

**Titel:**

**Erfolgloser Eilantrag gegen die Elfte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung**

**Normenkette:**

VwGO § 47 Abs. 6

11. BayIfSMV

IfSG § 28, § 28a, § 32

GG Art. 2 Abs. 1, Art. 6, Art. 11 Abs. 1, Art. 13

**Leitsätze:**

1. Auch wenn Infektionszahlen nicht ansteigen, sich aber auf einem zu hohen Niveau „seitwärts“ bewegen, können die Voraussetzungen des § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG vorliegen. (Rn. 17) (redaktioneller Leitsatz)
2. Bei der prognostischen Abwägungsentscheidung nach § 28a Abs. 6 IfSG kommt dem Ordnungsgeber ein Beurteilungsspielraum zu, der gerichtlich nur begrenzt überprüfbar ist. (Rn. 21) (redaktioneller Leitsatz)
3. Parallelentscheidung zum Beschluss vom 05.03.2021 – 20 NE 20.3097, BeckRS 2021, 3800 (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Normenkontrollantrag, Infektionsschutz, COVID-19, Inzidenz, Ausgangsbeschränkungen, Kontaktbeschränkung, Virusvarianten, Beurteilungsspielraum

**Tenor**

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
- III. Der Streitwert wird auf 10.000,00 EUR festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

1. Die Antragstellerin, die in der Landeshauptstadt München lebt, beantragt nach § 47 Abs. 6 VwGO zuletzt sinngemäß die vorläufige Außervollzugsetzung der §§ 2 und 4 der Elften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (11. BayIfSMV vom 15.12.2020, BayMBl. 2020 Nr. 737), die zuletzt mit Verordnung vom 24. Februar 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 149) geändert wurde und mit Ablauf des 7. März 2021 außer Kraft tritt (§ 29 11. BayIfSMV).

2

2. Die Antragstellerin trägt zur Begründung ihres am 21. Dezember 2020 erhobenen Eilantrags im Wesentlichen vor, durch die angegriffenen Maßnahmen in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 6 GG, Art. 11 Abs. 1 GG und Art. 13 GG verletzt zu sein. Die angegriffenen Bestimmungen beruhen bereits nicht auf einer dem Parlamentsvorbehalt gerecht werdenden Rechtsgrundlage. Der Ordnungsgeber berücksichtige nicht neue wissenschaftliche Erkenntnisse - insbesondere was die Eignung von sogenannten PCR-Tests für die Ermittlung von Inzidenzzahlen angehe - und evaluiere seine Verordnungen nicht hinreichend. Im Übrigen seien die Maßnahmen nicht verhältnismäßig; insbesondere angesichts sinkender Infektionszahlen drohe keine Überlastung des Gesundheitssystems mehr und seien mildere - insbesondere an den regionalen Gegebenheiten orientierte - Maßnahmen ebenso geeignet.

3

3. Der Antragsgegner tritt dem Eilantrag entgegen.

4

4. Der Senat hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 14. Januar 2021 auf seine bisherige Rechtsprechung hingewiesen; die Antragstellerin hat an ihrem Antrag festgehalten, aber mit Schriftsatz vom 16. Februar

2021 den zunächst auch gegen die nächtliche Ausgangssperre (§ 3 11. BayIfSMV) gerichteten Antrag insoweit fallengelassen, da aufgrund der 7-Tages-Inzidenz in der Landeshauptstadt München keine unmittelbare Betroffenheit mehr bestehe. Mit Schriftsatz vom 26. Februar hat die Antragstellerin ihren bisherigen Vortrag vertieft und zugleich - unter Erhebung einer Verzögerungsrüge nach § 173 VwGO i.V.m. § 198 Abs. 3 GVG - eine unverzügliche Entscheidung über ihren Antrag verlangt.

## **5**

5. Wegen der weiteren Einzelheiten und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten Bezug genommen.

## **II.**

## **6**

Der zulässige Antrag hat keinen Erfolg.

## **7**

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. Der von der Antragstellerin in der Hauptsache erhobene Normenkontrollantrag gegen §§ 2 und 4 11. BayIfSMV hat unter Anwendung des Prüfungsmaßstabs im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO (1.) bei summarischer Prüfung voraussichtlich keinen Erfolg (2.). Auch eine Folgenabwägung fällt zulasten der Antragstellerin aus (3.).

## **8**

1. 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 (vgl. 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.

## **9**

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. – juris Rn. 12).

## **10**

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).

## **11**

2. Nach diesen Maßstäben hat die 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 keine Aussicht auf Erfolg.

## 12

a) Der Senat geht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die angegriffenen Maßnahmen nach §§ 2 und 4 11. BayIfSMV mit § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage haben (vgl. BayVGH, B.v. 8.12.2020 - 20 NE 20.2461 - juris Rn. 22 ff.; zuletzt B.v. 23.2.2021 - 20 NE 21.367 - juris Rn. 11). Die Antragstellerin hat keine Gesichtspunkte vorgetragen, die eine hiervon abweichende Beurteilung rechtfertigen würden.

## 13

b) Die Bestimmungen der §§ 2 und 4 11. BayIfSMV sind voraussichtlich materiell rechtmäßig, weil sie sich bei summarischer Prüfung an die Vorgaben in § 28a IfSG halten. Zur Begründung wird zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die Senatsentscheidungen vom 12. Januar 2021 (Az. 20 NE 20.2933 - juris Rn. 37 ff.) und 19. Januar 2021 (Az. 20 NE 21.129 - juris Rn. 11 ff.) verwiesen.

## 14

aa) Sowohl zum Zeitpunkt der Entscheidung des Ordnungsgebers, die Geltungsdauer der 11. BayIfSMV bis zum 7. März 2021 (§ 1 Nr. 9 der Verordnung zur Änderung der 11. BayIfSMV vom 12.2.2021, BayMBl. 2021 Nr. 112) nochmals zu verlängern, als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats liegen die Voraussetzungen des § 28a Abs. 3 Satz 4, 5 und 10 IfSG vor. Die Anzahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Inzidenz) betrug am 4. März 2021 bundesweit 65 und in Bayern 68. Wegen der Überschreitung des Schwellenwertes von 50 sind nach § 28a Abs. 3 Satz 4 und 5 IfSG umfassende Schutzmaßnahmen zu ergreifen, die eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens erwarten lassen.

## 15

bb) Auch einen Verstoß gegen § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG vermag der Senat noch nicht zu erkennen. Die diesbezüglichen Ausführungen im Senatsbeschluss vom 12. Januar 2021 (20 NE 20.2933 - juris Rn. 39 ff.) gelten gegenwärtig weiter. Die Gefährdungsprognose des Ordnungsgebers, dass eine wirksame Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 ohne die Ausgangsbeschränkungen erheblich gefährdet wäre, erweist sich auch gegenwärtig nicht als rechtsfehlerhaft.

## 16

(1) Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass keine Überlastung des Gesundheitssystems mehr drohe, lässt sie insbesondere die derzeit unsichere Lage infolge der zunehmenden Verbreitung besorgniserregender Virusmutationen (VOC) mit potenziell leichter Übertragungsmöglichkeit und möglicherweise schwereren Krankheitsverläufen außer Acht. Besonders die Variante B.1.1.7, die u.a. in Großbritannien vermehrt aufgetreten ist, breitet sich derzeit mit großer Geschwindigkeit in Deutschland aus. Das RKI schätzt die Gefahr für die Bevölkerung weiterhin als sehr hoch ein, zumal derzeit noch verlässlich abschätzbar sei, ob und in welchem Maße die VOC die Wirksamkeit der verfügbaren Impfstoffe beeinträchtigen (vgl. RKI, Risikobewertung, Stand 26.2.2021, abrufbar unter [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuarti-ges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuarti-ges_Coronavirus/Risikobewertung.html)).

## 17

(2) Abgesehen davon dauert die von der Antragstellerin beschriebene positive Entwicklung eines deutlichen Rückgangs der Infektionszahlen inzwischen nicht mehr an. Die Zahl der Neuinfektionen mit SARS-CoV-2 sind zuletzt wieder angestiegen bzw. stagnieren auf einem Niveau von über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen. Auch wenn Infektionszahlen nicht ansteigen, sich aber auf einem zu hohen Niveau „seitwärts“ bewegen, können die Voraussetzungen des § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG vorliegen, zumal das Infektionsgeschehen schnell kippen und es wieder zu einem exponentiellen Wachstum der Neuinfektionen kommen kann (vgl. BayVGH, B.v. 14.12.2020 - 20 NE 20.2907 - NJW 2021, 178 - juris Rn. 32 ff.).

## 18

cc) Die Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen nach §§ 2 und 4 11. BayIfSMV dürften gegenwärtig verhältnismäßig, also geeignet, erforderlich und angemessen sein.

## 19

(1) Im Hinblick auf die vorgebrachten Einwendungen gegen die Eignung von PCR-Tests als Grundlage einer Einschätzung der Gefährdungslage wird umfassend verwiesen auf die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 30. Dezember 2020 (Vf. 96-VII-20 - juris Rn. 28 m.w.N.). Im Übrigen kann zur

Geeignetheit der Maßnahmen auf die Ausführungen des Senats in den Beschlüssen vom 12. Januar 2021 (20 NE 20.2933 - juris Rn. 46) und vom 19. Januar 2021 (20 NE 21.76 - juris Rn. 38 ff.) Bezug genommen werden.

## 20

(2) Angesichts des zwar zwischenzeitlich rückläufigen, aber weiterhin angespannten Infektionsgeschehens sowie der gravierenden Auswirkungen im Fall einer Überlastung des Gesundheitssystems stehen die mit den Maßnahmen verbundenen Einschränkungen für die Grundrechte der Normbetroffenen derzeit noch nicht außer Verhältnis zu Gewicht und Dringlichkeit der die Maßnahmen rechtfertigenden Gründe.

## 21

Die angegriffenen, nicht regional differenzierten Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen beruhen auf einer dokumentierten Entscheidung des Antragsgegners, die besonders gewichtige infektiologische Erfordernisse mit sozialen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Einzelnen und die Allgemeinheit nach § 28a Abs. 6 IfSG abzuwiegen hat. Dabei dürfte es sich um eine prognostische Abwägungsentscheidung handeln, welche dem Ordnungsgeber einen Beurteilungsspielraum eröffnet, der gerichtlich nur begrenzt überprüfbar ist (BayVGh, B.v. 8.12.2020 - 20 NE 20.2461 - juris Rn. 25). Der gerichtlichen Kontrolle unterliegt allerdings die Frage, ob der Ordnungsgeber von sachlichen Erwägungen ausgegangen ist. Hierbei kommt der Begründung der Verordnung nach § 28a Abs. 5 IfSG besondere Bedeutung zu. Die Entscheidung, die Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen in der bisherigen Form - mit Ausnahme der landesweiten nächtlichen Ausgangssperre - bis 7. März 2021 noch einmal zu verlängern, wurde mit dem aktuellen Infektionsgeschehen - einschließlich der Unwägbarkeiten im Zusammenhang mit neuen besorgniserregenden Virusvarianten mit mutmaßlich höherer Übertragungsgefahr und gegebenenfalls schweren Krankheitsverläufen - begründet (vgl. BayMBl. 2021 Nr. 113). Diese Einschätzung ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt (noch) nicht rechtlich zu beanstanden (vgl. auch BayVerfGH, E.v. 1.2.2021 - Vf. 98-VII-20 - juris Rn. 20).

## 22

3. Selbst wenn man von offenen Erfolgsaussichten in der Hauptsache ausgeht, ergibt eine Folgenabwägung, dass die Interessen der Gesamtbevölkerung am Schutz von Leib und Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) die Interessen der Antragstellerin, ohne triftigen Grund die Wohnung zu verlassen sowie uneingeschränkt familiäre und soziale Kontakte zu pflegen, in der gegenwärtigen Pandemiesituation überwiegen.

## 23

Das pandemische Geschehen ist weiterhin auf hohem Niveau. Nach dem Situationsbericht des Robert-Koch-Instituts (RKI) vom 4. März 2021 (abrufbar unter [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz\\_2021/2021-03-04-de.pdf?blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-04-de.pdf?blob=publicationFile)) ist nach wie vor eine hohe Anzahl an Übertragungen in der Bevölkerung in Deutschland zu beobachten. Das RKI schätzt die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland insgesamt als sehr hoch ein. Nach der aktuellen Risikobewertung des RKI (Stand 26.2.2021, vgl. [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html)) ist die Dynamik der Verbreitung einiger neuer Varianten (VOC) von SARS-CoV-2 besorgniserregend. Es ist noch unklar, wie sich deren Zirkulation auf die Situation in Deutschland auswirken wird. Aufgrund der vorliegenden Daten zu einer erhöhten Übertragbarkeit der VOC besteht grundsätzlich die Möglichkeit einer Verschlimmerung der Lage. Ob und in welchem Maße die VOC die Wirksamkeit der verfügbaren Impfstoffe beeinträchtigen, ist derzeit noch nicht sicher abzuschätzen. Das individuelle Risiko, schwer zu erkranken, kann anhand der epidemiologischen bzw. statistischen Daten nicht abgeleitet werden. Auch ohne bekannte Vorerkrankungen und bei jungen Menschen kann es zu schweren bis hin zu lebensbedrohlichen Krankheitsverläufen kommen. Langzeitfolgen können auch nach leichten Verläufen auftreten.

## 24

In dieser Situation ergibt die Folgenabwägung, dass die zu erwartenden Folgen einer Außervollzugsetzung der angegriffenen Normen - im Hinblick auf die damit einhergehende mögliche Eröffnung weiterer Infektionsketten - schwerer ins Gewicht fallen als die Folgen ihres weiteren Vollzugs für die Grundrechte der Normadressaten. Insbesondere ist die Kontaktaufnahme zu anderen Haushalten weiterhin möglich. Die Mindestpflege von Sozialkontakten ist auch unter Geltung des § 4 Abs. 1 11. BaylFSMV gewährleistet (vgl. BayVGh, B.v. 19.1.2021 - 20 NE 21.129 - juris Rn. 25)

**25**

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG. Da die angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 7. März 2021 außer Kraft tritt (§ 29 11. BayIfSMV), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren nach Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 nicht angebracht ist.

**26**

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).