Gericht:	VGH
Aktenzeichen:	20 NE 21.2821
Sachgebietsschlüssel:	542

Rechtsquellen:

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

Hauptpunkte:

Corona-Pandemie
2G – Regel

Leitsätze:

Beschluss des 20. Senats vom 8. Dezember 2021

20 NE 21.2821

Großes
Staatswappen

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Normenkontrollsache

*. ****** ** ** ****,
**********. **, ***** **********,
*. ********* ******* *******,
**********. **, ***** **********,

- ********** -

********** ** * *** *.
********** ********** & ******,
**********. **, ***** ******,

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch:
Landesanwaltschaft Bayern,
Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach,

- Antragsgegner -

wegen

Infektionsschutzrechts
(Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO);

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 20. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Kraheberger,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Kokoska-Ruppert,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Hahn

ohne mündliche Verhandlung am **8. Dezember 2021**
folgenden

Beschluss:

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragsteller tragen die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 10.000,00 EUR festgesetzt

Gründe:

I.

1 Mit ihrem Antrag wenden sich die Antragsteller, die in Bayern leben, 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 3. Dezember 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 841).

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 Aus- Fort- 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 noch nicht zwölf Jahre und drei Monate alt sind.“

8 Die Antragsteller beantragen zuletzt,

9 § 5 Abs. 1 15. BayIfSMV vorläufig außer Vollzug zu setzen.

10 Die Antragsteller erstreben als gegen die Coronavirus-Krankheit nicht immunisierte bzw. von dieser Krankheit nicht genesene Personen Zugang zu Beherbergungsbetrieben. Sie machen weiterhin geltend, dass ihnen durch die fehlende Möglichkeit der Vorlage eines negativen Ergebnisses eines Testes auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 der Zugang zu Beherbergungsbetrieben verwehrt sei.

11 Der Antragsgegner beantragt,

12 den Antrag abzulehnen.

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

II.

14 Der zulässige Antrag hat keinen Erfolg.

15 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. Ein in der Hauptsache noch zu erhebenden 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.).

16 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.

17 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).

18 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.

19 a. Die §§ 32 Satz 1, 28a Abs. 7 Nr. 4, 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.

20 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.

21 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.

22 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. 20a G v. 22.11.2021 (BGBl 2021 I S. 4906). 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.

23 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, durch das Gesetz vom 22. November 2021 jedoch insoweit 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 69,0% (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.

24 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.

25 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.

26 Nach der Risikobewertung des Robert-Koch-Instituts (RKI) vom 24. November 2021 und die sich mit dem wöchentlichen Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vom 2. Dezember 2021 im Wesentlichen deckt, ergibt sich folgendes Bild:

27 > „Das Robert Koch-Institut schätzt die Gefährdung durch COVID-19 für die Gesundheit der nicht oder nur einmal geimpften Bevölkerung in Deutschland insgesamt als **sehr hoch** ein. Für vollständig Geimpfte wird die Gefährdung als **moderat** eingeschätzt, steigt aber mit zunehmenden Infektionszahlen an. Diese Einschätzung kann sich kurzfristig durch neue Erkenntnisse ändern.

28 Die 7-Tage-Inzidenzen steigen derzeit in allen stark Altersgruppen an. Die Fallzahlen sind deutlich höher als im gleichen Zeitraum des Vorjahres. Ein weiterer Anstieg der Infektionszahlen ist zu erwarten. Gründe dafür sind unter anderem mehr Kontakte in Innenräumen und die noch immer große Zahl ungeimpfter Personen.

29 Die Zahl der Todesfälle zeigt eine steigende Tendenz. Die Zahl schwerer Erkrankungen an COVID-19, die im Krankenhaus evtl. auch intensivmedizinisch behandelt werden müssen, steigt ebenfalls weiter an. Es lassen sich nicht alle Infektionsketten nachvollziehen, Ausbrüche treten in vielen verschiedenen Umfeldern auf.

30 Das Virus 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 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.

31 Die aktuelle Entwicklung ist sehr besorgniserregend und es ist zu befürchten, dass es zu einer **weiteren Zunahme schwerer Erkrankungen und Todesfällen** kommen wird und die verfügbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten zeitnah überschritten werden."

32 Diese Einschätzung teilt der Verordnungsgeber in den Begründungen zur 15. BayIfSMV (BayMBl. 2021 Nr. 827vom 23. November 2021) und zu ihrer Änderung vom 3. Dezember 2021 (BayMBl. Nr. 842 vom 3. Dezember 2021). Das Lagebild stellte sich am 3. Dezember 2021 demnach wie folgt dar:

33 „Seit Mitte Oktober ist ein starker Anstieg der Meldefälle zu beobachten. Die Infektionszahlen übersteigen deutlich das Niveau der zweiten und der bisher intensivsten Corona-Welle. Derzeit ist in Bayern ein leichter Rückgang der Infektionsdynamik bei den Meldefällen wahrscheinlich. Die Fallzahlen sowie die daraus errechnete Reproduktionszahl müssen im Kontext der Überlastung der Gesundheitsämter betrachtet werden. Eine Entspannung der Situation ist daher noch nicht eingetreten. Am 3. Dezember 2021 liegt die 7-Tage-Inzidenz der Meldefälle in Bayern mit 561,5 weiterhin deutlich über dem Bundesdurchschnitt von 442,1. Vor vier Wochen, am 5. November 2021, lag der Wert bei 256,8. Seit 29. Oktober 2021 überschreitet die 7-Tage-Inzidenz in Bayern den bisherigen Höchststand von 217,8 vom 20. Dezember 2020.

34 Insgesamt verzeichnen nach den Daten des Robert Koch-Instituts (RKI) am 3. Dezember 2021 alle Landkreise und kreisfreien Städte in Bayern eine 7-Tage-Inzidenz der Meldefälle von über 200. Im Einzelnen liegen 2 Landkreise bei einem Wert der 7-Tage-Inzidenz über 1 000, weitere 5 Landkreise über 900, weitere 6 Landkreise über 800, weitere 8 Landkreise und kreisfreie Städte über 700, weitere 12 über 600, weitere 23 über 500 sowie weitere 24 über 400. 13 Landkreise und kreisfreie Städte weisen einen Wert der 7-Tage-Inzidenz von 300 bis 400 auf und 3 Kreise einen Wert von 200 bis 300 (https://experience.arcgis.com/experience/478220a4c454480e823b17327b2bf1d4/page/page_

1). Dabei reicht die Spannbreite der Werte der 7-Tage-Inzidenz von 249,2 im Landkreis Kulmbach bis 1 116,7 im Landkreis Freyung-Grafenau. In der Gesamtbetrachtung zeigt sich in Bayern damit ein sehr hohes Infektionsgeschehen mit regionalen Unterschieden.

35 Die Reproduktionszahl lag in den vergangenen Tagen unter dem Wert von 1. Nach RKI-Berechnungen lag der 7-Tage-R-Wert für Bayern am 3. Dezember 2021 bei 0,89, für Deutschland bei 0,95.

36 Das Infektionsgeschehen unterscheidet sich weiterhin stark zwischen der geimpften und der ungeimpften Bevölkerung. Nach den Daten des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (LGL) vom 2. Dezember 2021 beträgt die 7-Tage-Inzidenz der Ungeimpften ein Vielfaches der 7-Tage-Inzidenz der Geimpften (https://www.lgl.bayern.de/gesundheit/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm#inzidenzgeimpft).

37 Die binnen einer Kalenderwoche gemeldeten Sterbefälle steigen weiter an und betragen mit 458 Sterbefällen in der Kalenderwoche 47 (22. November bis 28. November 2021) aktuell rund das Vierfache des Wertes vor vier Wochen in der Kalenderwoche 43 (25. Oktober bis 31. Oktober 2021) mit 117 Sterbefällen.

38 Die 7-Tage-Hospitalisierungsrate als Maßstab für die Krankheitsschwere ist im Vergleich zur Vorwoche leicht rückläufig. Am 3. Dezember 2021 wurden nach den Daten des LGL innerhalb der letzten sieben Tage 1 020 hospitalisierte Fälle registriert, was einer 7-Tage-Hospitalisierungsinzidenz von 7,8 entspricht (https://www.lgl.bayern.de/gesundheit/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm#inzidenzgeimpft). Eine Woche zuvor, am 26. November 2021, waren es 1 259 hospitalisierte Fälle innerhalb der letzten sieben Tage (7-Tage-Hospitalisierungsinzidenz von 9,6). Obwohl ein leichter Rückgang beobachtet werden kann, liegt sie damit 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). Die oben genannte Hospitalisierungsinzidenz ist aktuell nicht hinreichend valide, weil es aufgrund der extrem hohen Infektionszahlen zu erheblichen Meldeverzügen der Gesundheitsämter kommt. 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 30. November 2021 17,7 und lag damit mehr als doppelt so hoch als die tagesaktuell am 30. November 2021 vom RKI für Bayern berichtete 7-Tage-Hospitalisierungsinzidenz von 8,6 (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Fallzahlen_Kum_Tab.html).

39 Während die Zahl der COVID-19-Patienten, die stationär behandelt werden mussten, seit Anfang Mai kontinuierlich sank, werden seit etwa Mitte August wieder deutlich höhere Zahlen, aktuell auf einem Niveau von rund knapp 4 700, beobachtet. Die Zahl der mit stationär zu versorgenden COVID-19-Patienten belegten Betten stieg seit Mitte August insgesamt um 4 488 auf nunmehr 4 689 (Stand 3. Dezember 2021, IVENA-Meldungen der Kliniken) an, d. h. die Gesamtzahl der

mit COVID-19-Patienten belegten Betten hat sich mehr als 23-fach vervielfältigt. Insbesondere in den letzten Wochen wurde ein alarmierend rasanter Anstieg der Anzahl der bayernweit stationär behandelten COVID-19-Patienten beobachtet. Innerhalb der letzten Woche hat sich die Geschwindigkeit des Anstiegs zwar etwas verlangsamt, angesichts des sehr hohen Niveaus, auf welchem sich die Zahl der stationär behandelten COVID-19-Patienten befindet, ist dies jedoch kein Grund zur Entwarnung. So erhöhte sich diese Zahl seit der vergangenen Woche um rund 3 %, innerhalb der letzten beiden Wochen um rund 16 %, innerhalb der vergangenen drei Wochen sogar um 55 %. Auch im intensivmedizinischen Bereich spiegelt sich diese Entwicklung wider (Zunahme der auf Intensivstationen versorgten COVID-19-Fälle seit Mitte August um rund 1 030, dies entspricht angesichts des niedrigen Ausgangsniveaus einer Steigerung von etwa 2 200 %, Quelle: DIVI-Intensivregister). Aktuell werden bayernweit 4 689 Patienten, bei denen eine Infektion mit SARS-CoV-2 nachgewiesen wurde, stationär behandelt (Meldungen der Krankenhäuser in IVENA vom 3. Dezember 2021). 1 081 COVID-19-Fälle werden derzeit intensivmedizinisch behandelt (Meldungen der Krankenhäuser im DIVI-Intensivregister vom 3. Dezember 2021).

40 Dabei bestehen – bei insgesamt hoher Inanspruchnahme der Intensivkapazitäten durch Nicht-COVID-19-Patienten – immer weniger regionale Unterschiede in der Belastung mit COVID-19-Intensivpatienten, wobei sich die Belastung in Südbayern derzeit tendenziell noch höher darstellt.

41 Angesichts der seit Wochen (regional teils stark) gestiegenen Belegung mit COVID-19-Patienten und der infolge der geradezu explodierenden Inzidenzen weiter stark steigenden Krankenhausbelegung mit COVID-19-Patienten ist auch in den nächsten Wochen noch mit einer weiteren Belastung der Situation im Intensivbettenbereich der Krankenhäuser zu rechnen, die sich praktisch in allen Regionen Bayerns bereits jetzt höchst angespannt darstellt. Die gegenwärtige Situation auf den Intensivstationen ist durch eine bayernweit insgesamt äußerst hohe Auslastung sowie regional drohende oder bereits eingetretene Überlastung gekennzeichnet. Überregionale Verlegungen bzw. Patientenzuweisungen sind längst wieder 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 bereits diverse Patientenabverlegungen durchgeführt. Die durchschnittliche Auslastung der Intensivstationen liegt bei 91,2 % (DIVI-Meldungen, Stand 3. Dezember 2021). Lediglich in 16 kreisfreien Städten bzw. Landkreisen weisen die Intensivstationen der Kliniken noch eine Auslastung von weniger als 80 % auf. Demgegenüber liegt in 28 kreisfreien Städten bzw. Landkreisen die Auslastung über 95 %, davon in 21 kreisfreien Städten bzw. Landkreisen sogar bei 100 %. Auf Ebene der Integrierten Leistellen (ILS) liegt bei keiner der insgesamt 26 ILS die Auslastung der Intensivkapazitäten unter 80 %, drei ILS weisen demgegenüber jedoch eine Auslastung von über 95 % auf, davon eine ILS eine Auslastung von 100 % (DIVI-Meldungen, Stand 3. Dezember 2021). Die Auswirkungen der neuen Virusvariante Omikron auf die Intensivbettenbelegung mit COVID-19-Patienten bleibt abzuwarten.

42 Regional berichten Kliniken, mithin vor allem im intensivmedizinischen Bereich, von sehr starken Belastungen bis hin zu vollständigen Auslastungen der Intensivkapazitäten, die voraussichtlich in den nächsten Wochen nicht nachlassen werden und bereits jetzt wieder in größerem Umfang überregionale Patientensteuerungen erforderlich machen. Deshalb wurde es den Regierungen per Allgemeinverfügung vom 30. September 2021 (BayMBl. Nr. 709) ermöglicht, im Bedarfsfall und in Abhängigkeit des prozentualen Anteils von COVID-19-Patienten an den in einem Zweckverbandsgebiet für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung (ZRF-Gebiet) insgesamt belegten Intensivbetten regional und zeitlich befristet erneut die während der ersten drei pandemischen Wellen bewährten Organisationsstrukturen einzurichten. Dies betrifft insbesondere die Einsetzung der Ärztlichen Leiter Krankenhauskoordinierung für einzelne ZRF-Gebiete, die zur Steuerung der Patientenströme befugt sind. Von dieser Befugnis haben bereits alle Regierungen Gebrauch gemacht. Durch Beschluss des Ministerrats vom 3. November 2021 wurde darüber hinaus für alle Rettungsdienstgebiete des Landes die Bestellung Ärztlicher Leiter Krankenhauskoordinierung verbindlich angeordnet. Ebenfalls sämtliche Regierungen haben mittlerweile Ärztliche Koordinatoren auf Bezirksebene eingesetzt, die die Ärztlichen Leiter Krankenhauskoordinierung bei der überregionalen Steuerung der Patientenströme unterstützen. Nach erneuter Feststellung der Katastrophe nach Art. 4 Abs. 1 BayKSG wurde die Allgemeinverfügung zur Bewältigung erheblicher Patientenzahlen in Krankenhäusern mit Wirkung vom 12.11.2021 neu gefasst. Dadurch werden u. a. die Ärztlichen Leiter Krankenhauskoordinierung (ÄL KHK) in die Katastrophenschutzstruktur eingebunden und mit erweiterten Anordnungsbefugnissen ausgestattet (z. B. Freihalteanordnungen bzw. Verbote aufschiebbarer Behandlungen).“

43 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.

44 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.

45 (1) Die Regelung ist geeignet, Ansteckungen in geschlossenen Räumen der in § 5 Abs. 1 Nr. 2 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 derzeit das Gesamtrisiko für geimpfte Personen, an Covid-19 schwer zu erkranken, als „moderat,“ für ungeimpfte oder nur einfach geimpfte Personen hingegen als „sehr hoch.“

46 (2) 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. Die Antragsteller können die Erforderlichkeit auch nicht damit in Frage stellen, dass ihnen grundsätzlich ein Recht auf Selbstgefährdung zustehe, weil das Ziel der Maßnahmen in erster Linie darin besteht, überwiegende Allgemeinwohlinteressen zu schützen, nämlich die (intensiv-)medizinische Versorgung möglichst aller Patienten gewährleisten zu können.

47 (3) Durchgreifende Zweifel an der Angemessenheit der Maßnahme haben die Antragsteller nicht begründet und sind – jedenfalls im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes – auch nicht erkennbar. 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. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, dass die Norm den Zugang zu schlechthin lebenswichtigen und unaufschiebbaren Angeboten und Verrichtungen nicht beschränkt. Nicht maßgeblich ins Gewicht fällt hingegen die in allgemeiner Weise geäußerte Skepsis der Antragsteller gegenüber der Verträglichkeit und/oder Wirksamkeit der zugelassenen Impfstoffe, die den jeweiligen Zulassungsentscheidungen der Europäischen Arzneimittel-Agentur (EMA) zugrundeliegenden Wirksamkeits- und Sicherheitsbeurteilungen werden hierdurch nicht in Zweifel gezogen.

48 (4) 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.

49 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 15. Dezember 2021 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.

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

Kraheberger Kokoska-Ruppert Dr. Hahn