

**Titel:**

**Popularklage gegen die Zweite Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung**

**Normenkette:**

IfSG § 32 S. 1

DelV § 9 Nr. 5

VfGHG Art. 26 Abs. 1, Art. 27 Abs. 1 S. 1

**Leitsätze:**

**Keine Außervollzugsetzung der Dritten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung.**

1. Ob die Dritte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung insgesamt oder teilweise gegen die als verletzt gerügten Grundrechte oder sonstiges Verfassungsrecht verstößt, bedarf einer eingehenden Prüfung, die im Rahmen dieses Eilverfahrens nicht möglich ist. (Rn. 17) (redaktioneller Leitsatz)

2. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Normgeber bei Ersetzung der Zweiten durch die Dritte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung oder bei deren Fortschreibung seine Pflicht verletzt haben könnte, eine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und zu untersuchen, ob es angesichts neuer Erkenntnisse etwa zu den Verbreitungswegen des Virus oder zur Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems verantwortet werden kann, die bisherigen gravierenden Grundrechtseinschränkungen - gegebenenfalls unter Auflagen - weiter zu lockern. (Rn. 19) (redaktioneller Leitsatz)

3. Eine Folgenabwägung ergibt, dass der Vollzug der Dritten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung in ihrer aktuell geltenden Fassung weder ganz noch teilweise auszusetzen ist. (Rn. 26) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Ausnahmegenehmigung, Abnahme, Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Eingliederungshilfe, Einstweilige Anordnung, Erkrankung, Folgenabwägung, Popularklageverfahren, Popularklage, Versorgung, Versammlungsverbot, COVID-19, SARSCoV-2

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 8029

**Tenor**

Die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung werden abgewiesen.

**Entscheidungsgründe**

I.

1

Die Antragsteller im Popularklageverfahren wenden sich unter anderem gegen die Dritte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (3. BayIfSMV) des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege vom 1. Mai 2020 (GVBl S. 255, BayMBI Nr. 239, BayRS 2126-1-7-G), die durch § 23 Abs. 2 und 3 der Vierten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (4. BayIfSMV) vom 5. Mai 2020 (BayMBI Nr. 240) und erneut durch § 1 der Verordnung vom 7. Mai 2020 (BayMBI Nr. 247) geändert worden ist.

2

Diese Verordnung, mit der die Verbreitung des neuartigen Coronavirus SARSCoV-2 und die dadurch ausgelöste Erkrankung COVID-19 weiter eingedämmt werden soll, enthält in der ab dem 8. Mai 2020 geltenden Fassung folgende Bestimmungen:





3

Gemäß § 23 Abs. 3, § 24 Satz 2 4. BayIfSMV tritt am 9. Mai 2020 eine Änderung zu Besuchsverboten in Kraft. Dem bisherigen Wortlaut des § 5 3. BayIfSMV, der Abs. 1 wird, wird folgender Abs. 2 angefügt:



4

Die Verordnungen sind gestützt auf § 32 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) vom 20. Juli 2000 (BGBl I S. 1045), das zuletzt durch Art. 1, 2 und 3 des Gesetzes vom 27. März 2020 (BGBl I S. 587) geändert worden ist, in Verbindung mit § 9 Nr. 5 der Delegationsverordnung (DeIV) vom 28. Januar 2014 (GVBl S. 22, BayRS 103-2-V), die zuletzt durch Verordnung vom 13. Januar 2020 (GVBl S. 11) geändert worden ist (vgl. im Einzelnen VerfGH vom 24.4.2020 – Vf. 29-VII-20 – ju-ris Rn. 3 f.).

II.

5

1. Die Antragsteller haben sich mit der am 24. April 2020 erhobenen Popularklage zunächst (unter anderem) gegen die Zweite Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung gewandt und ihre Popularklage mit weiteren Schriftsätzen begründet und erweitert. Sie beantragen zuletzt, auch die Dritte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung für verfassungswidrig und nichtig zu erklären. Weiter beantragen sie, diese vorläufig außer Vollzug zu setzen.

6

Sie machen insoweit im Wesentlichen geltend, die Verordnung verletze insbesondere die Grundrechte der Versammlungsfreiheit (Art. 113 BV), der Religionsfreiheit (Art. 107 Abs. 1 und 2 BV), der allgemeinen Handlungsfreiheit und der Berufsfreiheit (Art. 101 BV), des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 118 Abs. 1 BV), der Ehe und Familie (Art. 124 Abs. 1 BV) und der Wissenschaftsfreiheit (Art. 108 BV). Die Verfassungswidrigkeit ergebe sich bereits daraus, dass die Verordnung unter Verstoß gegen die Notstandsregelung (Art. 48 BV), das Konnexitätsprinzip (Art. 83 Abs. 3 BV) und die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers, die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen, zustande gekommen sei. Deshalb sei es ausnahmsweise zulässig, die Verordnung insgesamt anzugreifen. Aber auch inhaltlich seien die landesweit geltenden Verbote, Gebote und Beschränkungen angesichts der Entwicklung der COVID-19-Erkrankungen, die vor allem ältere und erheblich vorerkrankte Personen gefährdeten, nicht mehr verhältnismäßig und gegenüber der großen Mehrheit der Gesunden nicht zu rechtfertigen.

7

Das in § 1 3. BayIfSMV geregelte allgemeine Veranstaltungs- und Versammlungsverbot sei verfassungswidrig, weil es sogar Versammlungen im Landtag und in kommunalen Gremien verbiete und einer Ausnahmegenehmigung durch die zuständige Kreisverwaltungsbehörde unterstelle. Die Regelung des § 2 3. BayIfSMV für Gottesdienste sei grundrechtswidrig, weil die Höchstteilnehmerzahl im Freien anders als in Gebäuden sinnfrei und völlig losgelöst von jeder infektionsmedizinisch nachweisbaren Plausibilität auf eine Höchstteilnehmerzahl von 50 Personen begrenzt werde; außerdem sei nicht verständlich, weshalb im Freien ein Mindestabstand von 1,5 m, in Gebäuden aber unabhängig von der Größe und der Belüftungssituation ein solcher von 2,0 m eingehalten werden müsse. Die Beschränkungen des § 3 3. BayIfSMV für öffentliche Versammlungen verstießen gegen das höherrangige und abschließende Bayerische Versammlungsgesetz und seien im Übrigen unverhältnismäßig und gleichheitswidrig.

8

Die Betriebsuntersagungen und -beschränkungen nach § 4 3. BayIfSMV stellten, zumal mit zunehmender Zeitdauer, einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufs-freiheit dar und seien gleichheitswidrig, etwa weil ohne infektionsschutzrechtli-che Notwendigkeit Autokinos und Reisebusreisen verboten seien, weil das für Ho-tels gewählte Unterscheidungskriterium des von den Gästen verfolgten Aufent-haltszwecks unplausibel sei und weil für Betriebskantinen unabhängig von ihrer Größe verlangt werde, dass sich in den Räumen trotz Einhaltung eines Mindestab-stands von 1,5 m zu keinem Zeitpunkt mehr als 30 Personen gleichzeitig aufhalten dürften. Hinsichtlich der Beschränkungen für Ladengeschäfte, Einkaufszentren und Kaufhäuser des Einzelhandels habe der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGh vom 27.4.2020 – 20 NE 20.793 – juris) weitere Gleichheitsverstöße auf-grund bereichsspezifischer Ausnahmen bemängelt, ohne deshalb allerdings den Vollzug auszusetzen. Daraufhin sei zwar die Regelung so gefasst worden, dass nunmehr auch größere Ladengeschäfte öffnen dürften, wenn sie ihre Verkaufsflä-che auf 800 m2 begrenzten. Das sei aber als Abgrenzungskriterium ebenfalls gänzlich unhaltbar. Auch die Vorgaben des § 4 Abs. 5 3. BayIfSMV für Dienstleis-tungsbetriebe seien unverhältnismäßig und gleichheitswidrig.

## 9

Die Besuchsverbote (§ 5 3. BayIfSMV) schränkten die Handlungsfreiheit und das Familienleben viel zu stark und zudem gleichheitswidrig ein. Ähnliches gelte für die Hochschulen betreffende Vorschrift des § 6 3. BayIfSMV. So sei es nicht nach-vollziehbar, warum nicht in größeren Seminarräumen Präsenzveranstaltungen mit geringer Teilnehmerzahl stattfinden dürften. Die in § 8 3. BayIfSMV geregelte Maskenpflicht ab dem siebten Lebensjahr im öffentlichen Personennahverkehr verstoße gegen den Gleichheitsgrundsatz; denn es gebe keinen sachlichen Grund, sie in den nach Maßgabe von § 6 3. BayIfSMV geöffneten Hochschulen, Bibliotheken und Archiven oder im Fernverkehr außen vor zu lassen. Zudem sei sie völlig unverhältnismäßig, weil ihr Nutzen auch aus fachlicher Sicht grundsätz-lich in Zweifel zu ziehen sei und ein unsachgemäßer Gebrauch möglicherweise das Gesundheitsrisiko erhöhe. Insgesamt seien die in §§ 5 und 8 3. BayIfSMV normierten strikten Besuchsverbote und Mundschutzpflichten jedenfalls deshalb grundrechtswidrig, weil sie keine Ausnahmen zuließen.

## 10

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung sei geboten, weil die Popularklage hinreichende Erfolgsaussichten habe und eine Folgenabwägung wegen der massiven und direkten Eingriffe unter Bußgeldbewehrung in zentrale Grundrechte mit krassen wirtschaftlichen Auswirkungen im Interesse der Allgemeinheit zu einer Außervollzugsetzung führen müsse.

## 11

2. Mit heute eingegangenem Schriftsatz beantragen sie ferner, einstweilen bis zur Entscheidung in der Hauptsache festzustellen, dass die Zweite Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (2. BayIfSMV) vom 16. April 2020 und die Verordnung zur Änderung der Zweiten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 21. April 2020 verfassungswidrig gewesen sind.

## III.

## 12

Der Bayerische Landtag und die Bayerische Staatsregierung hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

## IV.

## 13

Die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung haben keinen Erfolg.

## 14

1. Der Verfassungsgerichtshof kann auch im Popularklageverfahren eine einstwei lige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund dringend geboten ist (Art. 26 Abs. 1 VfGHG). Wegen der weitreichenden Folgen, die eine einstweilige Anordnung im Popularklageverfahren in der Regel auslöst, ist an die Voraussetzungen, unter denen sie erlassen werden kann, ein strenger Maßstab anzulegen (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 13.1.1995 VerfGHE 48, 1/3 f.; vom 4.11.2010 VerfGHE 63, 188/192; vom 24.4.2020 - Vf. 29-VII-20 - juris Rn. 10). Aufgrund des Wesens der Popularklage dürfen konkrete Maßnahmen zugunsten einzelner von einem Rechtssatz betroffenen Personen nicht erlassen werden; vielmehr kommt auch im Rahmen einer einstweiligen Anordnung nur eine Regelung infrage, die generell den Vollzug vorläufig aussetzt (VerfGH vom 6.5.1965 VerfGHE 18, 50; VerfGHE 63, 188/192 f.; vom 21.12.2017 NVwZ-RR 2018, 593 Rn. 13). Die

Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Vorschrift vorgetragen werden, haben im Regelfall außer Betracht zu bleiben. Nur wenn bereits offensichtlich ist, dass die Popularklage aus prozessualen oder sachlichen Gründen keine Aussicht auf Erfolg hat, kommt eine einstweilige Anordnung von vornherein nicht in Betracht. Umgekehrt kann der Erlass einer einstweiligen Anordnung dann geboten sein, wenn die Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Vorschrift offensichtlich ist (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 5.6.1989 VerfGHE 42, 86/91 m. w. N.; VerfGHE 63, 188/193; vom 12.6.2017 - Vf. 4-VII-13 - juris Rn. 54). Ist der Ausgang des Popularklageverfahrens dagegen als offen anzusehen, sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, die Popularklage aber Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abzuwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Popularklage aber der Erfolg zu versagen wäre. Bei dieser Abwägung müssen die für eine vorläufige Regelung sprechenden Gründe so gewichtig sein, dass sie im Interesse der Allgemeinheit eine einstweilige Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile unabweisbar machen (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 3.6.1994 VerfGHE 47, 150/152; vom 28.1.2008 - Vf. 11-VII-07 - juris Rn. 14; VerfGH NVwZ-RR 2018, 593 Rn. 13).

**15**

2. Nach diesen Maßstäben ist eine einstweilige Anordnung nicht zu erlassen.

**16**

a) Ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Außervollzugsetzung besteht nur hinsichtlich der Dritten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung in ihrer aktuell geltenden Fassung, also einschließlich der am 6. Mai 2020 in Kraft getretenen Änderungen durch § 23 Abs. 2 4. BayIfSMV sowie der am 8. Mai 2020 in Kraft getretenen Änderungen durch § 1 der Verordnung zur Änderung der Dritten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung und der Vierten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 7. Mai 2020, aber ohne die erst am 9. Mai 2020 in Kraft tretende Änderung der in § 5 geregelten Besuchsverbote durch § 23 Abs. 3 4. BayIfSMV. Die früher geltenden Fassungen und erst recht die mit Ablauf des 3. Mai 2020 außer Kraft getretene Zweite Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung, gegen die sich die Antragsteller in der Hauptsache ebenfalls wenden, können nicht mehr vorläufig außer Vollzug gesetzt werden.

**17**

b) Bezogen auf die aktuell geltenden Bestimmungen kann im gegenwärtigen Stadium des Verfahrens bei überschlägiger Prüfung nicht von offensichtlichen Erfolgsaussichten, aber auch nicht von einer offensichtlichen Aussichtslosigkeit des Hauptantrags im Popularklageverfahren ausgegangen werden. Ob die Dritte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung insgesamt oder teilweise gegen die als verletzt gerügten Grundrechte oder sonstiges Verfassungsrecht verstößt, bedarf einer eingehenden Prüfung, die im Rahmen dieses Eilverfahrens nicht möglich ist.

**18**

aa) Der Verfassungsgerichtshof ist in seinen Entscheidungen vom 26. März 2020 und 24. April 2020, mit denen er jeweils einen Antrag auf vorläufige Außervollzugsetzung der in den Vorgängerverordnungen normierten Ausgangsbeschränkungen abgelehnt hat, von einem offenen Verfahrensausgang in der Hauptsache ausgegangen (VerfGH vom 26.3.2020 - 6-VII-20 - juris Rn. 12; vom 24.4.2020 - Vf. 29-VII-20 - juris Rn. 13). An dieser Bewertung hält er auch mit Blick auf die aktuell geltenden, bereits etwas gelockerten weiteren Eindämmungsmaßnahmen der Dritten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung fest. Die Rügen der Antragsteller, die Verordnung sei nicht wirksam zustande gekommen und verletze schon deshalb, aber auch mit dem unverhältnismäßigen und gleichheitswidrigen Inhalt ihrer einzelnen Regelungen Grundrechte und objektives Verfassungsrecht, greifen jedenfalls nicht offensichtlich durch.

**19**

bb) Insbesondere ist nichts dafür ersichtlich, dass der Normgeber bei Ersetzung der Zweiten durch die Dritte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung oder bei deren Fortschreibung seine Pflicht verletzt haben könnte, eine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und zu untersuchen, ob es angesichts neuer Erkenntnisse etwa zu den Verbreitungswegen des Virus oder zur Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems verantwortet werden kann, die bisherigen gravierenden Grundrechtseinschränkungen - gegebenenfalls unter Auflagen - weiter zu lockern (zu dieser Verpflichtung VerfGH vom 24.4.2020 - Vf. 29-VII-20 - juris Rn. 31 m. w. N.).

**20**

Das Robert-Koch-Institut, dem der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem Infektionsschutz eine maßgebliche Rolle eingeräumt hat (VerfGH vom 24.4.2020 - Vf. 29-VII-20 - juris Rn. 27 m .w. N.), schätzt in seiner aktuellen Risikobewertung zu COVID-19 die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland nach wie vor - auch bei einer rückläufigen Anzahl an neu übermittelten Fällen - insgesamt als hoch ein, für Risikogruppen als sehr hoch ([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html); Stand 30.4.2020). Bei einem Teil der Fälle seien die Krankheitsverläufe schwer, auch tödliche Krankheitsverläufe kämen vor. Die Wahrscheinlichkeit für schwere Krankheitsverläufe nehme mit zunehmendem Alter und bestehenden Vorerkrankungen zu. Diese Gefährdung variere von Region zu Region. Die Belastung des Gesundheitswesens hänge maßgeblich von der regionalen Verbreitung der Infektion, den vorhandenen Kapazitäten und den eingeleiteten Gegenmaßnahmen (Isolierung, Quarantäne, physische Distanzierung) ab und könne örtlich sehr hoch sein. Ziel müsse unter anderem sein, die weitere Ausbreitung des Virus durch gesamtgesellschaftliche Anstrengungen wie die Reduzierung von sozialen Kontakten mit dem Ziel der Vermeidung von Infektionen im privaten, beruflichen und öffentlichen Bereich so weit wie möglich zu verzögern.

## 21

Für Deutschland berichtet das Robert-Koch-Institut im täglichen Lagebericht vom 7. Mai 2020 ([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/2020-05-05-de.pdf?\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-05-05-de.pdf?_blob=publicationFile)) von - kumuliert - 166.091 labordiagnostisch bestätigten COVID-19 Fällen (Zunahme von 1.284 gegenüber Vortag), darunter 7.119 Todesfälle in Zusammenhang mit COVID-19-Erkrankungen (Zunahme von 123 gegenüber Vortag). In Bayern liegt die Anzahl bei 43.658 Fällen (Zunahme von 287 gegenüber Vortag), darunter 2.050 Todesfälle. Bayern ist unter den Bundesländern weiterhin am stärksten betroffen. Bezogen auf 100.000 Einwohner beträgt hier die Zahl der Fälle 334 (Bundesdurchschnitt 200) und der Todesfälle 15,7 (Bundesdurchschnitt 8,6).

## 22

Zwar hat sich die Verbreitungsgeschwindigkeit gegenüber dem früheren exponentiellen Wachstum zuletzt kontinuierlich und spürbar abgeschwächt. Die Zahl der Neuinfektionen ist deutlich zurückgegangen. Die Reproduktionszahl, die angibt, wie viele Menschen durch eine infizierte Person im Mittel angesteckt werden, wird für Bayern am 7. Mai 2020 vom Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration unter Bezugnahme auf das Robert-Koch-Institut mit  $R=0,71$  angegeben; an diesem Tag sind in Bayern 5.573 Personen aktuell an COVID-19 erkrankt, von denen sich 1.291 Patienten in stationärer Behandlung befinden (<https://www.stmi.bayern.de/med/aktuell/archiv/2020/200322coronaupdate/>; Stand 7.5.2020).

## 23

Gleichwohl ist nicht ersichtlich, dass die Zahl der Neuinfizierten und der gegenwärtig infektiösen Personen bereits so klein ist, dass das Pandemiegeschehen allein durch individuelle Kontrollmaßnahmen beherrschbar wäre. Damit steht weiterhin außer Frage, dass die Zahl der Ansteckungen - mit den entsprechenden Gefahren für die Gesundheit und das Leben von Menschen, auch angesichts einer nach wie vor möglichen Überlastung des Gesundheitssystems - bei ungehinderten persönlichen Kontakten wieder erheblich zunehmen könnte. Die Gefahr einer „zweiten Infektionswelle“ ist noch nicht gebannt. Sie ist nicht zuletzt deshalb schwer fassbar, weil die Wirkung von Eindämmungsmaßnahmen und die Auswirkungen ihrer Lockerungen auf die Infektions-, Erkrankungs- und Todeszahlen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie erst mit einiger Verzögerung abgeschätzt werden können.

## 24

Die Einschätzung des Normgebers, dass eine Gefahrenlage für Leib und Leben einer Vielzahl von Menschen mit einer nicht auszuschließenden Überforderung der personellen und sachlichen Kapazitäten des Gesundheitssystems daher nach wie vor gegeben ist, ist nachvollziehbar. Es widerspricht jedenfalls nicht offenkundig dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass sich der Ordnungsgeber im Rahmen des ihm durch § 32 Satz 1 IfSG eingeräumten Spielraums mit der Dritten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung für eine weitere Woche bis zum Ablauf des 10. Mai 2020 zu einer Fortführung der Eindämmungsmaßnahmen und der mit ihnen verbundenen Grundrechtseingriffe entschieden hat. Die darin im Vergleich zu den Vorgängerregelungen enthaltenen vorsichtigen, schritt- und bereichsweisen Lockerungen sind erkennbar darauf gerichtet, die Freiheitsbeschränkungen soweit wie möglich zu begrenzen und zugleich die Anzahl der Neuinfektionen weiter zu verringern.

## 25

Es ist auch nicht ersichtlich, dass die aktuell geltenden Eindämmungsmaßnahmen insgesamt oder teilweise ungeeignet wären, den mit der Verordnung verfolgten Zweck zu fördern. Das gilt insbesondere für die Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung (Maskenpflicht), die unter anderem für Teilnehmer an Gottesdiensten und Zusammenkünften von Glaubensgemeinschaften (§ 2 Satz 1 Nr. 2 3. BayIfSMV), für das Personal und die Kunden mit Begleitpersonen ab dem siebten Lebensjahr in Ladengeschäften, Einkaufszentren und Kaufhäusern des Einzelhandels (§ 4 Abs. 4 Satz 1 Nrn. 3 und 4 3. BayIfSMV) und im öffentlichen Personennahverkehr sowie bei der Schülerbeförderung (§ 8 3. BayIfSMV) angeordnet ist. Das Robert-Koch-Institut empfiehlt in seinem Epidemiologischen Bulletin 19/2020 vom 14. April 2020 ein generelles Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung (MNB) in bestimmten Situationen im öffentlichen Raum als einen Baustein neben anderen Maßnahmen, um Risikogruppen zu schützen und den Infektionsdruck und damit die Ausbreitungsgeschwindigkeit von COVID-19 in der Bevölkerung zu reduzieren; diese Empfehlung beruht auf einer Neubewertung aufgrund der zunehmenden Evidenz, dass ein hoher Anteil von Übertragungen unbemerkt erfolgt, und zwar bereits vor dem Auftreten von Krankheitssymptomen ([https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/19/Art\\_02.html](https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/19/Art_02.html); Stand 7.5.2020). Diese Bewertung mag fachlich umstritten sein. Das Tragen eines Mundschutzes ist aber jedenfalls nicht offensichtlich ungeeignet, um den Zweck zu erfüllen, Infektionen durch unerkannte Träger zu verringern (vgl. auch BayVG vom 5.5.2020 - 20 NE 20.926 - Rn. 19 ff.). Es liegt zudem auf der Hand, dass die bloße Empfehlung in deutlich geringerem Maß dazu führen würde, dass bei den in der Verordnung bezeichneten Aufenthalten im öffentlichen Raum eine Mund-Nasen-Bedeckung getragen wird. Dem Zweck, das Ansteckungsrisiko zu senken, wird daher durch eine Maskenpflicht gegenüber einer bloßen Empfehlung in deutlich höherem Maß Rechnung getragen.

## 26

c) Die demnach gebotene Folgenabwägung ergibt, dass der Vollzug der Dritten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung in ihrer aktuell geltenden Fassung weder ganz noch teilweise auszusetzen ist.

## 27

aa) Erginge die beantragte einstweilige Anordnung nicht und würde sich die Popularklage im Hauptsacheverfahren als begründet erweisen, würde es zu Unrecht zu teilweise tiefgreifenden Grundrechtseingriffen kommen, die eine Vielzahl von Personen betreffen, teilweise massive unmittelbare wie mittelbare Folgen haben können und überwiegend irreversibel sind.

## 28

So wären zu Unrecht landesweit Veranstaltungen und Versammlungen nach § 1 Abs. 1 3. BayIfSMV untersagt, öffentliche Gottesdienste und öffentliche Versammlungen im Sinn des Bayerischen Versammlungsgesetzes nur unter den engen infektionsschutzrechtlichen Voraussetzungen des § 2 Satz 1 und des § 3 Satz 1 3. BayIfSMV erlaubt. Zwar stehen das Verbot und die Beschränkungen unter dem Vorbehalt, dass auf Antrag Ausnahmegenehmigungen erteilt werden können, soweit dies aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2, § 2 Satz 2, § 3 Satz 2 3. BayIfSMV). Damit ließen sich Eingriffe insbesondere in die Versammlungs- und Religionsfreiheit aber nur abmildern, nicht ausschließen.

## 29

Weiter bliebe grundrechtswidrig der Betrieb sämtlicher Einrichtungen, die nicht notwendigen Verrichtungen des täglichen Lebens, sondern der Sport- und Freizeitgestaltung dienen, nach Maßgabe des § 4 Abs. 1 3. BayIfSMV untersagt. Zu Unrecht untersagt blieben Gastronomiebetriebe, ausgenommen die Abgabe und Lieferung von mitnahmefähigen Speisen (§ 4 Abs. 2 3. BayIfSMV), und der Betrieb von Hotels und Beherbergungsbetrieben und die Zurverfügungstellung jeglicher Unterkünfte zu privaten touristischen Zwecken (§ 4 Abs. 3 3. BayIfSMV). Ladengeschäfte, Einkaufszentren und Kaufhäuser des Einzelhandels dürften grundrechtswidrig nur unter den Einschränkungen des § 4 Abs. 4 Satz 1 3. BayIfSMV öffnen, darunter insbesondere die Beschränkung der Zahl der gleichzeitig im Ladengeschäft anwesenden Kunden auf höchstens einen Kunden je 20 qm Verkaufsfläche (vgl. Nr. 1), die Beschränkung auf eine Verkaufsfläche von höchstens 800 qm mit Ausnahme für einzelne Branchen (vgl. Nr. 2) und die ausnahmslose Verpflichtung, dass das Personal (Nr. 3) sowie die Kunden und ihre Begleitpersonen ab dem siebten Lebensjahr eine Mund-Nasen-Bedeckung tragen (Nr. 4). Dienstleistungsbetriebe müssten zu Unrecht zudem die Anforderungen des § 4 Abs. 5 3. BayIfSMV beachten. Diese Gebote, Verbote und Beschränkungen, mit denen unmittelbar wie mittelbar erheblich nachteilige, teilweise existenzgefährdende

wirtschaftliche Folgen verbunden sind, führten z. B. für die Betriebsinhaber zu schwerwiegenden Eingriffen in ihre durch Art. 101 BV geschützte Berufsfreiheit.

### 30

Wenn die beantragte einstweilige Anordnung nicht erginge und sich die Popularklage im Hauptsacheverfahren als begründet erweisen würde, bliebe ferner nach Maßgabe des § 5 3. BayIfSMV in seiner aktuell (noch) geltenden Fassung nahezu ausnahmslos der Besuch von Krankenhäusern, Pflegeeinrichtungen, Altenheimen und Seniorenresidenzen untersagt. Das stellte u. a. einen erheblichen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 101 BV) dar, sowohl der in diesen Einrichtungen untergebrachten Menschen als auch derjenigen, die sie besuchen wollen, aber nicht dürfen. Die mittelbaren Folgen einer solchen Isolierung können erheblich sein und ihrerseits zu massiven Gesundheitsbeeinträchtigungen führen.

### 31

Aufgrund von § 6 3. BayIfSMV fänden in allen Hochschulen Bayerns vorläufig keine Präsenzveranstaltungen statt. Die Abnahme von Prüfungen und Praxisveranstaltungen, die besondere Labor- oder Arbeitsräume erfordern, wären zwar zulässig, aber nur bei Einhaltung eines Mindestabstands von 1,5 m zwischen den Beteiligten. Bibliotheken an Hochschulen sowie staatliche Bibliotheken und Archive dürften (nur) unter den für Dienstleistungsbetriebe geltenden Beschränkungen geöffnet werden. Diese Beschränkungen, die etwa für Ablauf und Dauer eines Studiums erheblich nachteilige Folgen haben können, führten zu teilweise erheblichen Eingriffen etwa in die durch Art. 108 BV geschützte Wissenschaftsfreiheit oder die Handlungs- und Berufsfreiheit des Art. 101 BV.

### 32

Wegen der Kontaktbeschränkungen im öffentlichen Raum (§ 7 3. BayIfSMV) und im privaten Raum (§ 7 a 3. BayIfSMV), welche zusammen mit der Sonderregelung für Spielplätze (§ 7 b 3. BayIfSMV) zum 6. Mai 2020 an die Stelle der allgemeinen Ausgangsbeschränkungen des § 7 3. BayIfSMV a. F. getreten sind und mit Wirkung vom 8. Mai 2020 weiter gelockert wurden, wären Personen zu Unrecht an Besuchen von und an Zusammenkünften mit anderen Menschen im öffentlichen, aber auch privaten Raum in erheblichem Umfang gehindert; Feiern und Grillen auf öffentlichen Plätzen und Anlagen wären grundrechtswidrig ausnahmslos untersagt. Diese Kontaktbeschränkungen, die eine große Belastung im Leben eines jeden Einzelnen mit sich bringen, sind zwar weniger „streng“ als die früheren Ausgangsbeschränkungen (dazu VerfGH vom 26.3.2020 - Vf. 6-VII-20 - juris und vom 24.4.2020 - Vf. 29-VII-20 - juris). Gleichwohl handelt es sich nach wie vor um teilweise tiefgreifende Grundrechtseingriffe, die eine Vielzahl von Personen betreffen und die partiell irreversibel sind.

### 33

Erginge die beantragte einstweilige Anordnung nicht und hätte die Popularklage im Hauptsacheverfahren Erfolg, wären weiter Personen ab dem siebten Lebensjahr durch § 8 3. BayIfSMV zu Unrecht ausnahmslos verpflichtet, bei der Nutzung von Verkehrsmitteln des öffentlichen Nahverkehrs und der hierzu gehörenden Einrichtungen (Satz 1) oder bei der Schülerbeförderung im freigestellten Schülerverkehr (Satz 2) eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen.

### 34

Verstärkt wird die Wirkung nahezu aller dieser infektionsschutzrechtlichen Gebote, Verbote und Beschränkungen, die weite Bereiche des Alltagslebens betreffen, dadurch, dass Verstöße nach Maßgabe des § 9 3. BayIfSMV als Ordnungswidrigkeit geahndet werden können.

### 35

bb) Erginge dagegen die einstweilige Anordnung, erwiese sich die Popularklage aber später als unbegründet, würde es zu einer Vielzahl von Handlungen kommen, die durch die einzelnen Verordnungsbestimmungen unterbunden werden sollen, obwohl diese letztlich vor dem Verfassungsgerichtshof Bestand hätten. Damit entfielen das vom Ordnungsgeber gewählte Schutzkonzept insgesamt oder verlöre einzelne seiner aufeinander abgestimmten Bestandteile, obwohl sie geeignet, erforderlich und zumutbar wären, um das angestrebte Ziel zu erreichen, die Infektionsraten des Coronavirus SARS-CoV-2 durch eine Begrenzung der persönlichen Kontakte möglichst gering zu halten. Infolgedessen würde sich die Gefahr der Ansteckung mit dem Virus, der Erkrankung vieler Personen, einer Überlastung des Gesundheitssystems und schlimmstenfalls des Todes von Menschen erhöhen, obwohl dem durch die angeordneten Eindämmungsmaßnahmen in verfassungsrechtlich zulässiger Weise hätte entgegengewirkt

werden können (VerfGH vom 24.4.2020 - Vf. 29-VII-20 - juris Rn. 26; vgl. auch BVerfG vom 29.4.2020 - 1 BvQ 47/20 - juris Rn. 16 m. w. N.).

### 36

cc) Bei Beurteilung und Abwägung dieser Umstände überwiegen die gegen den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe.

### 37

Nach wie vor besteht in Bayern, wie oben ausgeführt, die - wohl abgeschwächte, in ihrem Ausmaß aber schwer einzuschätzende - Gefahr einer „zweiten Infektionswelle“, also eine Gefahr für Leib und Leben einer Vielzahl von Menschen mit der Möglichkeit einer Überforderung der personellen und sachlichen Kapazitäten des Gesundheitssystems, vor der zu schützen der Staat nach Art. 99 Satz 2 Halbsatz 2 BV auch verpflichtet ist. Demgegenüber müssen die mit den Ordnungsbestimmungen verbundenen Grundrechtsbeschränkungen und vielfältigen Beeinträchtigungen insbesondere persönlicher, wirtschaftlicher wie gesellschaftlicher Art derzeit zurücktreten, auch wenn sie bereits geraume Zeit andauern und inzwischen ein durchaus erhebliches Ausmaß erreicht haben.

### 38

Bei der Folgenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Dritte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung und die inzwischen in Kraft getretenen Änderungen durch § 23 Abs. 2 und 3 4. BayIfSMV und § 1 der Verordnung vom 7. Mai 2020 für große Bereiche bereits zu spürbaren Lockerungen gegenüber der früheren Rechtslage führen. So sind nunmehr Gottesdienste und Versammlungen unter bestimmten Voraussetzungen erlaubnisfrei zulässig. Sämtliche Ladengeschäfte, Einkaufszentren und Kaufhäuser des Einzelhandels dürfen bei Einhaltung bestimmter Schutzmaßnahmen und bereichsweise unter Beschränkung auf eine Verkaufsfläche von 800 m<sup>2</sup> öffnen, was den Umsatzausfall zumindest abzumildern hilft. Dienstleistungen, auch solche mit Kundenverkehr, dürfen ebenfalls wieder - mit infektionsschutzrechtlichen Vorgaben - erbracht werden. Ferner wurden die allgemeinen Ausgangsbeschränkungen (§ 7 3. BayIfSMV a. F.), die das Verlassen der Wohnung nur aus triftigem Grund zugelassen hatten, ersetzt durch die - deutlich - milderen Kontaktbeschränkungen, die trotz fortdauernder Einschränkungen den Personenkreis für erlaubte Aufenthalte im öffentlichen Raum und Zusammenkünfte im privaten Raum über Familienangehörige und Verwandte hinaus erweitern (§§ 7, 7 a 3. BayIfSMV) und Spielplätze unter freiem Himmel mit Einschränkungen öffnen (§ 7 b 3. BayIfSMV).

### 39

Weiter ist bei der Folgenabwägung zu berücksichtigen, dass die angegriffene Verordnung nur für eine Woche Gültigkeit beansprucht und bereits mit Ablauf des 10. Mai 2020 außer Kraft tritt. Die mit ihr verbundenen Grundrechtseingriffe sind mithin zeitlich eng befristet. Schon am 9. Mai 2020 werden zudem durch § 23 Abs. 3, § 24 Satz 2 4. BayIfSMV die strikten Besuchsverbote gelockert, die § 5 3. BayIfSMV bislang für Krankenhäuser, vollstationäre Einrichtungen der Pflege, Altenheime und weitere Einrichtungen anordnet. Künftig darf jeder Patient oder Bewohner einmal täglich von einer Person aus einem näher bestimmten Personenkreis bei Einhaltung bestimmter Vorgaben besucht werden. Damit werden die erheblich nachteiligen Folgen der bisherigen Isolierung zumindest gemildert. Am Mai 2020 tritt die Vierte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung in Kraft, mit der das Schutzkonzept fortgeschrieben und weiter bereichsweise gelockert wird.

### 40

Der Verfassungsgerichtshof hat im Rahmen der Folgenabschätzung erwogen, den Vollzug derjenigen aktuell geltenden Bestimmungen, die für bestimmte Bereiche eine Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung normieren, vorläufig insoweit auszusetzen, als sie solche Personen einbezieht, die aus medizinischen Gründen keine Mund-Nasen-Bedeckung tragen können. Denn diese nach dem Gesetzeswortlaut uneingeschränkte (und im Wesentlichen bußgeldbewehrte) Maskenpflicht schließt damit einen Personenkreis, der ihr nicht Folge leisten kann, faktisch von zentralen Lebensbereichen aus, insbesondere vom Einkaufen in den geöffneten Ladengeschäften des Einzelhandels, vom Benutzen des öffentlichen Personennahverkehrs oder von dem Besuch von Gottesdiensten. Gegenüber diesen schwerwiegenden Folgen dürften wohl die Nachteile zurücktreten, die eintreten, wenn sich die einschränkungslose Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung im Hauptsacheverfahren als verfassungsmäßig erweisen würde. Von einer entsprechenden Anordnung wird dennoch abgesehen, weil der bereits ab dem 11. Mai 2020 geltende § 1 Abs. 2 4. BayIfSMV eine sachgerechte und differenzierte



Befreiung von der Maskenpflicht vorsieht und weil in den behördlichen Erläuterungen zum Umfang der aktuell geltenden Maskenpflicht darauf hingewiesen wird, dass Personen keine Mund-Nasen-Bedeckung tragen müssen, wenn sie etwa „unter Asthma oder einer anderen Erkrankung leiden, die Ihnen das Tragen einer ‚Maske‘ unzumutbar erschwert“ (<https://www.coronakatastrophenschutz.bayern.de/faq/index.php>; Stand 8.5.2020; vgl. auch BayVGh vom 5.5.2020 - 20 NE 20.926 - Rn. 25 ff.).

#### **41**

Abgesehen hiervon würde eine isolierte vorläufige Außerkraftsetzung einzelner Verordnungsbestimmungen die praktische Wirksamkeit des Schutzkonzepts in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Gebot zuwiderliefe, von der Befugnis, den Vollzug einer in Kraft getretenen Norm auszusetzen, wegen des erheblichen Eingriffs in die Gestaltungsfreiheit des Normgebers nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch zu machen.

#### **42**

d) Der Antrag, einstweilen bis zur Entscheidung in der Hauptsache festzustellen, dass die bereits außer Kraft getretene Zweite Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung und die Verordnung zur Änderung der Zweiten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 21. April 2020 verfassungswidrig gewesen sind, kann jedenfalls aus den Gründen der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 24. April 2020 Vf. 29-VII-20 und den oben dargelegten Erwägungen keinen Erfolg haben.

V.

#### **43**

Das Verfahren ist kostenfrei (Art. 27 Abs. 1 Satz 1 VfGGH).