. BayIfSMV) vom 1. Oktober 2020 (BayMBI. Nr. 562, BayRS 2126-1-11-G), die zuletzt durch Verordnung vom 18. Oktober 2020 (BayMBI. Nr. 589) geändert wurde, enthält auszugsweise folgende Regelungen:

„§ 1 Allgemeines Abstandsgebot, Mund-Nasen-Bedeckung

(1) Jeder wird angehalten, die physischen Kontakte zu anderen Menschen auf ein 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 Belüftung zu achten.

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

1. Kinder sind bis zum sechsten Geburtstag von der Tragepflicht befreit.
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.
3. Das Abnehmen der Mund-Nasen-Bedeckung ist zulässig, solange es zu Identifikationszwecken oder zur Kommunikation mit Menschen mit Hörbehinderung oder aus sonstigen zwingenden Gründen erforderlich ist.

§ 24 Regelungen bei einer Sieben-Tage-Inzidenz größer 35

Das Staatsministerium für Gesundheit und Pflege gibt täglich auf seiner Internetseite unter <https://www.stmgp.bayern.de> die Landkreise und kreisfreien Städte bekannt, in denen laut Feststellung des Robert Koch-Instituts oder des Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit eine Zahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 von 35 pro 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen überschritten wird oder vor weniger als sechs Tagen noch überschritten worden ist. In diesen Landkreisen und kreisfreien Städten gilt ab dem Tag, der auf den Tag der erstmaligen Nennung folgt, bis zum Ablauf des Tages der letztmaligen Nennung über die §§ 1 bis 23 hinaus Folgendes:

1. Es besteht Maskenpflicht auf von der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde festzulegenden stark frequentierten öffentlichen Plätzen, auf den Begegnungs- und Verkehrsflächen einschließlich der Fahrstühle von öffentlichen Gebäuden sowie von Freizeiteinrichtungen nach § 11 Abs. 1, Kulturstätten nach § 23 Abs. 1 und sonstigen öffentlich zugänglichen Gebäuden, für die in dieser Verordnung keine besonderen Regelungen vorgesehen sind."

3

Da die Anzahl an Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 von 35 pro 100.000 Einwohnern im Stadtgebiet A. innerhalb von sieben Tagen überschritten wurde, erließ die Antragsgegnerin am 23.10.2020 die Allgemeinverfügung zur Bekämpfung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in der Stadt A. Diese Allgemeinverfügung wurde am 24.10.2020, 00:00 Uhr, wirksam und endete am 8.11.2020, 24:00 Uhr, vgl. Ziffer IV der Allgemeinverfügung. Die Allgemeinverfügung enthält auszugsweise folgende Regelungen:

„II. Als stark frequentierte Plätze im Sinn des § 24 Satz 2 Nr. 1 der 7. BayIfSMV, bei deren Benutzung Maskenpflicht besteht, werden sämtliche öffentliche Verkehrsflächen festgelegt, die in dem im anliegenden, einen Bestandteil dieser Allgemeinverfügung bildenden Lageplan blau markierten Gebiet liegen (Innenstadt). Ausgenommen hiervon sind jeweils gastronomisch genutzte Flächen, sofern sich die Besucher an ihren Plätzen befinden.

III.

Die sofortige Vollziehbarkeit dieser Allgemeinverfügung wird im besonderen öffentlichen Interesse angeordnet."

4

Die Festlegung der stark frequentierten Plätze in der Allgemeinverfügung begründete die Antragsgegnerin folgendermaßen:

„Die Voraussetzungen für die Festlegung von öffentlichen Plätzen in diesem Sinn sind vorliegend an den im anliegenden Lageplan dargestellten öffentlichen Verkehrsflächen erfüllt. Es handelt sich hierbei um in der Innenstadt gelegene, stark frequentierte öffentliche Plätze. Die Regelung erfolgt in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens (Art. 40 BayVwVfG). Ein Regelungsbedürfnis besteht, weil der Wert von 35

Einwohnern pro 100.000 Einwohner in sieben Tagen in der Stadt A. deutlich überschritten worden ist (Entschließungsermessens). Bei der Altstadt (einschließlich der Arkaden) besteht wegen des Zusammentreffens einer großen Vielzahl von Menschen im öffentlichen Raum ein beträchtliches Infektionsrisiko mit dem Coronavirus SARS-CoV-2. Die erfolgte Festlegung steht insbesondere mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Einklang. Der legitime Zweck besteht in der Bekämpfung der weiteren Ausbreitung des vorgenannten Virus, das schwerwiegende Erkrankungen hervorrufen und die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Gesundheitswesens bei einer exponentiellen Zunahme von Krankheitsfällen schwerwiegend gefährden kann. Die Festlegung ist erforderlich, weil gegenüber dem Tragen einer Maske bisher kein milderer Mittel zur Verfügung steht. Schließlich ist die Festlegung auch angemessen, weil sie den Adressaten der Regelung zugemutet werden kann. Gegenüber dem erwarteten Nutzen sind hiermit in der Regel keine wesentlichen Beschwerne verbunden. Im Übrigen gilt auch hier die Ausnahmeregelung in § 1 Abs. 2 7. BayIfSMV.“

5

Die Allgemeinverfügung enthält als Anlage einen Auszug des Stadtplans der Stadt A., auf dem der Innenstadtbereich blau markiert ist. Der Auszug des Stadtplans enthält weder Straßennamen, eine Legende, einen Maßstab noch die Angabe der Quelle.

6

Am 2.11.2020 trat die Achte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (8. BayIfSMV) vom 30. Oktober 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 616) in Kraft. Die 8. BayIfSMV regelt unter anderem das Außerkrafttreten der 7. BayIfSMV mit Ablauf des 1.11.2020 (vgl. § 28 Satz 2 der 7. BayIfSMV) und enthält auszugsweise folgende weitere Regelungen:

"§ 2 Mund-Nasen-Bedeckung

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

1. Kinder sind bis zum sechsten Geburtstag von der Tragepflicht befreit.
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.
3. Das Abnehmen der Mund-Nasen-Bedeckung ist zulässig, solange es zu Identifikationszwecken oder zur Kommunikation mit Menschen mit Hörbehinderung oder aus sonstigen zwingenden Gründen erforderlich ist.

§ 24 Weitergehende Maskenpflicht und Alkoholverbot

(1) Es besteht Maskenpflicht auf von der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde festzulegenden stark frequentierten öffentlichen Plätzen, auf den Begegnungs- und Verkehrsflächen einschließlich der Fahrstühle von öffentlichen Gebäuden sowie von sonstigen öffentlich zugänglichen Gebäuden, für die in dieser Verordnung keine besonderen Regelungen vorgesehen sind, auf den Begegnungs- und Verkehrsflächen der Arbeitsstätte, insbesondere in Fahrstühlen, Fluren, Kantinen und Eingängen; Gleiches gilt für den Arbeitsplatz, soweit der Mindestabstand von 1,5m nicht zuverlässig eingehalten werden kann.

(...)

(4) Die zuständige Kreisverwaltungsbehörde kann in begründeten Einzelfällen Ausnahmen zulassen, soweit dies aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist."

7

Da seit Inkrafttreten der 8. BayIfSMV eine Maskenpflicht unabhängig von einem bestimmten 7-Tage-Inzidenzwert pro 100.000 Einwohner besteht, erließ die Antragsgegnerin am 3.11.2020 die Allgemeinverfügung zur Änderung der Allgemeinverfügung zur Bekämpfung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in der Stadt A. vom 23.10.2020 (Abl. S. 311). Die Allgemeinverfügung enthält folgende Regelungen:

„I. In Abänderung der Allgemeinverfügung der Stadt A. vom 23.10.2020 (Abl. S. 311) wird Folgendes geregelt:

1. Die Ziff. II Satz 2 der Allgemeinverfügung erhält folgenden neuen Wortlaut: „Die Verpflichtung besteht nur in der Zeit von 06:00 bis 21:00 Uhr.“

2. Die Ziff. IV Satz 2 der Allgemeinverfügung erhält folgenden neuen Wortlaut: „Die Wirksamkeit der Allgemeinverfügung endet am 30.11.2020, 24:00 Uhr.“

II.

Die sofortige Vollziehbarkeit dieser Allgemeinverfügung wird im besonderen öffentlichen Interesse angeordnet.

III. Diese Allgemeinverfügung wird am 04.11.2020, 00:00 Uhr, wirksam"

8

Zur Begründung der Allgemeinverfügung führt die Antragsgegnerin aus:

"Gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 1 8. BayIfSMV besteht auf den von der Kreisverwaltungsbehörde festzulegenden stark frequentierten Plätzen Maskenpflicht, wenn in der besagten Rechtsverordnung keine besonderen Regelungen vorgesehen sind. Die Festlegung der stark frequentierten Plätze in der Stadt A. hat bereits mit der Allgemeinverfügung vom 23.10.2020 auf der Grundlage von § 24 Satz 2 Nr. 1 7. BayIfSMV mit Wirksamkeit bis 8.11.2020, 24:00 Uhr, stattgefunden. Unter der jetzigen Geltung von § 24 Abs. 1 Nr. 1 8. BayIfSMV kann hieran in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens (Art. 40 BayVwVfG) festgehalten und die Wirksamkeit der Regelung der Geltungszeit der besagten Rechtsverordnung bis 30.11.2020 entsprechend verlängert werden (vgl. § 28 Satz 1 8. BayIfSMV).

(...)

Da nach Inkrafttreten der neuen infektionsschutzrechtlichen Regelungen in Bayern am 02.11.2020, insbesondere denen zu Freizeiteinrichtungen (§ 11 8. BayIfSMV), zur Gastronomie (§ 13 8. BayIfSMV) und zu Kulturstätten (§ 23 8. BayIfSMV), während der Nachtzeit mit keiner erhöhten (Verkehrs-)Frequenz in der Innenstadt zu rechnen ist, erscheint es ausreichend, wenn die Maskenpflicht fortan nur noch in der Zeit von täglich 06:00 bis 21:00 Uhr vorgeschrieben wird."

9

Der Antragsgegner wandte sich am 3.11.2020 mit einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz an das Verwaltungsgericht Regensburg. Zur Begründung trägt er vor, die Verpflichtung zum Tragen einer Maske verletze seine in Art. 2 Abs. 1 GG geregelte allgemeine Handlungsfreiheit. Als Bewohner der historischen Altstadt würden sein Arbeitsweg, sowie die Wege zum Einkaufen durch die von der Stadt A. mit Maskenpflicht belegten Straßen und Plätze führen. Es bestehe keine Möglichkeit Individualsport im Freien zu treiben, ohne dazu eine Maske aufzusetzen. Die Antragsgegnerin habe am 27.2.2018 bei der Gesellschaft für M. mbH ein Einzelhandelsentwicklungskonzept für die Stadt A. in Auftrag gegeben. Dort seien die Neustadt, der D.platz sowie Gassen zwischen Alt- und Neustadt als Nebenlage aufgeführt. Die Nebenlagen, wo vereinzelt auch Ladenleerstände auftauchten, zeichnen sich laut Studie durch deutlich geringere Frequenzen aus. Demzufolge handle es sich bei den Nebenlagen nicht um „stark frequentierte Flächen“ im Sinne der 8. BayIfSMV. Die 8. BayIfSMV versuche mit der erweiterten Maskenpflicht eine Situation zu regeln, bei der aufgrund hohen Besucheraufkommens ein Einhalten des Mindestabstands nicht gewährleistet sei. In den genannten Nebenlagen sei jedoch das Einhalten eines Mindestabstands zu jeder Zeit gewährleistet.

10

Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

die aufschiebende Wirkung einer noch zu erhebenden Anfechtungsklage gegen die Allgemeinverfügung vom 3.11.2020 zur Änderung der Allgemeinverfügung zur Bekämpfung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in der Stadt A. vom 23.10.2020 (Abl. S. 311) wiederherzustellen.

11

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

12

Der Antrag sei bereits unzulässig, da der Antragsteller nicht klagebefugt gemäß § 42 Abs. 2 VwGO sei. Er habe in seinem Antrag die erforderliche Möglichkeit einer eigenen Rechtsverletzung durch die ihn treffende Maskenpflicht nicht dargelegt. Auch wenn ihn die Maskenpflicht nach der Allgemeinverfügung formal treffe, sei nicht ersichtlich, warum ihn diese Pflicht konkret beschwere.

13

Im Übrigen sei der Antrag nicht begründet. Eine summarische Prüfung der Rechtmäßigkeit der Allgemeinverfügung ergebe, dass eine Anfechtungsklage keine Aussicht auf Erfolg habe. Die Festlegung der stark frequentierten Plätze in der Stadt A. habe bereits mit der Allgemeinverfügung vom 23.10.2020 auf Grundlage des § 24 Satz 2 Nr. 1 der 7. BayIfSMV stattgefunden. Unter der jetzigen Geltung von § 24 Abs. 1 Nr. 1 der 8. BayIfSMV könne hieran in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens festgehalten werden.

14

Entgegen der Ansicht des Antragstellers erstrecke sich der räumliche Umfang der von der Antragsgegnerin in der Allgemeinverfügung vorgenommenen Regelung auf einen stark frequentierten Platz. Der Begriff des Platzes sei vorliegend nicht im Sinne des Straßen- und Wegerechts als besondere straßenbauliche Erscheinungsform einer einzelnen öffentlichen Straße, sondern als für Fußgänger und Radfahrer allgemein zugänglicher öffentlicher Raum zu verstehen, der sich auch aus mehreren Straßen, Wegen und Plätzen zusammensetzen könne. Es verstehe sich von selbst, dass in einem solchen öffentlichen Raum nicht an allen Stellen ein gleich starkes Verkehrsaufkommen bestehe. Die gegenteilige Annahme hätte eine Zersplitterung des öffentlichen Raums zur Folge, in dem die Regelung nicht praktikabel eingehalten und hinreichend überwacht werden könne.

15

Bei starker Frequenz, also besonders häufigen Begegnungen, bestehe bei derzeitigem landesweiten und örtlichen Infektionsgeschehen das gesteigerte Risiko einer Ansteckung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2. Grund hierfür sei insbesondere, dass an solchen Plätzen der Mindestabstand wegen der räumlichen Gegebenheiten und erfahrungsgemäß zu erwartenden Verhaltensweisen der anwesenden Personen häufig nicht eingehalten werden könne. Die Stadt A. habe über 73.000 Einwohner. Der räumliche Umfang der Regelung in der Allgemeinverfügung erstrecke sich auf die A.er Innenstadt, in der mit besonders häufigen Begegnungen von Menschen gerechnet werde. Die starke Frequenz herrsche entgegen der Auffassung des Antragstellers nicht nur im Hauptstraßenzug der Altstadt, sondern auch in den übrigen, von ihr abzweigenden und zu ihr hinführenden Straßen, Wegen und Plätzen.

16

Zur räumlichen Abgrenzung bedarf es keiner empirischen Untersuchung, etwa in Gestalt einer Verkehrszählung oder eines Verkehrsgutachtens. Es genüge die sich auf konkrete Erfahrung stützende Einschätzung durch die zuständige Behörde. Das von der Gesellschaft für M. mbH erstellte Einzelhandelsentwicklungskonzept für die Stadt A. spiele bei der hier vorzunehmenden infektionsschutzrechtlichen Beurteilung keine Rolle. Das dem besagten Konzept zugrunde liegende wissenschaftliche Erkenntnisinteresse richte sich ausschließlich auf den örtlichen Einzelhandel und seine Entwicklungschancen, nicht hingegen auf den innerstädtischen Fußgängerverkehr und die Möglichkeit von infektionsepidemiologisch relevanten Begegnungen im öffentlichen Raum, auf die es hier im Interesse der effektiven Gefahrenabwehr bzw. der Infektionsbekämpfung ankomme.

17

Dass die Gastronomiebetriebe derzeit geschlossen seien (vergleiche § 13 Abs. 1 der 8. BayIfSMV), sei nachrangig zu bewerten, zumal die Abgabe mitnahmefähiger Speisen weiterhin zulässig sei. Da nach Inkrafttreten der neuen infektionsschutzrechtlichen Regelungen der 8. BayIfSMV, insbesondere denen zu Freizeiteinrichtungen, Gastronomie und Kulturstätten während der Nachtzeit mit keiner erhöhten Verkehrsfrequenz in der Innenstadt zu rechnen sei, erscheine es ausreichend, wenn die Maskenpflicht nur im Zeitraum von 6:00 bis 21:00 Uhr vorgeschrieben werde.

18

Die Regelung beruhe auf der Ausübung pflichtgemäßen Ermessens. Sie sei insbesondere verhältnismäßig. Der legitime Zweck bestehe in der Bekämpfung der weiteren Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2. Ein milderer, ebenso gut geeignetes Mittel stehe derzeit nicht zur Verfügung. Eine räumliche Differenzierungen in der Innenstadt sei aus vorgenannten Gründen für die Pflichtigen nicht praktikabel bzw. könne von den zuständigen Behörden nicht hinreichend überwacht und kontrolliert werden.

19

Schließlich könne das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung dem Antragsteller zugemutet werden, da dies für ihn mit keiner persönlichen Belastung verbunden sei, die nicht durch den individuellen und überindividuellen Schutzzweck vollständig gedeckt sei.

20

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten, insbesondere auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze, Bezug genommen.

II.

21

Der zulässige Antrag ist begründet.

22

Nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes erforderlichen, aber auch ausreichenden summarischen Überprüfung der Sach- und Rechtslage ist die Allgemeinverfügung vom 3.11.2020 zur Änderung der Allgemeinverfügung zur Bekämpfung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in der Stadt A. vom 23.10.2020 im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung voraussichtlich rechtswidrig und verletzt den Antragsteller in seinen Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

23

1. Der Antrag ist zulässig.

24

a) Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist die richtige Antragsart und daher statthaft.

25

Das Antragsbegehren ist gemäß §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO dahingehend auszulegen, dass sich der Antragsteller nicht grundsätzlich gegen die Maskenpflicht wendet, sondern nur gegen die konkrete Ausweisung der stark frequentierten öffentlichen Plätze in der Stadt A. Sein Rechtsschutzziel ist daher nicht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes im Normenkontrollverfahren gemäß § 47 Abs. 6 VwGO gegen die Regelungen der 8. BayIfSMV zu erreichen. Der Antragsteller begehrt die Aufhebung einer ihn belastenden Regelung in Form der Allgemeinverfügung vom 3.11.2020 der Stadt A., in der die Ausweisung der stark frequentierten öffentlichen Plätze zu einer weitergehenden Maskenpflicht im Freien führt. Richtige Klageart in der Hauptsache ist daher die Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 VwGO gerichtet gegen die Allgemeinverfügung vom 3.11.2020.

26

Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage in den Fällen, in denen die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse von der Behörde angeordnet worden ist gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO ganz oder teilweise wiederherstellen. Vorliegend hat die Antragsgegnerin die sofortige Vollziehbarkeit der Allgemeinverfügung vom 23.10.2020 gem. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO angeordnet (vgl. Ziffer III der Allgemeinverfügung). Dies hat zur Folge, dass die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs und der Anfechtungsklage entfällt, weshalb der Antrag gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO statthaft ist.

27

b) Der Antrag ist auch statthaft, da der Antragsteller in der Hauptsache in Bezug auf die streitgegenständliche Regelung nach § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt ist. Der Antragsteller ist - ausweislich seiner ladungsfähigen Anschrift - in dem Bereich der Innenstadt wohnhaft, der der Maskenpflicht in der Allgemeinverfügung unterliegt. Sobald der Antragsteller sein Wohngebäude verlässt, ist er durch die weitergehende Maskenpflicht beschwert und folglich antragsbefugt.

28

c) Unschädlich ist, dass der Antragsteller beantragt hat, „die aufschiebende Wirkung [des] Widerspruchs gegen Teil II der Allgemeinverfügung anzuordnen. Von dem nicht anwaltlich vertretenen Antragsteller kann nicht erwartet werden, dass er die juristische Terminologie beherrscht und Kenntnis darüber hat, dass gemäß Art. 15 Abs. 2 AGVwGO das Widerspruchsverfahren gemäß § 68 Abs. 1 VwGO entfällt. Entsprechend seines Rechtsschutzbegehrens ist sein Antrag gem. §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO dahingehend

auszulegen, dass die Wiederherstellung der aufschiebende Wirkung der noch zu erhebenden Anfechtungsklage gegen die Allgemeinverfügung vom 3.11.2020 beantragt wird.

29

d) Der Antrag kann gemäß § 80 Abs. 5 Satz 2 VwGO auch schon vor Erhebung der Anfechtungsklage eingereicht werden. Im vorliegenden Fall ist aufgrund der Eilbedürftigkeit der Entscheidung von vornherein absehbar, dass die Entscheidung in der Hauptsache nicht rechtzeitig ergehen kann. Daher ist der Antrag gemäß § 80 Abs. 5 VwGO auch unabhängig von einer Klageerhebung zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts zulässig.

30

2. Der Antrag ist auch begründet.

31

Im Rahmen seiner Entscheidung hat das Gericht eine Interessenabwägung zwischen dem Vollzugsinteresse der Allgemeinheit sowie dem Interesse des Antragstellers, die Anordnungen bis zur Entscheidung über die Hauptsache nicht befolgen zu müssen, vorzunehmen. Im Rahmen dieser Interessenabwägung spielen die Erfolgsaussichten der Hauptsacheklage eine entscheidende Rolle. Ergibt die summarische Prüfung, dass die angefochtene Allgemeinverfügung offensichtlich rechtswidrig und der Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt ist, kann kein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung bestehen.

32

Vorliegend wird die Hauptsacheklage voraussichtlich erfolgreich sein, da die streitgegenständliche Allgemeinverfügung voraussichtlich rechtswidrig ist.

33

a) Es kann dahinstehen, ob die §§ 32 Abs. 1 IfSG, 24 Abs. 1 Nr. 1 der 8. BayIfSMV formell und materiell rechtmäßig sind und eine geeignete Rechtsgrundlage für die Allgemeinverfügung der Antragsgegnerin darstellen.

34

b) Jedenfalls ist die Allgemeinverfügung voraussichtlich rechtswidrig, weil ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorliegt.

35

aa) Die zuständigen Kreisverwaltungsbehörden legen stark frequentierte öffentliche Plätze fest, auf denen eine weitergehende Maskenpflicht gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 1 der 8. BayIfSMV besteht. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin steht ihr keine Ermessensentscheidung im Sinne des Art. 40 BayVwVfG bei der Ausweisung der stark frequentierten öffentlichen Plätze zu. Der Begriff der „stark frequentierten öffentlichen Plätze“ gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 1 der 8. BayIfSMV ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, da die weitergehende Maskenpflicht erst dann besteht, wenn die zuständige Kreisverwaltungsbehörde öffentliche Plätze ausgewiesen hat. Im Unterschied zum Ermessen, welches auf der Rechtsfolgenseite besteht, sind unbestimmte Rechtsbegriffe Tatbestandsmerkmale. Die Ausweisung als „stark frequentierte öffentliche Plätze“ ist ein Tatbestandsmerkmal, welches die weitergehende Maskenpflicht auslöst, sodass es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt.

36

Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe unterliegen der vollen gerichtlichen Überprüfung (vgl. BayVGH, B.v. 16.1.2015 - 12 C 14.2846 - juris Rn. 12; OVG NRW, B.v. 2.9.2008 - 12 B 1224/08 - juris, Rn. 13; OVG Bremen, B.v. 17.11.2010 - 2 B 256/10 - juris, Rn. 21). Diese gerichtliche Kontrolle erstreckt sich sowohl auf die Bestimmung des Sinngehalts der Norm als auch auf die Feststellung der Tatsachengrundlagen und die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs auf die im Einzelfall festgestellten Tatsachen (vgl. BVerfGE 64, 261, 279; 103, 142, 156; BVerwGE 94, 307, 309). Eine Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte scheidet nur dann aus, wenn unbestimmte Rechtsbegriffe „wegen hoher Komplexität oder besonderer Dynamik der geregelten Materie so vage und ihre Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung so schwierig“ ist, dass die gerichtliche Kontrolle an ihre Funktionsgrenzen stößt (BVerfG NJW 1991, 2005, 2006). Ein solcher Ausnahmefall liegt jedoch nicht vor, sodass die Auslegung und Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „stark

frequentierten öffentlichen Plätze“ gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 1 der 8. BayIfSMV der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt.

37

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt nicht nur bei dem Erlass belastender Verwaltungsakte, sondern ist stets zu beachten, sodass auch die Anwendung und Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe verhältnismäßig sein muss.

38

bb) Regelungszweck des § 24 Abs. 1 Satz 1 der 8. BayIfSMV ist es, dort eine weitergehende Maskenpflicht einzuführen, wo Personen dichter und/oder länger zusammenkommen. Das gilt insbesondere an solchen Orten, an denen Personen den Mindestabstand von 1,5 m - auch im Freien - nicht einhalten können, wie z.B. Fußgängerzonen, Marktplätze, in Fahrstühlen, Eingangsbereichen von Gebäuden (vgl. § 1 Satz 1 und 2 der 8. BayIfSMV; Bayerische Staatsregierung, Bericht aus der Kabinettsitzung vom 15. Oktober 2020, abrufbar unter: <https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-15-oktober-2020/?seite=1579>).

39

Durch die Maskenpflicht soll die Ausbreitungsgeschwindigkeit des Coronavirus in der Bevölkerung verlangsamt werden. Dabei geht es zuallererst nicht um den eigenen Schutz, sondern darum, andere Personen vor Ansteckung durch Tröpfcheninfektion zu schützen. Durch Bedeckung von Mund und Nase können andere Personen vor Partikeln geschützt werden, die beim Husten, Niesen oder Sprechen freigesetzt werden (vgl. Häufige Fragen der Bayerischen Staatsregierung, abrufbar unter: <https://www.innenministerium.bayern.de/miniwebs/coronavirus/faq/index.php>).

40

Das Robert Koch-Institut, das bei der Vorbeugung übertragbarer Krankheiten und der Verhinderung der Verbreitung von Infektionen eine besondere Sachkunde aufweist (§ 4 IfSG), empfiehlt das generelle Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung in bestimmten Situationen im öffentlichen Raum als einen weiteren Baustein, um den Infektionsdruck und damit die Ausbreitungsgeschwindigkeit von COVID-19 in der Bevölkerung zu reduzieren und somit Risikogruppen zu schützen. Diese Empfehlung beruht auf Untersuchungen, die belegen, dass ein relevanter Anteil von Übertragungen von SARS-CoV-2 unbemerkt erfolgt, d.h. zu einem Zeitpunkt vor dem Auftreten der ersten Krankheitszeichen. Eine teilweise Reduktion der unbemerkten Übertragung von infektiösen Tröpfchen durch das Tragen von Mund-Nase-Bedeckung könnte auf Populationsebene zu einer weiteren Verlangsamung der Ausbreitung beitragen. Dies betrifft die Übertragung im öffentlichen Raum, wo mehrere Menschen zusammentreffen und sich länger aufhalten (z.B. Arbeitsplatz) oder der physische Abstand von mindestens 1,5 m nicht immer eingehalten werden kann (z.B. Einkaufssituation, öffentliche Verkehrsmittel). Dies gilt auch bei Menschenansammlungen im Freien, wenn der Mindestabstand von 1,5 m nicht eingehalten wird (vgl. Robert Koch-Institut, Antworten auf häufig gestellte Fragen zum Coronavirus SARS-CoV-2 / Krankheit COVID-19, Gesamtstand: 4.11.2020, abrufbar unter: <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/gesamt.html>)

41

Unter Berücksichtigung dieser infektiologischen Erwägungen muss sich die Ausweisung der stark frequentierten öffentlichen Plätze danach orientieren, an welchen Orten sich üblicherweise Personen begegnen, an denen der Mindestabstand von 1,5 m nicht eingehalten werden kann und aufgrund der Quell- und Zielrichtung an diesen Engstellen die Personen keine Möglichkeit haben, diese Wege zu meiden oder zu umgehen.

42

Den zuständigen Kreisverwaltungsbehörden steht dabei ein Beurteilungsspielraum zu. Das bedeutet, dass die Kreisverwaltungsbehörde nach ihrer Ortskenntnis, den Erfahrungen und Recherchen, ggf. nach Rücksprache oder fachlicher Beratung von anderen Behörden ermitteln müssen, an welchen Orten von einem erhöhten Personenaufkommen oder beengten räumlichen Verhältnissen auszugehen ist. Es ist eine Abgrenzung zu den übrigen Gebieten, Straßen und Plätzen vorzunehmen.

43

Dabei sind neben den zeitlichen und örtlichen Gegebenheiten auch das konkrete Infektionsgeschehen vor Ort zu berücksichtigen. Ebenfalls ist im Rahmen des Beurteilungsspielraums zu berücksichtigen, dass der

Betrieb von Gastronomie, Hotels und Beherbergungsbetrieben für touristische Zwecke, Kulturstätten und körpernahe Dienstleistungen aufgrund den Regelungen der 8. BayIfSMV untersagt sind.

44

cc) Gemessen an diesen Maßstäben erweist sich die Ausweisung der stark frequentierten öffentlichen Plätze in der Allgemeinverfügung als unverhältnismäßig.

45

Zwar ist die Ausweisung der gesamten Innenstadt mit der Folge, dass dort eine Maskenpflicht auch im Freien gilt, geeignet, um eine Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 einzudämmen. Dabei genügt es, dass die Maßnahme zur Zweckerreichung beiträgt (vgl. BayVGh, B. v. 1.9.2020 - 20 CS 20.1962 - juris Rn. 27; BVerwG, U.v. 2.8.2012 - 7 CN 1.11 - NVwZ 2013, 227 - juris Rn. 29)

46

Die Ausweisung der gesamten Innenstadt ist jedoch nicht erforderlich, da mildere Mittel in Betracht kommen, die denselben Erfolg mit gleicher Sicherheit erzielen.

47

Unter Berücksichtigung der oben genannten Grundsätze hätte die Antragsgegnerin zu dem Ergebnis kommen müssen, dass jedenfalls nicht der in der Allgemeinverfügung vollständige Innenstadtbereich als stark frequentierte öffentliche Plätze auszuweisen ist.

48

Zwar ist der Antragsgegnerin zuzustimmen, dass das Einzelhandelsentwicklungskonzept der Stadt A. nicht als Grundlage für die Ausweisung der stark frequentierten öffentlichen Plätze geeignet ist, da sich das Konzept nicht an infektiologischen Erwägungen orientiert.

49

Allerdings kann die Kammer weder den Ausführungen der Antragsgegnerin noch der Begründung der streitgegenständlichen Allgemeinverfügung entnehmen, aus welchen Erwägungen die A.er Innenstadt insgesamt als „stark frequentierte öffentliche Plätze“ ausgewiesen wurde. Die Begründung der Antragsgegnerin, eine Differenzierung sei nicht praktikabel und können nicht kontrolliert werden, vermag nicht zu überzeugen. Die Antragsgegnerin hätte sich bei der Ausweisung an infektiologischen Kriterien orientieren müssen.

50

Insoweit überzeugt das Vorbringen der Antragsgegnerin nicht, die Ausweisung nur einzelner Stellen der Innenstadt führe zu einer Zersplitterung des öffentlichen Raumes, sei daher nicht praktikabel und könne nicht hinreichend überwacht werden.

51

Ein Vergleich mit den Allgemeinverfügungen anderer bayerischer Kreisverwaltungsbehörden zeigt, dass es sehr wohl gelingt, einzelne Straßen, Plätze oder Wege als „stark frequentierte öffentliche Plätze“ auszuweisen (vgl. Festlegung der stark frequentierten öffentlichen Plätze gemäß § 24 der 8. BayIfSMV für die Stadt Erlangen, abrufbar unter: https://www.erlangen.de/desktopdefault.aspx/tabid-2066/4596_read-37911/; Festlegung stark frequentierter öffentlicher Plätze im Landkreis Schwandorf, abrufbar unter: <https://corona.landkreis-schwandorf.de/wp-content/uploads/2020/10/Amtsblatt-Nr.-28-2020.pdf>; Allgemeinverfügung der Stadt Würzburg zur Festlegung stark frequentierter öffentlicher Plätze, abrufbar unter: <https://www.wuerzburg.de/527462.Corona...Verordnungen-und-Verfuegungen.html>; Allgemeinverfügung der Stadt Regensburg vom 23.10.2020 „Vollzug des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (abrufbar unter: <https://www.regensburg.de/fm/121/allgemeinverfuegung-31-10-2020.pdf>).

52

Den oben genannten Beispielen anderer bayerischer Kreisverwaltungsbehörden ist auch zu entnehmen, dass sich die Kreisverwaltungsbehörden an den Erfahrungen der letzten Wochen und Monate hinsichtlich der Einhaltung der infektionsschutzrechtlichen Anordnungen bei der Ausweisung der stark frequentierten öffentlichen Plätze orientiert haben. So wurden unter anderem die Erkenntnisse des kommunalen Ordnungsdienstes, der Polizei und des Gesundheitsamtes hinsichtlich der Lage, der Bebauung, der angesiedelten Geschäfte sowie der allgemeinen Gefahr einer Ansammlung von Personen berücksichtigt.

Insbesondere wurde bei der Ausweisung berücksichtigt, an welchen engen Verkehrsflächen mit gemischtem Verkehr zum Beispiel aus Fußgängern, Radfahrern, Kunden des Einzelhandels, Patienten anliegende Arztpraxen etc. zu rechnen ist.

53

Auch hätte die Antragsgegnerin berücksichtigen müssen, dass sich aufgrund der nunmehr kälteren Jahreszeit Personen insgesamt weniger im Freien aushalten und es dementsprechend zu weniger Menschenansammlungen kommt, bei denen der Mindestabstand nicht eingehalten werden kann.

54

Ebenso wenig hat die Antragsgegnerin überzeugend dargelegt, wie sich die Öffnungszeiten der ansässigen Ladengeschäfte und Dienstleistungsbetriebe, der Pendlerverkehr, typische Laufwege von Schülern zu ansässigen Schulgebäuden oder von Fußgängern in der Einkaufsstraße sowie zu öffentlichen Einrichtungen wie Bushaltestellen auswirken. Nicht berücksichtigt wurde auch, dass nur für einen Teil der ausgewiesenen Fläche eine Fußgängerzone besteht und in anderen Teilen der Innenstadt überwiegend Wohnbebauung besteht und dementsprechend mit weniger Menschenansammlungen zu rechnen ist.

55

Schließlich führt die vollständige Ausweisung der Innenstadt dazu, dass auch nicht öffentliche Verkehrsflächen wie z.B. Hinterhöfe, private Parkplätze und Grundstückseinfahrten umfasst sind.

56

Auch ein Vergleich mit der Landeshauptstadt München zeigt, dass die Antragsgegnerin die Grenzen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums überschritten hat. Der von der Landeshauptstadt München ausgewiesene Bereich an stark frequentierten öffentlichen Plätzen umfasst ca. 0,22 km² bei einer Bevölkerungszahl von 1,557 Mio. (vgl. Stadt München, Bevölkerungsstand, abrufbar unter: <https://www.muenchen.de/rathaus/Stadinfos/Statistik/Bevoelkerung/Monatlicher-Bestand.html>).

57

Die Antragsgegnerin hat hingegen für den gesamten Innenstadtbereich der Stadt A. stark frequentierte öffentliche Plätze mit einer Fläche von ca. 0,195 km² ausgewiesen und damit eine vergleichsweise Fläche wie die Landeshauptstadt (vgl. Flächenberechnung nach BayernAtlas, Daten der Bayerischen Vermessungsverwaltung, abrufbar unter: <https://geoportal.bayern.de>).

58

Im Übrigen geht auch die Bayerische Staatsregierung davon aus, dass die zuständige Kreisverwaltungsbehörde nur vereinzelt stark frequentierten öffentlichen Plätze ausweist und nicht den vollständigen Innenstadtbereich. So wird in den FAQ zur erweiterten Maskenpflicht Folgendes erläutert:

„Die Städte und Gemeinden können auf bestimmten stark frequentierten Plätzen und in Fußgängerzonen Maskenpflicht anordnen. Die Kommunen machen die betroffenen Straßen und Plätze örtlich bekannt, z.B. auf ihrer Internetseite oder durch entsprechende Verkehrsschilder“

(vgl. Häufige Fragen der Bayerischen Staatsregierung, abrufbar unter: <https://www.innenministerium.bayern.de/miniwebs/coronavirus/faq/index.php>).

59

Nach alledem hat die Antragsgegnerin die Grenzen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bei der Ausweisung der stark frequentierten öffentlichen Plätze im Sinne des § 24 Abs. 1 Nummer 1 der 8. BayIfSMV überschritten, sodass die Regelung unverhältnismäßig ist.

60

c) Die Befugnis zur Anordnung einer weitergehenden Maskenpflicht für die gesamte A.er Innenstadt ergibt sich auch nicht aus § 25 Satz 2 der 8. BayIfSMV. Nach dieser Regelung können die zuständigen Kreisverwaltungsbehörden im Einzelfall ergänzende Anordnungen erlassen, soweit dies aus infektionsschutzrechtlicher Sicht erforderlich ist. Diese Befugnisnorm räumt der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde einen Ermessensspielraum sowohl hinsichtlich des Einschreitens („soweit“) als auch der Auswahl der geeigneten Maßnahmen ein.

61

Indem die Antragsgegnerin weder die infektiologische Lage zum Zeitpunkt der behördlichen Maßnahme in die Ermessenserwägung eingestellt hat, noch sich im konkreten Einzelfall damit befasst hat, auf welchen öffentlichen Plätzen mit einer derart starken Frequenzänderung von Personen zu rechnen ist, liegt ein Ermessensausfall vor. Zudem sind dem Ermessen durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Grenzen gesetzt (vgl. BayVGh, B.v. 13.8.2020 - 20 CS 20.1821 - juris Rn. 27). Insoweit wird auf die Erwägungen unter Nr. II 2. a) cc) verwiesen.

62

d) Ebenso wenig ergibt sich die Befugnis zur Ausweisung der stark frequentierten Flächen aus § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG. 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, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Hinsichtlich der Art und des Umfangs der Bekämpfungsmaßnahmen ist der zuständigen Behörde ein Auswahlermessen eingeräumt. Auch insoweit liegt ein Ermessensausfall vor, da sich die Antragsgegnerin bei der Ausweisung der stark frequentierten öffentlichen Plätze nicht an den konkreten Umständen im Einzelfall orientiert hat. Die Ausführungen zu Nr. II 2 a) cc) gelten ebenfalls entsprechend.

63

e) Die aufschiebende Wirkung der noch zu erhebenden Anfechtungsklage gegen die Allgemeinverfügung vom 23.10.2020 war vollständig wiederherzustellen.

64

Gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht die aufschiebende Wirkung der Hauptsache ganz oder teilweise wiederherstellen. Eine teilweise Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung kommt dann in Betracht, wenn die Gesamtregelung teilbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn der von der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung betroffene Teil ein bloßes Minus zur Gesamtregelung und deren Vollzugsfähigkeit darstellt (vgl. NK-VwGO/Adelheid Puttler, 5. Aufl. 2018, VwGO § 80 Rn. 168). Eine solche Teilbarkeit liegt bei der mit dem Antrag angegriffenen Regelung der Ziffer II der Allgemeinverfügung vom 23.10.2020 nicht vor.

65

Ziffer I der Allgemeinverfügung enthält lediglich die Feststellung, dass die Stadt A. den 7-Tagelinzidenzwert pro 100.000 Einwohner von 35 im Sinne des § 24 Satz 2 der 7. BayIfSMV überschritten hat. Da die 7. BayIfSMV mit Ablauf des 1.11.2020 außer Kraft getreten ist, entfaltet die Ziffer I der Allgemeinverfügung keine Wirkung (mehr).

66

Ziffer III ordnet die sofortige Vollziehbarkeit der Allgemeinverfügung an. Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit setzt einen rechtmäßigen Verwaltungsakt voraus, der nach der durchgeführten summarischen Prüfung jedoch nicht vorliegt (vgl. Nr. II. 2). Ziffer IV bestimmt den Zeitpunkt, in dem die Allgemeinverfügung wirksam ist.

67

Zusammengefasst enthalten die Ziffern I, III und IV keinen untrennbaren Regelungsgehalt, da der wesentliche Regelungscharakter, und zwar die Ausweisung der stark frequentierten Plätze, in Ziffer II der Allgemeinverfügung vorgenommen wird. Ohne die Ausweisung in Ziffer II laufen die übrigen Regelungen leer, sodass die aufschiebende Wirkung vollständig wiederherzustellen ist.

68

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

69

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1 GKG i.V.m. Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (abrufbar auf der Homepage des BVerwG).