VGH München, Beschluss v. 15.12.2022 – 22 ZB 21.2925

Titel:

Widerruf der Gaststättenerlaubnis wegen Nichtbefolgung der Maskenpflicht

Normenketten:

GastG § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 15 Abs. 2
IfSG § 28 Abs. 1, § 32
VwGO § 124 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3

Leitsatz:

Dem Widerruf einer Gaststättenerlaubnis wegen Unzuverlässigkeit, weil im Zeitraum zwischen August und Oktober 2020 Hygienevorgaben aufgrund der 6. und 7. BayIfSMV zur Bekämpfung der Corona-Pandemie nicht umgesetzt wurden, kann nicht entgegengehalten werden, dass diese Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnungen nicht von der Ermächtigungsgrundlage im IfSG gedeckt gewesen seien. (Rn. 28 – 40) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Widerruf einer Gaststättenerlaubnis wegen Unzuverlässigkeit, Verstoß gegen infektionsschutzrechtliche Vorschriften, ausreichende Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Vorschriften zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung in Gaststätten auch vor Inkrafttreten des § 28a IfSG, Gaststättenerlaubnis, Widerruf, Unzuverlässigkeit, Corona, Pandemie, Maske, Ermächtigungsgrundlage

Vorinstanz:

VG Augsburg, Urteil vom 14.10.2021 – Au 5 K 21.270

Fundstellen:

NWB 2023, 753
LSK 2022, 38948

Tenor

I. Der Antrag auf Zulassung der Berufung wird abgelehnt.

II. Die Klägerin hat die Kosten des Zulassungsverfahrens zu tragen.

III. Der Streitwert für das Zulassungsverfahren wird auf 30.000 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

1
Die Klägerin verfolgt mit ihrem Zulassungsantrag ihr erstinstanzliches Begehren weiter, das auf die Aufhebung des Widerrufs ihrer Gaststättenerlaubnis, der Schließungsanordnung ihres Betriebs sowie der Untersagung des Betriebs ihres Ladengeschäfts gerichtet ist.

2
Mit Bescheid vom 30. Januar 2018 erteilte das Landratsamt L.der Klägerin die Erlaubnis zum Betrieb der Schank- und Speisewirtschaft „Café H.“ in der Betriebsstätte H.straße …, … L.Ausweislich einer Gewerbeummeldung vom 30. Mai 2018 verkaufte die Klägerin an der Betriebsstätte auch Wohnaccessoires, Tee und Kräuter, Geschenkartikel und Möbel.

3
Mit Bescheid vom 15. Januar 2021 widerrief das Landratsamt L.die Gaststättenerlaubnis (Nr. 1), verpflichtete die Klägerin, den Ausschank- und Bewirtungsbetrieb unverzüglich einzustellen und alle damit verbundenen Einrichtungen stillzulegen (Nr. 2), untersagte ab sofort das Betreiben eines Ladengeschäfts mit Kundenverkehr (Nr. 3) und ordnete für die Nrn. 1-3 die sofortige Vollziehung an (Nr. 4). Die Anordnung in Nr. 1 des Bescheids stütze sich auf § 15 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG. Die Klägerin sei

gaststättenrechtlich unzuverlässig, weil sie im Zeitraum zwischen August und Oktober 2020 Hygienevorgaben aufgrund der 6. und 7. BayIfSMV zur Bekämpfung der Corona-Pandemie nicht umgesetzt habe. Die Schließungsanordnung (Nr. 2 des Bescheids) beruhe auf § 15 Abs. 2 GewO und erfolge im pflichtgemäßen Ermessen. Nr. 3 des Bescheids beruhe auf § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO.

4
Mit Inkrafttreten der 8. BayIfSMV am 2. November 2020 wurde der Betrieb von Gaststätten weitgehend untersagt (§ 13 der 8. BayIfSMV). Dies änderte sich bis zum Bescheiderlass nicht.

5
Der Antrag der Klägerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen den Bescheid blieb erst- und zweitinstanzlich erfolglos (VG Augsburg, B.v. 9.3.2021 - Au 5 S 21.273; BayVGH, B.v. 31.5.2021 - 22 CS 21.902).

6
Das Verwaltungsgericht wies die im Hauptantrag auf Aufhebung und im Hilfsantrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheids gerichtete Klage mit Urteil vom 14. Oktober 2021 ab, das den Bevollmächtigten der Klägerin am 28. Oktober 2021 zugestellt wurde. Mit Schriftsatz vom 22. November 2021, beim Verwaltungsgericht am gleichen Tag eingegangen, beantragte die Klägerin die Zulassung der Berufung und begründete diese mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2021, beim Verwaltungsgerichtshof am gleichen Tag eingegangen, sowie mit weiterem Schriftsatz vom 6. April 2022.

7
Der Beklagte ist dem Zulassungsantrag entgegengetreten.

8
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichts- und Behördenakten verwiesen.

II.

9
Der Antrag auf Zulassung der Berufung bleibt ohne Erfolg, da sich aus den Darlegungen in der Antragsbegründung der Klägerin (vgl. zu deren Maßgeblichkeit § 124a Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 Satz 2 VwGO) nicht ergibt, dass die Voraussetzungen für eine Zulassung der Berufung vorliegen.

10
1. Die Anfechtungsklage der Klägerin (Hauptantrag) ist nicht dadurch unzulässig geworden, dass sie ihr Gewerbe am 1. September 2021 abgemeldet und nach Angaben des Beklagten zwischenzeitlich keinen Wohnsitz mehr in Deutschland hat. Denn der bestandskräftige Widerruf der Gaststättenerlaubnis sowie die Gewerbeuntersagung sind nach § 31 GastG, § 149 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a und b GewO in das Gewerbezentralregister einzutragen, so dass das Rechtsschutzbedürfnis allein durch die Aufgabe der Gaststätte oder des Gewerbes nicht entfällt (vgl. hierzu VGH BW, B.v. 10.12.2013 - 6 S 2112.13 - juris Rn. 23; HessVGH, B.v. 28.4.1993 - 14 TH 663.93 - juris Rn. 6).

11
2. Die Klägerin macht ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO geltend, die jedoch nicht vorliegen.

12
Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils bestehen dann, wenn nach dem Vortrag des Rechtsmittelführers gegen die Richtigkeit des Urteils gewichtige Gesichtspunkte sprechen. Davon ist immer dann auszugehen, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt wird und wenn sich nicht ohne nähere Prüfung die Frage beantworten lässt, ob die Entscheidung möglicherweise im Ergebnis aus einem anderen Grund richtig ist (BVerfG, B.v. 7.10.2020 - 2 BvR 2426/17 - juris Rn. 15; BVerwG, B.v. 10.3.2004 - 7 AV 4/03 - juris Rn. 9). Der Rechtsmittelführer muss konkret darlegen, warum die angegriffene Entscheidung aus seiner Sicht im Ergebnis falsch ist. Dazu muss er sich mit den entscheidungstragenden Annahmen des Verwaltungsgerichts konkret auseinandersetzen und im Einzelnen dartun, in welcher Hinsicht und aus welchen Gründen diese Annahmen ernstlichen Zweifeln begegnen (Happ in Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 124a Rn. 62 f.).

13
2.1 Die Klägerin weist darauf hin, sie habe bereits erstinstanzlich vorgetragen, dass die auf der Grundlage des § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 i.V.m. § 28a Abs. 1 und 3 IfSG (in Bezug auf § 28 und § 28a IfSG gemeint wohl in der Fassung vom 18.11.2020, BGBl I S. 2397) erlassenen Rechtsverordnungen des Beklagten, jedenfalls seit der 11. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnung (BayIfSMV), rechtswidrig/verfassungswidrig seien, weil insoweit nicht den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts, der Wesentlichkeitslehre sowie des Bestimmtheitsgrundsatzes bezüglich Inhalt, Zweck und Ausmaß der Norm Genüge getan werde. Die pauschale Ermächtigung genüge nicht für schwerwiegende Grundrechtseingriffe. Verschiedene Regelungen aus dem Katalog des § 28a Abs. 1 IfSG selbst seien auch zu unbestimmt. Zudem sei der Großteil der als Schutzmaßnahmen bezeichneten Eingriffshandlungen nach § 28a Abs. 1 IfSG praktisch ausschließlich an Nichtstörer gerichtet, ohne dass auf die Auswirkungen der Maßnahmen auf die Betroffenen eingegangen würde.

14
Auch § 28a Abs. 3 IfSG erweise sich als verfassungswidrig, weil die Regelung im Rahmen der Gefahrenprognose mit dem Inzidenzwert an eine willkürliche Größe anknüpfe. Jedenfalls lägen die Voraussetzungen des Tatbestands des § 28a Abs. 3 IfSG nicht vor. Die Anzahl von Neuinfektionen könne nicht mittels PCR-Tests festgestellt werden, da diese Tests kein geeignetes und zugelassenes Diagnostikmittel zum Nachweis von infektiösen (replikationsfähigen) SARS-CoV-2 Viren seien. Auch sei das Testverfahren bei asymptomatischen Menschen nicht geeignet, eine Infektion mit SARS-CoV-2 zu erkennen. Da eine Infektion nach dem IfSG aber die Vermehrungsfähigkeit des Virus voraussetze, seien PCR-Tests zum Nachweis von (Neu-)Infektionen nicht geeignet. Die Erhebung von positiven PCR-Tests weise zudem methodische Mängel auf.

15
Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung resultierten insoweit aus der unzureichenden Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts, erst recht aus einer unterbliebenen Beweiserhebung. Der Sachvortrag sowie Beweisangebote der Klägerin hierzu seien übergangen worden. Würde sich durch Sachverständigenbeweis herausstellen, dass die durch das RKI festgestellten Inzidenzzahlen eine falsche Datengrundlage schafften, fehle es an der Berechtigung des Beklagten, auf dieser Basis Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnungen zu erlassen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage sei vorliegend der Zeitpunkt des Erlasses des streitgegenständlichen Widerrufsbescheides vom 15. Januar 2021. Hätten zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen des § 28a Abs. 3 Satz 4 IfSG nicht vorgelegen, sei der Beklagte nicht berechtigt gewesen, Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnungen, insbesondere die 9. - 11. BayIfSMV, zu erlassen. Daher seien die darin angeordneten Verpflichtungen zum Tragen von Mund-Nasen-Bedeckungen (MNB) sowie die weiteren Vorgaben für Gastronomiebetriebe und Handelsbetriebe rechtswidrig und könnten den angefochtenen Bescheid nicht tragen.

16
Auch wenn man auf die Zeitpunkte der vermeintlichen Verstöße der Klägerin vor dem 19. November 2020 abstellen würde, sei darauf hinzuweisen, dass bisher nicht höchstrichterlich rechtskräftig entschieden sei, dass die Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnungen Nr. 6 bis 8 als von der Ermächtigungsgrundlage des § 28 Abs. 1 IfSG gedeckt angesehen worden seien.

17
2.2 Das Verwaltungsgericht hat ausgeführt, die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Widerruf der Gaststättenerlaubnis hätten vorgelegen. Die Klägerin sei mindestens seit August 2020 unwillig gewesen, gaststättenrechtliche Pflichten einzuhalten, insbesondere die Vorschriften über die Pflicht zum Tragen einer MNB zu beachten. Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 der zum Zeitpunkt der Verstöße maßgeblichen 6. und 7. BayIfSMV habe in Handels- und Dienstleistungsbetrieben für Personal und Kunden die Maskenpflicht bestanden. Auch in Gastronomiebetrieben habe für das Personal im Servicebereich oder in Bereichen, in denen ein Mindestabstand von 1,5 m nicht eingehalten werden könne, sowie für Gäste, solange sie sich nicht an ihrem Platz befänden, die Maskenpflicht gegolten (§ 13 Abs. 4 Satz 2 der 6. BayIfSMV und § 13 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 der 7. BayIfSMV). Das Gericht habe keine durchgreifenden Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Maskenpflicht in Handelsbetrieben sowie in der Gastronomie. Der BayVGH habe bereits wiederholt ausgeführt, dass die Maskenpflicht als Bestandteil des jeweiligen Gesamtkonzepts der

BayIfSMV zum Schutz vor einer ungehinderten Ausbreitung bzw. zur Kontrolle des Infektionsgeschehens voraussichtlich geeignet sei und für die Betroffenen im Regelfall keine unzumutbare Belastung darstelle.

18
Soweit die Klägerin vorbringe, dass insbesondere die Regelungen der 6. BayIfSMV rechtswidrig seien, weil sie nicht auf einer ausreichenden Rechtsgrundlage beruhten, greife dies nicht durch. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof habe bereits in mehreren Eilentscheidungen entschieden, dass die im Zusammenhang mit der SARS-CoV-2-Pandemie erlassenen Bestimmungen in § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG grundsätzlich eine ausreichende Rechtsgrundlage finden dürften. Auch die Verpflichtung zum Tragen einer MNB sei vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof als von der Ermächtigungsgrundlage in § 28 Abs. 1 IfSG gedeckt angesehen worden. Nach § 28 Abs. 1 IfSG treffe die Behörde bei Vorliegen der sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen die notwendigen Schutzmaßnahmen, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich sei, worunter eine Anordnung zum Tragen von Schutzmasten grundsätzlich fallen dürfte. Die Anordnung zum Tragen einer MNB dürfte in der damaligen und aktuellen Situation bei Einhaltung eines möglichst weiten Abstand zu anderen Personen und Befolgung allgemeiner Hygieneregeln eine grundsätzliche geeignete Maßnahme sein, die Infektionszahlen zu reduzieren. Dies gelte auch für die Verpflichtung von Mitarbeitern in der Gastronomie, eine Maske zu tragen, wobei nach der 6. und 7. BayIfSMV lediglich eine Alltagsmaske aus Stoff verlangt gewesen sei.

19
Der Verordnungsgeber könne die Verpflichtung zum Tragen einer MNB jedenfalls seit dem 20. November 2020 auf die seitdem gültige Regelung in § 28a i.V.m. § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG stützen. Der BayVGH habe auch keine durchgreifenden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 28a IfSG.

20
2.3 Gründe für die Zulassung der Berufung ergeben sich aus dem Vortrag der Klägerin nicht.

21
2.3.1 Soweit die Klägerin meint, § 28a IfSG (wohl gemeint in der Fassung vom 18.11.2020, BGBl I S. 2397) sei verfassungswidrig bzw. die Voraussetzungen des § 28a Abs. 3 Satz 4 IfSG hätten jedenfalls nicht vorgelegen, weil PCR-Tests nicht geeignet seien, Auskunft über die Zahl bestehender Infektionen mit dem Coronavirus zu geben, geht der Vortrag ins Leere.

22
2.3.1.2 Dies betrifft zunächst die Rüge nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO. § 28a IfSG ist für den vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich; die Frage seiner Verfassungsmäßigkeit oder des Vorliegens seiner Tatbestandsvoraussetzungen kann sich daher auf die Ergebnisrichtigkeit des erstinstanzlichen Urteils nicht auswirken. Denn die Verstöße gegen infektionsschutzrechtliche Vorschriften, die dem angefochtenen Bescheid zugrunde liegen, haben sich sämtlich vor dem 2. November 2020 - dem Tag des Inkrafttretens der 8. BayIfSMV, mit der der Betrieb von Gaststätten weitgehend untersagt wurde (vgl. § 13 der 8. BayIfSMV) - und damit auch vor Inkrafttreten des § 28a IfSG am 19. November 2020 (s. Art. 8 des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020, BGBl I S. 2397) ereignet. Vorliegend sind für die vom Beklagten angestellte Prognose der gaststättenrechtlichen Unzuverlässigkeit der Klägerin allein die Vorschriften der 6. und 7. BayIfSMV (vgl. die 6. BayIfSMV vom 19. Juni 2020, BayMBl Nr. 348, und die 7. BayIfSMV vom 1.10.2020, BayMBl Nr. 562) maßgeblich, die am 22. Juni 2020 bzw. am 2. Oktober 2020 in Kraft traten und nicht auf § 28a IfSG gestützt sind.

23
Entgegen der Auffassung der Klägerin kommt es insoweit nicht auf den Zeitpunkt des Bescheiderlasses (15. Januar 2021) und die in diesem Zeitpunkt geltenden Rechtsvorschriften an. Zwar ist grundsätzlich die im Zeitpunkt des Bescheiderlasses geltende Sach- und Rechtslage maßgeblich für die Rechtmäßigkeit des Widerrufs der gaststättenrechtlichen Erlaubnis und der Gewerbeuntersagung (vgl. zur gaststättenrechtlichen Erlaubnis etwa BayVGH, B.v. 5.10.2021 - 22 CS 21.1859 - juris Rn. 10 m.w.N.; zur Gewerbeuntersagung BVerwG, U.v. 15.4.2015 - 8 C 6.14 - juris Rn. 15). Damit wird vor allem zum Ausdruck gebracht, dass Umstände, die nach Bescheiderlass eingetreten sind, bei der Beurteilung der gaststättenrechtlichen bzw. gewerberechtlichen Zuverlässigkeit nicht berücksichtigt werden können (vgl. BVerwG, U.v. 15.4.2015 - 8 C 6.14 - juris Rn. 15 m.w.N.). Geht es - wie hier - dagegen darum, dass sich die Prognose der gaststättenrechtlichen Unzuverlässigkeit auf zu bestimmten Zeitpunkten vor Bescheiderlass begangene

Verstöße gegen infektionsschutzrechtliche Vorschriften stützt, so kann das insoweit maßgebliche Verhalten der Klägerin im Zeitraum zwischen August und Oktober 2020 schon aus rechtsstaatlichen Gründen nur an den zum jeweiligen Zeitpunkt geltenden Vorschriften gemessen werden. Für die von der Klägerin in diesem Zeitraum begangenen Verstöße ist es irrelevant, dass sich die Rechtslage ab November 2020 bis zum Bescheiderlass mehrfach geändert hat.

24
2.3.1.2 Auch soweit der Vortrag der Klägerin bezüglich der Eignung von PCR-Tests zur Feststellung von Infektionen mit dem Corona-Virus als Rüge eines Verfahrensmangels - im Sinne eines Verstoßes gegen den Untersuchungsgrundsatz nach § 86 Abs. 1 VwGO oder gegen das Recht auf rechtliches Gehör nach § 108 Abs. 2 VwGO, Art. 103 Abs. 1 GG - aufzufassen sein sollte, führt er nicht zur Zulassung der Berufung.

25
Ein Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz scheidet deshalb aus, weil das Verwaltungsgericht nicht verpflichtet war, Sachverhaltsermittlungen zu aus seiner Sicht nicht entscheidungserheblichen Fragen anzustellen (vgl. Schübel-Pfister in Eyermann, VwGO, § 86 Rn. 27 m.w.N.). Es kommt insoweit auf den materiell-rechtlichen Standpunkt des Verwaltungsgerichts an (BVerwG, B.v. 30.12.2016 - 9 BN 3.16 - juris Rn. 4; Happ in Eyermann, VwGO, § 124 Rn. 48). Auch das Verwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass maßgeblich für den Rechtsstreit die Vorschriften der 6. und 7. BayIfSMV sind, die auf § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG in der zum jeweiligen Erlasszeitpunkt geltenden Fassung gestützt waren (UA Rn. 49 ff., 53). Wie der Beklagte hat auch das Verwaltungsgericht die gaststättenrechtliche Unzuverlässigkeit der Klägerin aus den von ihr zwischen August und Oktober 2020 begangenen Verstößen gegen die Vorschriften der beiden Verordnungen abgeleitet. Soweit das Gericht zusätzlich darauf hingewiesen hat, dass der Verordnungsgeber die Verpflichtung zum Tragen einer MNB seit dem 20. November 2020 auf die seitdem gültige Regelung in § 28a i.V.m. § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG stützen könne (UA Rn. 52), ist dies offensichtlich keine entscheidungstragende Aussage.

26
Auch kann kein Verstoß gegen das Recht auf rechtliches Gehör darin gesehen werden, dass sich das Verwaltungsgericht nur ganz knapp zu § 28a IfSG geäußert hat. Denn der Anspruch auf rechtliches Gehör vermittelt keinen Schutz davor, dass ein Gericht aus Gründen des materiellen Rechts Parteivorbringen nicht weiter aufnimmt (vgl. BVerwG, B.v. 19.7.2017 - 8 C 8.17 - juris Rn. 3 m.w.N.); in seiner Entscheidung kann sich das Gericht auf die Darstellung und Würdigung derjenigen rechtlichen Gesichtspunkte beschränken, auf die es nach seinem Rechtsstandpunkt entscheidungserheblich ankommt (vgl. BVerwG, B.v. 23.3.2021 - 1 B 19.21 - juris Rn. 3).

27
2.3.1.3 Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen kann offenbleiben, inwieweit die Ausführungen der Klägerin im Schriftsatz vom 6. April 2022 unter dem Gesichtspunkt des § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO im Zulassungsverfahren überhaupt zu berücksichtigen waren.

28
2.3.2 Auch soweit die Klägerin meint, die 6. und 7. BayIfSMV seien entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht von der Ermächtigungsgrundlage des § 32 Satz 1 i.V.m. 28 Abs. 1 IfSG gedeckt gewesen, führt dies nicht zur Zulassung der Berufung.

29
Insoweit bestehen schon erhebliche Zweifel an der hinreichenden Darlegung des Zulassungsgrundes (§ 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO). Der Vortrag der Klägerin (Schriftsatz vom 23.12.2021, S. 5 und 9) beschränkt sich insoweit darauf, es sei bisher höchstrichterlich nicht rechtskräftig entschieden, dass die 6. bis 8. BayIfSMV von einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage gedeckt seien. In seinem Beschluss vom 4. Oktober 2021 - 20 N 20.767 - habe der BayVGH zwar die in Eilverfahren vertretene Rechtsauffassung bestätigt, dass die betreffenden Bestimmungen in § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG grundsätzlich eine ausreichende Rechtsgrundlage finden dürften, doch sei die Entscheidung nicht rechtskräftig. Dem klägerischen Vortrag mangelt es damit vollständig an einer Darlegung, aus welchen Gründen § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG (in der Fassung vom 27.3.2020, BGBl I S. 587) nicht als hinreichende Rechtsgrundlage für die 6. und 7. BayIfSMV hätten dienen sollen.

30

In der Rechtsprechung finden sich dazu auch keinerlei Anhaltspunkte, die trotz des äußerst knappen klägerischen Vortrags für eine Zulassung der Berufung sprechen würden. Außer den vom Verwaltungsgericht zitierten Eilentscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs hierzu (BayVGH, B.v. 30.3.2020 - 20 NE 20.632 - juris; B.v. 9.4.2020 - 20 NE 20.663 - BeckRS 2020, 5446; B.v. 28.4.2020 - 20 NE 20.849 - BeckRS 2020, 7227) ist inzwischen auch in Hauptsacheentscheidungen von Oberverwaltungsgerichten angenommen worden, dass § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG jedenfalls für einen vorübergehenden Zeitraum als Rechtsgrundlage für Beschränkungen während der Pandemie herangezogen werden konnten.

31
So hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof im von der Klägerin genannten Beschluss vom 4. Oktober 2021 - 20 N 20.767 - juris Rn. 42 ff. bezogen auf § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG in der Fassung vom 27. März 2020 (BGBl I S. 587) zutreffend ausgeführt:

32
„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.).

33
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).

34
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.

35
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).

36
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.“

37
Die Klägerin legt nicht dar, aus welchen Gründen die vorgenannten Ausführungen unzutreffend sein sollten. Die derzeit - aufgrund der seitens des Freistaates Bayern mit Blick auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs zu den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingelegten Revision - noch fehlende Rechtskraft des Beschlusses allein genügt nicht, um ernstliche Zweifel an der Annahme des Verwaltungsgerichts zu begründen, dass die streitgegenständlichen Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnungen auf § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG gestützt werden konnten.

38
Auch der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat zwischenzeitlich eine Hauptsacheentscheidung zu den betreffenden Normen getroffen, die sich auf die Rechtmäßigkeit der Schließung von Gaststätten aus Gründen des Infektionsschutzes in Baden-Württemberg in der Zeit ab dem 20. März 2020 bezieht (vgl. VGH BW, U.v. 2.6.2022 - 1 S 1067.20 - Rn. 81 ff.). Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat in der Entscheidung zwar ausgeführt, dass aus Gründen des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips Maßnahmen, die schwerwiegend in Grundrechte eingreifen, nur für einen begrenzten Zeitraum auf eine Generalklausel wie § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG gestützt werden könnten. Er hat aber auf dieser Grundlage die Schließung von Gaststätten - einen ganz erheblichen Grundrechtseingriff - für den im Verfahren streitgegenständlichen Zeitraum als zulässig angesehen (vgl. VGH BW, U.v. 2.6.2022 - 1 S 1067.20 - Rn. 105 ff.).

39
Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Anordnung der Maskenpflicht in Gaststätten sowohl für das Personal als auch für die Gäste, solange sich diese nicht an ihrem Platz befinden, um einen weitaus weniger schwerwiegenden Grundrechtseingriff handelt als bei der vollständigen Schließung von Gaststätten (wie im Fall des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg) sowie bei Ausgangsbeschränkungen (so im Verfahren des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs). Bei der Anordnung der Maskenpflicht in Gaststätten handelt es sich nicht um die Regelung einer mehrdimensionalen komplexen Grundrechtskonstellation. Der Grundrechtseingriff durch die Maskenpflicht ist von einem gewissen Gewicht, hat jedoch keine besonders ausgeprägte Eingriffstiefe (VGH BW, B.v. 25.6.2020 - 1 S 1739.20 - juris Rn. 61). Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat in seinem oben zitierten Beschluss zu Recht darauf hingewiesen, dass die Anforderungen des Parlamentsvorbehalts von dem Eingriffsgewicht der jeweiligen Maßnahme abhängen (BayVGH, B.v. 4.10.2021 - 20 N 20.767 - juris Rn. 43).

40
Vor diesem Hintergrund ist insbesondere aus dem klägerischen Vortrag nicht erkennbar, aber auch sonst nicht ersichtlich, dass die 6. und 7. BayIfSMV im für das vorliegende Verfahren maßgeblichen Zeitraum zwischen August und Oktober 2020 - unter dem Gesichtspunkt des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG - in § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage gefunden hätten.

41
3. Die Klägerin macht weiterhin besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten der Rechtssache nach § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO geltend. Sie bezieht sich dazu auf ihren Vortrag zu den Voraussetzungen des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO. Die Beantwortung der Fragen, ob ein PCR-Test geeignet sei, Inzidenzen feststellen zu können, ob der Tatbestand des § 28a Abs. 3 IfSG erfüllt sei, ob § 28a IfSG verfassungsgemäß sei und ob § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Erlass insbesondere der 6. - 9. BayIfSMV darstelle, sei überdurchschnittlich schwierig; eine höchstrichterliche rechtskräftige Entscheidung liege nicht vor, zumal der BayVGH über diverse Normenkontrollverfahren (Hauptsacheverfahren) noch nicht entschieden habe.

42
Ein Zulassungsgrund nach § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO ergibt sich daraus nicht. Eine Berufungszulassung wegen besonderer rechtlicher Schwierigkeiten setzt voraus, dass der Rechtsstreit eine in einem Berufungsverfahren klärungsbedürftige und klärungsfähige - nämlich entscheidungserhebliche - Rechtsfrage aufwirft. Klärungsbedürftig ist die Rechtsfrage nur dann, wenn ihre Beantwortung sich nicht ohne weiteres aus dem Gesetz ergibt und sie sich auch nicht auf Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung mithilfe der üblichen Regeln sachgerechter Gesetzesinterpretation beantworten lässt (vgl. BVerwG, B.v. 24.8.1999 - 4 B 72.99 - juris Rn. 7; Happ in Eyermann, VwGO, § 124 Rn. 28; Kraft in Eyermann, VwGO, § 132 Rn. 20).

43
Wie unter 2.3.1.2 ausgeführt, ist § 28a IfSG für den Rechtsstreit nicht entscheidungserheblich, mithin ist die darauf bezogene Frage nicht klärungsfähig. Soweit es um § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG geht, ist die Frage nicht klärungsbedürftig. Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage nur dann, wenn ihre Beantwortung sich nicht ohne weiteres aus dem Gesetz ergibt und sie sich auch nicht auf Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung mithilfe der üblichen Regeln sachgerechter Gesetzesinterpretation beantworten lässt (vgl. BVerwG, B.v. 24.8.1999 - 4 B 72.99 - juris Rn. 7; Happ in Eyermann, VwGO, § 124

Rn. 28; Kraft in Eyermann, VwGO, § 132 Rn. 20). Die Frage lässt sich aber anhand der vorliegenden Rechtsprechung beantworten; hierzu wird auf die Ausführungen unter 2.3.2 verwiesen.

44
4. Schließlich meint die Klägerin, die Rechtssache habe grundsätzliche Bedeutung (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO). Die konkreten Rechts-/Tatsachenfragen ergäben sich aus ihrem Vortrag zu § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO. Die Fragen seien klärungsbedürftig, weil es höchstrichterliche rechtskräftige Rechtsprechung dazu nicht gebe. Die Fragen hätten über den Einzelfall hinaus Bedeutung für alle Einwohner Bayerns, insbesondere für alle bayerischen Gastronomiebetriebe.

45
Auch hierauf kann eine Zulassung der Berufung nicht gestützt werden. Grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO kommt einer Rechtssache zu, wenn eine Rechts- oder Tatsachenfrage für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich (Klärungsfähigkeit), bislang höchstrichterlich oder obergerichtlich nicht geklärt und über den zu entscheidenden Einzelfall hinaus bedeutsam ist; die Frage muss ferner im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder der Fortentwicklung des Rechts einer berufungsgerichtlichen Klärung zugänglich sein und dieser Klärung auch bedürfen (Klärungsbedürftigkeit, vgl. BVerwG, B.v. 16.11.2010 - 6 B 58.10 - juris Rn. 3).

46
Selbst wenn man davon ausginge, dass hinreichend konkrete Rechtsfragen formuliert wären, woran jedoch erhebliche Zweifel bestehen, sind Fragen im Zusammenhang mit § 28a IfSG für das Verfahren nicht entscheidungserheblich und mithin nicht klärungsfähig (s.o. 2.3.1.2). Die Frage nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG lässt sich anhand der vorliegenden Rechtsprechung beantworten; hierzu wird auf die Ausführungen unter 2.3.2 verwiesen.

47
5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO, die Streitwertfestsetzung auf § 47, § 52 Abs. 1 GKG i.V.m. Nrn. 54.1, 54.2.1, 1.1.1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (wie Vorinstanz).

48
Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 2 VwGO). Mit ihm wird das Urteil des Verwaltungsgerichts rechtskräftig (§ 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO).