

**Titel:**

**Normenkontrollantrag gegen Corona-Beschränkungen bei Konzertveranstaltungen**

**Normenkette:**

15. BayIfSMV § 4 Abs. 1, Abs. 2, § 5

IfSG § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1, Abs. 5, Abs. 7, § 32

SchAusnahmV § 2 Nr. 2, Nr. 4

VwGO § 47 Abs. 6

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

**Leitsätze:**

1. An der Verhältnismäßigkeit der kapazitätsbeschränkenden Regelung in § 4 Abs. 2 15. BayIfSMV bestehen angesichts der Infektionslage, wie sie sich nach Einschätzung des RKI zur Risikobewertung vom 20.12.2021 und dem Lagebild, das der Antragsgegner zur Grundlage der Begründung der 15. BayIfSMV gemacht hat, darstellt, keine durchgreifenden Bedenken. (Rn. 26 – 49) (redaktioneller Leitsatz)

2. Allerdings bestehen Zweifel, ob die Norm mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar ist, soweit in derselben pandemischen Lage gastronomische Betriebe in § 5 15. BayIfSMV weniger strengen Zugangsbeschränkungen unterworfen sind als Einrichtungen und Veranstaltungen iSv § 4 Abs. 1 15. BayIfSMV. (Rn. 50 – 54) (redaktioneller Leitsatz)

3. Aus einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG folgt im Grundsatz kein Anspruch auf Normaufhebung. Bei einer gleichheitswidrigen Rechtsverordnung kommt eine gerichtliche Korrektur durch Aufhebung nur in Betracht, wenn das normative Ermessen des Ordnungsgebers rechtmäßig nur in einem bestimmten Sinn ausgeübt werden könnte. (Rn. 55) (redaktioneller Leitsatz)

4. Die Konfliktlage, die aus der pandemischen Gefahrenlage aufgrund von COVID-19 und der Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgt, lässt sich nicht derart auflösen, dass eine vom Ordnungsgeber nicht nachvollziehbar begründete Ausnahme von einer Infektionsschutzmaßnahme durch Einbeziehung eines vergleichbaren Lebenssachverhalts erweitert wird. (Rn. 55) (redaktioneller Leitsatz)

5. Bei Annahme offener Erfolgsaussichten in der Hauptsache ergibt die Folgenabwägung zwischen dem Schutzgut der freien wirtschaftlichen Betätigung und dem Schutzgut Leben und Gesundheit, dass die von der Antragstellerin dargelegten wirtschaftlichen Folgen hinter den Schutz von Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen zurücktreten müssen. (Rn. 56) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Corona-Pandemie, Kapazitätsbeschränkung für den Kulturbereich (Konzertveranstalter), Normenkontrolle, Konzertveranstaltung, Infektionsschutz, Zugangsbeschränkung, 2G plus, Höchstteilnehmerzahl, Mindestabstand, Abstandsgebot

**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

Die Antragstellerin ist Konzertveranstalterin u.a. in Bayern und wendet sich mit einem Antrag auf vorläufige Außervollzugsetzung gegen § 4 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 a) der Fünfzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 23. November 2021 (15. BayIfSMV; BayMBI. 2021 Nr. 816) in der Fassung, des § 1 Nr. 3 der Änderungsverordnung vom 23. Dezember 2021 (BayMBI. 2021 Nr. 949).

**2**

Die Norm hat folgenden Wortlaut:

**3**

„§ 4 Geimpft, genesen und zusätzlich getestet (2G plus)

**4**

(1) Der Zugang zu öffentlichen und privaten Veranstaltungen in nichtprivaten Räumlichkeiten, zu Sportstätten und praktischer Sportausbildung in geschlossenen Räumen, Sportveranstaltungen unter freiem Himmel außerhalb der eigenen sportlichen Betätigung, dem Kulturbereich mit Theatern, Opern, Konzerthäusern, Bühnen, Kinos, Museen, Messen, Tagungen, Kongressen, Ausstellungen, zu geschlossenen Räumlichkeiten der Objekte der bayerischen Verwaltung der staatlichen Schlösser, Gärten und Seen, außerdem zu Freizeiteinrichtungen einschließlich Bädern, Thermen, Saunen, Solarien, Fitnessstudios, Führungen in geschlossenen Räumen, Schauhöhlen und Besucherbergwerken, Indoorspielplätzen, Spielhallen und -banken, Wettannahmestellen und infektiologisch vergleichbaren Bereichen darf nur durch Besucher erfolgen, soweit diese

**5**

1. im Sinne des § 2 Nr. 2 und 4 SchAusnahmV geimpft oder genesen oder unter 14 Jahre alt sind und

**6**

2. zusätzlich über einen Testnachweis nach Abs. 6 verfügen oder Abs. 7 unterfallen.

**7**

(2) Im Rahmen des Abs. 1 gilt:

**8**

1. In Gebäuden, geschlossenen Räumlichkeiten, Stadien oder anderweitig kapazitätsbeschränkten Stätten dürfen maximal 25% der Kapazität genutzt werden.

**9**

2. Die zulässige Höchstteilnehmerzahl bestimmt sich vorbehaltlich Nr. 1 nach der Anzahl der vorhandenen Plätze, bei denen ein Mindestabstand von 1,5 m zu anderen Plätzen gewahrt ist.

**10**

3. Für Veranstaltungen gilt:

**11**

a) Während der gesamten Veranstaltung ist grundsätzlich ein Mindestabstand von 1,5 m zwischen Personen, die nicht dem eigenen Hausstand angehören, einzuhalten.

(...)

**12**

Die Antragstellerin macht geltend, aktuell hätten sie und ihre Tochterunternehmen bis zum 15. Dezember 2021 ca. 23 Veranstaltungen geplant, die nun wohl abgesagt werden müssten. Veranstaltungen mit einer Kapazität von nur 25% seien wirtschaftlich nicht sinnvoll. Der Break-Even eines hochwertigen Klassikkonzerts liege bei 70-80% des Verkaufs aller verkaufbaren Karten. Eine Rückabwicklung bereits ausverkaufter Veranstaltungen zu 75% sei praktisch nicht zu bewerkstelligen. Faktisch handele es sich um eine Untersagung. Die angegriffenen Regelungen seien willkürlich, weil sie weder infektiologisch noch epidemiologisch erforderlich sei. Dies gelte gerade in Hinblick auf die privilegierten Gottesdienste, Versammlungen und die Gastronomie. Hygienekonzepte seien ein besseres und schonenderes Mittel Infektionen zu verhindern.

**13**

Sie beantragt,

**14**

§ 4 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 a) der 15. BayIfSMV vorläufig außer Vollzug zu setzen.

**15**

Der Antragsgegner tritt dem Antrag entgegen.

## 16

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

II.

## 17

Der zulässige Antrag hat keinen Erfolg.

## 18

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. Die Erfolgsaussichten eines Normenkontrollantrags in der Hauptsache gegen § 4 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 a) 15. BayIfSMV sind unter Anwendung des Prüfungsmaßstabs im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO (1.) bei der nur möglichen summarischen Prüfung als offen anzusehen (2.). Eine Folgenabwägung geht zulasten der Antragstellerin aus (3.).

## 19

1. Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen 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. Das muss insbesondere dann gelten, wenn - wie hier - die in der Hauptsache angegriffenen Normen in quantitativer und qualitativer Hinsicht erhebliche Grundrechtseingriffe enthalten oder begründen, sodass sich das Normenkontrollverfahren (ausnahmsweise) als zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG geboten erweisen dürfte.

## 20

Ergibt demnach 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. 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. - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 12).

## 21

2. Nach diesen Maßstäben geht der Senat im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bei der nur möglichen, aber ausreichenden summarischen Prüfung davon aus, dass die Erfolgsaussichten der Hauptsache offen sind.

## 22

a. Die angegriffene Regelung des § 4 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 a) 15. BayIfSMV dürfte in § 32 Satz 1, § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 und 6 eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage haben.

## 23

Nach § 28a Abs. 7 Satz 1 Nrn. 1 und 6 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG i.V.m. § 32 Satz 1 und 2 IfSG sind die Landesregierungen bzw. die von ihnen bestimmten Stellen ermächtigt, zur Bekämpfung der Corona-Pandemie die notwendigen Schutzmaßnahmen zu erlassen, wozu auch die Anordnung eines Abstandsgebots im öffentlichen Raum, insbesondere in öffentlich zugänglichen Innenräumen sowie die Beschränkung der Anzahl von Personen in oder bei den in Absatz 1 Nummer 4 bis 8 und 10 bis 16 genannten Gewerben, Betrieben, Einrichtungen, Angeboten, Veranstaltungen, Reisen und Ausübungen gehören.

#### **24**

b. Einen formellen Verstoß gegen die Begründungspflicht aus § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG kann der Senat nicht erkennen. Dem Begründungserfordernis ist der Ordnungsgeber in einer den Anforderungen des § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG entsprechenden Weise nachgekommen. (vgl. hierzu bereits BayVGH, B.v. 7.4.2021 - 20 NE 21.868 - juris Rn. 24). Eine detaillierte Auseinandersetzung mit der Frage, weshalb Einrichtungen im Freizeitbereich weitergehenden Beschränkungen als die in § 5 15. BayIfSMV genannten Betriebe unterworfen werden, war in formeller Hinsicht nicht notwendig.

#### **25**

c. Die von der Antragstellerin angegriffene Bestimmung steht bei summarischer Beurteilung mit der Ermächtigungsgrundlage in Einklang, weil sie sich in dem gesetzlich vorgegebenen Rahmen hält und insbesondere nicht zu den nach § 28a Abs. 3 IfSG bei der Entscheidung über notwendige Schutzmaßnahmen nach § 28 Satz 1 und 2 IfSG zu berücksichtigenden Kriterien in Widerspruch steht (aa.). Sie erweist sich bei summarischer Prüfung auch nicht als offensichtlich unverhältnismäßig (bb.). Allerdings hegt der Senat Bedenken hinsichtlich des Gleichbehandlungsgebotes, wobei im einstweiligen Rechtsschutzverfahren offenbleiben muss, ob sich ein möglicher Gleichheitsverstoß auf die Wirksamkeit der angegriffenen Norm auswirkt (cc.).

#### **26**

Die Infektionslage stellt sich nach der Einschätzung des Robert-Koch-Instituts (RKI) in der Risikobewertung vom 20. Dezember 2021 im Wesentlichen folgend dar:

#### **27**

„Das Robert Koch-Institut schätzt die Gefährdung durch COVID-19 für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland insgesamt als sehr hoch ein. Ursächlich hierfür ist das Auftreten und die rasante Verbreitung der Omikronvariante, die sich nach derzeitigem Kenntnisstand (aus anderen Ländern) deutlich schneller und effektiver verbreitet als die bisherigen Virusvarianten. Dadurch kann es zu einer schlagartigen Erhöhung der Infektionsfälle und einer schnellen Überlastung des Gesundheitssystems und ggf. weiterer Versorgungsbereiche kommen.

#### **28**

Die Infektionsgefährdung wird für die Gruppe der Ungeimpften als sehr hoch, für die Gruppen der Genesen und Geimpften mit Grundimmunisierung (zweimalige Impfung) als hoch und für die Gruppe der Geimpften mit Auffrischimpfung (dreimalige Impfung) als moderat eingeschätzt. Diese Einschätzung kann sich kurzfristig durch neue Erkenntnisse ändern. Die 7-Tages-Inzidenzen sind derzeit in allen Altersgruppen insbesondere in der Gruppe der Ungeimpften sehr hoch. Die Fallzahlen sind deutlich höher als im gleichen Zeitraum des Vorjahres. Auch die Zahl schwerer Erkrankungen an COVID-19, die im Krankenhaus aufgenommen und ggf. auch intensivmedizinisch behandelt werden müssen, befindet sich weiter auf einem hohen Niveau. Die Zahl der Todesfälle ist sehr hoch.

#### **29**

Es lassen sich viele Infektionsketten nicht nachvollziehen, Ausbrüche treten in vielen verschiedenen Umfeldern auf. SARS-CoV-2 verbreitet sich überall dort, wo Menschen zusammenkommen, insbesondere in geschlossenen Räumen. Häufungen werden oft in Privathaushalten und in der Freizeit (z.B. im Zusammenhang mit Besuchen von Bars und Clubs) dokumentiert, Übertragungen und Ausbrüche finden aber auch in anderen Zusammenhängen statt, z.B. im Arbeitsumfeld, in Schulen, bei Reisen, bei Tanz- und Gesangsveranstaltungen, Weihnachtsfeiern und anderen Feiern, besonders auch bei Großveranstaltungen und in Innenräumen. COVID-19-bedingte Ausbrüche in Alten- und Pflegeheimen und Krankenhäusern treten wieder zunehmend auf. Davon sind auch geimpfte Personen betroffen.

#### **30**

Die Ausbreitung der Omikronvariante ist sehr beunruhigend. Sie wird mit steigender Tendenz zusätzlich zur Deltavariante in Deutschland nachgewiesen. Die Omikronvariante ist deutlich übertragbarer und es bestehen noch Unsicherheiten hinsichtlich der Effektivität und Dauer des Impfschutzes sowie der Schwere der Erkrankung.

### **31**

Die aktuelle Entwicklung ist daher sehr besorgniserregend, und es ist zu befürchten, dass es bei weiterer Verbreitung der Omikronvariante in Deutschland wieder zu einer weiteren Zunahme schwerer Erkrankungen und Todesfällen kommen wird und die deutschlandweit verfügbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten überschritten werden.“

### **32**

Der Antragsgegner hat in der auf § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG beruhenden Begründung der 15. BayIfSMV (zuletzt zur Verordnung zur Änderung der 15. BayIfSMV vom 23. Dezember 2021, BayMBI. 2021 Nr. 949) folgendes Lagebild zur Grundlage der angefochtenen Regelung gemacht:

### **33**

„Ab Mitte Oktober war ein starker Anstieg der Meldedfälle zu beobachten. Die Infektionszahlen übersteigen weiterhin das Niveau der zweiten und der bisher intensivsten Corona-Welle. Der in Bayern seit 25. November 2021 zu beobachtende leichte Rückgang der Infektionsdynamik bei den Meldedfällen scheint sich fortzusetzen. Die Fallzahlen sowie die daraus errechnete Reproduktionszahl müssen weiterhin im Kontext der Überlastung der Gesundheitsämter betrachtet werden. Eine weiter fortschreitende und dauerhafte Entspannung der Situation ist vor dem Hintergrund der aufkommenden, sehr infektiösen Omikron-Variante aber nicht anzunehmen. Am 23. Dezember 2021 liegt die 7-Tage-Inzidenz der Meldedfälle in Bayern mit 246,0 unter dem Bundesdurchschnitt von 280,3. Seit 29. Oktober 2021 überschreitet die 7-Tage-Inzidenz in Bayern den bisherigen Höchststand von 217,8 vom 20. Dezember 2020.

### **34**

Die binnen einer Kalenderwoche gemeldeten Sterbefälle sind weiterhin auf hohem Niveau und entsprechen mit 444 Sterbefällen in der Kalenderwoche 50 (13. Dezember bis 19. Dezember 2021) aktuell in etwa dem Wert von vor drei Wochen in der Kalenderwoche 47 (22. November bis 28. November 2021) mit 458 Sterbefällen.

### **35**

Die 7-Tage-Hospitalisierungsrate als Maßstab für die Krankheitsschwere ist im Vergleich zur Vorwoche leicht rückläufig. Am 23. Dezember 2021 wurden nach den Daten des LGL innerhalb der letzten sieben Tage 549 hospitalisierte Fälle registriert, was einer 7-Tage-Hospitalisierungsinzidenz von 4,18 entspricht ([https://www.lgl.bayern.de/gesundheits/infektionsschutz/infektionskrankheiten\\_a\\_z/coronavirus/karte\\_coronavirus/index.htm#inzidenzgeimpft](https://www.lgl.bayern.de/gesundheits/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm#inzidenzgeimpft)). Eine Woche zuvor, am 16. Dezember 2021, waren es 719 hospitalisierte Fälle innerhalb der letzten sieben Tage (7-Tage-Hospitalisierungsinzidenz von 5,47).

### **36**

Die oben genannte Hospitalisierungsinzidenz ist aktuell nicht hinreichend valide, weil es aufgrund der extrem hohen Infektionszahlen zu erheblichen Meldeverzügen der Gesundheitsämter kommt.

### **37**

Das RKI weist deshalb eine adjustierte 7-Tage-Hospitalisierungsinzidenz aus, die den zeitlichen Verzug der Meldungen nach dem Infektionsschutzgesetz korrigiert ([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Daten/Fallzahlen\\_Inzidenz\\_aktualisiert.html;jsessionid=800C9202B8C591748688663E3FB46A7D.internet052?nn=13490888](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Fallzahlen_Inzidenz_aktualisiert.html;jsessionid=800C9202B8C591748688663E3FB46A7D.internet052?nn=13490888)). Danach betrug die adjustierte 7-Tage-Hospitalisierungsinzidenz für Bayern am 20. Dezember 2021 10,22 und lag damit mehr als doppelt so hoch als die tagesaktuell am 20. Dezember 2021 vom RKI für Bayern berichtete 7-Tage-Hospitalisierungsinzidenz von 4,62 ([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Daten/Fallzahlen\\_Kum\\_Tab.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Fallzahlen_Kum_Tab.html)).

### **38**

Obwohl im Gesamttrend ein leichter Rückgang beobachtet werden kann, liegt die adjustierte 7-Tage-Hospitalisierungsinzidenz weiterhin über dem vom RKI im Papier zur ControlCOVID-Strategie für die Stufe Rot empfohlenen Grenzwert von 5

([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Downloads/control-covid-2021-09-22.pdf?blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Downloads/control-covid-2021-09-22.pdf?blob=publicationFile)).

### 39

Während die Zahl der COVID-19-Patienten, die stationär behandelt werden mussten, seit Anfang Mai kontinuierlich sank, musste von etwa Mitte August bis Anfang Dezember 2021 ein Anstieg um mehr als das 23-fache, um etwa 4 500, auf ein Niveau von bis zu rund 4 800 stationär behandelten COVID-19-Patienten verzeichnet werden. Insbesondere von Ende Oktober bis Anfang Dezember 2021 wurde ein alarmierend rasanter Anstieg der Anzahl der bayernweit stationär behandelten COVID-19-Patienten beobachtet. Seit etwa drei Wochen kann wieder ein Rückgang der Anzahl von COVID-19-Patienten um rund 40% verzeichnet werden. Angesichts des dennoch nach wie vor sehr hohen Niveaus, insbesondere auf den Intensivstationen, auf welchem sich die Zahl der stationär behandelten COVID-19-Patienten befindet, ist dies jedoch noch lange kein Grund zur Entwarnung. Auch im intensivmedizinischen Bereich spiegelt sich diese vorgenannte Entwicklung mit einem Rückgang der Anzahl von COVID-19-Patienten um rund 22% im selben Zeitraum tendenziell wider, nachdem es von Mitte August bis Anfang Dezember 2021 zu einer massiven Zunahme der auf Intensivstationen versorgten COVID-19-Fälle um rund 1 030 gekommen war, was angesichts des niedrigen Ausgangsniveaus einer Steigerung von etwa 2 200% entsprach (Quelle: DIVI-Intensivregister). Aktuell werden bayernweit 2 853 Patienten, bei denen eine Infektion mit SARS-CoV-2 nachgewiesen wurde, stationär behandelt (Meldungen der Krankenhäuser in IVENA vom 23. Dezember 2021). 796 COVID-19-Fälle werden derzeit intensivmedizinisch behandelt (Meldungen der Krankenhäuser im DIVI-Intensivregister vom 23. Dezember 2021).

### 40

Dabei bestehen - bei insgesamt hoher Inanspruchnahme der Intensivkapazitäten durch Nicht-COVID-19-Patienten - nach wie vor wenig regionale Unterschiede in der Belastung mit COVID-19-Intensivpatienten, wobei sich die Belastung in Südbayern derzeit tendenziell noch höher darstellt als in Nordbayern.

### 41

Angesichts der seit Wochen bayernweit außerordentlich hohen Belegung mit COVID-19-Patienten und infolge der weiterhin regional teilweise sehr hohen Inzidenzen ist auch in den nächsten Wochen vorerst mit keiner merklichen Erleichterung der Situation im Intensivbettenbereich der Krankenhäuser zu rechnen, die sich praktisch in allen Regionen Bayerns immer noch höchst angespannt darstellt. Die gegenwärtige Situation auf den Intensivstationen ist durch eine bayernweit insgesamt hohe Auslastung sowie regional drohende oder bereits eingetretene Überlastung gekennzeichnet. Überregionale Verlegungen bzw. Patientenzuweisungen sind nach wie vor an der Tagesordnung, ebenso das Zurückfahren oder die Aussetzung sogenannter planbarer Eingriffe durch die Kliniken. Aufgrund der besorgniserregenden Auslastungssituation im Bereich der Intensivkapazitäten wurde zur Entlastung der bayerischen Kliniken erstmalig überhaupt in der Pandemie seitens des Freistaates Bayern am 23. November 2021 die bundesweite Kleeblattstruktur aktiviert, um in einem geordneten Verfahren Patientenabverlegungen in andere, weniger belastete Bundesländer zu ermöglichen. Im Rahmen der Kleeblattstruktur wurden insgesamt 49 Patientenabverlegungen durchgeführt. Die durchschnittliche Auslastung der Intensivstationen liegt bei 86,5% (DIVI-Meldungen, Stand 23. Dezember 2021). Lediglich in 29 von 96 kreisfreien Städten bzw. Landkreisen weisen die Intensivstationen der Kliniken noch eine Auslastung von weniger als 80% auf. In 19 kreisfreien Städten bzw. Landkreisen liegt die Auslastung über 95%, davon in 14 kreisfreien Städten bzw. Landkreisen sogar bei 100%. Auf Ebene der Integrierten Leitstellen (ILS) liegt bei lediglich acht der insgesamt 26 ILS die Auslastung der Intensivkapazitäten unter 80%, eine ILS weist eine Auslastung von über 95% auf (DIVI-Meldungen, Stand 23. Dezember 2021).

### 42

Die zuletzt leicht rückläufige Entwicklung hinsichtlich der Belegung mit COVID-19-Patienten auf Intensivstationen könnte ein Hinweis darauf sein, dass bisher ergriffene Maßnahmen erste Wirkung zeigen. Die Auswirkungen der neuen Virusvariante Omikron auf die Intensivbettenbelegung mit COVID-19-Patienten bleibt abzuwarten.

### 43

Die aktuelle Situation bleibt sehr besorgniserregend und es ist nicht auszuschließen, dass es zu einer weiteren Zunahme schwerer Erkrankungen und Todesfälle kommen wird und die verfügbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten überschritten werden. Grund ist die Ausbreitung der neuen

hochansteckenden besorgniserregenden Variante von SARS-CoV-2 (VOC, Variant of Concern) Omikron. Sie wird bereits zusätzlich zu Delta in Deutschland nachgewiesen.

#### **44**

Die zunächst in Südafrika identifizierte Variante Omikron von SARS-CoV-2 mit einer Vielzahl von Mutationen war am 26. November 2021 von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) und dem Europäischen Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (ECDC) als VOC eingestuft worden. Ausschlaggebend für die Einstufung dafür war die Gefährdungsbeurteilung; die europäische Behörde schätzt die Auswirkungen der Ausbreitung von Omikron als sehr hoch ein und auch das Gesamtrisiko für die öffentliche Gesundheit wird als sehr hoch bewertet.

#### **45**

In Deutschland ist zum jetzigen Zeitpunkt die Delta-Variante noch dominierend. Mit Datenstand 23. Dezember 2021, 8:00 Uhr, wurden dem Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (LGL) insgesamt 685 Fälle der Omikron-Variante (B.1.1.529) in Bayern übermittelt. Dabei handelt es sich bei 75 Fällen um mittels Gesamtgenomsequenzierung bestätigte Fälle, und bei 610 um Verdachtsfälle mit Hinweis auf die Omikron-Variante in der variantenspezifischen PCR.

#### **46**

In vielen Ländern weltweit wird derzeit eine extrem kurze Verdoppelungsrate der Omikron Fälle zwischen 2 und 4 Tagen beobachtet; es wird erwartet, dass sich die Variante innerhalb kurzer Zeit gegenüber der Delta-Variante durchsetzt. Dies ist besorgniserregend, da bislang erst wenige wissenschaftlich gesicherte Daten zu Virulenz, Wirksamkeit von Impfstoffen und therapeutischen Antikörpern sowie zur Übertragbarkeit zur Verfügung stehen. Omikron zeigt eine ungewöhnlich hohe Zahl von ca. 30 Aminosäureänderungen innerhalb des Spike-Proteins, darunter einige mit bekanntem Einfluss, die z. B. eine Erhöhung der Übertragungsfähigkeit sowie eine Immunevasion bewirken können; letztere führt dazu, dass die Viren der Erkennung durch das Immunsystem entgehen und daher eine verringerte Wirksamkeit von Impfungen bzw. eines verringerten Schutzes vor Reinfektionen bei Genesenen zur Folge haben könnten. Nachgewiesen sind aber auch Mutationen, deren Bedeutung gegenwärtig noch unklar ist. Daher ist derzeit ein besonders vorsichtiges Vorgehen angezeigt.

#### **47**

Weitere Sequenzierungsergebnisse stehen aus. Derzeit ist noch unklar, ob die hohe Ausbreitungsgeschwindigkeit von Omikron an einer erhöhten Übertragbarkeit, einer möglicherweise verminderten Schutzwirkung von Impfungen oder Reinfektionen oder einer Kombination von beidem zurückzuführen ist. Ausschlaggebend für die Einstufung als VOC war die derzeitige Gefährdungsbeurteilung. So wird auf Basis der vorliegenden Informationen angenommen, dass die Wahrscheinlichkeit eines Eintrags der Omikron-Variante in andere Länder und ihre mögliche Verbreitung innerhalb der Bevölkerung hoch ist. Vor dem Hintergrund der starken Ausbreitung von Delta und der dadurch bereits bestehenden hohen Krankheitslast in der aktuellen pandemischen Situation könnten die Auswirkungen der möglichen weiteren Verbreitung von Omikron sehr groß sein. Laut ECDC deuten die vorläufigen Daten aus Südafrika darauf hin, dass sich Omikron innerhalb weniger Monate gegenüber Delta durchsetzen könnte. Die ECDC schätzt die Wahrscheinlichkeit weiterer Einträge und Übertragungen innerhalb Europas und das Risiko durch Omikron insgesamt als hoch bis sehr hoch ein und rät dringend zu raschen und schärferen Infektionsschutzmaßnahmen, um eine Überlastung der Gesundheitssysteme zu verhindern.“

#### **48**

In der dargestellten pandemischen Situation dürfte die angegriffene Norm daher den durch § 28a Abs. 7 Satz 3 i.V.m. Abs. 3 IfSG vorgegebenen Maßstäben entsprechen.

#### **49**

bb. An der Verhältnismäßigkeit der in § 4 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 a) 15. BayIfSMV getroffenen kapazitätsbeschränkenden Regelung bestehen bei summarischer Prüfung keine durchgreifenden Bedenken, da ihre grundsätzliche Eignung zur Infektionsbekämpfung durch den Gesetzgeber durch Aufnahme in die Katalogmaßnahmen des § 28a Abs. 7 IfSG anerkannt ist. Aus dem Regelungszusammenhang des § 4 Abs. 2 Nr. 1 und 2 15. BayIfSMV dürfte sich ergeben, dass zur Berechnung der zulässigen Kapazität zunächst die Einhaltung eines Mindestabstands von 1,5 m zwischen den vorhandenen Plätzen nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 15. BayIfSMV gewährleistet sein muss. § 4 Abs. 2 Nr. 1 15.

BayIfSMV legt zusätzlich eine relative Kapazitätsobergrenze (wohl gemessen an der maximal zugelassenen Besucherkapazität der jeweiligen Einrichtung) fest, die auch dann einzuhalten ist, wenn die Beachtung des Mindestabstands allein eine höhere Belegung als 25% ermöglichen würde. Dabei bestehen im Hinblick auf die Festlegung einer Obergrenze von 25% voraussichtlich keine durchgreifenden Bedenken, weil sie in einer Vielzahl der denkbaren Fallgestaltungen eine unter Beachtung des Mindestabstands plausible Größenordnung darstellen dürfte, die sich im Rahmen des dem Antragsgegner zustehenden Verordnungsermessens bewegen dürfte (vgl. BayVGh, U.v. 4.10.2021, 20 N 20.767 - juris). Gleiches gilt für das Abstandsgebot des § 4 Abs. 2 Nr. 3 a) 15. BayIfSMV.

#### **50**

cc. Allerdings hegt der Senat Zweifel, ob § 4 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 a) 15. BayIfSMV mit dem Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG zu vereinbaren sind. Die angegriffene Regelung führt gegenüber der Regelung der Zugangsbeschränkung für Geimpfte und Genesene in § 5 15. BayIfSMV (2G) in derselben pandemischen Lage bei Einrichtungen und Veranstaltungen im Sinne des § 4 Abs. 1 15. BayIfSMV zu einer weiteren Vertiefung der Grundrechtseingriffe, da sie eine Kapazitätsbeschränkung enthält.

#### **51**

Nach § 28 Abs. 6 Satz 3 IfSG können einzelne soziale, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Bereiche, die für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind, von den Schutzmaßnahmen ausgenommen werden, soweit ihre Einbeziehung zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) nicht zwingend erforderlich ist. Hierzu wird in der Begründung des Gesetzesentwurfes ausgeführt (BT-Drs. 19/24334, S. 74):

#### **52**

„Hiermit wird dem Erfordernis einer notwendigen Differenzierung in einem Gesamtkonzept von Schutzmaßnahmen Rechnung getragen. Die sachliche Rechtfertigung und Differenzierung einzelner Schutzmaßnahmen ist daher nicht allein anhand des infektionsschutzrechtlichen Gefahrengrades der betroffenen Tätigkeit zu beurteilen. Vielmehr sind auch alle sonstigen relevanten Belange zu berücksichtigen, etwa die Auswirkungen der Ge- und Verbote für die betroffenen Unternehmen und Dritte und auch öffentliche Interessen an der uneingeschränkten Aufrechterhaltung bestimmter unternehmerischer Tätigkeiten.“

#### **53**

Bei der Beurteilung der besonderen Bedeutung der einzelnen Bereiche für die Allgemeinheit dürfte dem Verordnungsgeber ein gerichtlich nur begrenzt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zukommen. Der gerichtlichen Kontrolle unterliegt allerdings die Frage, ob der Verordnungsgeber von sachlichen Erwägungen ausgegangen ist (vgl. zuletzt BayVGh, B.v. 23.2.2021 - 20 NE 21.367 - juris Rn. 22). Hierbei kommt der Begründung der Verordnung nach § 28a Abs. 5 IfSG besondere Bedeutung zu.

#### **54**

Da sich den Begründungen zur 15. BayIfSMV nicht entnehmen lässt, aus welchem Grund der Antragsgegner gastronomische Betriebe keiner Kapazitätsbeschränkung und damit weniger strengen Zugangsbeschränkungen in § 5 Abs. 1 Nr. 1 15. BayIfSMV unterwirft, kann der Senat einen sachlichen Grund für eine Differenzierung zwischen den Betriebsarten der Gastronomie und den in § 4 15. BayIfSMV genannten Betrieben und Einrichtungen nicht erkennen. Wegen der grundsätzlichen Vergleichbarkeit der Betriebsarten in Bezug auf das Infektionsrisiko in Innenräumen hinsichtlich Personenanzahl und Verweildauer liegt ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung jedenfalls nicht auf der Hand. Auch ist nicht erkennbar, ob der Antragsgegner auf der Grundlage des § 28a Abs. 6 Satz 3, Abs. 7 Satz 3 IfSG eine Differenzierung vorgenommen hat. Ob die durch den Gesetzgeber in § 28a Abs. 8 Satz 1 Nr. 6 IfSG vorgenommene grundsätzliche Gleichstellung von Einrichtungen der Kultur und Freizeit mit gastronomischen Betrieben durch den Verordnungsgeber bei der Entscheidung über Betriebsbeschränkungen zu berücksichtigen ist, bleibt einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren vorbehalten.

#### **55**

Im Ergebnis dürfte im hier zu entscheidenden Fall ein entsprechender Verstoß jedoch deshalb nicht zu einem Anspruch der Antragstellerin auf vorläufige Außervollzugsetzung des § 4 Abs. 2 15. BayIfSMV führen, weil die Voraussetzungen für den Erlass der angegriffenen Norm - wie oben dargelegt - derzeit

erfüllt sind und aus einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG jedenfalls im Grundsatz kein Anspruch auf Normaufhebung folgt (vgl. bereits BayVGh, B.v. 7.4.2021 - 20 NE 21.868 - juris Rn. 45; BVerfG, B.v. 17.1.2006 - 1 BvR 541/02 u.a. - juris Rn. 44 ff.; BVerwG, U.v. 25.7.2007 - 3 C 10/06 - juris Rn. 30 f.; Wollenschläger in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 316; BayVerfGH, E.v. 22.3.2021 - Vf. 23-VII-21 - juris - Rn. 39 f.; anders wohl OVG Saarland, B.v. 9.3.2021 - 2 B 58/21 - juris; OVG NW, B.v. 19.3.2021 - 13 B 252/21.NE - juris). Bei einer gleichheitswidrigen Rechtsverordnung kommt eine gerichtliche Korrektur durch Aufhebung einer belastenden Maßnahme im Grundsatz nur dann in Betracht, wenn das normative Ermessen des Ordnungsgebers rechtmäßig nur in einem bestimmten Sinn ausgeübt werden könnte oder wenn sich mit Sicherheit annehmen lässt, dass der Ordnungsgeber, wäre ihm das Problem bewusst, den Anforderungen des Gleichbehandlungsgebots gerade in diesem Sinn Rechnung tragen würde (vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 31). Das ist hier jedoch nicht der Fall, weil sich die aus der pandemischen Gefahrenlage aufgrund von COVID-19 und der Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Konfliktlage nicht derart auflösen lässt, dass eine vom Ordnungsgeber nicht nachvollziehbar begründete Ausnahme von einer Infektionsschutzmaßnahme durch die Einbeziehung eines vergleichbaren Lebenssachverhaltes erweitert wird. Gerät allerdings das Verhältnis von repressiven Verboten und Befreiungen derart in Schieflage, dass das repressive Verbot an sich in Frage gestellt wird, kann dieses Verbot im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht mehr aufrechterhalten bleiben. Ob dieser Punkt in der vorliegenden Konstellation gerade im Hinblick auf die Schwere der Grundrechtseingriffe und die hier konkurrierenden Grundrechte schon erreicht ist, ist bei summarischer Prüfung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren als offen anzusehen und muss einer Klärung im Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

#### **56**

3. Bei der Annahme offener Erfolgsaussichten der Hauptsache ergibt die gebotene Folgenabwägung zwischen dem betroffenen Schutzgut der freien wirtschaftlichen Betätigung aus Art. 12 Abs. 1 GG und ggf. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG) mit dem Schutzgut Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG insbesondere im Hinblick auf die weiterhin auf hohem Niveau bleibenden Infektionszahlen, dass die von der Antragstellerin dargelegten wirtschaftlichen Folgen hinter den Schutz von Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen zurücktreten müssen.

#### **57**

4. Der Ordnungsgeber ist zur regelmäßigen Überprüfung der Verhältnismäßigkeit seiner Maßnahmen verpflichtet. Aus diesem Grund sind die Maßnahmen nach § 28a Abs. 5 Satz 2 IfSG zu befristen und nach § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG mit einer Begründung zu versehen. Für die Fortdauer der Maßnahmen sind zur Rechtfertigung der mit ihnen verbundenen Grundrechtseingriffe die nach § 28a Abs. 7 Satz 3 i.V.m. Abs. 3 IfSG maßgeblichen Indikatoren zugrunde zu legen.

#### **58**

5. 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 dem Antragsteller angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 12. Januar 2022 außer Kraft tritt (§ 18 Abs. 1 15. 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 hier nicht angebracht ist.

#### **59**

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