

**Titel:**

**Anforderungen an das Feststellungsinteresse für Normenkontrollantrag**

**Normenketten:**

VwGO § 47

IfSG § 32 S. 1, § 28 Abs. 1

BayIfSMV § 5 Abs. 2, Abs. 3

**Leitsatz:**

**Das für den Normenkontrollantrag erforderliche Feststellungsinteresse zur Feststellung der Unwirksamkeit von § 5 Abs. 2 und Abs. 3 der 2. BayIfSMV setzt aufgrund des erfolgten Außerkrafttretens der Norm die Darlegung einer Wiederholungsgefahr oder den substantiierten Vortrag eines schwerwiegenden Grundrechtseingriff und eine individuelle Betroffenheit voraus (stRsp BVerwGE 177, 60 = BeckRS 2023, 18152). (Rn. 5) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Normenkontrollantrag gegen außer Kraft getretene Norm, Feststellungsinteresse nicht dargelegt, Feststellungsinteresse, Normenkontrollantrag

**Fundstelle:**

BeckRS 2025, 804

**Tenor**

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Antragsteller tragen die Kosten des Verfahrens.
- III. Der Streitwert wird auf 10.000,00 Euro festgesetzt.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Gründe**

**1**

Der gegen § 5 Abs. 2 und 3 der Zweiten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege vom 16. April 2020 (2126-1-5-G, GVBl. 2020 Nr. 11 v. 18.4.2020, S. 214) gerichtete Antrag ist unzulässig und durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung (vgl. § 47 Abs. 5 Satz 1 VwGO) abzulehnen.

**2**

1. Die Antragsteller haben zuletzt mit Schriftsatz vom 29. Mai 2020 sinngemäß beantragt festzustellen, dass § 5 Abs. 2 und 3 der 2. BayIfSMV unwirksam gewesen ist. Die Norm ist mit Ablauf des 3. Mai 2020 außer Kraft getreten (vgl. § 10 Satz 1 2. BayIfSMV).

**3**

Zu ihrem Feststellungsinteresse trugen sie mit Schreiben vom 29. Mai 2020 vor, dass zum einen aufgrund der fortdauernden Pandemie der Erlass inhaltsgleicher Regelungen drohe. Zum anderen liege ein tiefgreifender Grundrechtseingriff vor. Die Antragsteller könnten nur über die Feststellung Rechtschutz erlangen. Die Verordnung sei befristet gewesen und es sei von Anfang an klar gewesen, dass eine Entscheidung in der Hauptsache nicht vor Erledigung getroffen werden könne. Art. 19 Abs. 4 GG gebiete daher die Feststellung. Der Senat habe die Rechtmäßigkeit bisher nur summarisch geprüft.

**4**

Mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 7. August 2020 ließen die Antragsteller zu den Ausgangsbeschränkungen der BayIfSMV und der 2. BayIfSMV pauschal vortragen, die Antragsteller vermögen nichts Anderes vorzutragen, als dass sie die Wohnung nur mit trifftigem Grund hätten verlassen dürfen und sich der polizeilichen Ahndung ausgesetzt sahen. Dies sei zweifelsohne ein intensiver Eingriff in

vom Grundgesetz geschützte Freiheiten. Sowohl in die allgemeine Handlungsfreiheit, als auch in die Bewegungsfreiheit sei eingegriffen worden. Zudem seien dadurch mittelbar weitere Freiheiten eingeschränkt worden, da auch der Besuch der Eltern (Art. 6 Abs. 1 GG) beispielsweise nicht mehr möglich gewesen sei. Auch Art. 8 GG oder Art. 4 GG habe nicht ausgeübt werden dürfen, da man weder für eine Versammlung noch für einen Gottesdienst die Wohnung habe verlassen dürfen. Insgesamt sei die Grundrechtsausübung begründungspflichtig gewesen, die triftigen Gründe hätten glaubhaft gemacht werden müssen und nicht die Beschränkung. Eine verfassungskonforme Auslegung sei nicht möglich gewesen angesichts dieses eindeutigen Umkehrschlusses. Die Auslegung des Senats in der Entscheidung vom 28. April 2020, Az. 20 NE 20.849, im einstweiligen Rechtsschutzverfahren hätte auch nicht mehr dem Verordnungsgeberwillen entsprochen, da dadurch letztlich alles zu einem triftigen Grund und das Verbot absolut konturlos geworden sei.

## 5

2. Damit ist ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit nach § 47 VwGO zum maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Senats nicht geltend gemacht. Gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO kann den Normenkontrollantrag jede natürliche oder juristische Person stellen, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. Zwar geht § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO vom Regelfall der noch geltenden Rechtsvorschrift aus (vgl. auch § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO). Ist die angegriffene Norm während der Anhängigkeit des Normenkontrollantrags außer Kraft getreten, bleibt er aber zulässig, wenn der Antragsteller weiterhin geltend machen kann, durch die zur Prüfung gestellte Norm oder deren Anwendung in seinen Rechten verletzt (worden) zu sein. Darüber hinaus muss er ein berechtigtes Interesse an der Feststellung haben, dass die Rechtsvorschrift rechtswidrig war (vgl. BVerwG, U. v. 22.11.2022 – 3 CN 1.21 – BVerwGE 177, 60 Rn. 9 m. w. N.). Ein Rechtsschutzbedürfnis besteht trotz Erledigung unter anderem neben einer Wiederholungsgefahr dann fort, wenn ein gewichtiger Grundrechtseinriff von solcher Art geltend gemacht wird, dass gerichtlicher Rechtsschutz dagegen typischerweise nicht vor Erledigungseintritt erlangt werden kann (stRspr des BVerwG, Urteile v. 22.11.2022 – 3 CN 1.21 – BVerwGE 177, 60 Rn. 13, v. 16.5.2023 – 3 CN 4.22 – juris Rn. 16, – 3 CN 5.22 – NVwZ 2023, 1846 Rn. 15 und – 3 CN 6.22 – NVwZ 2023, 1830 Rn. 14 sowie v. 21.6.2023 – 3 CN 1.22 – NVwZ 2023, 1840 Rn. 13).

## 6

3. Nachdem eine konkrete Wiederholungsgefahr im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Senats nicht dargetan wurde, kommt hier allein in Betracht, dass die Antragsteller Beeinträchtigungen ihrer grundrechtlichen Freiheiten geltend machen, die ein Gewicht haben, das die nachträgliche Klärung der Rechtmäßigkeit der Verordnungsregelungen rechtfertigt (BVerwG, B. v. 5.1.2024 – 3 BN 2.23 – juris). Dies ist von den Antragstellern aus einer ex-post-Perspektive darzulegen, was jedoch nicht erfolgt ist. Denn maßgeblich hierfür ist die Auslegung der angegriffenen Norm, wie sie im Beschluss des Senats vom 28. April 2020 (Az. 20 NE 20.849) gefunden wurde. In dem von den Antragstellern betriebenen einstweiligen Rechtsschutzverfahren hat der Senat zwar die Außervollzugsetzung des § 5 Abs. 2 und 3 der 2. BayIfSMV abgelehnt, aber zu dessen Auslegung dezidiert Stellung genommen (juris: Rn. 37 bis 46):

## 7

„Durch § 5 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 2. BayIfSMV hat der Verordnungsgeber das Verlassen der eigenen Wohnung unter ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gestellt, wobei der Erlaubnisvorbehalt lediglich „triftige Gründe“ voraussetzt, von denen einige in Abs. 3 beispielhaft – d.h. nicht abschließend – aufgeführt werden.“

## 8

Aus dem Wortlaut der Norm und dem systematischen Zusammenhang von § 5 Abs. 2 und Abs. 3 ist zwar nur bedingt erkennbar, unter welchen Voraussetzungen ein triftiger Grund zum Verlassen der eigenen Wohnung vorliegt. Aus einer Gesamtschau der in § 5 Abs. 3 enthaltenen Regelbeispiele ergibt sich bei verfassungskonformer Auslegung aber in hinreichender Weise, dass im Grundsatz jeder sachliche und einer konkreten, nicht von vornherein unzulässigen Bedürfnisbefriedigung dienende Anlass als „triftiger Grund“ i.S.v. § 5 Abs. 2 2. BayIfSMV geeignet ist, das Verlassen der eigenen Wohnung zu rechtfertigen (aa). Insofern ist für die Normadressaten für den Zeitraum bis zur endgültigen Klärung zumindest absehbar, in welchen Fällen sie das Risiko eines verbotswidrigen Verhaltens eingehen (bb).

## 9

(aa) Nach dem Wortlaut und der Systematik der angegriffenen Normen ist der Regelungsgehalt des § 5 Abs. 2 und Abs. 3 ambivalent.

## 10

Ausgehend vom Wortlaut des § 5 Abs. 2 2. BayIfSMV ist das Verlassen der eigenen Wohnung im Regelfall untersagt. Erlaubt ist das Verlassen der Wohnung nur unter der Voraussetzung, dass „triftige“ Gründe dies rechtfertigen, wobei nach dem Normzweck zunächst fraglos sein dürfte, dass auch ein einziger Rechtfertigungsgrund ausreichen würde. Die Wortbedeutung legt nahe, dass als „triftig“ („sehr überzeugend, einleuchtend, schwerwiegend; zwingend, stichhaltig“, vgl. [https://www.duden.de/rechtschreibung/triftig\\_stichhaltig\\_ueberzeugend](https://www.duden.de/rechtschreibung/triftig_stichhaltig_ueberzeugend)) nur solche Gründe anzusehen sind, denen – auch bezogen auf den vom Verordnungsgeber mutmaßlich verfolgten Zweck einer Eindämmung des Infektionsgeschehens – ein erhebliches Gewicht zukommt. Andererseits lässt die Wortbedeutung aber auch Raum für eine Konkretisierung durch den Normgeber, da sich erst aus dem Regelungsgegenstand und -kontext ergibt, welcher Grund zur Rechtfertigung einer Verbotsausnahme als „überzeugend“ bzw. „stichhaltig“ anzusehen ist. Insofern kommt den in § 5 Abs. 3 2. BayIfSMV normierten Regelbeispielen, die den Ausnahmetatbestand der „triftigen Gründe“ nach Abs. 2 der Norm beispielhaft – aber nicht abschließend – konkretisieren, eine maßgebliche Rolle bei der Ermittlung des Regelungsgehalts zu.

## 11

Dabei verliert die Beschränkung der Ausnahmen auf „triftige“ Gründe weitgehend an Kontur.

## 12

Während sich den überwiegend wortgleichen Vorgängerbestimmungen des § 5 Abs. 2 und Abs. 3 2. BayIfSMV – namentlich dem § 1 Abs. 4 und Abs. 5 der Bayerischen Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie vom 24. März 2020 (BayMBI 2020 Nr. 130) und dem § 4 Abs. 2 und Abs. 3 der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 27. März 2020 in der Fassung 31. März 2020 (GVBI 2020 S. 194) – noch entnehmen ließ, dass „triftige“ Gründe unaufschiebbare gesundheitliche, private oder berufliche Belange von erheblichem Gewicht voraussetzen (vgl. dazu den Senatsbeschluss v. 30.3.2020 – 20 NE 20.632 – juris Rn. 62), kommt eine solche Auslegung aufgrund der im Zuge des Erlasses der 2. BayIfSMV erfolgten Neuregelung der allgemeinen Ausgangsbeschränkung mittlerweile nicht mehr in Betracht.

## 13

Gegenüber den Vorgängerregelungen geändert wurde die Aufzählung von Regelbeispielen in zwei Punkten: Zum einen hat der Verordnungsgeber in § 5 Abs. 3 Nr. 3 BayIfSMV die „Versorgungsgänge für die Gegenstände des täglichen Bedarfs“ um den „Einkauf in den nach § 2 zulässigerweise geöffneten Ladengeschäften“ ergänzt. Zulässigerweise geöffnet sind nach § 2 Abs. 4 2. BayIfSMV neben den schon nach vorheriger Verordnungslage geöffneten Ladengeschäften bereits seit dem 20. April 2020 auch Bau- und Gartenmärkte, Gärtnereien und Baumschulen (§ 2 Abs. 4 Satz 2 2. BayIfSMV); hinzu kommt die Möglichkeit einer Öffnung aufgrund einer Ausnahmegenehmigung „für andere, für die Versorgung der Bevölkerung notwendige Geschäfte“ (§ 2 Abs. 4 Satz 3 2. BayIfSMV). Mit Wirkung vom 27. April 2020 hat der Verordnungsgeber zudem die Öffnung von Buchhandlungen sowie von Auto- und Fahrradläden (§ 2 Abs. 4 Satz 4 2. BayIfSMV) und schließlich auch von allen sonstigen Ladengeschäften für zulässig erklärt, deren Verkaufsräume eine Fläche von 800 qm nicht überschreiten und bei denen der Betreiber sicherstellt, dass die Zahl der gleichzeitig im Laden anwesenden Kunden nicht höher ist als ein Kunde je 20 qm Verkaufsfläche (§ 2 Abs. 5 2. BayIfSMV). In den Anwendungsbereich dieser Vorschrift sollen rund 80% aller bestehenden Einzelhandelsgeschäfte fallen. Damit ist spätestens seit dem 27. April 2020 das Verlassen der Wohnung zum Einkaufen im Wesentlichen gestattet. Eine Beschränkung auf den Einkauf bestimmter Waren von herausgehobener und dringlicher Bedeutung (insbesondere Güter des täglichen oder eines besonderen medizinischen Bedarfs) existiert insoweit nicht mehr.

## 14

Zum anderen hat der Antragsgegner die Aufzählung von Regelbeispielen in § 5 Abs. 3 Nr. 7 insoweit geändert, als Sport und Bewegung an der frischen Luft seit dem 20. April 2020 auch „mit einer weiteren nicht im selben Hausstand lebenden Person“ zulässig sind.

## 15

Aus diesen Änderungen des Regelbeispielkatalogs geht hervor, dass das Verlassen der eigenen Wohnung – anders als nach vorheriger Verordnungslage – auch durch Anlässe von vergleichsweise geringem

Gewicht gerechtfertigt werden kann, nämlich schon durch jedwede, d.h. auch nicht (lebens-)notwendige Konsuminteressen und durch physische Begegnungen mit anderen Personen, die nicht im eigenen Hausstand leben – zumindest, soweit die Begegnungen an der frischen Luft und im Rahmen von „Sport und Bewegung“ stattfinden. Dadurch vermittelt die Aufzählung von rechtfertigenden Regelbeispielen in § 5 Abs. 3 2. BayIfSMV den Gesamteindruck, dass ein Verlassen der Wohnung ein unabweisbares Bedürfnis gerade nicht voraussetzen muss.

## 16

Damit hat der Verordnungsgeber das Spektrum trifftiger Gründe i.S.v. § 5 Abs. 2 2. BayIfSMV gegenüber der vorherigen Rechtslage dergestalt erweitert, dass eine enge Auslegung des Ausnahmetatbestands ausgeschlossen ist. Vielmehr lässt sich aus der Sicht des Senats das Merkmal eines „trifftigen Grundes“ abstrakt nur insoweit fassen, als im Grundsatz jeder sachliche und einer konkreten, nicht von vornherein unzulässigen Bedürfnisbefriedigung dienende Anlass als „trifftiger Grund“ i.S.v. § 5 Abs. 2 2. BayIfSMV geeignet sein kann, das Verlassen der eigenen Wohnung zu rechtfertigen. Dieses Auslegungsergebnis erscheint auch vor dem Hintergrund des mit der Ausgangsbeschränkung verbundenen Eingriffs in die Rechte der Normadressaten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 11 GG geboten: Wenn sich der Normgeber dafür entscheidet, dass bereits jedes subjektive Einkaufsbedürfnis das Verlassen der Wohnung rechtfertigt, kommt dieser Einschätzung im Lichte der eingeschränkten Freiheitsgrundrechte maßgebende Bedeutung zu, auch wenn das im Regelungsmodell eines präventiven Ausgangsverbots mit Erlaubnisvorbehalt angelegte Regel-/Ausnahmeverhältnis damit im Ergebnis (wohl) nicht mehr gewahrt wird.“

## 17

Diese Auslegung steht mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Einklang, wonach entsprechende Klauseln einer grundrechtsfreundlichen Auslegung und Anwendung offenstanden (BVerfG, B. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 – juris Rn. 298).

## 18

Mit der vom Senat gefundenen Auslegung des § 5 Abs. 2 und 3 der 2. BayIfSMV haben sich die Antragsteller lediglich insoweit auseinandergesetzt, dass diese Auslegung nicht mehr dem Verordnungsgeberwillen entsprochen hätte, da dadurch letztlich alles zu einem trifftigen Grund und das Verbot absolut konturlos geworden war. Dass die Antragsteller trotz dieser vom Senat gefundenen Auslegung gewichtig in ihren Grundrechten betroffen gewesen waren, sei es dadurch, dass die Infektionsschutz- und Vollzugsbehörden sich nicht an diese Auslegung gehalten hätten, oder sei es dadurch, dass trotz dieser Auslegung dennoch gewichtig in ihre Grundrechte eingegriffen worden wäre, lässt ihr Vortrag völlig offen. Insoweit verbleibt es bei rechtstheoretischen Ausführungen, die ein individuelles Feststellungsinteresse nicht begründen können (vgl. dazu Schübel-Pfister, NJW 2024, 419/420 f. m.w.N.).

## 19

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

## 20

3. Die Festsetzung des Streitwerts (Ziff. III.) ist nicht anfechtbar (§ 68 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG). Im Übrigen wird die Revision (§ 132 Abs. 1 VwGO) nicht zugelassen, weil die Frage, ob außer Kraft getretene Normen Gegenstand einer Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 VwGO sein können, in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt ist.