VGH München, Beschluss v. 04.10.2021 – 20 N 20.767

Titel:

Unwirksamkeit der vorläufigen Ausgangsbeschränkungen zu Beginn der Corona-Pandemie

Normenketten:

1. BayIfSMV § 4 Abs. 2, Abs. 3
VwGO § 47
GG Art. 80 Abs. 1 S. 2
IfSG § 28 Abs. 1, § 32 S. 1

Leitsätze:

1. Bei der Beurteilung, ob die Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit (§ 2 Nr. 3a IfSG) droht, steht den Infektionsschutzbehörden ein gerichtlich nicht vollständig überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. (Rn. 56)
2. Der Verordnungsgeber hat bei der Auswahl der nach §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 IfSG a.F. zu treffenden Infektionsschutzmaßnahmen im Rahmen seines Verordnungsermessens den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Die Einhaltung des Übermaßverbotes unterliegt der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. (Rn. 63)
1. Die Verordnungsermächtigung nach § 32 S. 1 IfSG iVm § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG verstieß im Zeitraum der Geltungsdauer der 1. BayIfSMV nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere das Bestimmtheitsgebot aus Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG. (Rn. 42) (redaktioneller Leitsatz)
2. § 4 Abs. 2 und 3 1. BayIfSMV verstieß gegen das Übermaßverbot als besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, weil der Verordnungsgeber den Ausnahmetatbestand der triftigen Gründe, die zum Verlassen der eigenen Wohnung berechtigen, zu eng gefasst hat. (Rn. 77 – 86) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Corona-Pandemie, Vorläufige Ausgangsbeschränkung, Einschätzungsspielraum, Verordnungsermessen, Verhältnismäßigkeit, Übermaßverbot, Corona, Pandemie, Ausgangsbeschränkung, Ermächtigungsgrundlage, Bestimmtheit, Beurteilungsspielraum

Rechtsmittelinstanzen:

BVerwG, Beschluss vom 10.11.2022 – 3 CN 2.21
BVerwG, Urteil vom 22.11.2022 – 3 CN 2.21

Weiterführende Hinweise:

Revision zugelassen

Fundstellen:

BayVBl 2022, 158
COVuR 2021, 739
LSK 2021, 29086

Tenor

I. Es wird festgestellt, dass § 4 Abs. 2 und 3 der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmeverordnung vom 27. März 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 158), zuletzt geändert durch § 1 der Verordnung zur Änderung der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 31. März 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 162) unwirksam war.

II. Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner.

III. Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

1
1. Mit ihrem Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO begehren die Antragsteller die Feststellung, dass § 4 Abs. 2 und 3 der Bayerischen Verordnung über Infektionsschutzmaßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie (Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung - BayIfSMV; 2126-1-4-G, 2126-1-5-G, BayMBl. 2020 Nr. 158; im Folgenden: 1. BayIfSMV) vom 27. März 2020 in der Fassung der Änderungsverordnung vom 31. März 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 162) unwirksam war.

2
2. Der Antragsgegner hat am 31. März 2020 durch das Staatsministerium für Gesundheit und Pflege mit § 1 Nr. 2 der Verordnung zur Änderung der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung folgende Norm erlassen:

3
„§ 4 Vorläufige Ausgangsbeschränkung

(1) …

4
(2) Das Verlassen der eigenen Wohnung ist nur bei Vorliegen triftiger Gründe erlaubt.

5
(3) Triftige Gründe im Sinn des Abs. 2 sind insbesondere:

6
1. die Ausübung beruflicher Tätigkeiten,

7
2. die Inanspruchnahme medizinischer und veterinärmedizinischer Versorgungsleistungen, der Besuch bei Angehörigen therapeutischer Berufe, soweit dies medizinisch dringend erforderlich ist, sowie Blutspenden,

8
3. Versorgungsgänge für die Gegenstände des täglichen Bedarfs (insbesondere Einrichtungen im Sinne von § 2 Abs. 4 Satz 2); nicht zur Deckung des täglichen Bedarfs gehört die Inanspruchnahme sonstiger Dienstleistungen wie etwa der Besuch von Friseurbetrieben,

9
4. der Besuch bei Lebenspartnern, Alten, Kranken oder Menschen mit Einschränkungen (außerhalb von Einrichtungen) und die Wahrnehmung des Sorge- und Umgangsrechts im jeweiligen privaten Bereich,

10
5. die Begleitung von unterstützungsbedürftigen Personen und Minderjährigen,

11
6. die Begleitung Sterbender sowie Beerdigungen im engsten Familienkreis,

12
7. Sport und Bewegung an der frischen Luft, allerdings ausschließlich alleine oder mit Angehörigen des eigenen Hausstandes und ohne jede sonstige Gruppenbildung und

13
8. Handlungen zur Versorgung von Tieren.“

14
Die Änderungsverordnung wurde am 31. März 2020 im Wege einer Notbekanntmachung im Bayerischen Ministerialblatt (2020 Nr. 162) bekanntgemacht. Die Veröffentlichung der Änderungsverordnung vom 31. März 2020 im Bayerischen Gesetz- und Verordnungsblatt erfolgte am 7. April 2020 (GVBl. Nr. 9/2020 S. 194).

15
Die Verordnung ist mit Ablauf des 19. April 2020 außer Kraft getreten (§ 7 Abs. 1 1. BayIfSMV).

16

3. Die Antragsteller haben mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 10. April 2020 einen Antrag nach § 47 Abs. 1 VwGO gestellt und zuletzt mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 30. Juni 2021 beantragt,

17
Es wird festgestellt, dass § 4 Abs. 2 der Bayerischen Infektionsmaßnahmeschutzverordnung (BayMBl. 2020 Nr. 158), zuletzt geändert durch § 1 der Verordnung zur Änderung der Bayerischen Infektionsmaßnahmeschutzverordnung vom 31. März 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 162) unwirksam war.

18
Sie tragen zur Begründung ihres Antrages im Wesentlichen vor, die Antragsteller hätten für den nach Außerkrafttreten der Norm nunmehr gestellten Feststellungsantrag ein hinreichendes Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit. Zum einen wegen der erheblichen Grundrechtsrelevanz einer allgemeinen Ausgangssperre, zum anderen wegen der konkreten Wiederholungsgefahr. Insoweit werde auch auf die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in den zur Ausgangsbeschränkung durchgeführten einstweiligen Rechtsschutzverfahren verwiesen.

19
§ 32 Satz 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG sei schon keine taugliche Ermächtigungsgrundlage für eine an die gesamte bayerische Bevölkerung gerichtete, für mehrere Wochen gültige Ausgangsbeschränkung. Der aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem Demokratieprinzip abgeleitete Parlamentsvorbehalt verlange, dass staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen durch förmliches Gesetz legitimiert werde. Zwar seien im Sicherheitsrecht polizeiliche Generalklauseln anerkannt. Die seuchenpolizeilichen Generalklauseln seien freilich auf punktuelle, örtlich und oder zeitlich begrenzte Sachverhalte begrenzt. Dies bedeute, dass nach einer ersten Akutphase der Pandemiebekämpfung der Deutsche Bundestag gezwungen gewesen wäre, derart weitreichende Maßnahmen wie eine Ausgangsbeschränkung selbst zu regeln. Es sei auch nicht so, dass sich effektive Gefahrenabwehr und parlamentarische Vorgaben für Spezialmaßnahmen ausschließen würden. Der Bundestag habe schon mehrfach bewiesen, dass er binnen Stunden bzw. Tagen wichtige Gesetze verabschieden könne. Nach Ansicht der Antragsteller hätte spätestens die streitgegenständliche Ausgangsbeschränkung vom parlamentarischen Gesetzgeber beschlossen werden müssen. Der Antragsgegner habe sich mit dem System der Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen von den punktuell wirkenden Gefahrenabwehrmaßnahmen aus dem März 2020 verabschiedet und begonnen, eine Art Gesetzbuch über den Umgang mit der Pandemie zu verfassen, das die Freiheit bzw. Beschränkungen in fast allen Lebensbereichen geregelt habe.

20
Die streitgegenständlichen Ausgangssperren verstießen zudem gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, weil sie nicht erforderlich gewesen seien. Mit allgemeinen Kontaktbeschränkungen hätten mildere, gleich geeignete Mittel zur Verfügung gestanden. Welche Erwägungen der Antragsgegner in seiner Ermessensentscheidung getroffen habe, sei nicht ersichtlich. Sein Vortrag bleibe hier auffallend pauschal, nicht einlassungsfähig und ohne jeden Beweisantritt. Es müsse beim Antragsgegner wissenschaftliche Erkenntnisse gegeben haben, weshalb man strengere Maßnahmen als in anderen Bundesländern für notwendig gehalten habe. Zumindest ex-post sei gerade nicht ersichtlich, dass die strengeren Maßnahmen in Bayern erfolgreicher gewesen seien als die milderen Maßnahmen in anderen Bundesländern.

21
4. Der Antragsgegner tritt dem Antrag entgegen und beantragt,

22
den Antrag abzulehnen.

23
Der Normenkontrollantrag sei wegen Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Zunächst habe kein schwerwiegender Grundrechtseingriff vorgelegen. Die Ausgangsbeschränkung sei insbesondere keine Freiheitsentziehung gewesen, weil sie die körperliche Bewegungsfreiheit nicht nach jeder Richtung hin aufgehoben habe. Auch im Übrigen habe sie nicht in ähnlicher Weise wie eine Inhaftierung den Kernbereich der Persönlichkeit betroffen. Ein erneuter Erlass vergleichbarer Verordnungen sei derzeit unwahrscheinlich. Jedenfalls liege eine konkrete Wiederholungsgefahr nicht vor.

24
Die streitgegenständliche Verordnung sei durch Notbekanntmachung nach Art. 51 Abs. 4 Satz 1 LStVG a.F. Im Bayerischen Ministerialblatt bekannt gemacht worden. Es sei bei der Ende März 2020 anrollenden ersten Welle der Coronapandemie erforderlich gewesen, die (geänderte) BayIfSMV zur Verhütung erheblicher Gefahren für Leben und Gesundheit von Menschen sofort bekanntzumachen. Eine Bekanntmachung nach Art. 51 Abs. 2 LStVG a.F., d.h. im Gesetzund Verordnungsblatt, sei nicht rechtzeitig möglich gewesen. Selbst eine Sonderveröffentlichung im Gesetz- und Verordnungsblatt habe eine Vorlaufzeit von einer Woche, was angesichts der dramatischen Pandemiesituation zu lange gewesen sei. Bei der Regelung des Art. 51 Abs. 4 Satz 2 LStVG a.F. sei es dem historischen Gesetzgeber um die Sicherung eines genauen Wortlautes der Verordnung im Nachhinein (Bestimmtheitsgebot) gegangen, die bei einer alleinigen Bekanntmachung im Rundfunk oder durch Lautsprecher wegen des dort bloß gesprochenen Wortes nicht für jedermann nachvollziehbar gewährleistet gewesen wäre. Die Nachbekanntmachungspflicht habe demnach eine rein deklaratorische Dokumentationsfunktion. Ein Wirksamkeitserfordernis habe der Gesetzgeber mit dieser Regelung nicht verbinden wollen. Durch die elektronische Bekanntmachung im Bayerischen Ministerialblatt sei diese Dokumentationsfunktion bereits erfüllt. Eine andere Sicht der Dinge würde dem Sinn und Zweck der Regelung zuwiderlaufen und zur Rechtsunsicherheit führen, ob denn die Bekanntmachung im Gesetz- und Verordnungsblatt auch tatsächlich unverzüglich erfolgt sei. Abgesehen davon sei auch die Veröffentlichung unverzüglich erfolgt. Aber selbst wenn ein Mangel bezüglich der konstitutiven Bekanntgabe angenommen würde, könne dies jedenfalls lediglich zur Unwirksamkeit der nicht angegriffenen Bußgeldbewehrung und keinesfalls auch zur Unwirksamkeit des Grundtatbestandes führen. Dies ergebe sich schon aus der Wertung des Art. 51 Abs. 2 StVG a.F., der eine Bußgeldbewehrung jedenfalls erst dann zur Folge habe, wenn die bußgeldbewehrte Verhaltenspflicht auch für die Betroffenen mit hinreichender Bestimmtheit publiziert werde.

25
Der Gesetzgeber habe mit § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 IfSG bewusst eine Ermächtigungsgrundlage geschaffen, welche der Exekutive weitreichende Handlungsmöglichkeiten an die Hand gebe, ohne dabei - von bei nahezu jeder infektiologischen Lage benötigten Maßnahmen wie Absonderung oder Quarantäne abgesehen - im Einzelnen vorzugeben, welche Maßnahmen die Exekutive ergreifen könnte. Dieses Bild ergebe sich insbesondere aus der Gesetzgebungsgeschichte. Es sei dabei erklärter Wille des Gesetzgebers gewesen, eine möglichst weit formulierte Generalklausel zu schaffen, um den besonderen Erfordernissen des Seuchengeschehens und Seuchenrechts angemessen Rechnung zu tragen und einen effektiven Schutz der Bevölkerung zu gewährleisten. Spezialbefugnisse könnten eine Generalklausel für die übrigen denkbaren und auch nicht denkbaren Szenarien nicht ersetzen. Ansonsten würde man das IfSG überfrachten, was den Normenvollzug in der Praxis erheblich erschweren würde. Auch aus der Risikoanalyse im Bevölkerungsschutz 2012 (BT-Drs. 17/12051) gehe hervor, dass ein schnelles und bestimmtes Eingreifen der Infektionsschutzbehörden notwendig und rechtlich möglich sei. Dass die §§ 28, 32 IfSG nach dem Vorliegen der Risikoanalyse nicht geändert worden seien, zeige, dass der Gesetzgeber die bestehende Ermächtigungsgrundlage als ausreichend erachtet habe. Anderenfalls hätte Handlungsbedarf bestanden. Ein gesetzgeberisches Unterlassen könne aufgrund der qualifizierten Auseinandersetzung mit dieser Thematik durch den Gesetzgeber nicht angenommen werden. Mit der Änderung des § 28 IfSG durch das Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite und dem Verzicht auf den Halbsatz „bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind“ werde bezeugt, dass der Gesetzgeber nicht nur ganz kurzfristige Maßnahmen im Blick gehabt habe. Dass § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 IfSG ausschließlich vorübergehende Fälle von besonders kurzer Dauer erfasse, ergebe sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Telos der Norm. Schließlich solle den zuständigen Stellen ein effektives Eingreifen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten ermöglicht werden. Zudem sei die hier kritisierte Regelung befristet und durchaus kurzfristig, sodass sie sich auch als verhältnismäßig darstelle. Die Ausgangsbeschränkung stelle keine Freiheitsbeschränkung oder gar Freiheitsentziehung dar, weil niemand durch unmittelbaren Zwang daran gehindert worden sei, seine Wohnung zu verlassen. Auch das Grundrecht der Freizügigkeit (Art. 11 GG) sei nicht beeinträchtigt worden. Bei der Beurteilung der Lage habe sich der Antragsgegner vor allem auf die täglichen Lageberichte des Robert Koch-Instituts und des Landesamtes für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit gestützt. Danach sei die Ausgangsbeschränkung geboten gewesen, um das Infektionsgeschehen durch die Reduzierung von sozialen Kontakten zu beeinflussen. Hinsichtlich der Eignung von Maßnahmen verfüge der Verordnungsgeber zudem über einen prognostischen Einschätzungsspielraum. Die Ausgangsbeschränkungen seien erforderlich gewesen, da

sich gezeigt habe, dass Veranstaltungsverbote und Betriebsuntersagungen allein das Ansteckungsgeschehen in Bayern spürbar nicht zu verlangsamen vermochten. Es habe auch kein milderes Mittel in Form der Regelung zur Verfügung gestanden, dass ein Treffen von maximal zwei Personen in der Öffentlichkeit erlaubt sein sollte, die der Bund zunächst empfohlen hätte. Der Vortrag, es stehe ein milderes Mittel zur Verfügung, sei nur dann weiterführend, wenn dieses mildere Mittel auch gleich geeignet sei, das angestrebte Ziel zu erreichen. Dabei sei einerseits zu beachten, dass hier eine Einschätzungsprärogative der Exekutive bestehe, was die Beurteilung der Geeignetheit anbelange. Darüber hinaus sei die Bundesempfehlung auch offensichtlich weniger geeignet gewesen als die bayerische Regelung. Durch die Beschränkung auf Angehörige des eigenen Hausstandes sei gewährleistet worden, dass Kontakt in der Öffentlichkeit nur mit den Personen bestand, mit denen sich auch ein Kontakt zu Hause nicht habe vermeiden lassen. Damit sei die Gefahr, dass das Coronavirus in den Hausstand hineingetragen werde, bereits reduziert. Die Bundesempfehlung habe dagegen dazu geführt, dass man sich mit einer Vielzahl von Personen über den Tag verteilt habe treffen können. Damit sei eine Verbreitung weit weniger wirksam erschwert worden. Die Beschränkung auf Maßnahmen gegenüber Hochrisikogruppen sei ebenfalls nicht geboten gewesen, zumal in keiner Weise in einer für staatliches Handeln erforderlichen Gewissheit feststellbar gewesen sei, wer wirklich zur Risikogruppe zähle. Schließlich sei die Anordnung allgemeiner Ausgangsbeschränkungen auch angemessen gewesen. Angesichts des dramatischen Infektionsgeschehens und der Gefahr für die Gesundheit einer Vielzahl von Menschen sowie die Gefahr des Zusammenbruchs des Gesundheitssystems, habe der Schutz des Lebens einer großen Anzahl von Personen deutlich schwerer gewogen als die Ausgangsbeschränkung bei Nichtvorliegen triftiger Gründe.

26
Nach Abtrennung eines Verfahrensteiles mit Beschluss vom 19. Juli 2021 hat der Senat die Beteiligten mit Schreiben vom 20. Juli 2021 auf die Möglichkeit verwiesen, auch ohne mündliche Verhandlung im Beschlusswege zu entscheiden. Die Beteiligten haben hierzu nicht Stellung genommen.

27
5. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

28
Der Antrag, über den der Senat nach § 47 Abs. 5 Satz 1 VwGO ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss entscheidet, ist zulässig und begründet, weil § 4 Abs. 2 und 3 der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 27. März 2020 (1. BayIfSMV) i.d.F. der Änderungsverordnung vom 31. März 2020 unwirksam war.

29
A. Der Normenkontrollantrag ist zulässig.

30
Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entzieht zwar das Außerkrafttreten der zur Prüfung gestellten Norm dem Normenkontrollantrag grundsätzlich seinen Gegenstand. § 47 Abs. 1 VwGO geht von dem Regelfall einer noch gültigen Norm als Gegenstand des Normenkontrollantrags aus. Ein Normenkontrollantrag kann allerdings auch trotz Außerkrafttretens der angegriffenen Rechtsnorm zulässig bleiben, wenn in der Vergangenheit liegende Sachverhalte noch nach ihr zu entscheiden sind oder wenn während des Normenkontrollverfahrens eine auf kurzfristige Geltung angelegte Norm etwa wegen Zeitablaufs außer Kraft getreten ist. Das Außerkrafttreten der Norm allein lässt den zulässig gestellten Normenkontrollantrag nicht ohne weiteres zu einem unzulässigen Antrag werden, wenn die Voraussetzung der Zulässigkeit nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO fortbesteht, nämlich, dass der Antragsteller durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung einen Nachteil erlitten hat (BVerwG, U.v. 29.6.2001 - 6 CN 1.01 - juris Rn. 10; B.v. 2.9.1983 - 4 N 1.83 - juris Rn. 9). Der Antragsteller muss nach Außerkrafttreten der angegriffenen Norm allerdings ein berechtigtes Interesse an der nachträglichen Feststellung ihrer Ungültigkeit haben (vgl. BVerwG, B.v. 14.6.2018 - 3 BN 1.17 - juris Rn. 19; B.v. 2.9.1983 - 4 N 1.83 - juris Rn. 11). Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die begehrte Feststellung präjudizielle Wirkung für die Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines auf die Norm gestützten behördlichen Verhaltens und damit für in Aussicht genommene Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche haben kann oder ein schwerwiegender Grundrechtseingriff das Rechtsschutzinteresse fortbestehen lässt (BVerwG, B.v. 26.5.2005 - 4 BN 22.05 - juris Rn. 5; B.v. 2.8.2018 - 3 BN 1.18 - juris Rn. 5). Ein solcher schwerwiegender

Eingriff in die Freiheitsrechte der Antragsteller durch die streitgegenständliche Ausgangsbeschränkung ist vorliegend aber zu bejahen (vgl. nur BVerfG, B.v. 9.4.2020 - 1 BvR 802/20 - juris Rn. 13). Wie das Bundesverfassungsgericht wiederholt festgestellt hat, sind die in den Corona-Verordnungen enthaltenen Verbote und Gebote gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie typischerweise auf kurze Geltung angelegt sind, mit der Folge, dass sie regelmäßig außer Kraft treten, bevor ihre Rechtmäßigkeit in Verfahren der Hauptsache abschließend gerichtlich geklärt werden kann. Es kommt hinzu, dass die Ge- und Verbote die grundrechtliche Freiheit häufig schwerwiegend beeinträchtigen. Da sie - wie hier die Ausgangsbeschränkung - zudem in der Regel keines Verwaltungsvollzugs bedürfen, liegt eine nachträgliche Klärung ihrer Vereinbarkeit mit Grundrechten im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nahe (vgl. BVerfG, B.v. 3.6.2020 - 1 BvR 990/20 - juris Rn. 8; B.v. 15.7.2020 - 1 BvR 1630/20 - juris Rn. 9; vgl. auch SächsOVG, U.v. 21.4.2021 - 3 C 8/20 - BeckRS 2021, 8023).

31
B. Der Normenkontrollantrag ist begründet, weil die Ausgangsbeschränkung nach § 4 Abs. 2 und 3 1. BayIfSMV erst mit Wirkung vom 7. April 2020 ordnungsgemäß bekannt gemacht wurde und daher bis zu diesem Zeitpunkt schon aus formellen Gründen unwirksam war (1.). Unabhängig davon hat sie in materieller Hinsicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen (2.).

32
1. § 4 Abs. 2 und 3 1. BayIfSMV ist erst durch die Veröffentlichung im Gesetz- und Verordnungsblatt am 7. April 2020 (GVBl. Nr. 9/2020 S. 194) ordnungsgemäß verkündet und damit wirksam geworden. Zwar erfolgte zunächst eine Notbekanntmachung der Verordnung am 31. März 2020 im Bayerischen Ministerialblatt gemäß Art. 51 Abs. 4 Satz 1 des Landesstraf- und Verordnungsgesetzes in der Fassung vom 18. Mai 2018 (LStVG a.F.). Die Voraussetzungen einer Notbekanntmachung waren jedoch nicht gegeben.

33
Grundsätzlich waren nach der - vom Antragsgegner mit Wirkung zum 1. Mai 2020 aufgehobenen und neugefassten (vgl. § 2 des „Gesetzes zur Änderung des Bayerischen Land- und Amtsarztgesetzes und weiterer Rechtsvorschriften“ vom 27. April 2020, GVBl. 2020/13 S. 236) - Vorschrift des Art. 51 Abs. 2 LStVG a.F. bewehrte Verordnungen der Staatsministerien - wie die hier angegriffene Norm - zwingend im Gesetz- und Verordnungsblatt amtlich bekanntzumachen.

34
Dabei galt nach Art. 51 Abs. 4 Satz 1 LStVG a.F.:

35
„(4) Ist es zur Verhütung erheblicher Gefahren für Leben, Gesundheit oder zum Schutz von Sachgütern erforderlich, eine Verordnung sofort bekanntzumachen und ist eine Bekanntmachung nach Absatz 1 oder Absatz 2 nicht rechtzeitig möglich, so kann die Verordnung im Rundfunk oder Fernsehen, im Internet, durch geeignete elektronische Kommunikationsmittel, Lautsprecher oder in ortsüblicher Art amtlich bekanntgemacht werden (Notbekanntmachung). Die Verordnung ist sodann unverzüglich nach Absatz 1 oder Absatz 2 zu veröffentlichen; hierbei ist auf Zeit und Art der Notbekanntmachung hinzuweisen.“

36
Es ist bereits nicht feststellbar, dass es erforderlich war, die streitgegenständliche Verordnung sofort bekannt zu machen. Im Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung im Bayerischen Ministerialblatt am 31. März 2020 hatte der Antragsgegner bereits eine vorläufige Ausgangsbeschränkung erlassen (zunächst durch Allgemeinverfügung vom 20. März 2020, BayMBl. 2020 Nr. 152, sodann durch § 1 Abs. 4 und Abs. 5 der „Bayerischen Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie“ vom 24. März 2020 <BayMBl. 2020 Nr. 130>). Der Antragsgegner ging von der Wirksamkeit dieser Regelungen aus, so dass nicht ersichtlich ist, dass es hätte erforderlich sein können, § 4 Abs. 2 und 3 1. BayIfSMV sofort, d.h. unmittelbar nach Eintritt einer Gefahrenlage, bekannt zu machen. Erst durch § 1 Nr. 2 der Verordnung zur Änderung der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 31. März 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 162) mit Wirkung zum 1. April 2020 wurde die zu diesem Zeitpunkt bereits als (unbewehrte) Verordnung erlassene und ursprünglich bis einschließlich 3. April 2020 befristete (§ 2 der Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung vom 24. März 2020) vorläufige Ausgangsbeschränkung - inhaltlich im Wesentlichen unverändert - in die zugleich mit einer Bußgeldbestimmung (§ 5 1. BayIfSMV) bewehrte 1. BayIfSMV integriert. Es mag zwar sein, dass es in

diesem Zeitpunkt angesichts der andauernden Pandemielage erforderlich war, auch durch die kurze Dauer der Maßnahmen bedingt, unverzüglich Infektionsschutzmaßnahmen zu treffen bzw. zu verlängern. Eine sofortige Bekanntgabe einer Ausgangsbeschränkung, wie es der unmissverständliche Wortlaut des Art. 51 Abs. 4 Satz 2 LStVG fordert, war am 31. März 2020 im Hinblick auf die bereits geltende Ausgangsbeschränkung jedoch nicht erforderlich. Weil die Ausgangsbeschränkung materiell schon vor dem Erlass der angegriffenen Norm existierte und allein die Bewehrung der Verordnung die Veröffentlichungspflicht nach Art. 51 Abs. 2 LStVG a.F. ausgelöst hat, ist kein Grund ersichtlich, dass gerade die sofortige Integration der Ausgangsbeschränkung in die 1. BayIfSMV oder die Bewehrung der Verordnung „zur Verhütung erheblicher Gefahren“ für die in Art. 51 Abs. 4 Satz 1 LStVG a.F. genannten Schutzgüter erforderlich war.

37
Zudem war im Hinblick auf die zum damaligen Zeitpunkt bereits stetig steigenden Infektionszahlen in den Tagen und Wochen vor dem 31. März 2020 und der Bund-Länder-Treffen (vom 12. März 2020) und Beschlüsse vom 22. März 2020 absehbar, dass die Infektionsschutzmaßnahmen zeitlich in den April hinein verlängert werden mussten. Es ist damit nicht ersichtlich, warum die rechtzeitige Vorbereitung einer Bekanntmachung der streitgegenständlichen Verordnung in Anbetracht dieses zeitlichen Vorlaufes im Gesetz- und Verordnungsblatt nicht möglich gewesen sein sollte. Damit lagen die Voraussetzungen einer Notbekanntmachung nach Art. 51 Abs. 4 LStVG nicht vor. Dass § 51 Abs. 2 LStVG a.F. als Relikt aus einer „rein analog denkenden Welt“ angesichts der andauernden Pandemielage schwer zu handhaben und eine digitale Modernisierung erforderlich war, hat der Antragsgegner erkannt (vgl. LT-Drs. 18/7347). § 2 des Gesetzes zur Änderung des Bayerischen Land- und Amtsarztgesetzes und weiterer Rechtsvorschriften vom 27. April 2020, welcher die Veröffentlichungspflicht für bewehrte Verordnungen der Staatsministerien und der Staatsregierung im Gesetz- und Verordnungsblatt ersatzlos gestrichen hat, ist jedoch erst am 1. Mai 2020 in Kraft getreten (§ 4 des Gesetzes zur Änderung des Bayerischen Land- und Amtsarztgesetzes und weiterer Rechtsvorschriften).

38
Dieser Verstoß gegen eine Bekanntmachungsvorschrift führt zur Unwirksamkeit der angegriffenen Norm bis zum Zeitpunkt ihrer ordnungsgemäßen Bekanntmachung am 7. April 2020 im Gesetz- und Verordnungsblatt. Der Einwand des Antragsgegners, diese Rechtsfolge betreffe lediglich den Bußgeldtatbestand und nicht den Grundtatbestand des § 4 Abs. 2 1.BayIfSMV, greift angesichts des klaren Wortlauts des Art. 51 Abs. 2 LStVG a.F. und aus Publizitätsgründen nicht durch. Von der Bekanntmachungspflicht des Art. 51 Abs. 2 LStVG a.F. ist sowohl der Grundtatbestand als auch der Bußgeldtatbestand erfasst, wenn und soweit sich - wie hier - Inhalt und Reichweite des Bußgeldtatbestands erst aus einer Zusammenschau mit der bewehrten Verbotsnorm ergeben.

39
2. § 4 Abs. 2 und 3 BayIfSMV ist zudem insgesamt - einschließlich des Zeitraums ab dem 7. April 2020 - aus materiellen Gründen unwirksam, weil er gegen das Übermaßverbot als besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstieß.

40
a) Allerdings findet der von den Antragstellern angegriffene § 4 Abs. 2 und 3 1. BayIfSMV in § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG in der maßgeblichen Fassung, die sie durch das „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 27. März 2020 (BGBl. 2020 I S. 587 ff.; BT-Drucks 19/18111) erhielt, eine hinreichende gesetzliche Grundlage.

41
Durch § 32 Satz 1 IfSG werden die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Ge- und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG sind, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden, die notwendigen Schutzmaßnahmen zu treffen, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Insbesondere können Personen verpflichtet werden, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten.

42

Die Verordnungsermächtigung nach § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG verstieß im hier maßgeblichen Zeitraum der Geltungsdauer der angegriffenen Verordnung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere das Bestimmtheitsgebot aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG müssen Gesetze, die zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen, Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmen. Danach soll sich das Parlament seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entäußern können, dass es einen Teil der Gesetzgebungsmacht der Exekutive überträgt, ohne die Grenzen dieser Kompetenzen bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, dass der Bürger schon aus der gesetzlichen Ermächtigung erkennen und vorhersehen kann, was ihm gegenüber zulässig sein soll und welchen möglichen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können (vgl. dazu nur BVerfG, B.v. 21.9.2016 - 2 BvL 1/15 - juris Rn. 54 ff. m.w.N.).

43
Die Ermächtigungsnorm muss in ihrem Wortlaut nicht so genau wie irgend möglich gefasst sein; sie hat von Verfassungs wegen nur hinreichend bestimmt zu sein. Dazu genügt es, dass sich die gesetzlichen Vorgaben mit Hilfe allgemeiner Auslegungsregeln erschließen lassen, insbesondere aus dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und der Entstehungsgeschichte der Norm (stRspr; vgl. BVerfG, a.a.O. Rn. 55).

44
Welche Anforderungen an das Maß der erforderlichen Bestimmtheit im Einzelnen zu stellen sind, lässt sich daher nicht allgemein festlegen. Zum einen kommt es auf die Intensität der Auswirkungen der Regelung für die Betroffenen an. Je schwerwiegender die grundrechtsrelevanten Auswirkungen für die von einer Rechtsverordnung potentiell Betroffenen sind, desto strengere Anforderungen gelten für das Maß der Bestimmtheit sowie für Inhalt und Zweck der erteilten Ermächtigung.

45
Zum anderen hängen die Anforderungen an Inhalt, Zweck und Ausmaß der gesetzlichen Determinierung von der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts ab, insbesondere davon, in welchem Umfang der zu regelnde Sachbereich einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich ist. Dies kann es auch rechtfertigen, die nähere Ausgestaltung des zu regelnden Sachbereichs dem Verordnungsgeber zu überlassen, der die Regelungen rascher und einfacher auf dem neuesten Stand zu halten vermag als der Gesetzgeber (vgl. BVerfG, a.a.O. Rn. 57).

46
Nach diesen Maßstäben ist hier ein Verstoß des § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG nicht festzustellen. Auch wenn die Befugnisnorm des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG, auf die die Verordnungsermächtigung nach § 32 Satz 1 IfSG (u.a.) Bezug nimmt, zumindest in ihrem ersten Halbsatz als offene Generalklausel ausgestaltet ist und dies nach den Gesetzgebungsmaterialien zur insoweit wortgleichen Vorgängerregelung des § 34 Bundes-Seuchengesetz auch explizit sein sollte (vgl. BT-Drucks 8/2468 S. 27 f.), hat der parlamentarische Gesetzgeber mit der Neufassung des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG zum 28. März 2020 durch Einfügung des zweiten Halbsatzes „sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten“ die Ermächtigungsgrenzen jedenfalls nunmehr insoweit hinreichend bestimmt gefasst, dass § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG zwar keine - mit Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG unvereinbare - Globalermächtigung für die Verordnungsgeber enthält, dass aber allgemeine Ausgangs- und Betretungsverbote - die in besonders erheblichem Maß in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen - von der Befugnis umfasst sein können. Inhalt, Zweck und Ausmaß der vom Gesetzgeber erteilten Verordnungsermächtigung sind daher als hinreichend bestimmt anzusehen.

47
Hinzu kommt, dass während des Gesetzgebungsverfahrens des Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, den Mitgliedern des Bundestages durchaus bewusst war, dass die Länder Verordnungen nach § 32 Satz 1 IfSG über Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von Covid-19 bereits getroffen hatten. Die Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie vom 24. März 2020 war rückwirkend zum 21. März 2020 in Kraft getreten (§ 2). Die Verordnung über erforderliche Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Berlin war am 23. März 2020 (§ 18 Abs. 1) mit

ihren Kontaktbeschränkungen nach § 14 in Kraft getreten. Ebenso hatten andere Bundesländer Ausgangsbeschränkungen oder Kontaktbeschränkungen durch Verordnung erlassen. Zuvor hatten die Bundeskanzlerin und die Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 22. März 2020 umfangreiche Kontaktbeschränkungen im öffentlichen und im privaten Raum beschlossen (https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/besprechung-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-1733248).

48
Angesichts der durch Infektionskrankheiten wie Covid-19 ausgehenden potentiellen Gefahren für Leib und Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) wird man die recht offene Ermächtigungsgrundlage als Rechtsgrundlage der hier angegriffenen 1. BayIfSMV auch nicht als unverhältnismäßig ansehen können (vgl. Papier, Freiheitsrechte in Zeiten der Pandemie, DRiZ 2020, 180). Gerade im Hinblick auf „bedrohliche übertragbare Krankheiten“, also übertragbare Krankheiten, die auf Grund klinisch schwerer Verlaufsformen oder ihrer Ausbreitungsweise eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit verursachen können (§ 2 Nr. 3a IfSG), bedarf es - zumal vor dem Hintergrund neu auftretender, noch nicht hinreichend erforschter Krankheiten - einer relativ offenen Rechtsgrundlage, die allerdings ihr Korrektiv durch die Beschränkung auf „notwendige Schutzmaßnahmen“ erhält. Das behördliche (Auswahl-)Ermessen wird dadurch beschränkt, dass nur „notwendige Schutzmaßnahmen“ in Betracht kommen, also Maßnahmen, die zur Verhinderung der (Weiter-)Verbreitung der Krankheit geboten sind. Darüber hinaus sind dem Ermessen durch den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Grenzen gesetzt (BVerwG, U.v. 22.3.2012 - 3 C 16.11 - BVerwGE 142, 205 - juris Rn. 24). Diesen besonderen Schranken der Befugnisnorm ist im Rahmen der Rechtsanwendung, also dem Verordnungserlass, besondere Beachtung zu schenken.

49
Damit bestehen keine durchgreifenden Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage der hier angegriffenen Norm.

50
b) Die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 IfSG waren im Zeitpunkt des Erlasses und im Geltungszeitraum der Norm erfüllt.

51
aa) § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG verpflichtet die Behörde zum Handeln, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen (sog. gebundene Entscheidung). Sie setzt tatbestandlich lediglich voraus, dass Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder es sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war. Diese Voraussetzungen lagen dem Grunde nach angesichts der anhaltenden SARS-CoV-2-Pandemielage vor. Weitere tatbestandliche Anforderungen an ein Tätigwerden stellt § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG nicht (ständige Rspr. des Senats, vgl. nur B.v. 1.9.2020 - 20 CS 20.1962 - juris Rn. 24).

52
Nachdem § 28 eine Befugnisnorm zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten ist, setzt die Norm die Feststellung einer solchen Krankheit voraus, was zugleich die Notwendigkeit einer Gefährdungseinschätzung dieser Krankheit für die Bevölkerung beinhaltet. So kennt das Gesetz selbst die „übertragbare Krankheit“, also eine durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden, verursachte Krankheit (§ 2 Nr. 3 IfSG) und die „bedrohliche übertragbare Krankheit“, also eine übertragbare Krankheit, die auf Grund klinisch schwerer Verlaufsformen oder ihrer Ausbreitungsweise eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit verursachen kann (§ 2 Nr. 3a IfSG). Letztere stellt auf mögliche schwere klinische Verlaufsformen der Krankheit und auf die Weiterverbreitungsweise der Krankheit ab. Dies schließt Krankheiten, die durch neu aufgetretene Erreger oder Erreger mit besonderen Resistenzen verursacht werden, ein. Die genannten Eigenschaften einer übertragbaren Krankheit können jeweils für sich allein oder durch ihr Zusammenwirken eine besondere Gefährlichkeit der übertragbaren Krankheit für die Bevölkerung ausmachen (BR-Drs. 784/16 S. 49).

53
Bei der Beurteilung der Gefährlichkeit einschließlich der Übertragungsgefahr einer solchen Krankheit kann bei bekannten Krankheiten auf die Erfahrungen und das Wissen auf den Gebieten der Medizin und der Epidemiologie der Vergangenheit zurückgegriffen werden. Anders verhält es sich in dem hier maßgeblichen

Zeitraum während der Geltungsdauer der Norm dagegen bei Covid-19. Hierbei handelt es sich um eine neuartige Bedrohung, die auch nicht mit den Grippepandemien 1957 bis 1959, 1968 und 1977 vergleichbar ist, da zu diesen Zeiten sowohl klinische und epidemiologische Erkenntnisse über Grippe-Erkrankungen als auch entsprechende Impfstoffe vorhanden waren. Im Situationsbericht des RKI vom 30. März 2020 (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-03-30-de.pdf?blob=publicationFile) heißt es:

54
„Es handelt sich weltweit und in Deutschland um eine sehr dynamische und ernst zu nehmende Situation. Bei einem Teil der Fälle sind die Krankheitsverläufe schwer, auch tödliche Krankheitsverläufe kommen vor. Die Zahl der Fälle in Deutschland steigt weiter an. Die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland wird derzeit insgesamt als hoch eingeschätzt, für Risikogruppen als sehr hoch. Die Wahrscheinlichkeit für schwere Krankheitsverläufe nimmt mit zunehmendem Alter und bestehenden Vorerkrankungen zu. Diese Gefährdung variiert von Region zu Region. Die Belastung des Gesundheitswesens hängt maßgeblich von der regionalen Verbreitung der Infektion, den vorhandenen Kapazitäten und den eingeleiteten Gegenmaßnahmen (Isolierung, Quarantäne, soziale Distanzierung) ab und kann örtlich sehr hoch sein.“

55
Dabei kam im maßgeblichen Zeitraum der Geltungsdauer der Norm der Einschätzung des RKI besondere Bedeutung zu, denn nach § 4 Abs. 1 Satz 1 IfSG ist das Robert Koch-Institut die nationale Behörde zur Vorbeugung übertragbarer Krankheiten sowie zur frühzeitigen Erkennung und Verhinderung der Weiterverbreitung von Infektionen. Es erstellt im Benehmen mit den jeweils zuständigen Bundesbehörden für Fachkreise als Maßnahme des vorbeugenden Gesundheitsschutzes Richtlinien, Empfehlungen, Merkblätter und sonstige Informationen zur Vorbeugung, Erkennung und Verhinderung der Weiterverbreitung übertragbarer Krankheiten (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 IfSG).

56
bb) Hinzu kommt, dass den Infektionsschutzbehörden bei der Beurteilung der Tatbestandsvoraussetzungen einer „bedrohlichen übertragbaren Krankheit“ (§ 2 Nr. 3a IfSG) ein gerichtlich nicht voll überprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht. Anhaltspunkte dafür, dass der Verordnungsgeber die Grenzen seines Beurteilungsspielraums vorliegend überschritten hätte, sind nicht ersichtlich.

57
Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung ging bei Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren wohl auch bei der Einschätzung der Gefährlichkeit der SARS-CoV-2-Pandemie von einem weitem Einschätzungsspielraum der Exekutive aus (BVerfG, B.v. 11.11.2020 - 1 BvR 2530/20 - juris, BayVerfGH, E.v. 23.11.2020 - Vf. 59-VII-20 - juris., VerfGH NW, B.v. 30.11.2020 - 185/20.VB-1 - juris, SaarlVerfGH, B.v. 28.4.2020 - Lv 7/20 -NVwZ-RR 2020, 514; zur Verordnung über vorläufige Ausgangsbeschränkungen: BayVerfGH, E.v 9.2.2021 - Vf. 6-VII-20 - juris). Eine dogmatische Herleitung dieses Einschätzungsspielraum fand dort jedoch aufgrund der Natur des einstweiligen Rechtsschutzes überwiegend nicht statt. In der Regel wurde pauschal auf die staatliche Pflicht verwiesen, Leben und Gesundheit zu schützen (Art. 2 Abs. 2 GG).

58
Voraussetzung für die Annahme eines Einschätzungs- oder Beurteilungsspielraums ist nach den vom Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht entwickelten Grundsätzen zunächst, dass ein entsprechender Spielraum der Ermächtigung ihrer Art und ihrem Umfang nach den jeweiligen Rechtsvorschriften zumindest konkludent entnommen werden kann und dass es für ihn einen hinreichend gewichtigen Sachgrund gibt (BVerfG, B.v. 31.5.2011 - 1 BvR 857/07 - Rn. 99; BVerwG, U.v. 29.6.2016 - 7 C 32.15 - juris Rn. 29). Im Rahmen der rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes ist es Aufgabe des Gesetzgebers, unter Beachtung der Grundrechte die Rechtsposition zuzuweisen und auszugestalten, deren gerichtlichen Schutz Art. 19 Abs. 4 GG voraussetzt und gewährleistet (BVerwG, B.v. 21.12.1995 - 3 C 24.94 - juris Rn. 30).

59
Ob das Gesetz eine solche Beurteilungsermächtigung enthält, ist durch Auslegung des jeweiligen Gesetzes zu ermitteln (BVerwG, U.v. 16.5.2007 - 3 C 8.06 - juris Rn. 26 m.w.N.; BVerwG, U.v. 23.1.2008 - 6 A 1.07 - juris Rn. 43; BVerwG, U.v. 23.11.2011 - 6 C 11.10 - juris Rn. 37).

60
Dem Wortlaut der Bestimmungen des §§ 32, 28 IfSG lassen sich auf den ersten Blick keine Tatbestandsmerkmale entnehmen, welche auf einen entsprechenden Einschätzungsspielraum schließen lassen. Allerdings sollen nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG die notwendigen Maßnahmen getroffen werden, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist.

61
Bei neu auftretenden Erregern kann die Einschätzung schwierig sein, ob es sich um eine „bedrohliche übertragbare Krankheit“ handelt, also um eine übertragbare Krankheit, die auf Grund klinisch schwerer Verlaufsformen oder ihrer Ausbreitungsweise eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit verursachen kann (§ 2 Nr. 3a IfSG). Gerade die Frage, ob der neuartige Erreger eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit darstellt, erfordert eine prognostische Einschätzung des Gefährdungspotenzials. Um die Gefahren, die von Infektionskrankheiten ausgehen, und damit die Erforderlichkeit von Schutzmaßnahmen erkennen und abschätzen zu können, ist die Exekutive in erheblichem Umfang auf wissenschaftliche Expertise angewiesen. Im Falle neuartiger Krankheitserreger und Erkrankungen kann jedoch denknotwendig die Frage der Gefährdung der Bevölkerung nicht aufgrund einer sicheren und umfassend abgeklärten Tatsachenbasis bewertet und beantwortet werden. Sie kann lediglich aufgrund von Prognosen erfolgen, die zwar ihrerseits tatsachenbasiert und nachvollziehbar sein müssen, jedoch bestehende Unsicherheiten enthalten dürfen. Aus diesem Grund kommt dem Gesetzgeber oder der von ihm zum Verordnungserlass ermächtigten Exekutive im Falle von Ungewissheiten im fachwissenschaftlichen Diskurs und damit einhergehender unsicherer Entscheidungsgrundlage auch in tatsächlicher Hinsicht Einschätzungsspielräume zu (vgl. BVerfG, B.v. 13.5.2020 - 1 BvR 1021/20 -, juris Rn. 10; Thüringer Verfassungsgerichtshof, U.v. 1.3.2021 - 18/20 - juris). Das gilt jedenfalls für die Frage des Vorliegens einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit im Sinne des § 2 Nr. 3a IfSG.

62
Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsgegner bei der Einordnung von Covid-19 als bedrohliche übertragbare Krankheit (§ 2 Nr. 3a IfSG) seinen Einschätzungsspielraum überschritten hat, sind aufgrund der bereits geschilderten Einschätzung der epidemiologischen Situation durch insbesondere das RKI nicht feststellbar

63
c) In ihrer konkreten Ausgestaltung war die Ausgangsbeschränkung jedoch keine notwendige Maßnahme im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG. Denn der Verordnungsgeber hat den Ausnahmetatbestand der triftigen Gründe (§ 4 Abs. 3 1. BayIfSMV), die zum Verlassen der eigenen Wohnung berechtigen, so eng gefasst, dass die Norm im Ergebnis gegen das Übermaßverbot verstößt. Dem Verordnungsgeber steht zwar grundsätzlich auch im Rahmen des § 32 IfSG ein Rechtsetzungsermessen zu. Er unterliegt aber im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, insbesondere das Übermaßverbot, der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle

64
(a) Hinsichtlich Art und Umfang der Bekämpfungsmaßnahmen - das „Wie“ des Eingreifens - ist der Behörde durch § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG ein Ermessen eingeräumt. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass sich die Bandbreite der Schutzmaßnahmen, die bei Auftreten einer übertragbaren Krankheit in Frage kommen können, nicht im Vorfeld bestimmen lässt. Der Gesetzgeber hat § 28 Abs. 1 IfSG daher als Generalklausel ausgestaltet. Das behördliche Ermessen wird dadurch beschränkt, dass nur „notwendige Schutzmaßnahmen“ in Betracht kommen, also Maßnahmen, die zur Verhinderung der (Weiter-)Verbreitung der Krankheit geboten sind. Darüber hinaus sind dem Ermessen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Grenzen gesetzt (BVerwG, U.v. 22.3.2012 - 3 C 16.11 - BVerwGE 142, 205 - juris Rn. 24). Allerdings wird man zwischen dem Ermessen der Verwaltungsbehörde im Rahmen des § 28 Abs. 1 IfSG und dem Ermessen des Verordnungsgebers nach § 32 Satz 1 IfSG unterscheiden müssen. Verwaltungsermessen und Verordnungsermessen unterscheiden sich strukturell (BVerfG, B.v. 1.4.2014 - 2 BvF 1/12, 2 BvF 3/12 - NVwZ 2014, 1219 Rn. 92).

65
Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts kommt es bei der richterlichen Kontrolle von (untergesetzlichen) Normen, soweit keine anderweitigen Rechtsvorschriften bestehen, auf das Ergebnis des Rechtssetzungsverfahrens, also auf die erlassene

Vorschrift in ihrer regelnden Wirkung, nicht aber auf die die Rechtsnorm tragenden Motive dessen an, der an ihrem Erlass mitwirkt. Soweit der Normgeber zur Regelung einer Frage befugt ist, ist seine Entscheidungsfreiheit eine Ausprägung des auch mit Rechtssetzungsakten der Exekutive typischerweise verbundenen normativen Ermessens. Es wird erst dann rechtswidrig ausgeübt, wenn die getroffene Entscheidung in Anbetracht des Zweckes der Ermächtigung schlechterdings unvertretbar oder unverhältnismäßig ist. Demgemäß beschränkt sich die verwaltungsgerichtliche Kontrolle darauf, ob diese äußersten rechtlichen Grenzen der Rechtssetzungsbefugnis überschritten sind. Eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung der Motive und des Abwägungsvorgangs des Normgebers setzt daher bei untergesetzlichen Normen eine besonders ausgestaltete Bindung des Normgebers an gesetzlich formulierte Abwägungsdirektiven voraus, wie sie etwa im Bauplanungsrecht vorgegeben sind. Sind solche nicht vorhanden, wird die Norm nicht wegen Mängeln im Abwägungsvorgang rechtswidrig. Entscheidend ist allein, ob das Ergebnis des Normsetzungsverfahrens den anzulegenden rechtlichen Maßstäben entspricht (vgl. BVerfG, B. v. 8.6.1977 - 2 BvR 499/74, 2 BvR 1042/75 - BVerfGE 45, 142; BVerwG, U.v. 26.4.2006 - 6 C 19.05 - BVerwGE 125, 384, juris Rn. 16; zum Ganzen s.a. B.v. 3.5.1995 - 1 B 222.93 - GewArch 1995, 425, juris Rn. 5 und B.v. 30.4.2003 - 6 C 6.02 - BVerwGE 118, 128, juris Rn. 66; VGH BW, U.v. 6.3.2018 - 6 S 1168/17 - juris). Darüberhinausgehende Zweckmäßigkeitserwägungen sind den Gerichten verwehrt (Voßkuhle, JuS 2008, 117). Dementsprechend kann nicht die subjektive Willkür des Gesetzgebers, sondern nur die objektive, d.h. die tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit einer Norm im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation, die sie regeln soll, zur Feststellung der Rechtswidrigkeit führen (BVerfG, B.v. 20.3.1979 - 1 BvR 111/74 - BVerfGE 51, 1 <26 f. m.w.H.>; BVerwG, U.v. 13.12.1984 - 7 C 3.83 - NVwZ 1985, 566).

66
Bei der Kontrolldichte der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung von Verordnungen wird man allerdings differenzieren müssen. Der Beurteilung von Prognoseentscheidungen des Gesetzgebers legt das Bundesverfassungsgericht je nach Zusammenhang differenzierte Maßstäbe zu Grunde, die von einer Evidenzüber eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen. Im Einzelnen maßgebend sind Faktoren wie die Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, die Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und die Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter (vgl. BVerfGE 50, 290 <332 f.>; 83, 130 <141>). Entsprechendes gilt für die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Prognoseentscheidungen des Verordnungsgebers, wenn die Prognoseentscheidung durch den ermächtigenden parlamentarischen Gesetzgeber auf den Verordnungsgeber übertragen wurde (BVerfG, B.v. 27.6.2002 - 2 BvF 4/98 - BVerfGE 106, 1 Rn. 69 f.). Zwar mag im Rahmen der Rechtsetzung nach § 32 IfSG in tatsächlicher Hinsicht bei der Einordnung der Covid-19-Pandemie ein Einschätzungsspielraum (vgl.2.b.) gerade auch zu Beginn des Infektionsgeschehens bestanden haben. Es entspricht auch der Struktur der §§ 28 Abs. 1, 32 Satz 1 IfSG, dass sich dieser auf der Tatbestandseite bestehende Einschätzungsspielraum auf der Rechtsfolgenseite in dem Ausmaß und der Intensität der Bekämpfungsmaßnahmen niederschlägt. Hinsichtlich Art und Umfang der Bekämpfungsmaßnahmen - „Wie“ des Eingreifens - ist der Behörde Ermessen eingeräumt. Das behördliche Ermessen wird dadurch beschränkt, dass es sich um „notwendige Schutzmaßnahmen“ handeln muss, nämlich Maßnahmen, die zur Verhinderung der (Weiter-)Verbreitung der Krankheit geboten sind. Darüber hinaus sind dem Ermessen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Grenzen gesetzt, d.h. die verordneten Maßnahmen müssen auch im Verhältnis zu den mit ihnen verbunden Rechtseingriffen angemessen erscheinen.

67
Allerdings hängt die Bestimmung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte des Rechtsetzungsermessens bei dem Erlass von Rechtsverordnungen durch die Verwaltung im Wesentlichen vom Verordnungstyp ab und orientiert sich an den Maßstäben der Evidenz und Vertretbarkeit (Ossenbühl in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2007, § 103 Rechtsverordnung Rn. 85).

68
Als Normkonkretisierung und/oder Gesetzesergänzung ist Verordnungsgebung Rechtsetzung, nicht bloße Rechtsanwendung. Dem Verordnungsgeber steht nach dem Maße der ihm delegierten Rechtsetzungsbefugnis ein Raum eigener Gestaltungsfreiheit zu, den er nicht etwa im Wege deduktiver Ableitung aus gesetzlichen Vorgaben, sondern vielmehr durch politische Sach- und Willensentscheidungen im Rahmen eines gesetzlichen Programms ausfüllt. Das Verordnungsermessen als eigengeartetes

Phänomen ist von der legislativen Gestaltungsfreiheit des parlamentarischen Gesetzgebers einerseits und von dem administrativen Ermessen (Verwaltungsermessen) andererseits zu unterscheiden. Mit der legislativen Gestaltungsfreiheit mag das Verordnungsermessen strukturell vergleichbar sein; jedoch unterscheidet sich die legislative Gestaltungsfreiheit vom Verordnungsermessen durch das Fehlen inhaltlicher Vorgaben und Direktiven und durch das Maß an demokratischer Legitimation. Wenn sich die Verordnungsgebung gerade darauf bezieht, dass der Verordnungsgeber an Stelle des parlamentarischen Gesetzgebers die formalgesetzlich noch nicht vollständig ausgeformte Entscheidung des Parlamentes zu Ende denken und damit „konkretisieren“ soll, ist sie der richterlichen Kontrolle nur beschränkt zugänglich. Der Richter kann nur nachprüfen, ob der Verordnungsgeber sich mit seiner Gesetzeskonkretisierung innerhalb des vorgegebenen Bedeutungsrahmens und des Ziels der gesetzlichen Regelung bewegt (Ossenbühl, a.a.O. Rn. 41 f.).

69
Werden Rechtsverordnungen dagegen auch als Instrumente zur Regelung von Einzelfällen eingesetzt, handelt es sich qualitativ nicht mehr um einen Akt der Normsetzung. Wenn eine Rechtsverordnung Funktion und Regelungsgehalt eines Verwaltungsaktes übernimmt, so liegt es nahe, sie derselben Kontrollintensität auszusetzen wie Verwaltungsakte, unbeschadet der Frage, in welchem Verfahren die Rechtsverordnung zur richterlichen Überprüfung gelangen kann (Ossenbühl, a.a.O. Rn. 47f; ebenso Weitzel, Justitiabilität des Rechtsetzungsermessens, Diss. 1998, S. 218).

70
(b) Unter Beachtung dieser Prämissen ist die Verordnungsgebung nach den §§ 32 Satz 1, 28 IfSG unter der zuletzt genannten Kategorie einzuordnen, mit der Folge, dass sie einer weitgehenden richterlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegt. Es bestehen bereits Zweifel, ob der historische Gesetzgeber des BSeuchG und daran im Anschluss des IfSG tatsächlich die Generalklausel des § 28 IfSG auch im Hinblick auf sog. Lockdowns oder Shutdowns entwickelt hat, in dem Sinne, dass den Landesregierungen oder den subdelegierten Stellen der Erlass solch umfassender, das gesamte öffentliche Leben eines Landes tiefgreifend umgestaltender Einschränkungen erlaubt werden sollte. Die Möglichkeit, zur Infektionsbekämpfung Rechtsverordnungen zu erlassen, wurde durch § 38a BSeuchG i.d.F. vom 18. Dezember 1979 (BGBl. I S. 2262) in das BSeuchG eingefügt. In der Gesetzesbegründung zu § 38a BSeuchG (BT-Drs. 8/2468 S. 29) wurde auf die Begründung der im wesentlichen inhaltsgleichen Regelung des § 12a BSeuchG verwiesen. Danach wollte der historische Gesetzgeber die Regelungslücke einer fehlenden Normsetzungsbefugnis schließen, da „bestimmte Maßnahmen des Infektionsschutzes sinnvoll nur in Form einer allgemeinverbindlichen Regelung, also in einer Rechtsnorm, erlassen werden“ könnten; hierzu gehörten „z.B. die Verhängung eines Badeverbots für bestimmte Flußstrecken, das Verbot des Betretens eines Waldes oder die Anordnung von Verhaltensmaßregeln beim Betreten des Waldes zur Verhütung der Tollwut beim Menschen“ (BT-Drs. 8/2468 S. 21). Weiter heißt es in der Begründung:

71
„Um eine einwandfreie Rechtsgrundlage für den Erlass allgemeinverbindlicher Gebote oder Verbote zur Verhütung übertragbarer Krankheiten zu schaffen, soll der neue § 12 a in das BSeuchG eingefügt werden. Er ergänzt die §§ 10, 10 a, 10 b und 12 und bezieht sich wie diese nur auf die Abwehr konkreter Gefahren. Der Erlass von Rechtsverordnungen ist an die gleichen inhaltlichen Voraussetzungen geknüpft, die auch für Maßnahmen nach den genannten Vorschriften gelten. Die vorgeschlagene Fassung lehnt sich im Übrigen an die in verschiedenen Ländern bestehenden Ermächtigungsvorschriften zum Erlass von ordnungsbehördlichen Verordnungen (Polizeiverordnungen) an.“

72
Anhaltspunkte, welche dem Verordnungsgeber bei der Auswahl der Mittel einen Spielraum eröffnen könnten, lassen sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen. Auch die nationale Pandemieplanung kannte bis zu dem pandemischen Auftretens des Coronavirus die Begriffe des „Lockdown“ oder „Shutdown“ bzw. die dazugehörigen Maßnahmenbündel nicht (vgl. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Ergaenzung_Pandemieplan_Covid.pdf? blob=publicationFile; https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/187/28Zz7BQWW2582iZMQ.

pdf?sequence=1& isAllowed=y; https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Preparedness_Response/Rahmenkonzept_Epidemische_bedeutsame_Lagen.html).

73

Erst durch das Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27. März 2020 (BGBl. I S. 587) und der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag am 25. März 2020 (Plenarprotokoll 19/154 S. 19169) wurden die erlassenen Maßnahmen der Länder in der Pandemie legitimiert. Den betreffenden Plenarsitzungen des Bundestages lässt sich entnehmen, dass die bereits durch die Bund-Länder-Treffen (vom 12. März 2020) und Beschlüsse vom 22. März 2020 getroffenen und die durch die Länder umgesetzten Maßnahmen gebilligt werden sollten.

74
Es entsprach jedoch nach wie vor den Vorgaben des Bundesgesetzgebers, dass Maßnahmen, die auf die §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 IfSG gestützt werden, notwendig sein müssen und damit auch einer gerichtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegen. Ob dem Verordnungsgeber bei der Auswahl der Maßnahmen wegen der unbekannten Wirkung der Maßnahmen ein gewisser Spielraum einzuräumen ist, kann dabei nicht generell beantwortet werden, sondern ist eine Frage der konkreten Maßnahme und der Umstände.

75
(c) Bei Anwendung dieser Maßstäbe stellt sich die von Antragsgegner erlassene vorläufige Ausgangsbeschränkung als unverhältnismäßig dar, weil sie gegen das Übermaßverbot verstoßen hat.

76
(aa) Die Ausgangsbeschränkung war grundsätzlich geeignet, den gesetzlichen Zweck der Maßnahme zu erfüllen und die Übertragung des Coronavirus jedenfalls zu hemmen (§ 1 Abs. 1 Var. 3 IfSG). Durch die Ausgangsbeschränkung kommt es zur Kontaktreduzierung im öffentlichen und privaten Raum.

77
(bb) Der Verordnungsgeber hat bei der Auswahl seiner Maßnahmen von mehreren gleich geeigneten Mitteln das die Grundrechte der Normadressaten weniger belastende zu wählen. Im vorliegenden Fall kämen als mildere Maßnahme Kontaktbeschränkungen im öffentlichen und privaten Raum in Betracht, da diese den Aufenthalt von Einzelpersonen im öffentlichen Raum unberührt lassen. Nach § 4 Abs. 3 Nr. 7 1. BayIfSMV stellte u.a. „Sport und Bewegung an der frischen Luft, allerdings ausschließlich alleine oder mit Angehörigen des eigenen Hausstandes und ohne jede sonstige Gruppenbildung“, einen triftigen Grund für das Verlassen der Wohnung dar. Vom Wortlaut her ist daher nur das Verlassen der Wohnung zur Sportausübung und Bewegung und kein Verlassen, um an einem Ort außerhalb der eigenen Wohnung zu verweilen, zulässig (BayObLG, B.v. 24.6.2021 - 202 ObOWi 660/21 - COVuR 2021, 561). Zwar handelte es sich bei den triftigen Gründen des § 4 Abs. 3 1. BayIfSMV um Regelbeispiele, so dass auch ungeschriebene triftige Gründe in Betracht gekommen sind. Als Ausnahmetatbestand ist jedoch § 4 Abs. 3 1. BayIfSMV eng auszulegen. Eine über den Wortlaut des § 4 Abs. 3 1. BayIfSMV hinausgehende Auslegung, der die Vorschrift auf eine Kontaktbeschränkung im öffentlichen und privaten Raum reduziert, verstieße gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 20 Abs. 3, 103 Abs. 2 GG, so dass das kontaktlose Verweilen im Freien außerhalb der Wohnung keinen triftigen Grund zum Verlassen der Wohnung darstellte.

78
Der Beklagte trägt zwar hierzu vor, es habe kein milderes Mittel in Form der Regelung zur Verfügung gestanden, dass ein Treffen von maximal zwei Personen in der Öffentlichkeit erlaubt sein sollte, wie dies der Bund zunächst empfohlen hätte. Hierbei sei einerseits zu beachten, dass eine Einschätzungsprärogative der Exekutive bestehe, was die Beurteilung der Geeignetheit der Mittel angehe. Darüber hinaus sei die Bundesempfehlung auch offensichtlich weniger geeignet als die bayerische Regelung gewesen. Durch die Beschränkung in Bayern auf Angehörige des eigenen Hausstandes sei gewährleistet worden, dass Kontakt in der Öffentlichkeit nur mit den Personen bestand, mit denen sich auch ein Kontakt zu Hause „nicht vermeiden ließ“. Damit sei die Gefahr, dass das Coronavirus in den Hausstand hineingezogen werde, bereits reduziert worden. Die Bundesempfehlung habe dagegen dazu geführt, dass man sich über den Tag verteilt mit einer Vielzahl von Personen habe treffen können.

79
Damit ist zwar erklärt, aus welchem Grund sich der Antragsgegner für eine im Vergleich zum Bund-Länder-Beschluss strengere Regelung entschieden hat. Offen bleibt im Vortrag des Antragsgegners dagegen, warum ein Verhalten, welches für sich gesehen infektiologisch unbedeutend ist, nämlich das Verweilen alleine oder mit den Personen seines Haushalts im Freien außerhalb der eigenen Wohnung, ebenso der Ausgangsbeschränkung unterworfen wurde. Sollte in dem Verweilen in der Öffentlichkeit eine Gefahr für die Bildung von Ansammlungen gesehen worden sein, weil sich um den Verweilenden sozusagen als

Kristallisationspunkt Ansammlungen von Menschen bilden könnten, so unterstellt diese Sichtweise ein rechtswidriges Verhalten der Bürger und setzt dieses sogar voraus. Dass ein solches zu diesem Zeitpunkt in relevanter Anzahl anzunehmen gewesen wäre, ist nicht ersichtlich. Der Antragsgegner hat hierzu auch nichts vorgetragen. Schließlich bestehen Zweifel in Bezug auf die Praktikabilität und damit auch hinsichtlich der Effektivität der streitgegenständlichen Regelung, weil der Tatbestand der vorläufigen Ausgangsbeschränkung an den Zeitpunkt des Verlassens der Wohnung anknüpft und damit auf eine Situation, die in der Regel schwer von außen zu beurteilen ist und im Hinblick auf den subjektiven Tatbestand der Bußgeldbewehrung enorme Schwierigkeiten bei der tatrichterlichen Würdigung aufwerfen dürfte (vgl. hierzu: BayObLG, B. v. 24.6.2021 - 202 ObOWi 660/21 - COVuR 2021, 561). Der vom Antragsgegner vertretene gedankliche Schluss, dass die restriktivere Maßnahme im Vergleich immer die „besser geeignete“ Maßnahme ist, ist dabei in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Deswegen vermag der Senat bereits die Erforderlichkeit der Ausgangsbeschränkung in Bezug auf das Verlassen der Wohnung mit dem Ziel des Verweilens alleine oder in Begleitung von Mitgliedern des Hausstands in der Öffentlichkeit nicht zu erkennen.

80
(cc) Letztlich stellt sich die vorläufige Ausgangsbeschränkung in der konkreten Ausgestaltung auch als unangemessen dar. Es ist nicht ersichtlich, warum die Gefahr der Bildung von Ansammlungen eine landesweite Ausgangsbeschränkung rechtfertigen sollte, zumal diese Gefahr lediglich an stark frequentierten Lokalitäten bestanden haben dürfte. Hier wären auch regionale und örtliche Maßnahmen das mildere Mittel gewesen. Damit war jedenfalls die Angemessenheit der Maßnahme nicht mehr gegeben.

81
Der Antragsgegner kann sich nicht darauf berufen, dass ihm bei der Auswahl der Maßnahmen hinsichtlich der Frage der Verhältnismäßigkeit ein Einschätzungsspielraum zuzubilligen sei. Bei der Beantwortung dieser Frage ist weniger die Terminologie entscheidend. Vielmehr ist von Bedeutung, inwieweit § 32 IfSG bei der Wahl der Mittel dem Verordnungsgeber auch einen politischen Spielraum einräumt oder - anders ausgedrückt - die gerichtliche Kontrolldichte zurückgenommen ist auf eine Vertretbarkeits- bzw. Evidenzkontrolle. Die Einschränkung der Justiziabilität ist keine Frage eines Beurteilungsspielraums, sondern beruht auf der Besonderheit des Prüfungsgegenstands (Weitzel, Justitiabilität des Rechtsetzungsermessens, Diss. 1998, S. 157).

82
Der Vollzug des IfSG ist zwar grundsätzlich Ländersache (Art. 83 GG). Dies bedeutet jedoch nicht, dass damit zugleich ein vom Gesetzgeber eröffneter Spielraum in der Wahl der Mittel verbunden ist. Ein solcher könnte, wie aufgezeigt, lediglich aus dem Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27. März 2020 (BGBl. I 2020 S. 587) hergeleitet werden. Der Deutsche Bundestag stellte eine epidemische Lage von nationaler Tragweite fest. Um einer Destabilisierung des gesamten Gesundheitssystems vorzubeugen, wurde die Bundesregierung in die Lage versetzt, schnell mit schützenden Maßnahmen einzugreifen. In der Folge der Feststellung wurde das Bundesministerium für Gesundheit durch § 5 Abs. 2 IfSG u.a. ermächtigt, durch Anordnung oder Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Maßnahmen zur Grundversorgung mit Arzneimitteln, einschließlich Betäubungsmitteln, Medizinprodukten, Labordiagnostik, Hilfsmitteln, Gegenständen der persönlichen Schutzausrüstung und Produkten zur Desinfektion sowie zur Stärkung der personellen Ressourcen im Gesundheitswesen zu treffen (BT-Drucksache 19/18111 S. 1). Eine Stärkung der Länder im Rahmen ihrer Kompetenz nach § 32 IfSG war an diese Feststellung jedoch nicht geknüpft, so dass lediglich die Änderung des § 28 IfSG verbleibt, welche keine Anhaltspunkte für einen politischen Spielraum des Verordnungsgebers hergibt. Fehlt es daran, dann unterliegen Verordnungen nach § 32 IfSG der weitgehenden verwaltungsgerichtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle.

83
Jedenfalls findet sich das Übermaßverbot, das schon wegen des Gewichts der mit der Ausgangsbeschränkung verbundenen Grundrechtseingriffe zu beachten ist, über das Merkmal der Notwendigkeit in §§ 32, 28 Abs. 1 IfSG als gesetzlicher Kontrollmaßstab. Dies gilt umso mehr, als der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Korrektiv des offenen Tatbestandes des § 28 Abs. 1 IfSG gestaltet wurde. Auch in der Gesetzesbegründung bei der erstmaligen Einfügung der Verordnungsermächtigungen in das BSeuchG war klargestellt, dass der Erlass von Rechtsverordnungen an die gleichen inhaltlichen Voraussetzungen geknüpft ist, die auch für Maßnahmen - gemeint waren Verwaltungsakte - nach den

genannten Vorschriften gelten (vgl. BT-Drs. 8/2468 S. 21). Das Bundesverfassungsgericht hat im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme auch angedeutet (vgl. nur BVerfG, B.v. 17.4.2020 - 1 BvQ 37/20 - juris Rn. 23; B.v. 3.6.2020 - 1 BvR 990/20 - NJW 2020, 2326).

84
Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass sich der Bund und die Länder bei ihrem Treffen am 22. März 2020 darauf verständigten, dass der Aufenthalt im öffentlichen Raum nur alleine, mit einer weiteren nicht im Haushalt lebenden Person oder im Kreis der Angehörigen des eigenen Hausstands gestattet sei. Bund und Länder würden bei der Umsetzung dieser Einschränkungen sowie der Beurteilung ihrer Wirksamkeit eng zusammenarbeiten. Weitergehende Regelungen aufgrund von regionalen Besonderheiten oder epidemiologischen Lagen in den Ländern oder Landkreisen blieben möglich (https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/besprechung-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-vom-22-03-2020-1733248). Bayern wies zwar zum Zeitpunkt des Erlasses der Ausgangsbeschränkung und auch während der Dauer der Regelung eine im Bundesvergleich schlechtere epidemiologische Lage auf, was sich vor allem durch die 7-Tages-Inzidenz auf 100.000 Einwohner abzeichnete (vgl. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-03-31-de.pdf? blob=publicationFile S.3). Diese bedrohlichere Lage spiegelte sich allerdings im ganzen süddeutschen Raum wider. Außerdem ist nicht ersichtlich, warum eine Verschärfung gegenüber dem Bund-Länder-Beschluss - etwa durch den Verzicht auf eine weitere Kontaktperson - nicht ausreichend gewesen wäre, sondern es auch einer möglicherweise nur mittelbar wirkenden Ausgangsbeschränkung für Einzelpersonen bedurft hätte.

85
Dass zwischen Kontaktbeschränkungen im öffentlichen Raum und einer Ausgangsbeschränkung im Hinblick auf die Eingriffsintensität und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein gradueller Unterschied besteht, bestätigt auch die nunmehrige Einschätzung des Bundesgesetzgebers in § 28a Abs. 2 IfSG, wonach u.a. Ausgangsbeschränkungen nur angeordnet werden können, wenn Kontaktbeschränkungen im öffentlichen und privaten Raum (§ 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG) eine wirksame Eindämmung nicht mehr möglich erscheinen lassen.

86
Damit verstieß die Regelung des § 4 Abs. 2 und 3 1. BayIfSMV gegen das Übermaßverbot als höherrangiges Recht und war unwirksam.

87
3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 52 Abs. 1 GKG.

88
4. Die Revision wird zugelassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).