VGH München, Beschluss v. 27.12.2021 – 20 NE 21.2977

Titel:

Beschränkung des Zugangs zu Hochschulen auf Geimpfte und Genesene

Normenketten:

VwGO § 47 Abs. 6
15. BayIfSMV § 5 Abs. 1
IfSG § 28a Abs. 7 S. 1 Nr. 4, § 28c
SchAusnahmV § 3

Leitsatz:

Die Beschränkung des Zugangs zu Hochschulen auf Geimpfte und Genesen steht mit der Ermächtigungsgrundlage (§ 32 S. 1 IfSG, § 28a Abs. 7 Nr. 4 IfSG, § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG) im Einklang und erweist sich auch im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes nicht als unverhältnismäßig. (Rn. 19) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Corona-Pandemie, 2G, Regel, Hochschule, Zugang zum Präsenzunterricht für nicht geimpfte Personen, Gleichheitsgrundsatz, Berufswahlfreiheit

Tenor

I. Die Anträge werden abgelehnt.

II. Die Antragsteller tragen die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 90.000,00 EUR festgesetzt.

IV. Die Anträge auf Gewährung von Prozesskostenhilfe und Beiordnung eines Rechtsanwalts werden abgelehnt.

Gründe

I.

1
Mit ihrem Antrag wenden sich die Antragsteller, die in Bayern eine Hochschule für Musik besuchen und das Berufsziel Orchestermusiker haben, gegen § 5 Abs. 1 der 15. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 23. November 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 816) i.d.F. des § 1 Nr. 3 der Änderungsverordnung vom 23. Dezember 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 949) und beantragen deren Außervollzugsetzung. Die Hochschule habe 480 Studenten, von denen ca. 30 nicht geimpft seien.

2
Die angegriffene Norm hat folgenden Wortlaut:

3
„§ 5 Geimpft oder genesen (2G)“

4
(1) Im Hinblick auf geschlossene Räume darf der Zugang zu

5
1. der Gastronomie, dem Beherbergungswesen, den Hochschulen, Bibliotheken und Archiven, zu außerschulischen Bildungsangeboten einschließlich der beruflichen AusFort- und Weiterbildung sowie Musikschulen, Fahrschulen und der Erwachsenenbildung und infektiologisch vergleichbaren Bereichen, Veranstaltungen von Parteien und Wählervereinigungen und

6
2. Dienstleistungen, bei denen eine körperliche Nähe zum Kunden unabdingbar ist und die keine medizinischen, therapeutischen oder pflegerischen Leistungen sind,

7
vorbehaltlich speziellerer Regelungen dieser Verordnung nur durch Besucher erfolgen, soweit diese i.S.d. § 2 Nr. 2 und 4 SchAusnahmV geimpft oder genesen oder unter 14 Jahre alt sind.“

8
Die Antragsteller erstreben als gegen die Coronavirus-Krankheit nicht immunisierte bzw. von dieser Krankheit nicht genesene Personen Zugang zu ihrer Hochschule und ein Studium im Präsenzunterricht. § 32 IfSG erlaube im Hinblick auf das Zitiergebot keine Eingriffe in das Recht auf freie Berufswahl (Art. 12 GG) und den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). In beide Rechte werde aber durch die beanstandete Regelung eingegriffen. Bei den Antragstellern als zukünftige Orchestermusiker bestehe darüber hinaus die Besonderheit, dass sie als Musiker auf Präsenzunterricht angewiesen seien. Die Antragsteller müssten sich entscheiden, ob sie sich impfen ließen oder einen anderen Beruf wählten. Das Infektionsrisiko sei bei nicht getesteten geimpften höher zu bewerten als bei getesteten ungeimpften Personen. Der Eingriff sei in Hinblick auf die völlig unsicheren Planungsmöglichkeiten der Studenten auch unangemessen. Drei der neun Antragsteller seien für die Abschlussprüfung im Februar angemeldet.

9
Der Antragsgegner beantragt,

10
den Antrag abzulehnen und verteidigt die angegriffene Regelung.

11
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Behörden- und Gerichtsakten Bezug genommen.

II.

12
Der zulässige Antrag hat keinen Erfolg.

13
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 in der Hauptsache erhobene Normenkontrollantrag gegen § 5 Abs. 1 15. BayIfSMV hat unter Anwendung des Prüfungsmaßstabs im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO (1.) bei summarischer Prüfung voraussichtlich keinen Erfolg (2.).

14
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.

15
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).

16
2. Nach diesen Maßstäben sind die Erfolgsaussichten der Hauptsache bei der nur möglichen, aber ausreichenden summarischen Prüfung (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 14) voraussichtlich nicht gegeben.

17
a. Die §§ 32 Satz 1, 28a Abs. 7 Nr. 14, 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG in der seit dem 23. November 2021 geltenden Fassung des Infektionsschutzgesetzes (BGBl 2021 I S. 4906) dürften jedenfalls nach summarischer Prüfung eine ausreichende Rechtsgrundlage für die angegriffene Regelung des § 5 Abs. 1 15. BayIfSMV darstellen. Dies gilt auch im Hinblick auf das von den Antragsstellern gerügte Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 1GG). Der Gesetzgeber kommt mit der Regelung der §§ 28 Abs. 1, 28a IfSG dem in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG angelegten Ausgestaltungs- und Regelungsauftrag nach (BayVGH, B. v. 25.2.2021 - 20 NE 21.460 - juris Rn 14).

18
Nach § 28a Abs. 7 Nr. 4 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 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 nach dem Willen des Gesetzgebers die Verpflichtung zur Vorlage von Impf-, Genesenen- oder Testnachweisen sowie an die Vorlage solcher Nachweise anknüpfende Beschränkungen des Zugangs in den oder bei den in § 28a Abs. 1 Nr. 4 bis 8 und 10 bis 16 IfSG im einzelnen genannten Betrieben, Gewerben, Einrichtungen, Angeboten, Veranstaltungen, Reisen und Ausübungen gehören können. Die Norm ermöglicht es, den Zugang zu den genannten Betrieben und Einrichtungen an den Nachweis der Impfung oder Genesung zu knüpfen.

19
b. Die von den Antragstellern angegriffene Bestimmung steht mit der Ermächtigungsgrundlage der §§ 32 Satz 1, 28a Abs. 7 Nr. 4, 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG im Einklang und erweist sich bei summarischer Prüfung auch im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG derzeit nicht als offensichtlich unverhältnismäßig.

20
aa. Die vom Verordnungsgeber gewählte Verpflichtung zum Nachweis der Impfung oder der Genesung als Zugangsvoraussetzung für die in § 5 Abs. 1 15. BayIfSMV genannten Einrichtungen ist von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt. Insbesondere lässt sich § 28a Abs. 7 Nr. 4 IfSG nicht entnehmen, dass der Nachweis einer Negativtestung auf das Coronavirus stets dem Nachweis der Impfung oder Genesung gleichgestellt werden muss. Die Konjunktion „oder“ kann in einem ausschließenden Sinn oder in einem einschließenden Sinn verwendet werden (https://www.duden.de/rechtschreibung/oder). Aufgrund des mit der Norm verfolgten Regelungsziels und der Dynamik der pandemischen Entwicklung spricht sehr viel dafür, dass die Konjunktion „oder“ in einem einschließenden Sinn zu verstehen ist. Denn es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber dem Landesverordnungsgeber abhängig von der jeweiligen Entwicklung der pandemischen Situation flexible Handlungsoptionen eröffnen und ihm je nach pandemischer Lage und dem aktuellen fortschreitenden Erkenntnisstand die Vorlage von Impf- und/oder Genesenen- und/oder Testnachweisen in Kombination ohne Festlegung einer qualitativen Rangfolge ermöglichen wollte. Dieses Normverständnis ergibt sich auch aus den zur Auslegung herangezogenen Gesetzesmaterialien. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte ausdrücklich auch die Vorgabe möglich sein, ausschließlich Impf- oder Genesenennachweise - unter Ausschluss von Testnachweisen - vorzulegen (vgl. BT-Drs. 20/15 S. 30, BT-Drs. 20/89 S. 14). Schließlich wird dieses Auslegungsergebnis gestützt durch den Normzusammenhang mit § 28c IfSG und der Schutzausnahmeverordnung (SchAusnahmV) i.d.F. der

Änderung durch Art. 1 v. 10.12.2021 (BGBl 2021 I S. 5175). Die Verordnungsermächtigung des § 28c IfSG geht nicht von einer regelmäßigen und vollständigen Gleichstellung von immunisierten und getesteten Personen aus. Sie eröffnet in Satz 1 zwar grundsätzlich die Möglichkeit hierzu, überlässt aber dem Bundesverordnungsgeber die Wahl und eröffnet diesem die Option, zusätzlich zur Immunisierung Testnachweise zu verlangen (§ 28c Satz 2 IfSG). Eine Entscheidung des Gesetzgebers für eine regelmäßige und vollständige Gleichstellung von getesteten mit geimpften oder genesenen Personen lässt sich daraus nicht ableiten.

21
Schließlich ergibt sich für das dargelegte Normverständnis des § 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 IfSG auch aus der SchAusnahmV, insbesondere aus deren § 3, nichts Anderes. Die dort formulierte Gleichstellung bezieht sich bereits ihrem Wortlaut nach darauf, dass geimpfte und genesene Personen auch unter bestehende Ausnahmebestimmungen für getestete Personen fallen, verbietet also zunächst nur eine Schlechterstellung von geimpften und genesenen gegenüber getesteten Personen. Ihr Regelungszweck erklärt sich durch die Entstehungsgeschichte der am 8. Mai 2021 (BAnz AT 8.5.2021 V1) in Kraft getretenen, insoweit bislang nicht geänderten Norm. Zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens lag die Impfquote in Deutschland bezüglich vollständiger Impfungen lediglich bei etwa 10%, weshalb zum damaligen Zeitpunkt die Testungen und nicht der Impf- oder Genesenenstatus die relevante Bezugsgröße für die Gewährung von Ausnahmen von landesrechtlichen Geboten und Verboten waren (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Mai_2021/2021-05-12-de.pdf?_blob=publicationFile). Diese Situation hat sich mittlerweile angesichts des Impffortschritts in der Bevölkerung grundlegend verändert. Die Impfquote der vollständig Geimpften liegt heute bei etwa 70,8% (https://impfdashboard.de). In den §§ 4, 5 und 6 SchAusnahmV hat der Bundesverordnungsgeber das Auswahlermessen der Landesverordnungsgeber deutlich dahingehend eingeschränkt, dass die Gruppe der geimpften und genesenen Personen von Beschränkungen bei Zusammenkünften, bei der Beschränkung des Aufenthalts außerhalb einer Wohnung oder außerhalb einer Unterkunft sowie bei Absonderungspflichten freigestellt werden muss. Getestete Personen sind hiervon ausdrücklich nicht umfasst und werden damit gegenüber den geimpften und getesteten Personen schlechter gestellt.

22
Im Hinblick auf den durch § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG konkretisierten Schutzzweck des § 28a IfSG, insbesondere „Leben und Gesundheit“ und die nach dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG vom Gesetzgeber zu gewährleistende „Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems“ zu schützen, ist das dargelegte Verständnis der Norm ebenfalls gerechtfertigt. Lässt sich eine nicht immunisierte Person testen, ist lediglich - je nach Aussagekraft des Testergebnisses - zu einem gewissen Grad wahrscheinlich, dass sie selbst nicht ansteckend ist. Die Testung schützt aber im Gegensatz zu einer Impfung (oder nach erfolgter Genesung) nicht (jedenfalls in den meisten Fällen) vor einer Infektion oder zumindest vor schwerwiegenden Krankheitsverläufen im Fall einer Infektion mit dem Coronavirus (Flyer: „Welches Risiko gehe ich bei Treffen mit 2G- oder 3G-Regelungen diesen Winter ein?“, Stand 26. November 2021, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Downloads/Flyer-2G3G.pdf?blob=publicationFile). Durch eine Testung können allenfalls zu einem gewissen Teil Infektionen entdeckt und deren Weiterverbreitung verhindert, nicht aber Infektionen der getesteten Personen selbst verhindert werden. Dass die nicht-immunisierten Getesteten selbst schwer erkranken und auf die Inanspruchnahme der öffentlichen Gesundheitsfürsorge angewiesen sind, kann durch deren Testung nicht ausgeschlossen werden. Der Verordnungsgeber hat diesem Differenzierungskriterium in nicht zu beanstandender Weise Rechnung getragen, indem er für in der angegriffenen Norm bestimmte Bereiche den Zugang an die Vorlage eines Impf- oder Genesenennachweises knüpft.

23
bb. Eine Unvereinbarkeit der angegriffenen Norm mit § 28a Abs. 3 IfSG, der gemäß § 28a Abs. 7 Satz 3 IfSG auch für Maßnahmen nach § 28a Abs. 7 Satz 1 IfSG entsprechend gilt, ist in der derzeitigen pandemischen Lage bei summarischer Prüfung nicht erkennbar.

24
Die Infektionslage stellt sich nach der Einschätzung des Robert-Koch-Instituts (RKI) in der Risikobewertung vom 20. Dezember 2021 im Wesentlichen folgend dar:

25

„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.

26
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.

27
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.

28
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.

29
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.“

30
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, BayMBl. 2021 Nr. 949) folgendes Lagebild zur Grundlage der angefochtenen Regelung gemacht:

31
„Ab Mitte Oktober war ein starker Anstieg der Meldefälle 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 Meldefällen 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 Meldefälle 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.

32
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.

33
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/gesundheit/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).

34
Die oben genannte Hospitalisierungsinzidenz ist aktuell nicht hinreichend valide, weil es aufgrund der extrem hohen Infektionszahlen zu erheblichen Meldeverzügen der Gesundheitsämter kommt.

35
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). 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).

36
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).

37
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).

38
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.

39
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).

40
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.

41
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.

42
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.

43
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.

44
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.

45
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.“

46
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.

47
cc. Die Beschränkung des Zugangs zu den in § 5 Abs. 1 15. BayIfSMV genannten Einrichtungen auf Personen, die nachweisen können, geimpft oder genesen zu sein, erweist sich aller Voraussicht nach auch nicht als unverhältnismäßig.

48
Die Regelung ist geeignet, Ansteckungen in geschlossenen Räumen der in § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 15. BayIfSMV genannten Betriebe und Einrichtungen zu verhindern oder zumindest auf immunisierte Personen zu beschränken, damit einer Verbreitung von Covid-19 entgegenzuwirken und das Risiko schwerer Krankheitsverläufe mit der Folge der Überlastung der intensivmedizinischen Versorgungskapazitäten zu verringern. Nach der Risikoeinschätzung des RKI erweist sich die Infektionsgefährdung 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.

49
Die angegriffene Regelung erscheint bei summarischer Prüfung auch erforderlich zur Erreichung des Normzwecks. Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, dass dem Verordnungsgeber in der oben beschriebenen derzeitigen Phase der Pandemie zur Erreichung der in § 28a Abs. 3 IfSG formulierten Ziele im Rahmen des derzeit geltenden Regelungssystems mildere Mittel zur Verfügung stehen würden. Insbesondere ist ein Testerfordernis für nicht-immunisierte Personen nicht gleichermaßen geeignet, da nur-getestete Personen vor schwerwiegenden Krankheitsverläufen bei einer Infektion - im Gegensatz zu geimpften oder genesenen Personen - überhaupt nicht geschützt sind und nach derzeitigem Kenntnisstand die Infektion auch in stärkerem Ausmaß und für einen längeren Zeitraum weiterverbreiten können.

50
Durchgreifende Zweifel an der Angemessenheit der Maßnahme bestehen voraussichtlich nicht (im Erg. a.A. wohl VGH BW, B. v. 17.12.2021 - 1 S 3670/21 - http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw& GerichtAuswahl= VGH+Baden-W%FCrttemberg& Art=en& Datum=2021& nr=36401& pos=1& anz=263). Das Gewicht des mit der angegriffenen Norm verbundenen Eingriffs in die Grundrechte der Normadressaten steht angesichts der Grundentscheidung des Gesetzgebers für die Zulässigkeit solcher Zugangsbeschränkungen (zum weiten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers vgl. BVerfG, B.v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21 - juris), der Bedeutung der betroffenen Betriebe und Einrichtungen für die Grundrechtsausübung der Betroffenen und des grundsätzlich befristeten Geltungszeitraums der Norm (vgl. § 28a Abs. 7 Satz 3 i.V.m. Abs. 5 IfSG) jedenfalls bislang nicht außer Verhältnis zu dem Regelungsziel, Leben und Gesundheit der Bevölkerung zu schützen und eine Überlastung der (intensiv-)medizinischen Behandlungskapazitäten zu vermeiden.

51

Die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte des Verordnungsermessens dürfte bei Verordnungen, die auf § 28a Abs. 1 und 7 IfSG basieren, zurückgenommen sein. Anders als unter der Geltung des § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG i.d.F. vom 27. März 2020 (BGBl. 2020 I S. 587 ff.; BT-Drucks 19/18111; vgl. hierzu BayVGH, B.v. 4.10.2021 - 20 N 20.767 - juris) hat der Gesetzgeber für Maßnahmen gegen COVID-19 ein ausführliches Maßnahmenpaket beschrieben und Eingriffsvoraussetzungen formuliert. Insoweit kommt § 28a Abs. 3 IfSG i.d.F. vom 10. September 2021 (BGBl. 2021 I S. 4147) als Zielvorgabe und Maßstab der infektionsschutzrechtlichen Schutzmaßnahmen zentrale Bedeutung zu. Die grundsätzliche Erwägung des Verordnungsgebers, die derzeitige pandemische Lage lasse den Studienbetrieb in Präsenz nur unter den 2G-Voraussetzungen zu, stellt keine sachfremde Erwägung dar. Durchgreifende Zweifel an der Angemessenheit der Maßnahme sind - jedenfalls im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes - auch nicht erkennbar. Im Rahmen der Angemessenheit der Maßnahme ist zu berücksichtigen, dass nach § 5 Abs. 3 15. BayIfSMV Personen im Rahmen der Durchführung von Prüfungen bei Vorlage eines Testnachweises nach § 4 Abs. 6 Nr. 1 (Nr. 1), und im Rahmen der Durchführung laufender Prüfungsblöcke, die bereits vor dem 24. November 2021 begonnen haben (Nr. 3), zugelassen werden können. Zudem ist die Impfung gegen COVID-19 nach der derzeitigen Rechtslage für die Antragsteller grundsätzlich freiwillig. Die Ablehnung der Impfung durch sie beruht mangels anderweitigen Vortrags wohl allein auf ihrer autonomen Entscheidung. Anders als bei vollständigen Zugangsverboten im bisherigen Verlauf der Pandemie steht es den Antragstellern, die keine Kontraindikationen der Impfung geltend gemacht haben, jedoch frei durch die Impfung das für sie bestehende Zugangshindernis auszuräumen. Nach derzeitigem Kenntnisstand sind schwerwiegende Nebenwirkungen der Impfung sehr selten und ändern nicht das positive Nutzen-Risiko-Verhältnis der Impfstoffe (Sicherheitsbericht des Paul-Ehrlich-Instituts vom 23.12.2021 S. 4, https://www.pei.de/SharedDocs/Downloads/DE/newsroom/dossiers/sicherheitsbe-richte/sicherheitsbericht-27-12-20-bis-30-11-21.pdf? blob=publicationFile& v=7). Dieser Umstand ist bei der Bewertung der Eingriffstiefe in Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigen. Im Übrigen enthält der Vortrag der Antragsteller keine substantiellen Ausführungen zum Studienbetrieb für nicht geimpfte Studierende. Sollten die Besonderheiten des Studienganges im Hinblick auf die Grundrechtsgewährleistung des Art. 12 GG Ausnahmen von der 2G-Regelung erforderlich machen, so hat die zuständige Behörde hierüber nach § 16 Abs. 2 Satz 2 15. BayIfSMV im Einvernehmen mit der zuständigen Regierung zu entscheiden. Eine Außervollzugsetzung der gesamten Regelung des § 5 Abs. 1 15. BayIfSMV rechtfertigt dieser Gesichtspunkt nicht.

52
Der Verordnungsgeber 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.

53
3. 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 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.

54
4. Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach § 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO i.V.m. § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO wird abgelehnt, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet

55
Dieser Beschluss ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO.