

Titel:

Tragen einer Gesichtsmaske bzw. FFP2-Maske für vollständig Geimpfte

Normenketten:

IfSG § 28 Abs. 1 S. 1, § 28a Abs. 1 Nr. 2, § 32

13. BayIfSMV § 3 Abs. 4, § 8 Nr. 3, § 9 Abs. 2 Nr. 3, § 10 S. 1, § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, S. 2

VwGO § 47 Abs. 6

GG Art. 2 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1

Leitsätze:

1. Bei summarischer Prüfung ist davon auszugehen, dass die in den angegriffenen Regelungen vorgesehene Pflicht, eine FFP2-Maske zu tragen, mit § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1, § 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG (Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung) eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage hat. (Rn. 47) (redaktioneller Leitsatz)

2. Der Verordnungsgeber durfte die beanstandete Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske bei Gottesdiensten und Versammlungen in geschlossenen Räumen, im öffentlichen Personenverkehr und im Einzelhandel bei summarischer Prüfung auch als gemäß § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 3 IfSG weiterhin notwendig ansehen. (Rn. 54) (redaktioneller Leitsatz)

3. Die angegriffenen Maßnahmen sind bei summarischer Prüfung gegenwärtig verhältnismäßig im engeren Sinne. (Rn. 60) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Normenkontrollantrag, Einstweilige Anordnung, Masken- bzw. FFP2-Maskenpflicht, Ausnahmen für vollständig Geimpfte, Corona-Pandemie, SARS-CoV-2, Maskenpflicht, FFP2-Maskenpflicht, Einzelhandel, vollständig Geimpfte, Ausnahmen, Rechtsgrundlage, Verhältnismäßigkeit, einstweilige Anordnung

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf Euro 10.000,-- festgesetzt.

Gründe

I.

1

Der Antragsteller wendet sich mittels Normenkontrollantrags gegen Regelungen der Dreizehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (13. BayIfSMV vom 5. Juni 2021, BayMBl. 2021 Nr. 384) in der Fassung der Änderungsverordnung vom 27. Juli 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 516), die mit Ablauf des 25. August 2021 außer Kraft tritt (§ 29 13. BayIfSMV), soweit diese das Tragen einer Gesichtsmaske bzw. FFP2-Maske auch für vollständig Geimpfte vorsehen. Im gegenständlichen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes beantragt er (vgl. Schriftsatz vom 26.7.2021),

2

den Vollzug der §§ 3 Abs. 4, 8 Nr. 3, 9 Abs. 2 Nr. 3, 10 S. 1 sowie 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Satz 2 13. BayIfSMV bis zur Entscheidung über den Normenkontrollantrag des Antragstellers einstweilen auszusetzen, soweit diese auch vollständig Geimpfte betreffen und das Tragen einer FFP2-Maske vorschreiben.

3

Die Regelungen haben folgenden Wortlaut:

4

"§ 3 Maskenpflicht

5

...

6

(4) Es besteht Maskenpflicht

7

1. auf zentralen Begegnungsflächen in Innenstädten oder sonstigen öffentlichen Orten unter freiem Himmel, an denen sich Menschen entweder auf engem Raum oder nicht nur vorübergehend aufhalten, die von der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde festgelegt werden können,

8

2. 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,

9

3. auf den Begegnungs- und Verkehrsflächen der Arbeitsstätte, insbesondere in Fahrstühlen, Fluren, Kantinen und Eingängen; Gleiches gilt für den Arbeitsplatz, soweit der Mindestabstand von 1,5 m nicht zuverlässig eingehalten werden kann.

10

§ 8 Gottesdienste, Zusammenkünfte von Glaubensgemeinschaften

11

Öffentlich zugängliche Gottesdienste in Kirchen, Synagogen und Moscheen sowie die Zusammenkünfte anderer Glaubensgemeinschaften sind unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

12

...

13

3. Für die Besucher gilt nur in geschlossenen Räumen FFP2-Maskenpflicht.

14

...

15

§ 9 Versammlungen im Sinne des Art. 8 des Grundgesetzes

16

...

17

(2) Versammlungen nach Art. 8 des Grundgesetzes in geschlossenen Räumen sind unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

18

1. Für die Teilnehmer gilt FFP2-Maskenpflicht; Abs. 1 Satz 3 gilt entsprechend.

19

...

20

§ 10 Öffentliche Verkehrsmittel, Schülerbeförderung

21

¹Bei der Beförderung von Personen im öffentlichen Personennah- oder -fernverkehr einschließlich der entgeltlichen oder geschäftsmäßigen Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen samt Taxen und Schülerbeförderung besteht für Fahrgäste sowohl während der Beförderung als auch während des Aufenthalts in einer zu dem jeweiligen Verkehr gehörenden Einrichtung FFP2-Maskenpflicht.

22

...

23

§ 14 Handels- und Dienstleistungsbetriebe, Märkte

24

(1) ¹Für Betriebe des Groß- und Einzelhandels sowie Dienstleistungs- und Handwerksbetriebe mit Kundenverkehr gilt:

25

...

26

2. In den Verkaufsräumen, auf dem Verkaufsgelände, in den Eingangs- und Warteflächen vor den Verkaufsräumen und auf den zugehörigen Parkplätzen gilt für das Personal Maskenpflicht und für die Kunden und ihre Begleitpersonen FFP2-Maskenpflicht; soweit in Kassen- und Thekenbereichen von Ladengeschäften durch transparente oder sonst geeignete Schutzwände ein zuverlässiger Infektionsschutz gewährleistet ist, entfällt die Maskenpflicht für das Personal.

27

...

28

²Für Einkaufszentren gilt:

29

1. Hinsichtlich der einzelnen Ladengeschäfte gilt Satz 1.

30

2. Hinsichtlich der Einkaufszentren gilt Satz 1 mit der Maßgabe, dass sich die zugelassene Kundenhöchstzahl nach der für Kunden zugänglichen Gesamtfläche des Einkaufszentrums bemisst und das Schutz- und Hygienekonzept die gesamten Kundenströme des Einkaufszentrums berücksichtigen muss."

31

Zur Begründung des Antrags trägt der Antragsteller im Wesentlichen vor, der Antragsgegner habe das Begründungsgebot des § 28a Abs. 5 IfSG verletzt, zumal gerade bei einer nicht näher begründeten Anordnung des Tragens von FFP2-Masken deren Erforderlichkeit anhand der Ziele des Antragsgegners schlüssig darzulegen sei. Der Antragsteller sei durch die angegriffenen Normen, welche ausnahmslos auch für ihn als vollständig Geimpften gelten, in der Ausübung seiner Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 1 GG ungerechtfertigt und unverhältnismäßig verletzt. Von der Gruppe der Geimpften/Immunisierten gehe laut Robert-Koch-Institut (RKI) sowie ausweislich wissenschaftlicher Studien keine relevante Infektionsgefahr für die ungeimpfte Bevölkerung aus. Die Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske sei in der Ermächtigungsgrundlage des § 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG nicht vorgesehen, abgesehen hiervon nicht erforderlich und könne schädliche Folgen zeitigen. Ausweislich einer Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Krankenhaushygiene (DGKH) und der Gesellschaft für Hygiene, Umweltmedizin und Präventivmedizin (GHUP) vom 15.01.2021 zur Verpflichtung zum Tragen von FFP2-Masken im öffentlichen Personennahverkehr und im Einzelhandel werde das Tragen von partikelfiltrierenden Halbmasken (FFP2) zum Eigenschutz der Mitarbeiter lediglich bei Aerosol generierenden Maßnahmen u.a. auf Intensivstationen oder in der unmittelbaren Betreuung von Covid-19-Patienten bzw. bei der Verdachtsabklärung als erforderlich angesehen. Auch das RKI stelle ausdrücklich fest, dass bei der Anwendung von FFP2-Masken durch Laien ein Eigenschutz, welcher bei Immunisierten ohnehin in den Hintergrund treten dürfte, über den Effekt eines korrekt getragenen Mund-Nasen-Schutzes hinaus nicht zwangsläufig gegeben sei. Der Fremdschutz einer chirurgischen Maske reiche zum Schutz der ungeimpften Bevölkerung schon aus den bekannten Gründen aus, da er sicherlich über dem Fremdschutz Ungeimpfter mit FFP2-Maske liege, und stelle daher ein milderes Mittel dar. Dies gelte insbesondere im Außenbereich wie beispielsweise auf Wochenmärkten, da Übertragungen an der frischen Luft extrem seltene Ereignisse darstellten, worauf Aerosolwissenschaftler immer wieder hinwiesen.

32

Wer, wie in den Fällen des § 8 Nr. 3, § 9 Abs. 2 Nr. 3 oder § 10 Satz 1 der 13. BayIfSMV, ggf. gar über mehrere Stunden ununterbrochen die Maske zu tragen habe, sei nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in seinem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit berührt. In einer Untersuchung der Universität Leipzig hätten die

Forscher eine signifikante Beeinträchtigung beim dauerhaften Tragen einer MNB belegt, insbesondere sei im Stoffwechsel eine schnellere Ansäuerung des Blutes bei Anstrengung registriert worden. Eine am 20. April 2021 veröffentlichte Studie eines Forscherteams, das insgesamt 109 Masken-Studien ausgewertet und die Ergebnisse im renommierten International Journal of Environmental Research and Public Health (IJERPH) veröffentlicht habe, sei zum Ergebnis gekommen, dass dauerhaftes Maskentragen die Gefahr zahlreicher gesundheitsschädlicher Effekte wie Unterdrückung des Immunsystems bis zur Förderung der Tumorentstehung oder auch ein Masken-Induziertes Erschöpfungssyndrom - kurz MIES - bringe. Dauerhaftes Maskentragen habe drastische Auswirkungen auf die Gesundheit; Akne, Kopfschmerzen, Angstzustände, Depressionen, Schwächung des Immunsystems und sogar Krebs seien mögliche Folgen des Maskentragens. Nach der "SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel" (Fassung v. 7.5.2021) sei arbeitsmedizinische Vorsorge anzubieten, wenn FFP2-Masken länger als 30 Minuten pro Tag getragen werden. Dem Antragsteller drohten nicht zuletzt schon konkrete Gesundheitsgefahren insbesondere dadurch, dass er als Anästhesist schon bei der Arbeit FFP2- und FFP3-Masken zu tragen habe, nämlich dort, wo er sich bei Tätigkeiten an COVID-Patienten deren Aerosolen aussetzen müsse. Zwangsläufig könne deswegen in der Gesamtsicht die vom Arbeitsschutzstandpunkt empfohlene maximale Tragedauer von dreimal 75 Minuten am Tag überschritten werden. Die Abwägung der gesundheitlichen Risiken des Tragens einer FFP2-Maske gegen die Infektionsgefahr führe jedenfalls bei vollständig Geimpften nicht zu einer höheren Gewichtung der Allgemeininteressen. Denn diese würden erheblich in ihrer körperlichen Unversehrtheit beeinträchtigt, stellten aber für die Allgemeinheit keine Gefahr (mehr) dar. Schließlich liege ein Verstoß gegen Art. 3 GG vor, soweit Verkaufspersonal in § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 der 13. BayIfSMV anders als vollständig Geimpfte von der Verpflichtung des Tragens einer FFP2-Maske befreit sei, soweit Besucher kultureller Veranstaltungen von jeglicher Maskenpflicht befreit seien und soweit § 11 13. BayIfSMV beim Besuch von Heimen etc. sehr wohl bereits eine Differenzierung von Geimpften zu nicht Geimpften vorsehe. Der Antragsgegner tritt dem Antrag entgegen und beantragt,

33

den Antrag abzulehnen.

34

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten Bezug genommen.

II.

35

Der Antrag auf vorläufige Außervollzugsetzung der in der 13. BayIfSMV vorgesehenen Regelungen zur Pflicht auch geimpfter Personen, eine Schutzmaske bzw. FFP2-Maske zu tragen, hat keinen Erfolg.

36

A. Die Anträge sind bereits unzulässig.

37

Dabei kann dahinstehen, ob - wovon der Antragsgegner ausgeht - § 28c IfSG i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 1 der Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung - SchAusnahmV), der ausdrücklich bestimmt, dass Schutzvorschriften von Bund und Ländern, die ein Gebot vorsehen, eine Mund-Nasen-Bedeckung, einen Mund-Nasen-Schutz oder eine Atemschutzmaske zu tragen, unberührt bleiben, ungeachtet der Öffnungsklausel in § 11 Satz 1 SchAusnahmV eine Sperrwirkung nach Art. 31 GG gegenüber Landesregelungen entfaltet (offengelassen in BayVerfGH, E.v. 28.6.2021 - Vf. 73-VII-20 - juris Rn. 24 a.E.), was zur Folge hätte, dass die vorliegenden Anträge vom Antragsgegner im Ergebnis eine bundesrechtswidrige Ausgestaltung der Verordnung verlangen würden.

38

Denn die Anträge sind bereits deshalb unzulässig, weil sie auf eine Normergänzung zielen, die nicht Gegenstand eines (vorläufigen) Normenkontrollverfahrens sein kann (BayVGh, B.v. 8.6.2020 - 20 NE 20.1316 - BeckRS 2020, 12008 - Rn. 14 m.w.N.).

39

Der Antragsteller beantragt - nach Erhebung eines entsprechenden Einwands des Antragsgegners in der Antragserwiderung - mit Schriftsatz vom 26. Juli 2021 weiterhin ausdrücklich, die genannten Regelungen der Verordnung (nur) insoweit außer Vollzug zu setzen, soweit diese auch vollständig Geimpfte betreffen.

Damit geht es dem Antragsteller tatsächlich darum, dass die angegriffenen Normen um eine Regelung ergänzt werden (vgl. BVerwG, U.v. 16.4.2015 - 4 CN 2.14 - BVerwGE 152, 55 - juris Rn. 6). § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO beschränkt den Ausspruch auf die Erklärung der (Teil)-Unwirksamkeit, mithin auf die (Teil)-Kassation. Eine Ergänzung des Tenors über die Feststellung der Unwirksamkeit hinaus ist nicht möglich (vgl. BVerwG, B.v. 14.7.2011 - 4 BN 8.11 - juris Rn. 5). Es ist nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung grundsätzlich dem Normgeber vorbehalten, welche Konsequenzen er aus der gerichtlich festgestellten Fehlerhaftigkeit zieht. Entsprechendes gilt für den Eilantrag gemäß § 47 Abs. 6 VwGO. Ein derartiger Eilantrag, der über die Außervollzugsetzung hinausgeht, ist unstatthaft (vgl. NdsOVG, B.v. 14.5.2020 - 13 MN 156/20 - juris Rn. 5 f.; B.v. 28.4.2020 - 13 MN 116/20 - juris Rn. 7; B.v. 27.4.2020 - 13 MN 107/20 - juris Rn. 4 f.; ThürOVG, B.v. 12.5.2020 - 3 EN 287/20 - juris Rn. 6 f.).

40

B. Selbst wenn man jedoch den Antrag in Anbetracht der Klarstellung des Antragstellers im Schriftsatz vom 26. Juli 2021, dass er sich nicht nur gegen die Einschränkungen als vollständig Geimpfter, sondern auch explizit gegen das Tragen einer FFP2-Maske wende, entgegen dem Wortlaut dahingehend auslegen wollte, dass diejenigen Ordnungsbestimmungen, die die Pflicht zum Tragen einer FFP2-Maske vorsehen, insgesamt vorläufig außer Vollzug gesetzt werden sollen (§ 88 VwGO), ist der Antrag in der Sache unbegründet.

41

Die Voraussetzungen des § 47 Abs. 6 VwGO, wonach das Normenkontrollgericht eine einstweilige Anordnung erlassen kann, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist, liegen nicht vor. Ein Normenkontrollantrag in der Hauptsache gegen § 8 Nr. 3, § 9 Abs. 2 Nr. 3, § 10 Satz 1 und § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 13. BaylFSMV hat unter Anwendung des geltenden Prüfungsmaßstabs im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO (I.) bei summarischer Prüfung keine durchgreifende Aussicht auf Erfolg (II.).

42

I. Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen oder noch zu erhebenden Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 12; zustimmend OVG NW, B.v. 25.4.2019 - 4 B 480/19.NE - NVwZ-RR 2019, 993 - juris Rn. 9). Dabei erlangen die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Eilverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Normen befristet und je geringer damit die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag noch vor dem Außerkrafttreten der Normen ergehen kann.

43

Ergibt die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist (BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 12).

44

Lassen sich die Erfolgsaussichten nicht absehen, ist im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden. Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung nicht erginge, der Normenkontrollantrag aber später Erfolg hätte, und die Folgen, die entstünden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung erlassen würde, der Normenkontrollantrag aber später erfolglos bliebe. Die für eine einstweilige Außervollzugsetzung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, also so schwer wiegen, dass sie - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - juris Rn. 12; Ziekow in

Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 395; Hoppe in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 47 Rn. 106).

45

II. Nach diesen Maßstäben sind die Erfolgsaussichten der Hauptsache bei der nur möglichen, aber ausreichenden summarischen Prüfung (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 14) voraussichtlich nicht gegeben.

46

1. Ein Begründungsmangel, wie ihn der Antragsteller rügt, liegt nicht vor. Die für Geimpfte und Genesene geltenden Bestimmungen der Dreizehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung bauen auf den Vorschriften des § 1 a in der zuletzt geltenden Fassung der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung auf, die laut der amtlichen Begründung ihrerseits auf einer Einschätzung des RKI und den dazu ergangenen bundesrechtlichen Regelungen beruhen (BayMBI 2021 Nr. 308 S. 4). Die Regelungen zur Verpflichtung, eine FFP2-Maske zu tragen, bauen auf den Vorschriften der Elften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung auf. Hierzu hatte der Ordnungsgeber in der amtlichen Begründung unter anderem ausgeführt, die Einführung der FFP2-Maskenpflicht in bestimmten Situationen erfolge vor dem Hintergrund der vermutlich bis zu 70% höheren Übertragbarkeit der mittlerweile auch in Bayern nachgewiesenen mutierten Virusvariation aus Großbritannien, da mit FFP2-Masken bei fachgerechter Anwendung ein höheres Schutzniveau im Vergleich zu Community-Masken bzw. Alltagsmasken erreicht werde (BayMBI. 2021 Nr. 35 v. 15.1.2021). Daher kann davon ausgegangen werden, dass sich der Ordnungsgeber diese Begründung jeweils auch in der aktuell geltenden Fassung zu eigen gemacht hat.

47

2. Der Senat geht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren davon aus, dass die in den angegriffenen Regelungen vorgesehene Pflicht, eine FFP2-Maske zu tragen, mit § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG (Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung) eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage hat (BayVGh, B.v. 8.12.2020 - 20 NE 20.2461 - juris Rn. 24 ff.). Jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung bestehen keine durchgreifenden Bedenken dahingehend, dass die vorgenannten Bestimmungen eine ausreichende Ordnungsermächtigung für die durch sie erfolgenden Grundrechtseingriffe darstellen und sie insbesondere auch dem Wesentlichkeitsgrundsatz und dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entsprechen.

48

3. Die angegriffenen Regelungen sind voraussichtlich materiell rechtmäßig, weil sie mit der Ermächtigungsgrundlage in Einklang stehen und sich bei summarischer Prüfung nicht als unverhältnismäßig erweisen.

49

Zur Begründung kann zunächst auf die bisherige Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs verwiesen werden. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat sich in Beschlüssen vom 26. Januar 2021 (20 NE 21.171 - BeckRS 2021, 796), vom 2. Februar 2021 (20 NE 21.195 - BeckRS 2021, 1836), vom 9. Februar 2021 (20 NE 21.239 - BeckRS 2021, 1837), vom 15. April 2021 (20 NE 21.1012) und vom 6. Mai 2021 (20 NE 21.1204 - juris), auf welche Bezug genommen wird, mit der Verpflichtung zum Tragen einer Maske in FFP2-Qualität befasst.

50

Die vom Ordnungsgeber getroffene Gefährdungsprognose ist auch gegenwärtig nicht zu beanstanden. Im Zeitpunkt des Erlasses der 13. BayIfSMV wie auch der Entscheidung des Senats liegen die Voraussetzungen des § 28a Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 und 7 IfSG vor und wird die angegriffene Regelung den besonderen Anforderungen nach § 28a Abs. 3 Satz 11 IfSG gerecht.

51

a) Der Deutsche Bundestag hat die in § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG vorgesehene Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite mit Blick auf das Corona-Virus SARS-CoV-2 erstmals am 25. März 2020 getroffen (BT-PIPr 19/154, 19169C). Er hat diese Feststellung seither auch nicht - wie in § 5 Abs. 1 IfSG vorgesehen - aufgehoben und diese Aufhebung im Bundesgesetzblatt bekannt gemacht, sondern am 18. November 2020, am 4. März 2021 und zuletzt am 11. Juni 2021 den Fortbestand einer epidemischen Lage

von nationaler Tragweite gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG für weitere drei Monate festgestellt (vgl. BT-Drs. 19/24387; Annahme des Entschließungsantrags BT-Drs. 19/27196; Annahme des Entschließungsantrags BT-Drs. 19/30398).

52

b) Der Senat geht nach der im vorliegenden Verfahren allein möglichen summarischen Prüfung davon aus, dass auch die Verpflichtung, eine FFP2-Maske zu tragen, zu den Katalogmaßnahmen des § 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG gehört. Dem Oberbegriff der Mund-Nasen-Bedeckung unterfallen grundsätzlich auch FFP2-Masken. Auch unter Heranziehung der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/23944 S. 32 vom 3.11.2020) bestehen bei der hier nur möglichen summarischen Prüfung keine durchgreifenden Zweifel daran, dass der Gesetzgeber, der die Verpflichtung zum Tragen einer MNB als notwendige Schutzmaßnahme ansieht, soweit sie angesichts des Infektionsgeschehens sich im Übrigen als verhältnismäßig darstellt, den Ordnungsgeber auch dazu legitimiert hat, qualitative Anforderungen an die MNB verbindlich festzulegen (vgl. BayVGh, B.v. 15.4.2021 - 20 NE 21.1012 - juris).

53

Nach Einschätzung des hierzu berufenen RKI, dessen Expertise der Gesetzgeber im Bereich des Infektionsschutzes mit § 4 IfSG besonderes Gewicht beimisst (vgl. BVerfG, B.v. 10.4.2020 - 1 BvQ 28/20 - NJW 2020, 1427 - juris Rn. 13; BayVerfGH, E.v. 26.3.2020 - Vf. 6-VII-20 - juris Rn. 16), können Masken zwar nicht sicher vor einer Ansteckung schützen, aber einen wichtigen Beitrag zur Verhinderung der Weiterverbreitung des Virus leisten, indem sie einen wichtigen Schutz vor einer Übertragung durch Tröpfchen bei einem engen Kontakt darstellen und die Freisetzung von Aerosolen reduzieren. Wenn der Mindestabstand von 1,5 m ohne Maske unterschritten wird, z.B. wenn Gruppen von Personen an einem Tisch sitzen oder bei größeren Menschenansammlungen, besteht auch im Freien ein Übertragungsrisiko. Die Übertragung über Aerosole spielt im Freien hingegen eine untergeordnete Rolle, mit Ausnahme eines engen Kontakts (z. B. beim engen Gesprächskontakt). Das RKI empfiehlt daher insbesondere das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung bei einem Aufenthalt mehrerer Menschen in Innenräumen, aber in bestimmten Situationen auch im Außenbereich, z.B. wenn der Mindestabstand nicht sicher eingehalten werden kann, längere Gespräche und gesichtsnahe Kontakte erfolgen oder in unübersichtlichen Situationen mit Menschenansammlungen (vgl. die aktuelle Risikobewertung des RKI v. 16.7.2021, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html; häufig gestellte Fragen, <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/gesamt.html>).

54

c) Der Ordnungsgeber durfte die beanstandete Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske bei Gottesdiensten und Versammlungen in geschlossenen Räumen, im öffentlichen Personenverkehr und im Einzelhandel bei summarischer Prüfung auch als gemäß § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 3 IfSG weiterhin notwendig ansehen.

55

Maßstab für die zu ergreifenden Schutzmaßnahmen ist insbesondere die Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (§ 28a Abs. 3 Satz 4 IfSG), wobei jedoch auch absehbare Änderungen des Infektionsgeschehens durch ansteckendere, das Gesundheitssystem stärker belastende Virusvarianten zu berücksichtigen sind (§ 28a Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 IfSG). Bei Überschreitung eines Schwellenwertes von über 35 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen sind breit angelegte Schutzmaßnahmen zu ergreifen, die eine schnelle Abschwächung des Infektionsgeschehens erwarten lassen (§ 28a Abs. 3 Satz 6 IfSG). Unterhalb eines Schwellenwertes von 35 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen kommen insbesondere Schutzmaßnahmen in Betracht, die die Kontrolle des Infektionsgeschehens unterstützen (§ 28a Abs. 3 Satz 7 IfSG). Nach Unterschreitung des Schwellenwertes von 50 bzw. 35 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen können die in Bezug auf den jeweiligen Schwellenwert genannten Schutzmaßnahmen aufrechterhalten werden, soweit und solange dies zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich ist (§ 28a Abs. 3 Satz 11 IfSG). Bei der Prüfung der Aufhebung oder Einschränkung der Schutzmaßnahmen sind insbesondere auch die Anzahl der gegen COVID-19 geimpften Personen und die zeitabhängige Reproduktionszahl zu berücksichtigen (§ 28a Abs. 3 Satz 12 IfSG).

56

Nach der aktuellen Risikobewertung des RKI (v. 16.7.2021, a.a.O.), dessen Expertise der Gesetzgeber im Bereich des Infektionsschutzes mit § 4 IfSG besonderes Gewicht beimisst (vgl. BVerfG, B.v. 10.4.2020 - 1 BvQ 28/20 - NJW 2020, 1427 - juris Rn. 13; BayVerfGH, E.v. 26.3.2020 - Vf. 6-VII-20 - juris Rn. 16), wird die Gefährdung für die Gesundheit der nicht oder nicht vollständig geimpften Bevölkerung in Deutschland, insbesondere aufgrund der Verbreitung einiger besorgniserregender SARS-CoV-2 Varianten sowie der noch nicht ausreichend hohen Impfquote, weiterhin als hoch, für vollständig Geimpfte als moderat eingeschätzt, wobei Menschen mit chronischen Erkrankungen und vulnerable Bevölkerungsgruppen besonders betroffen sind. Nach einem Anstieg der Fälle im ersten Quartal 2021 gingen die 7-Tage-Inzidenzen und Fallzahlen sowohl im Bundesgebiet als auch in Bayern seit Ende April deutlich zurück, um zuletzt auf niedrigem Niveau wieder anzusteigen. Die landesweite 7-Tage-Inzidenz liegt in Bayern aktuell (am 29.7.2021) bei 13,9

(https://experience.arcgis.com/experience/478220a4c454480e823b17327b2bf1d4/page/page_0/Germany). Der (bundesweite) 7-Tage-R-Wert liegt um 1,10 (Täglicher Lagebericht des RKI zur Corona-Virus-Krankheit-2019 (COVID-19), Stand: 29.7.2021,

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Jul_2021/2021-07-28-de.pdf?blob=publicationFile). Der seit Ende April zu verzeichnende deutliche Rückgang der Anzahl der hospitalisierten und intensivpflichtigen Patientinnen und Patienten setzt sich aktuell ebenfalls nicht weiter fort, liegt aber insgesamt auf niedrigem Niveau. Schwere Erkrankungen an COVID-19, die im Krankenhaus behandelt werden müssen, betreffen inzwischen zunehmend Menschen unter 60 Jahren, wobei die Therapie schwerer Krankheitsverläufe komplex ist und sich erst wenige Therapieansätze in klinischen Studien als wirksam erwiesen haben (RKI, Risikobewertung v. 16.7.2021, a.a.O.; RKI, Wochenbericht v. 29.7.2021, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html).

57

Neben der Fallfindung und der Nachverfolgung der Kontaktpersonen bleiben nach Einschätzung des RKI auch bei niedrigen Fallzahlen die individuellen infektionshygienischen Schutzmaßnahmen weiterhin von herausragender Bedeutung (Kontaktreduktion, AHA + L und bei Krankheitssymptomen zuhause bleiben; RKI, Risikobewertung v. 16.7.2021 a.a.O.). In Bayern haben bis zum 28. Juli 2021 rund 59,1% der Bevölkerung eine Erstimpfung und 48,7% den vollständigen Impfschutz erhalten (Impfquotenmonitoring des RKI, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html). Damit liegt die Impfquote noch deutlich von einer sog. Herdenimmunität entfernt (rund 85% vollständig Geimpfte in der Altersgruppe der 12 bis 59-Jährigen sowie von 90% für Personen ab dem Alter von 60 Jahren, vgl. https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/27_21.pdf?blob=publicationFile).

58

Nach § 28a Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 IfSG sind bei Entscheidungen über Schutzmaßnahmen auch absehbare Änderungen des Infektionsgeschehens durch ansteckendere, das Gesundheitssystem stärker belastende Virusvarianten zu berücksichtigen. Die dominierende VOC in Deutschland ist mittlerweile die Variante B.1.617.2 (Delta) mit zuletzt stark zunehmender Tendenz, welche inzwischen in rund 90% der Stichproben nachgewiesen wird (vgl. hierzu den Wochenbericht des RKI v. 29.7.2021, a.a.O.). Alle Impfstoffe, die zurzeit in Deutschland zur Verfügung stehen, schützen nach derzeitigen Erkenntnissen bei vollständiger Impfung auch vor einer Erkrankung durch die Variante B.1.617.2 (Delta). Die bisher vorliegenden Daten zeigen allerdings, dass nach Erhalt von nur einer von zwei Impfstoffdosen die Schutzwirkung gegenüber der Delta-Variante (B1.617.2) im Vergleich zur Alpha-Variante (B.1.1.7) leicht verringert ist. Zudem liegen Daten vor, die auf eine erhöhte Übertragbarkeit der Delta-Variante und potenziell schwerere Krankheitsverläufe hinweisen. Demzufolge muss mit einem erneuten Anstieg der Infektionszahlen in den nächsten Wochen gerechnet werden und kann die Verbreitung neuer Varianten zu einer schnellen Zunahme der Fallzahlen und der Verschlechterung der Lage beitragen, solange keine hinreichende Impfquote erreicht ist (RKI, Risikobewertung, a.a.O.). Dies hat sich etwa bei der Ausbreitung der Delta-Mutation seit Mai 2021 in England gezeigt, wo zu diesem Zeitpunkt bereits ca. 30% der Bevölkerung den vollständigen Impfschutz erhalten hatten und wo der Anteil der Delta-Variante an den Gesamteinfektionen rund 90% beträgt. In Großbritannien ist die 7-Tage-Inzidenz nunmehr wieder auf eine Größenordnung von über 300 angestiegen (bei einer Quote vollständig geimpfter Personen von nunmehr über 50%, vgl. <https://www.corona-inzahlen.de/weltweit/vereinigtes%20k%C3%B6nigreich/>), wobei auch die Zahl der Hospitalisierungen wieder zugenommen hat und wegen der Priorisierung älterer Bevölkerungsgruppen bei der Impfung vor allem Personen unter 50 Jahren betroffen sind. Das RKI empfiehlt daher auch in der derzeitigen Lage niedriger Inzidenzen, die Abstands- und Hygienemaßnahmen einschließlich des Tragens einer Mund-Nasen-

Bedeckung beizubehalten, bis alle, für die ein Impfschutz zugelassen ist, ein Impfangebot erhalten konnten (RKI, Pressekonferenz am 18.6.2021, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=guPIPAMVmgk>).

59

Vor diesem Hintergrund, namentlich der in den in Rede stehenden Lebensbereichen typischerweise erhöhten Infektionsgefahren, der drohenden weiteren Ausbreitung von leichter übertragbaren und wohl schwerere Krankheitsverläufe verursachenden Varianten und des noch nicht hinreichenden Impffortschritts, spricht aus ex-ante-Sicht vieles dafür, dass das Tragen von Masken auch bei der derzeit (noch) niedrigen landesweiten Inzidenz eine weiterhin notwendige Schutzmaßnahme zur Kontrolle des Infektionsgeschehens im Sinne des § 28a Abs. 3 Satz 7 IfSG darstellt. Die angegriffenen Vorschriften, die das Tragen einer FFP2-Maske vorschreiben, beziehen sich durchweg auf Lebensbereiche, in denen es zu unvorhergesehenen Kontakten einer größeren Zahl von Menschen kommen kann, welche entweder in geschlossenen Räumen oder aber in Situationen unter freiem Himmel stattfinden, in denen das Mindestabstandsgebot nicht durchgängig eingehalten werden kann, nämlich auf Gottesdienste und Versammlungen in geschlossenen Räumen (§ 8, § 9 Abs. 2 13. BayIfSMV), öffentliche Verkehrsmittel (§ 10 13. BayIfSMV) und Märkte und Handels- und Dienstleistungsbetriebe (§ 14 13. BayIfSMV). Die Maßnahme soll dazu beitragen, die Virusausbreitung in der Bevölkerung insgesamt (bis zu einer hinreichenden Immunisierung der Bevölkerung durch Impfung) einzudämmen. Damit wiederum soll die mit einer unkontrollierten Infektionsausbreitung einhergehende Gefahr einer Erkrankung vieler Menschen mit teilweise schwerwiegenden und tödlichen Krankheitsverläufen vermieden werden.

60

d) Die angegriffenen Maßnahmen sind bei summarischer Prüfung gegenwärtig verhältnismäßig im engeren Sinne. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird zunächst auf die oben (unter 3.) genannten Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofs verwiesen. Die hiergegen gerichteten Einwendungen der Antragstellerpartei rechtfertigen im gegenständlichen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes keine andere Einschätzung.

61

aa) Da die Filterfunktion von FFP2-Masken höher ist als die von chirurgischen Masken oder von Community-Masken (vgl. hierzu BayVGh, B.v. 7.5.2020 - 20 NE 20.955 - BeckRS 2020, 7701), ist nicht ersichtlich, dass dasselbe Schutzniveau mit milderer Mitteln erreicht werden könnte. Bei der Festlegung dieses Schutzniveaus dürfte dem Ordnungsgeber ein Einschätzungsspielraum zukommen. Anhaltspunkte dafür, dass sich der Ordnungsgeber bei seiner Entscheidung von sachwidrigen Erwägungen hätte leiten lassen (vgl. etwa die auch von Antragstellerseite angeführte Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Krankenhaushygiene (DGKH) und der Gesellschaft für Hygiene, Umweltmedizin und Präventivmedizin (GHUP) zur Verpflichtung zum Tragen von FFP2-Masken im öffentlichen Personennahverkehr und Einzelhandel vom 15.1.2021) sind - bei der im Eilverfahren nur möglichen summarischen Prüfung - nicht ersichtlich. Der Verweis des Antragstellers auf die Aussage des RKI, dass bei der Anwendung durch Laien ein Eigenschutz über den Effekt eines korrekt getragenen Mund-Nasen-Schutzes hinaus nicht zwangsläufig gegeben sei, da der Schutzeffekt der FFP2-Maske nur dann gewährleistet sei, wenn sie durchgehend und dicht sitzend getragen wird, lässt die Erforderlichkeit nicht entfallen, da bei korrektem Tragen von FFP2-Masken gerade sowohl ein erhöhter Eigen- als auch Fremdschutz besteht. Sie gewährleisten aufgrund ihrer höheren Filterleistung (94% Filterleistung bei Testaerosolen) - jedenfalls bei ordnungsgemäßer Anwendung - sowohl einen erhöhten Fremd- als auch einen erhöhten Selbstschutz (Hinweise des BfArM zur Verwendung von Mund-Nasen-Bedeckungen, medizinischen Gesichtsmasken sowie partikelfiltrierenden Halbmasken (FFP-Masken), Nr. 3, <https://www.bfarm.de/SharedDocs/Risikoinformationen/Medizinprodukte/DE/schutzmasken.html>).

62

bb) Ein von der Antragstellerseite geltend gemachter verfassungswidriger Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) lässt sich nach dem derzeitigen Erkenntnisstand nicht feststellen.

63

Aus den Veröffentlichungen des nach § 4 Abs. 1 Satz 2 IfSG auch zur Forschung zu Ursache, Diagnostik und Prävention übertragbarer Krankheiten berufenen Robert-Koch-Instituts ergeben sich derzeit keine Hinweise, dass von nach der Verordnung (EU) 2016/425 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über persönliche Schutzausrüstungen und zur Aufhebung der RL 89/686/EWG des Rates

zugelassenen Masken in FFP2-Qualität nicht hinnehmbare Gesundheitsgefahren ausgehen können (vgl. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Arbeitsschutz_Tab.html). Dasselbe gilt für die Informationen der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung und des ihr angeschlossenen Instituts für Arbeitsschutz ([https://dguv.de/ifa/fachinfos/persoeliche-schutzausrustungen-\(psa\)/covid-19-und-psa/corona-psa-uebersicht/informationen-fuer-benutzer/index.jsp](https://dguv.de/ifa/fachinfos/persoeliche-schutzausrustungen-(psa)/covid-19-und-psa/corona-psa-uebersicht/informationen-fuer-benutzer/index.jsp)) und auch für die Einschätzung des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte (<https://www.bfarm.de/SharedDocs/Risikoinformationen/Medizinprodukte/DE/schutz-masken.html>). Die vom Antragsteller zitierten Untersuchungen sind nicht geeignet, das Hervorrufen nicht hinnehmbarer Gesundheitsgefahren durch FFP2-Masken zu belegen. Die angeführte Studie der Universität Leipzig hatte die Auswirkungen des Tragens von Masken unter körperlicher Belastung zum Gegenstand, welche bei den vorliegend inmitten stehenden Alltagssituationen typischerweise gering bzw. nur von sehr kurzer Dauer ist. Soweit die Antragstellerseite schließlich eine wissenschaftliche Veröffentlichung in deutscher Übersetzung zitiert, in der verschiedene Studien zu ungünstigen Begleiteffekten von Masken ausgewertet werden, wird nicht ersichtlich, inwieweit die zugrundeliegenden Publikationen einem hinreichenden Peer-Review-Verfahren unterzogen wurden und eine hinreichende Repräsentativität aufweisen. Die Antragstellerpartei setzt sich mit der Validität dieser Untersuchung, die sich darüber hinaus allein auf negative Effekte des Maskentragens beschränkt, indem ausschließlich Arbeiten in die Auswertung einbezogen wurden, die Symptome oder negative Auswirkungen von Masken beschreiben, nicht auseinander.

64

Der Senat vermag vor diesem Hintergrund im Rahmen summarischer Prüfung derzeit nicht festzustellen, dass die Einschätzung des Verordnungsgebers, dass der durch die höhere Filterfunktion bedingte Nutzen der FFP2-Masken die damit einhergehenden Belastungen überwiegt, offensichtlich fehlerhaft wäre. Negative physische Auswirkungen bei gesunden Menschen sind jedenfalls bei kürzerer Tragedauer (im Rahmen des Arbeitsschutzes wird in der Regel eine Dauer von 75 Minuten mit folgender 30minütiger Pause empfohlen) derzeit nicht erwiesen (vgl. für den Einsatz von FFP2-Masken am Arbeitsplatz: DGUV Regel 112-190, Anhang 2; <https://publikationen.dguv.de/widgets/pdf/download/article/1011>). Die Situationen, die den angegriffenen Normen zugrunde liegen, erfordern zumindest typischerweise regelmäßig eine lediglich kürzere Tragedauer und sind mit keinen oder geringen körperlichen Belastungen verbunden. Die Maske darf zudem abgenommen werden, wenn dies aus zwingenden Gründen erforderlich ist (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 13. BayIfSMV); hierzu gehört nach der Rechtsprechung auch ein zeitlich beschränktes Absehen von der grundsätzlichen Maskenpflicht aus Gründen der unabwiesbaren Befriedigung von Bedürfnissen wie Essen und Trinken (BayVGh, B.v. 28.4.2020 - 20 NE 20.849 - juris Rn. 22; vgl. auch OVG NW, B.v. 27.11.2020 - 13 B 1815/20.NE - juris Rn. 79). Sollten wegen des erhöhten Atemwiderstands individuelle medizinische Risiken beim Tragen von FFP2-Masken bestehen, so besteht nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 Nr. 3 13. BayIfSMV die Möglichkeit zu einer Befreiung von der Verpflichtung zum Tragen einer solchen Maske (vgl. hierzu BayVGh, B.v. 26.1.2021 - 20 NE 21.171 - BeckRS 2021, 796 - Rn. 24; B.v. 8.9.2020 - 20 NE 20.1999 - COVuR 2020, 718). Ein solches ärztliches Attest kann sich auch spezifisch auf FFP2-Masken und/oder die individuelle Tragedauer beziehen (vgl. hierzu auch die Empfehlungen des RKI zum Einsatz von FFP2-Masken bei Laien und bei Risikogruppen, <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/gesamt.html>).

65

Vor diesem Hintergrund ergeben sich jedenfalls keinerlei Anhaltspunkte, die im Rahmen einer nur summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten eines noch zu erhebenden Normenkontrollantrags im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes einen schweren Nachteil im Sinne des § 47 Abs. 6 VwGO mit der Folge der vorläufigen Außervollzugsetzung der streitgegenständlichen Normen begründen könnten. Da allerdings wissenschaftliche Untersuchungen zu den gesundheitlichen, gegebenenfalls auch langfristigen Auswirkungen der Anwendung von FFP2-Masken im Alltag bislang fehlen, worauf auch das RKI hinweist (<https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/gesamt.html>), steht der Verordnungsgeber besonders in der Pflicht, den Erkenntnisstand hierzu fortlaufend zu beobachten und gegebenenfalls auch selbst breit angelegte Studien zu diesen Fragen zu veranlassen oder zu fördern, insbesondere wenn er eine Ausweitung der FFP2-Maskenpflicht auf Lebensbereiche vornimmt, die mit einer längeren Tragedauer verbunden sind.

66

cc) Ein mit der Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske verbundener Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 GG) und der allgemeinen Handlungsfreiheit ist von lediglich geringer Intensität, weil der grundrechtsrelevante Eingriff nicht in der Qualität und Beschaffenheit der MNB, sondern in der Verpflichtung zur Bedeckung von Mund und Nase und damit im Wesentlichen in einem Eingriff in das äußere Erscheinungsbild des Trägers liegt. Insoweit bestand bisher ein Wahlrecht des Antragstellers, das durch die Verpflichtung zum Tragen einer FFP2-Maske in besonders definierten Situationen beschränkt wird. Dieser geringe Eingriff ist durch den nach der nachvollziehbaren Einschätzung des Verordnungsgebers insgesamt gegebenen erhöhten Nutzen der FFP2-Masken gerechtfertigt.

67

dd) Es besteht nach Auffassung des Senats derzeit auch kein Grund, dies für vollständig geimpfte Personen anders zu beurteilen. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof (E.v. 28.6.2021 - Vf. 73-VII-20 - juris Rn. 22 ff.) hat hierzu ausgeführt:

68

"Die angegriffenen Vorschriften beziehen sich, soweit sie nicht ohnehin die Geimpften und Genesenen im Sinn des § 2 Nr. 2 und 4 SchAusnahmV von ihrem Anwendungsbereich ausnehmen, durchweg auf Lebensbereiche, in denen es zu unvorhergesehenen Kontakten einer größeren Zahl von Menschen kommen kann, nämlich auf Begegnungs- und Verkehrsflächen (§ 3 Abs. 4 13. BayIfSMV), Versammlungen in geschlossenen Räumen (§ 9 Abs. 2 13. BayIfSMV), Freizeiteinrichtungen (§ 13 13. BayIfSMV), Handels- und Dienstleistungsbetriebe (§ 14 13. BayIfSMV), Gaststätten (§ 15 13. BayIfSMV) und Beherbergungsbetriebe (§ 16 13. BayIfSMV). Die für die dortigen Besucher, Teilnehmer oder Kunden aus Gründen des Infektionsschutzes geltenden Beschränkungen (Maskenpflicht, Mindestabstand im öffentlichen Raum, Kontaktdatenerhebung) besitzen eine relativ geringe grundrechtliche Eingriffsintensität. Die Einhaltung der entsprechenden Vorschriften ließe sich von den dafür verantwortlichen Inhabern oder Veranstaltern nur schwer kontrollieren, wenn es dabei maßgebend auf den Status als Geimpfter oder Genesener ankäme (vgl. die Begründung zur COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung, BR-Drs. 347/21 S. 7). Das Gleiche wäre zu erwarten, wenn die nach § 13 Abs. 4 13. BayIfSMV grundsätzlich geschlossenen Bordellbetriebe, Clubs, Diskotheken, sonstigen Vergnügungstätten und vergleichbaren Freizeiteinrichtungen nur für asymptomatische Personen mit einem Impf- oder Genesenennachweis geöffnet würden. Schon diese Praktikabilitätsabwägungen dürften angesichts der dem Normgeber bei Massenerscheinungen zustehenden Befugnis zum Erlass generalisierender, typisierender und pauschalierender Regelungen (vgl. VerfGH vom 22.3.2021 - Vf. 23-VII-21 - juris Rn. 39 m. w. N.) ausreichen, um die Einbeziehung der Geimpften und Genesenen als ein zur Erreichung des Normzwecks geeignetes und erforderliches Mittel anzusehen.

69

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass von geimpften oder genesenen Personen gar keine relevante Gefährdung mehr ausginge, sodass sie gleichsam als "Nichtstörer" zur Gefahrenvorsorge herangezogen würden. Nach der in der Begründung zur COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung zitierten Bewertung des Robert Koch-Instituts vom 31. März 2021 liegt die Effektivität der Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 gegen alle Infektionen bei fast allen Studien im Bereich von 80 bis 90% nach vollständiger Immunisierung. Bei den trotz Impfung positiv getesteten Personen zeigen die vorliegenden Daten zudem eine signifikant geringere Viruslast und eine im Durchschnitt um eine Woche verkürzte Dauer eines Virusnachweises. Bei den genesenen Personen wurde für die Dauer von mindestens sechs Monaten ein Schutz vor einer moderaten oder schweren COVID-19-Erkrankung von 92% bzw. ein Schutz vor jeglicher Infektion von 83 bis 90% berechnet (BR-Drs. 347/21 S. 8). Diese Zahlen erlauben zwar den Schluss, dass das Risiko einer Übertragung des Coronavirus SARS-CoV-2 nach einer Impfung und nach einer natürlichen Infektion nach gegenwärtigem Kenntnisstand in dem Maß reduziert ist, dass geimpfte und genesene Personen bei der Epidemiologie, also insbesondere der Weiterverbreitung von COVID-19, keine "wesentliche Rolle" mehr spielen (BR-Drs. 347/21 a. a. O.). Auch das Robert Koch-Institut geht jedoch davon aus, dass das insoweit noch bestehende Risiko durch weitere Vorgaben wie z. B. durch Einhaltung der AHA+L Regeln (Abstand halten, Hygiene beachten, Alltagsmaske tragen, Lüften) zusätzlich reduziert werden kann (BR-Drs. 347/21, S. 8 f.).

70

Die auf Erleichterungen für Geimpfte und Genesene abzielende bundesrechtliche COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung stellt demgemäß ausdrücklich klar, dass die bestehenden

Maskenpflichten, Abstandsgebote im öffentlichen Raum und Vorgaben in Hygiene- und Schutzkonzepten von der Verordnung unberührt bleiben (§ 1 Abs. 2 SchAusnahmV). Dies wird u. a. damit begründet, dass solche bevölkerungsbasierten, nicht an das persönliche Risiko angepassten Schutzmaßnahmen ihre Wirkung nur entfalten, wenn sie in der Bevölkerung sehr breit akzeptiert und umgesetzt werden. Da auch von geimpften oder genesenen Personen Restrisiken einer Infektion ausgehen könnten, erscheine es gerechtfertigt, dass sie die gesamtgesellschaftlichen Maßnahmen mittrügen, um den großen Mehrwert für die Gesundheit aller zu ermöglichen, der sich durch die gemeinsame Umsetzung der Maßnahmen ergebe (BR-Drs. 347/21 S. 12). Diese Erwägungen können auch zur Rechtfertigung der angegriffenen landesrechtlichen Vorschriften herangezogen werden. (...)

71

Der deutliche Rückgang der Infektionszahlen in den letzten Wochen und die damit korrespondierende geringere Zahl stationär behandelter COVID-19-Patienten, die neben anderen Faktoren wesentlich auf die sich fortlaufend erhöhende Impfquote zurückzuführen sein dürften, zwingen den Ordnungsgeber nicht dazu, die bereits geimpften oder genesenen Personen von jeder Mitwirkung bei der weiteren Eindämmung des Infektionsgeschehens zu befreien. (...) Dass den Angehörigen der besonders gefährdeten Gruppen mittlerweile fast durchgehend ein Impfangebot gemacht wurde und daher insoweit nur noch ein statistisch stark verringertes Risiko einer schweren Erkrankung oder des Todes besteht, hindert den Ordnungsgeber schon angesichts der mit den neu aufgetretenen Virusvarianten verbundenen Gefahren nicht daran, auch in Zeiten niedriger Inzidenzwerte an allgemeinen, den Einzelnen wenig belastenden Vorsorgemaßnahmen festzuhalten, die eine Übertragung des Virus zumindest erschweren. Ob in anderen Bundesländern für Geimpfte und Genesene weitergehende Ausnahmen und Befreiungen von Schutzmaßnahmen vorgesehen sind als in Bayern, ist dabei entgegen der Auffassung des Antragstellers auch unter Gleichheitsgesichtspunkten (Art. 118 Abs. 1 BV) nicht von Bedeutung, da sich der Gleichheitssatz immer nur an denselben Normgeber richten kann (vgl. VerfGH vom 25.2.2013 VerfGHE 66, 6 Rn. 80; vom 16.1.2018 BayVBI 2018, 483 Rn. 29 m. w. N.)."

72

Dem hat der Senat auch unter Berücksichtigung des weiteren Prüfungsmaßstabs im Normenkontrollverfahren und der Ausführungen des Antragstellers in der Antragsbegründung nichts hinzuzufügen.

73

ee) Schließlich vermag der Senat auch unter Berücksichtigung der Ausführungen in der Antragschrift keinen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) festzustellen.

74

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfG, B.v. 7.2.2012 - 1 BvL 14/07 - BVerfGE 130, 240, 252 - juris Rn. 40; B.v. 15.7.1998 - 1 BvR 1554/89 u.a. - BVerfGE 98, 365, 385 - juris Rn. 63). Es sind nicht jegliche Differenzierungen verwehrt, allerdings bedürfen sie der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen reichen die Grenzen für die Normsetzung vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse. Insoweit gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (vgl. BVerfG, B.v. 18.7.2012 - 1 BvL 16/11 - BVerfGE 132, 179, 188 - juris Rn. 30; B.v. 21.6.2011 - 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49, 69 - juris Rn. 65; B.v. 21.7.2010 - 1 BvR 611/07 u.a. - BVerfGE 126, 400, 416 - juris Rn. 79).

75

Im Bereich des Infektionsschutzes - als besonderem Gefahrenabwehrrecht (vgl. BVerwG, U.v. 22.3.2012 - 3 C 16.11 - juris Rn. 32) - darf der Ordnungsgeber im Hinblick auf Massenerscheinungen, die sich (wie das gegenwärtige weltweite Infektionsgeschehen) auf eine Vielzahl von Lebensbereichen auswirken, generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen treffen, ohne wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstoßen. Unebenheiten, Friktionen und Mängel sowie gewisse Benachteiligungen in besonders gelagerten Einzelfällen, die sich im Zusammenhang mit Differenzierungen ergeben, müssen in Kauf genommen werden, solange sich für das

insgesamt gefundene Regelungsergebnis ein plausibler, sachlich vertretbarer Grund anführen lässt (vgl. BayVerfGH, E.v. 21.10.2020 - Vf. 26-VII-20 - juris Rn. 24, m.w.N.). Insoweit kann auch die strikte Beachtung des Gebots innerer Folgerichtigkeit nicht eingefordert werden (OVG HH, B.v. 26.3.2020 - 5 Bs 48/20 - juris Rn. 13; NdsOVG, B.v. 27.4.2020 - 13 MN 98/20 - juris Rn. 64; ThürOVG, B.v. 9.4.2020 - 3 EN 238/20 - juris Rn. 67). In diesem Zusammenhang kommt daher neben der Entwicklung des Pandemiegeschehens dem Gesamtkonzept bzw. Maßnahmenbündel, mit dem der Ordnungsgeber dem Infektionsgeschehen begegnet, eine maßgebliche Bedeutung zu. Die im Streit stehende Schutzmaßnahme muss sich möglichst schlüssig in dieses vom Ordnungsgeber in Wahrnehmung seines Beurteilungs- und Prognosespielraums aufgestellte Gesamtkonzept einfügen (vgl. OVG LSA, B.v. 3.9.2020 -3 R 156/20 - juris Rn. 27).

76

Dies zugrunde gelegt vermag der Senat im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes einen Verstoß der Ordnungsregelung gegen den Gleichheitssatz nicht festzustellen. Soweit die Verordnung in § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 13. BayIfSMV Verkaufspersonal anders als vollständig Geimpfte von der Verpflichtung des Tragens einer FFP2-Maske befreit, liegt ein nachvollziehbarer sachlicher Differenzierungsgrund in der längeren Tragedauer und den hiermit sowie mit erhöhter körperlicher Anstrengung verbundenen ungleich höheren Belastungen. Soweit der Antragsteller vorträgt, dass Besucher kultureller Veranstaltungen von jeglicher Maskenpflicht befreit seien, ist dies schon unzutreffend. Nach § 25 Abs. 1 Nr. 5 13. BayIfSMV in der seit 28. Juli 2021 geltenden Fassung besteht auf dem gesamten Veranstaltungsgelände für Mitwirkende und Personal die Pflicht zum Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske sowie für Besucher FFP2-Maskenpflicht; dies gilt für Mitwirkende nicht, soweit dies zu einer Beeinträchtigung der künstlerischen Darbietung führt, sowie für Besucher nicht, solange diese sich unter freiem Himmel am Sitzplatz befinden.

77

Soweit § 11 Abs. 2 Nr. 2 13. BayIfSMV beim Besuch von Heimen und ähnlichen Einrichtungen eine Differenzierung zwischen Geimpften und nicht Geimpften vorsieht, indem er beim Kontakt mit Bewohnern nur für nicht geimpfte oder nicht genesene Besucher und Beschäftigte FFP2-Maskenpflicht vorschreibt und andernfalls die Pflicht zum Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske für ausreichend erachtet, dürfte sich dies ebenfalls einerseits aus der in der Regel längeren Tragedauer und andererseits daraus rechtfertigen, dass das Vorliegen eines Impfnachweises beim Betreten der in Rede stehenden Einrichtungen anders als in den angegriffenen Ordnungsbestimmungen zugrundeliegenden Situationen, in denen eine Vielzahl von Menschen aufeinander trifft (Einkaufen, öffentliche Verkehrsmittel, Versammlungen und Gottesdienste), leichter zu kontrollieren ist.

78

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG. Da die von der Antragstellerpartei angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 25. August 2021 außer Kraft tritt (§ 29 13. BayIfSMV), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 hier nicht angebracht erscheint.

79

D. Dieser Beschluss ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO.