

Hausarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht, 16 Punkte

stud. iur. Leandra Nürnberger

Die Hausarbeit wurde im Sommersemester 2021 in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt. Herzlicher Dank gebührt Professor Dr. Hermann Butzer, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Sachverhalt

Teil 1

Im Jahr 2020 breitete sich weltweit das Corona-Virus SARS-CoV-2 aus. Der Deutsche Bundestag stellte im März 2020 und erneut am 18. November 2020 fest, dass in Deutschland eine epidemische Lage von nationaler Tragweite von unbestimmter Dauer vorliege. Um die Pandemie zu bekämpfen, werden durch das Auswärtige Amt, das BMG und das BMI u.a. fortlaufend andere Staaten als Risikogebiete ausgewiesen. Diese Einstufung beruht dabei zum einen auf den länderspezifischen Neuinfektionszahlen der letzten sieben Tage pro 100.000 Einwohnern (sog. 7-Tage-Inzidenz), zum anderen auf einer Beurteilung der weiteren Gesamtumstände, die für oder gegen ein erhöhtes Ansteckungsrisiko sprechen könnten.

A ist Deutscher und lebt in Hannover. Am 13. Januar 2021 trat er eine von ihm lang ersehnte und bereits seit Februar 2020 geplante Reise nach Namibia an, wo er neben anderen Zielen den Sossusvlei-, den Skelettküsten- und den Etosha-Nationalpark besuchte. Nach herrlichen vierzehn Tagen der Entspannung flog A am 27. Januar 2021 von Windhoek aus zurück in die Heimat und landete nach einem kurzen Zwischenstopp in Frankfurt am Main, bei dem er den Transitbereich des Flughafens nicht verließ, am 28. Januar 2021 in Hannover. Nach Abklärung seiner Urlaubsdestination in einem auf dem Flughafen eingerichteten Kontroll- und Informationsstand des örtlich zuständigen Gesundheitsamtes wurde A mittels eines Antigen-Schnelltests negativ auf das Corona-Virus getestet und ihm sodann nach ordnungsgemäßer Anhörung mündlich mitgeteilt, dass er sich ab sofort für zehn Tage in der eigenen Wohnung oder in einer anderen, eine Absonderung ermöglichen Unterkunft in Quarantäne begeben müsse. Diese Unterkunft dürfe er für die Dauer der Maßnahme nicht verlassen, direkte körperliche Kontakte zu anderen Personen seien zu vermeiden. Als Begründung wurde angeführt, A komme – was zutrifft – aus einem Risikogebiet. Es bestehe mithin ein erhöhtes Infektionsrisiko. Eine entsprechende Anordnung erfolge gegenüber allen Rückkehrern aus Risikogebieten. Besondere Umstände, die ein Absehen von der Quarantäneanordnung rechtfertigen würden, seien nicht ersichtlich. Der Schutz der Bevölkerung stehe hier im Vordergrund. Frühestens nach fünf Tagen könne A einen weiteren Test auf eine Infektion mit dem Corona-Virus vornehmen lassen. Sollte er hierbei ein negatives Ergebnis vorweisen können, bestehe die Möglichkeit, die Absonderungsdauer zu verkürzen.

A erwiderte, es sei zwar richtig, dass Namibia zu einem Risikogebiet erklärt worden sei. Gleichwohl falle die 7-Tage-Inzidenz in Namibia durchgängig deutlich niedriger aus als in Deutschland und in der Region Hannover. Am 28. Januar 2021 läge – auch dies war korrekt – der Inzidenzwert in Deutschland bei gut 98, in der Region Hannover gar bei etwa 131, in Namibia dagegen lediglich bei 79 Fällen pro 100.000 Einwohnern. Es sei damit nicht ersichtlich, wieso eine Weiterverbreitung des Virus durch ihn wahrscheinlicher sei als bei anderen Bürgerinnen oder Bürgern, die sich in seinem Reisezeitraum im Inland aufgehalten hätten. Außerdem habe er bei seiner Tour durch Namibia zwar verschiedene Stationen gemacht, aber kaum Kontakt zu anderen Personen gehabt, da er alleine gereist sei. Weil er berufstätig sei, könne er nicht einfach zehn Tage lang zu Hause bleiben. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Gesundheitsamtes rechtfertigten die Anordnung dagegen mit dem Umstand, dass es sich bei Namibia weiterhin um ein Risikogebiet handele. Der Inzidenzwert sei nicht das einzige maßgebliche Kriterium. Außerdem müsse das Gesundheitsamt gerade in diesen „verrückten Zeiten“ konsequent handeln. Es könne nicht sein, dass einige Personen aus Risikogebieten in Quarantäne müssten, andere aber nicht. Weil Namibia zudem schon zum Zeitpunkt des Urlaubsantritts ein Risikogebiet gewesen sei, hätte A wissen können, dass er sich aus diesem Grunde nach dem Urlaub absondern müsse.

Nach einiger Diskussion fuhr A direkt mit seinem am Flughafen geparkten Auto zu seiner Wohnung, in welcher er alleine lebt. Noch am selben Abend beschloss er, die Anordnung nicht einfach hinzunehmen und sich vor Gericht dagegen zu wehren. Um so schnell wie möglich Klarheit zu schaffen und um seine Wohnung baldmöglichst wieder verlassen zu können, ließ er deshalb am Freitag, dem 29. Januar 2021, durch seinen Anwalt einen entsprechenden, ordnungsgemäß verfassten Antrag und eine Klage gegen die Anordnung beim zuständigen Verwaltungsgericht einreichen.

Hat der Antrag des A Erfolg?

Teil 2

B betreibt in der Innenstadt von Hannover ein Restaurant mit großzügigem Außenbereich. Auch er ärgert sich über die aktuellen Corona-Maßnahmen von Bund, Ländern und Gemeinden. Im Zuge steigender Infektionszahlen in Deutschland und in Niedersachsen hatte das Niedersächsische Gesundheitsministerium bereits Ende Oktober 2020 formell ordnungsgemäß verordnet, dass Gastronomiebetriebe vorerst bis Ende November schließen mussten. Einzig der „Außer-Haus-Verkauf“ von Speisen und Getränken blieb weiterhin erlaubt. Dieses Betriebsverbot wurde in der Folge mehrfach, ebenfalls formell ordnungsgemäß, aktuell bis zum 14. Februar 2021 verlängert.

B ist empört. Er sieht nicht ein, warum man alle Restaurants pauschal schließen müsse. Schließlich habe er nach dem ersten „Lockdown“ im März 2020 kräftig in seinen Betrieb investiert und etwa für mehrere Tausend Euro Heizpilze angeschafft, um seinen Gästen – zur Vermeidung der Verbreitung von Aerosolen im Gastraum des Restaurants – auch in der kalten Jahreszeit ein Verweilen im Außenbereich zu ermöglichen. Zudem habe er zwischen den Tischen spezialangefertigte Plexiglasscheiben aufgestellt, um einen Kontakt zwischen verschiedenen Gästegruppen weitestgehend auszuschließen. Sein umfassendes Hygienekonzept sehe darüber hinaus vor, dass alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dauerhaft besonders schützende FFP-2-Masken trügen und regelmäßig und auf seine Kosten auf eine Infektion hin getestet würden. Auch der Dokumentationspflicht bezüglich der Kontaktdaten seiner Gäste sei er immer vorbildlich nachgekommen.

Nachdem sich in der dritten Kalenderwoche 2021 abzeichnete, dass das allgemeingültige Verbot in der aktuellen Landesverordnung eventuell weiter – auch über den 14. Februar 2021 hinaus – Bestand haben könnte, verlor B endgültig die Geduld, und beschloss, gegen die Regelung nunmehr gerichtlich vorzugehen. Nicht nur stehe seine Existenz als Gastronom auf dem Spiel, es gehe ihm letztlich auch „um's Prinzip“. Durch seinen Rechtsanwalt reichte er daher am 29. Januar 2021 einen entsprechenden Antrag beim zuständigen Gericht ein.

Im gerichtlichen Verfahren verteidigt die Landesregierung ihr Vorgehen. Angesichts der bedrohlichen Lage durch die hohen Infektionszahlen sei man gezwungen, harte Maßnahmen zu ergreifen und weitere Infektionen durch Kontaktreduzierungen im öffentlichen Raum zu verhindern, um eine Überlastung der Krankenhäuser auszuschließen und eine Kontaktnachverfolgung durch die Gesundheitsämter zu ermöglichen. Dazu gehöre es auch, das Zusammenkommen vieler Menschen aus unterschiedlichen Haushalten in Gastronomiebetrieben auszuschließen. Ferner könne immerhin weiter ein „Außer-Haus-Verkauf“ stattfinden. Im Übrigen gleiche der Bund Umsatzeinbußen großzügig aus.

Wie wird das Gericht in der Hauptsache entscheiden?

Bearbeitervermerke:

1. Unterstellen Sie, dass beide gerichtliche Entscheidungen am 1. Februar 2021 ergehen.
2. Es sind alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachterlich – zu erörtern.
3. Von der Verfassungskonformität der Normen des IfSG ist auszugehen. Auf die Niedersächsische Verordnung über Maßnahmen zur Eindämmung des Corona-Virus SARS-CoV-2 (NdsCoronaVO) i.d.F. vom 30.10.2020 (NdsGVBl., S. 368), zuletzt geändert durch VO vom 22.1.2021 (NdsGVBl., S. 26) wird hingewiesen.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

Antrag des A

A's Antrag hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und insoweit er begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung der Verwaltungsrechtsweges

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten müsste eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Es müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art vorliegen und es dürfte keine abdrängende Sonderzuweisung bestehen.¹ Eine Norm ist nach modifizierter Subjekttheorie öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie auf einer Seite spezifisch einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet.² Streitentscheidende Normen sind solche des IfSG (§§ 28ff. IfSG). Diese berechtigen und verpflichten die Gesundheitsbehörde als Träger öffentlicher Gewalt Maßnahmen zum Infektionsschutz zu ergreifen. Es liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. A wendet sich gegen die Anordnung der sofortigen Absonderung und damit eindeutig gegen eine hoheitliche Maßnahme. Mangels doppelter Verfassungsumittelbarkeit ist die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht einschlägig. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

II. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich grds. nach dem Begehr, § 88 VwGO analog. A möchte baldmöglichst seine Wohnung wieder verlassen, sodass Anträge des einstweiligen Rechtsschutzes in Betracht kommen.

1. § 47 Abs. 6 VwGO

Es könnte ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 47 Abs. 6 VwGO in Betracht kommen. Dieser ist statthaft, wenn in der Hauptsache ein Normenkontrollantrag nach § 47 Abs. 1 VwGO einschlägig ist.³ Der Antragsteller müsste die Überprüfung der Wirksamkeit einer

Rechtsvorschrift iSD § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO begehrn und das Landesrecht müsste dies vorsehen.⁴ Rechtsverordnungen wirken abstrakt-generell und entfalten Außenwirkung.⁵ Die Absonderungsanordnung selbst regelt einen konkreten Sachverhalt – die Rückkehr aus einem Risikogebiet – für einen größeren feststehenden Personenkreis – alle Rückkehrer aus diesem Gebiet. Sie wirkt nicht abstrakt-generell. Zwar könnte sie auf einer Rechtsvorschrift, der NdsQuarantäneVO fußen.⁶ Allerdings gibt es aber keine Anhaltspunkte dafür, dass A die Klärung der Wirksamkeit der NdsQuarantäneVO begehrt. Vielmehr möchte er Klarheit darüber erlangen, ob er in seinem konkreten Fall tatsächlich in Quarantäne muss bzw. ob er baldmöglichst seine Wohnung wieder verlassen kann. In der Hauptsache ist kein Antrag iSD § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO statthaft. Ein Antrag iSD § 47 Abs. 6 VwGO ist nicht einschlägig.

2. § 80 Abs. 5 VwGO

Es könnte ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs iSD § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO in Betracht kommen.

a) Anfechtungsklage in der Hauptsache

Ein solcher kommt in Betracht, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage iSD § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO einschlägig ist,⁷ also der Kläger die Aufhebung eines belastenden Verwaltungsaktes begeht.⁸ Die Absonderungsanordnung müsste ein Verwaltungsakt iSD § 35 VwVfG⁹ sein. Ein Verwaltungsakt ist jede hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die unmittelbare Außenwirkung hat.¹⁰ Vorliegend ordnete das zuständige Gesundheitsamt A's Absonderung nach dessen Rückkehr an. Das Gesundheitsamt müsste eine Behörde iSD § 1 Abs. 1 VwVfG sein. Gem. § 1 Abs. 4 VwVfG ist das jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Aus §§ 159 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3, 161 S. 1 Nr. 4a NKomVG iVm §§ 10 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 2, 3 NGöGD ergibt sich die Zuständigkeit der Region Hannover für Aufgaben des öffentlichen Gesundheitsdienstes im übertragenen Wirkungskreis nach dem IfSG.¹¹ Das Gesundheitsamt der Region Hannover ist als

¹ Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. 2015, § 24 Rn 1003.

² Uerpman-Witzack, Examens-Repetitorium Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn 5.

³ Marquardsen/Gerlach, Die Corona-Pandemie in der verwaltungsrechtlichen Prüfung – Teil I, JA 2020, 721 (723).

⁴ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 19 Rn 13.

⁵ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 13 Rn 3.

⁶ Niedersächsische Verordnung zu Quarantänemaßnahmen für Ein- und Rückreisende zur Eindämmung der Corona-Pandemie.

⁷ Marquardsen/Gerlach (Fn. 3), JA 2020, 721 (724).

⁸ Uerpman-Witzack, ExamensRep VerwR AT (Fn. 2), § 3 Rn 46.

⁹ IVm § 11 NVwVfG, welcher auf alle weiteren §§ des VwVfG im Rahmen des Gutachtens Anwendung findet.

¹⁰ Uerpman-Witzack, ExamensRep VerwaltungsR AT (Fn. 2), § 3 Rn 47a.

¹¹ Hermenau in: Dietlein/Mehde, Beck'scher Online-Kommentar – Kommunalrecht Niedersachsen, 16. Edition, Stand: 01.01.2021, § 161 Rn 8.

untere Gesundheitsbehörde eine Behörde iSd § 1 Abs. 4 VwVfG. Die Anordnung stellt eine hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts dar (s.o.), deren Rechtswirkung unmittelbar nach außen tritt. Sie ist aber an alle Rückkehrer aus Risikogebieten adressiert, sodass sie nicht konkret-individuell iSd § 35 S. 1 VwVfG wirkt. Es könnte sich um eine Allgemeinverfügung iSd § 35 S. 2 VwVfG handeln. Diese bezieht sich inhaltlich auf einen bestimmten Sachverhalt, richtet sich jedoch an einen größeren bestimmbaren Personenkreis und wirkt konkret-generell.¹² Die Anordnung stellt eine konkrete Regelung dar – die Absonderung für zehn Tage – für einen bestimmten Sachverhalt und einen größeren Personenkreis (s.o.). Sie wirkt konkret-generell. Sie ist eine Allgemeinverfügung iSd § 35 S. 2 VwVfG. A begeht die Aufhebung der ihn belastenden Anordnung, sodass in der Hauptsache eine Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft ist.

b) Weitere Voraussetzungen

Die Allgemeinverfügung müsste zudem wirksam sein. Dafür müsste sie ordnungsgemäß bekannt gegeben worden sein, § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG. Gem. § 41 Abs. 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt gegenüber demjenigen bekannt zu geben, für den er bestimmt oder der von ihm betroffen ist. A wurde mündlich mitgeteilt, dass er sich in Absonderung begeben müsse. Es liegt eine personifizierte Mitteilung ggü. demjenigen vor, für den die Anordnung bestimmt ist. Sie wurde wirksam bekannt gegeben. Hinweise für die Nichtigkeit iSd §§ 43 Abs. 3, 44 VwVfG oder die Erledigung gem. § 43 Abs. 2 VwVfG sind nicht gegeben. Die Allgemeinverfügung ist ein wirksamer Verwaltungsakt. Darüber hinaus dürften Rechtsbehelfe nach § 80 Abs. 2 VwGO keine aufschiebende Wirkung haben. Diese könnte gesetzlich ausgeschlossen sein, § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO. Dafür müsste ein förmliches Gesetz des Bundes den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung vorschreiben.¹³ Gem. §§ 28 Abs. 3, 16 Abs. 8 IfSG entfällt die aufschiebende Wirkung bei Verwaltungsakten iSd § 28 Abs. 1 IfSG. Dieser umfasst die Schutzmaßnahmen der §§ 29–31 IfSG, also auch die nach § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG.¹⁴ Gem. §§ 28 Abs. 3, 16 Abs. 8 IfSG entfällt kraft Gesetzes die aufschiebende Wirkung. Das IfSG ist zudem ein Gesetz des Bundes.¹⁵ Die aufschiebende Wirkung von

Rechtsbehelfen entfällt gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO.

3. Zwischenergebnis

In der Hauptsache ist eine Anfechtungsklage statthaft. Es geht um die Aufhebung der belastenden Allgemeinverfügung, bei der Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben. Ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO ist statthaft. Ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO kommt gem. § 123 Abs. 5 VwGO nicht mehr in Betracht.

III. Antragsbefugnis

A müsste gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog antragsbefugt sein. Antragsbefugt ist, wer geltend machen kann, durch den Rechtsakt in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt zu sein, wobei die Möglichkeit einer Rechtsgutverletzung ausreicht.¹⁶ A darf vorliegend seine Wohnung für zehn Tage nicht mehr verlassen. Er kann in der Zeit auch nicht zur Arbeit. Es erscheint daher möglich, dass A in seinem Grundrecht auf Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG verletzt ist. Zumindest aber kann eine Verletzung seines Rechtes aus Art. 2 Abs. 1 GG nicht evident ausgeschlossen werden. A ist antragsbefugt.

IV. Antragsgegner

Der Antrag müsste sich gegen den richtigen Antragsgegner richten, § 78 Abs. 1 VwGO analog. Antragsgegner iSd § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist nach dem Rechtsträgerprinzip grds. die juristische Person des öffentlichen Rechts, deren Behörde den umstrittenen Verwaltungsakt erlassen hat. Als Rechtsträger kommen Bund, Länder und Körperschaften in Betracht.¹⁷ Rechtsträger der unteren Gesundheitsbehörde ist die Region Hannover (s.o.). Die Region Hannover ist eine Gebietskörperschaft, § 3 Abs. 1 NKomVG. Solche zählen als Körperschaften des öffentlichen Rechts zu den juristischen Personen des öffentlichen Rechts.¹⁸ Die Region Hannover ist als juristische Person des öffentlichen Rechts und Rechtsträger des Gesundheitsamtes, welches die Anordnung erlassen hat, richtiger Antragsgegner iSd § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

A ist als natürliche Person beteiligungsfähig gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig.

¹² Kießling in: Kießling, Infektionsschutzgesetz – Kommentar, 1. Aufl. 2020, § 32 Rn 9.

¹³ Schoch in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht VwGO – Band I und II Kommentar, 39. EL 2020, § 80 Rn 154.

¹⁴ Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 12), § 30 Rn 14.

¹⁵ Lindner in: Schmidt, COVID-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 17 Rn 15.

¹⁶ Marquardsen/Gerlach (Fn. 3), JA 2020, 721 (725).

¹⁷ Meissner/Schenk in: Schoch/Schneider, VwGO (Fn. 13), § 78 Rn 33.

¹⁸ Pautsch in: Dietlein/Mehde, BeckOK NKomVG (Fn. 11), § 2 Rn 5.

Die Region Hannover ist juristische Person des öffentlichen Rechts und gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig. Sie ist selbst nicht prozessfähig. Von § 62 Abs. 3 VwGO sind auch juristische Personen des öffentlichen Rechts erfasst, sodass für diese vor Gericht der gesetzliche Vertreter handelt.¹⁹ Nach § 86 Abs. 1 S. 2 NKomVG ist das der Hauptverwaltungsbeamte. Gem. § 7 Abs. 1 Alt. 3, Abs. 2 Nr. 5 NKomVG ist das in der Region Hannover der Regionspräsident.

VI. Vorverfahren

Es handelte eine Niedersächsische Behörde. Es kann dahinstehen ob ein Vorverfahren iFd § 80 Abs. 5 VwGO notwendig ist, gem. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO iVm § 80 Abs. 1 NJG ist es entbehrlich.

VII. Form und Frist

Es gelten die allgemeinen Formanforderungen nach §§ 81, 82 VwGO analog.²⁰ Fristen sind bei Anträgen iSd § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO grds. nicht einzuhalten.²¹ A stellte bereits einen Tag nach der Anordnung ordnungsgemäß verfassten Antrag und Klage, sodass diese frist- und formgerecht ergingen.

VIII. Zuständigkeit des Gerichtes

Gem. § 80 Abs. 5 S. 1 iVm §§ 45 ff. VwGO ist das Gericht der Hauptsache zuständig. A hat Antrag und Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht eingereicht. Gem. § 73 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 NJG ist dies das Verwaltungsgericht Hannover.

IX. Rechtsschutzbedürfnis

A müsste ein hinreichendes Bedürfnis haben, Rechtsschutz zu erlangen. Daran würde es fehlen, wenn der Rechtsbehelf in der Hauptsache offensichtlich unzulässig wäre.²² Hinweise dafür, dass die Anfechtungsklage offensichtlich unzulässig oder verfristet wäre, sind nicht gegeben. Strittig ist, ob für einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO Widerspruch oder Anfechtungsklage bereits erhoben sein muss. Nach einer Ansicht ist dies Voraussetzung, da es vor deren Einlegung noch keinen Rechtsbehelf gibt, deren aufschiebende Wirkung angeordnet werden kann. Nach einer anderen Ansicht ist dies nicht notwendig, wofür der Wortlaut

¹⁹ Bier/Steinbeiß-Winkelmann in: Schoch/Schneider, VwGO (Fn. 13), § 62 Rn 17.

²⁰ Schoch in: Schoch/Schneider, VwGO (Fn. 13), § 80 Rn 478.

²¹ Schoch in: Schoch/Schneider, VwGO (Fn. 13), § 80 Rn 469.

²² Uerpman-Wittzack, ExamensRep VerwR AT (Fn. 2), § 15 Rn 298.

²³ Uerpman-Wittzack, ExamensRep VerwsR AT (Fn. 2), § 15 Rn 296.

²⁴ Schoch in: Schoch/Schneider, VwGO (Fn. 13), § 80 Rn 503.

²⁵ Erbguth/Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht – mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht, 10. Aufl. 2020, § 21 Rn 14.

²⁶ Uerpman-Wittzack, ExamensRep VerwR AT (Fn. 2), § 15 Rn 300.

²⁷ Marquardsen/Gerlach (Fn. 3), JA 2020, 721 (726).

des § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO und die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG sprechen.²³ A hat zeitgleich Antrag und Klage eingereicht, sodass der Streit dahinstehen kann. Auch ist ein Aussetzungsverfahren in Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 2-4, S. 2 VwGO nicht vorgeschrieben,²⁴ sodass das rechtlich schutzwürdige Interesse nicht mangels Aussetzungsantrag iSd § 80 Abs. 4 S. 1 VwGO entfällt. A's Antragsbefugnis indiziert zudem ein rechtlich schutzwürdiges Interesse.

X. Zwischenergebnis Zulässigkeit

A's Antrag iSd § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag müsste begründet sein. Das ist er, wenn das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das Vollziehungsinteresse überwiegt. Maßgebend sind in erster Linie die Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren. Diese werden beim Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes grds. nur summarisch überprüft und bestehen nur, wenn der zu vollziehende Verwaltungsakt rechtswidrig und der Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt ist.²⁵ Dann jedenfalls überwiegt das Aussetzungsinteresse.²⁶ Bleiben die Erfolgsaussichten unklar, ist eine Interessenabwägung vorzunehmen.²⁷

I. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Die Anfechtungsklage müsste zulässig und begründet sein. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit sind im Rahmen der (analogen) Zulässigkeitsprüfung des Antrages nach § 80 Abs. 5 VwGO festgestellt worden. Die Klage wäre begründet, wenn die Anordnung rechtswidrig ist und A dadurch in seinen Rechten verletzt wird. Sie ist rechtswidrig, wenn sie ohne Ermächtigungsgrundlage erlassen worden oder formell oder materiell rechtwidrig ist.

1. Ermächtigungsgrundlage der Absonderungsanordnung

Die Anordnung müsste auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage fußen. Dies könnte § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG sein, welcher ausdrücklich die Absonderung in Krankenhäusern oder in sonstiger geeigneter Weise regelt. Aus dem Umkehrschluss, dass § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG zum Erlass

von Rechtsverordnungen ermächtigt, ergibt sich, dass die in § 28 IfSG genannten Maßnahmen ein Vorgehen mit Verwaltungsakt ermöglichen.²⁸ So auch Maßnahmen iSd § 30 IfSG. Strittig ist, ob ein Rückgriff auf § 28 IfSG als Ermächtigungsgrundlage zulässig ist. Einer Ansicht nach stellt die Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG eine ausreichende Rechtsgrundlage zur Anordnung von Quarantänemaßnahmen dar und wird nicht von § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG verdrängt.²⁹ §§ 28 Abs. 1 S. 1 iVm 30 Abs. 1 S. 2 IfSG wäre Ermächtigungsgrundlage. Einer anderen Ansicht nach reicht § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG aus und es verbietet sich der Rückgriff auf die Generalklausel.³⁰ § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG wäre Ermächtigungsgrundlage. Für die letzte Ansicht spricht die unzureichende Reglungsichte des § 28 IfSG³¹ und dass § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG die Eingriffsvoraussetzungen spezieller regelt.³² Auch der Adressatenkreis des § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG sperrt einen Rückgriff auf die Generalklausel.³³ Die besseren Argumente sprechen für die letzte Ansicht. Die Normen des IfSG sind als verfassungskonform anzusehen, sodass bzgl. des Bestimmtheits- und Zitiergebotes keine Bedenken bestehen. Ermächtigungsgrundlage ist § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Anordnung müsste formell rechtmäßig sein. Sie erfolgte durch das zuständige Gesundheitsamt der Region Hannover (s.o.), nach A's Anhörung. Diese wäre gem. § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG entbehrlich gewesen. Sie wurde begründet, was gem. § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG nur bei schriftlichen oder elektronischen Verwaltungsakten erforderlich wäre. Die Anordnung ist formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Anordnung müsste materiell rechtmäßig sein. Das ist sie, wenn sie hinreichend bestimmt ist, den Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und eine rechtmäßige Rechtsfolge gewählt ist.

a) Hinreichende Bestimmtheit der Anordnung

Die Anordnung müsste hinreichend bestimmt sein. Das Bestimmtheitsgebot folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG und ist für

Verwaltungsakte in § 37 Abs. 1 VwVfG normiert.³⁴ Erforderlich ist, dass aus dem Verwaltungsakt erkennbar wird, wer von wem was verlangt. Es genügt, wenn der Empfänger durch Auslegung nach Treu und Glauben die Regelung aus dem gesamten Inhalt des Bescheids, insb. seiner Begründung und weiterer bekannter oder ohne Weiteres erkennbarer Umstände unzweifelhaft entnehmen kann.³⁵ Aus der Anordnung lässt sich entnehmen, dass A jeglichen Kontakt zu anderen Personen durch Absonderung für die Dauer von zehn Tagen unterbinden soll. Der Grund und die erlassende Behörde sind erkennbar. Über die Verkürzungsmöglichkeit wird aufgeklärt. Die Anordnung ist hinreichend bestimmt.

b) Tatbestand § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG

aa) Sonstige Krankheit, § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG

Sie müsste aufgrund einer Krankheit iSd § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG erfolgen. Erfasst sind Fälle, bei denen die Krankheit durch soziale Kontakte iSd § 2 Nr. 3 IfSG übertragen werden kann.³⁶ COVID-19 ist eine, durch das SARS-CoV-2-Virus ausgelöste³⁷ und über Aerosole von Mensch zu Mensch übertragbare Krankheit.³⁸ Es liegt eine Krankheit iSd §§ 30 Abs. 1 S. 2 iVm 2 Nr. 3 IfSG vor.

bb) Adressat iSd § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG

A müsste als Adressat der Maßnahme Kranker, Krankheits- oder Ansteckungsverdächtiger oder Ausscheider sein. Der Adressatenkreis ist in § 2 Nr. 4-7 IfSG legaldefiniert. Um Kranker, Krankheitsverdächtiger oder Ausscheider zu sein, müsste es Hinweise auf eine Erkrankung (Nr. 4) oder Symptome (Nr. 5) geben oder es müssten Krankheitserreger nachgewiesen worden sein (Nr. 6). Hinweise darauf gibt es bei A nicht. Beim Test am Flughafen konnten keine Krankheitserreger nachgewiesen werden. A war zu dem Zeitpunkt weder Kranker, noch Krankheitsverdächtiger oder Ausscheider. Er könnte trotz negativen Test Ansteckungsverdächtiger sein. Der Test kann bei einer Inkubationszeit von fünf bis sechs Tagen kurz nach der Einreise die Ansteckungsgefahr nicht vollumfänglich ausschließen.³⁹ Ansteckungsverdächtig iSd § 2 Nr. 7 IfSG ist derjenige, bei

²⁸ Marquardsen/Gerlach, Die Corona-Pandemie in der verwaltungsrechtlichen Prüfung – Teil II, JA 2020, 801 (801).

²⁹ OVG Schleswig, BeckRS 2020, 10989 (Rn 11).

³⁰ OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 8099 (Rn 30).

³¹ Stach, Die häusliche Quarantäne nach Ein- oder Rückreise aus dem Ausland, NJW 2021, 10 (11).

³² VGH München, BeckRS 2020, 33531 (Rn 32).

³³ Marquardsen/Gerlach (Fn. 28), JA 2020, 801 (806).

³⁴ Marquardsen/Gerlach (Fn. 28), JA 2020, 801 (804).

³⁵ Erbguth/Guckelberger, VerwR AT (Fn. 25), § 14 Rn 54.

³⁶ Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 12), § 30 Rn 13.

³⁷ OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 11641 (Rn 14).

³⁸ Aligbe, Infektionsschutzrecht in Zeiten von Corona – Der Ratgeber zu den Infektionsgefahren und Schutzmaßnahmen, 1. Aufl. 2021, S. 8.

³⁹ VGH München, BeckRS 2021, 3815 (Rn 9).

dem die Aufnahme von Krankheitserregern anzunehmen ist, ohne dass dieser Adressat iSd § 2 Nr. 4-6 IfSG ist. Die Annahme besteht bei hinreichender Wahrscheinlichkeit eines infektiösen Kontaktes des Betroffenen.⁴⁰

(1) Hinreichende Wahrscheinlichkeit

Als Maßstab für die Wahrscheinlichkeit kann auf den polizei- und ordnungsrechtlichen Grundsatz zurück gegriffen werden, dass daran umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je größer und schwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist.⁴¹ Der Maßstab ist flexibel und beurteilt sich unter Berücksichtigung der Eigenheiten der jeweiligen Krankheit, der verfügbaren epidemiologischen Erkenntnisse sowie anhand der Erkenntnisse über Expositionsart, -umfang und -zeitpunkt und der Empfänglichkeit für die Krankheit.⁴² Das zugrunde liegende Erkenntnismaterial muss belastbar und auf den konkreten Fall bezogen sein.⁴³

(a) Eigenheiten und epidemiologische Erkenntnisse COVID-19

SARS-CoV-2 ist Auslöser der COVID-19-Erkrankung. Hauptübertragungsweg ist die respiratorische Aufnahme virushaltiger Partikel. Die Erkrankung ist sehr infektiös und manifestiert sich als Infektion der Atemwege mit Symptomen wie Husten, Fieber, Schnupfen, etc. Der Anteil der Infizierten, der tatsächlich erkrankt beträgt bis zu 85%.⁴⁴ Es können symptomlose Infektionen aber auch schwere Pneumonien mit Lungenversagen und Tod auftreten.⁴⁵ Besondere Gefahr besteht für das Gesundheitssystem, welches bei vielen schweren Verläufen mit deutlich längeren intensivmedizinischen Behandlungen an seine Kapazitätsgrenzen gelangen kann.⁴⁶ Seit Mitte Dezember 2020 traten Mutationen sowohl im Vereinigten Königreich, als auch Südafrika auf. Bei beiden Varianten ist von einer erhöhten Übertragbarkeit auszugehen.⁴⁷ Das Virus hat sich weltweit verbreitet. In Deutschland wurde die epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt. Diese kann festgestellt werden, wenn eine dynamische Ausbreitung einer

bedrohlichen übertragbaren Krankheit stattfindet, sodass eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit angenommen werden kann (§§ 5 Abs. 1 S. 6 Nr. 2 iVm 2 Nr. 3a IfSG).

(b) Expositionsart, -umfang und -zeitpunkt, Empfänglichkeit

Aufgrund der Inkubationszeit und A's negativem Test am Flughafen kommt als Expositionszeit und -ort nur der Urlaub in Namibia bzw. die Reise im Flugzeug in Betracht. Namibia gilt als Risikogebiet, trotz durchgängig niedriger Inzidenzwerte. Die Einstufung erfolgt auf Basis der 7-Tage-Inzidenz und der Gesamtumstände im betroffenen Staat, die für oder gegen ein erhöhtes Ansteckungsrisiko sprechen. Berücksichtigt werden u.a. Infektionszahlen, Ausbruchsart, Testkapazitäten, Eindämmungsmaßnahmen, etc.⁴⁸ Nach der Risikobewertung dürfte für Einreisende aus Risikogebieten ein hinreichend konkreter Bezug zu einer Infektionsgefahr bestehen.⁴⁹ Eine gesetzliche Vermutung ist dahingehend im IfSG aber nicht vorgesehen.⁵⁰ Es müssen weitere Faktoren berücksichtigt werden, wie z.B. die Reiseart. Ein hinreichender Abstand wird auf Flugreisen im Transportmittel selbst, aber auch in Wartebereichen nicht immer möglich sein.⁵¹ Zudem ist eine Lüftung mit geeigneten Filtersystemen in Flugzeugen nicht immer gewährleistet. Auch das Bewegungs- und Kontaktprofil von Reisenden unterscheidet sich typischerweise von dem Daheimgebliebener, u.a. durch stärkere Nutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln oder der Kontaktaufnahme zu Personen, die nicht dem alltäglichen Umfeld entstammen.⁵² A bereiste verschiedene Stationen, u.a. typische Tourismusziele wie den Etosha-Nationalpark und räumte ein, dass er Kontakt zu anderen Personen hatte, wenn auch in geringen Ausmaß. Hinweise auf eine besondere Empfänglichkeit gibt es hingegen keine.

⁴⁰ Gabriel in: Eckart/Winkelmüller, Beck'scher Online-Kommentar – Infektionsschutzrecht, 3. Edition, Stand: 01.01.2021, § 2 Rn 37.

⁴¹ OVG Münster BeckRS 2021, 28 (Rn 16).

⁴² VG Schleswig, BeckRS 2021, 1974 (Rn 8).

⁴³ Gabriel in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK InfSchR (Fn. 40), § 2 Rn 38.

⁴⁴ OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 36298 (Rn 34); BeckRS 2020, 29454 (Rn 28).

⁴⁵ OVG Bremen, BeckRS 2020, 33589 (Rn 6).

⁴⁶ OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 11641 (Rn 14).

⁴⁷ OVG Münster, BeckRS 2021, 28 (Rn 25).

⁴⁸ OVG Magdeburg, BeckRS 2020, 37573 (Rn 19).

⁴⁹ OVG Magdeburg, BeckRS 2020, 37573 (Rn 19).

⁵⁰ Stach (Fn. 31), NJW 2021, 10 (13).

⁵¹ OVG Schleswig, BeckRS 2020, 10989 (Rn 17).

⁵² OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 33216 (Rn 36).

(2) Zwischenergebnis Wahrscheinlichkeit /

Adressat der Maßnahme

Angesichts der Gefährlichkeit von COVID-19 mit teils schweren bis hin zu tödlichen Krankheitsverläufen, der hohen Infektiosität, der Möglichkeit das Virus unbemerkt weiter zu geben und den daraus resultierenden schweren gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Folgen, insb. die Gefahr eines kollabierenden Gesundheitssystems, ist der möglicherweise eintretende Schaden durch Einreise einer ansteckenden Person besonders hoch. Folglich sind die Wahrscheinlichkeitsanforderungen gering zu halten. Dafür spricht auch der Sinn und Zweck des IfSG eine effektiven infektiologischen Gefahrenabwehr zu gewährleisten.⁵³ Auch der Wortlaut des § 2 Nr. 7 IfSG lässt ein infektiologisch relevantes Gefahrenpotential genügen⁵⁴ und verlangt keinen abschließenden Beweis für eine Erregeraufnahme. Zudem ergibt sich im konkreten Fall aus A's Urlaubsdestination als Risikogebiet, seinem Bewegungsprofil vor Ort und der Reiseart ein erhöhtes infektiologisches Gefahrenpotential, sodass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass A einen infektionsrelevanten Kontakt hatte. A ist Ansteckungsverdächtiger iSd § 2 Nr. 7 IfSG.

cc) Absonderung iSd § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG

Die Anordnung müsste eine Absonderung iSd § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG vorsehen. A sollte sich entweder in seine Wohnung oder eine die Absonderung ermögliche Unterkunft begeben. Es kommt die Absonderung in sonst geeigneter Weise iSd § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 IfSG in Betracht. Teilweise wird vertreten, dass es sich bei der häuslichen Quarantäne mangels Absonderung um keine Quarantäne iSd § 30 IfSG handeln kann.⁵⁵ Die Auffassung verkennt den Sinn und Zweck einer Absonderung, der auch im häuslichen Umfeld erreicht werden kann, sofern die Wohnverhältnisse dies ermöglichen.⁵⁶ A lebt allein, sodass sich die Wohnung für eine Absonderung iSd § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 IfSG eignet.

dd) Zwischenergebnis Tatbestand

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG liegen vor.

c) Rechtsfolge

Die Rechtsfolge müsste ermessensfehlerfrei sein. § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG räumt der zuständigen Behörde Entscheidungsermessen ein.⁵⁷ Die Tatbestandsvoraussetzungen liegen vor. Hinweise, die eine Ausnahme vom Ergreifen der Maßnahme rechtfertigen würden, sind nicht gegeben. Ein Tätigwerden der Gesundheitsbehörde ist vom Ermessensspielraum umfasst. Allerdings könnten Ermessensfehler hinsichtlich des Auswahlermessens vorliegen.

(1) Ermessensfehler bzgl. der Störer-Auswahl

Eventuelle hätte die Behörde Ermittlungen anstellen müssen, bevor sie bei A einen Ansteckungsverdacht feststellte und ihn als infektiologischen Störer einstuft. Ohne aussagekräftige Tatsachengrundlage lässt sich eine Erregeraufnahme nicht zuverlässig bewerten.⁵⁸ Dafür genügt angesichts der in Rede stehenden epidemischen Gefahr ein relativ großzügiger Plausibilitätsmaßstab.⁵⁹ Zudem ist es nahezu ausgeschlossen, die Kontakte einer Person vor ihrer Einreise in jedem Einzelfall rekonstruieren zu können, um den Ansteckungsverdacht auszuräumen.⁶⁰ Die Behörde testete A, hörte diesen an und stützte anschließend dessen Einstufung als Ansteckungsverdächtigen auf die bisherigen epidemiologischen Erkenntnisse und die Einzelfallumstände, welche ein hinreichendes Gefährdungspotential begründeten (s.o.). Eine fehlerhafte Adressatenauswahl ist nicht ersichtlich.

(2) Ermessensfehler bzgl. Absonderungsanordnung

Die Anordnung selbst müsste ermessensfehlerfrei erfolgt sein, § 40 VwVfG. Ein Nichtgebrauch trotz Ermessensspielraum (Ermessensunterschreitung)⁶¹ ist angesichts der Überprüfung, ob eine Ausnahme gerechtfertigt wäre nicht einschlägig. Es könnte ein Ermessensfehlgebrauch in Form einer sachfremden Erwägung vorliegen, indem die Behörde anführt, dass das Gesundheitsamt gerade in diesen verrückten Zeiten konsequent handeln müsse. Bei

⁵³ Rixen, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, 1097 (1100).

⁵⁴ Rixen (Fn. 53), NJW 2020, 1097 (1100).

⁵⁵ Lindner in: Schmidt, COVID-19 (Fn. 15), § 17 Rn. 79.

⁵⁶ Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 12), § 30 Rn 14.

⁵⁷ Sodan in: Ehlers/Fehling/ Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht – Band 2 Planungs-, Bau- und Straßenrecht, Umwelt- und Gesundheitsrecht, Medien- und Informationsrecht, 4. Auflage, 2020, § 56 Rn 51.

⁵⁸ Stach (Fn. 31), NJW 2021, 10 (13).

⁵⁹ Rixen (Fn. 53), NJW 2020, 1097 (1100).

⁶⁰ OVG Schleswig, BeckRS 2020, 10989 (Rn 17).

⁶¹ Bull/Mehde, VerwR AT (Fn. 1), § 16 Rn 594.

einem Fehlgebrauch hält die Behörde den Rahmen der Ermächtigungsnorm ein, übt ihr Ermessen aber aus Gründen außerhalb des Ermessenszwecks aus.⁶² § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG ermächtigt zur Absonderungsanordnung, mit dem Zweck Infektionsketten zu unterbrechen und die öffentliche Gesundheit zu schützen.⁶³ Ein konsequentes Handeln des Gesundheitsamtes sorgt für die bessere Nachvollziehbarkeit und Akzeptanz der Maßnahmen, sowie einen effektiven Schutz der öffentlichen Gesundheit. Konsequent Handeln zu wollen ist ein Grund innerhalb des Ermessenszwecks. Eine sachfremde Erwagung liegt nicht vor. Es könnte eine Ermessensüberschreitung vorliegen. Dabei wählt die Behörde eine Rechtsfolge, die nicht mehr vom Ermessensspielraum umfasst ist. Grenzen des Ermessensspieldraums ergeben sich aus dem Gleichheits- und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁶⁴

(a) Gleichheitsgrundsatz

Die Anordnung dürfte nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG verstossen. Dieser ist verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten/-betroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede vorliegen, die die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten.⁶⁵ A wendet ein, dass angesichts der Inzidenzwerte in Namibia und Hannover von ihm keine größere Infektionsgefahr ausgeht, als von Daheimgebliebenen. Reiserückkehrer und Daheimgebliebene, die sich im Inland in einem Gebiet mit erhöhter Inzidenz aufgehalten haben sind schon wegen des typischerweise anderen Bewegungs- und Kontaktprofil von Reisenden (s.o.) nicht vergleichbar.⁶⁶ Auch unterliegen Personen für die Zeit ihres Aufenthalts im Risikogebiet nicht den gleichen Beschränkungen des öffentlichen Lebens wie Daheimgebliebene.⁶⁷ Wegen der unterschiedlich ausgestalteten Art und Häufigkeit der Testung weltweit sind auch die Inzidenzwerte nicht unbedingt vergleichbar.⁶⁸ Eine Vergleichbarkeit der Gruppen oder des Sachverhaltes ist nicht gegeben. Zumal eine Ungleichbehandlung dem Zweck entsprechend aus infektionsschutzrechtlichen

⁶² Sachs in: Stelkens/Bonk, Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 9. Auflage, 2018, § 40 Rn 62.

⁶³ Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 12), § 30 Rn 1f.

⁶⁴ Bull/Mehde, VerwR AT (Fn. 1), § 16 Rn 595.

⁶⁵ VGH Mannheim, NVwZ 2021, 86 (Rn 51).

⁶⁶ OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 33216 (Rn 36).

⁶⁷ VGH Mannheim, NVwZ 2021, 86 (Rn 57).

⁶⁸ OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 33216 (Rn 37).

⁶⁹ VGH Mannheim, NVwZ 2021, 86 (Rn 54).

⁷⁰ Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, 2020, § 13 Rn 535.

⁷¹ Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 12), § 30 Rn 1.

⁷² Bull/Mehde, VerwaltungsR AT (Fn. 1), § 4 Rn 150.

⁷³ VG Hamburg, BeckRS 2020, 4762 (Rn 45).

⁷⁴ BayVerfGH, BeckRS 2020, 3698 (Rn 31).

⁷⁵ Stach (Fn. 31), NJW 2021, 10 (14).

Gründen gerechtfertigt sein könnte.⁶⁹ Die Anordnung verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

(b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Die Anordnung müsste verhältnismäßig sein. Das ist sie, wenn mit der Maßnahme ein legitimer Zweck verfolgt wird und sie zur Erreichung des Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.⁷⁰

(aa) Legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit

Der Zweck der Absonderung iSd § 30 Abs. 1 IfSG ist die Unterbrechung von Infektionsketten durch Distanzierung möglicherweise infektiöser Personen von anderen.⁷¹ Dies ergibt sich auch aus dem in § 1 IfSG normierten Ziel, übertragbare Krankheiten zu erkennen, vorzubeugen und einzudämmen. Die Absonderung wird angeordnet, um das von A ausgehende Risiko einer Ansteckung für andere zu reduzieren und die Weiterverbreitung zu verhindern. Sie verfolgt einen legitimen Zweck. Die Absonderung müsste geeignet sein. Das ist sie, wenn sie den erstrebten Erfolg herbeizuführen oder zumindest zu fördern vermag.⁷² Die Weiterverbreitung lässt sich nicht vollständig vermeiden, solange Übertragungswege nicht nachvollziehbar sind, sodass die Maßnahme ungeeignet sein könnte. Allerdings dient auch eine Verlangsamung der Ausbreitung dem Zweck des § 1 Abs. 1 IfSG.⁷³ Nach bisherigen Kenntnisstand ist die strikte, systematische Reduzierung von Kontakten geeignet, das Infektionsgeschehen wirksam einzudämmen.⁷⁴ Bei der Absonderung werden Kontakte reduziert und so Infektionsketten unterbrochen. Es handelt sich um eine den Zweck zumindest fördernde Maßnahme. Sie müsste erforderlich sein. Das ist sie, wenn kein mildereres Mittel besteht, welches bei gleicher Eignung eine weniger intensive Grundrechtseinschränkung nach sich ziehen würde.⁷⁵ Als mildere Mittel käme v.a. die Anordnung eines strengen Hygienekonzepts in Betracht, wonach A bspw. nur mit FFP-2-Maske und Handschuhen die Wohnung verlassen darf, sowie die Anordnung von Home-Office, wenn dies möglich ist. Die Kontrollierbarkeit der Umsetzung

dürfte aber schwieriger sein. Auch die gleiche Eignung kann vor dem Hintergrund von Anwendungsfehlern, bspw. beim falschen Tragen einer Maske, in Abrede gestellt werden. Zudem stellt die häusliche Absonderung das mildere Mittel ggü. der Absonderung in einem Krankenhaus dar.⁷⁶ Die Absonderung ist auch erforderlich.

(bb) Angemessenheit

Sie müsste angemessen sein. Eine Maßnahme ist angemessen, wenn das eingesetzte Mittel nicht außer Verhältnis zu dem mit ihm verfolgten Zweck steht.⁷⁷ Liegt ein schwerer Eingriff in das von der Maßnahme betroffenen Interesse vor, muss auf der anderen Seite das zu schützende Interesse und der Nutzen entsprechend hoch sein.⁷⁸ Die Absonderrungsmaßnahme dient dem Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit, womit der Staat seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nachkommt.⁷⁹ Diese Pflicht muss umso ernster genommen werden, je höher der Rang des infrage stehenden Rechtsgutes ist.⁸⁰ Dem menschlichen Leben kommt innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung ein Höchstwert zu.⁸¹ Demgegenüber stehen die betroffenen Grundrechte, wie die Rechte aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 iVm Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 11 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG. Diese werden nicht schrankenlos gewährleistet. Art. 2 Abs. 2 S. 2 iVm Art. 104 Abs. 2 GG sowie Art. 11 GG unterliegen bspw. einem Gesetzesvorbehalt, sodass ein Eingriff durch die verfassungskonformen Normen des IfSG zur Seuchenabwehr gerechtfertigt werden könnte. Ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG ist mangels fehlender berufsregelnder Tendenz der Anordnung nicht gegeben.⁸² Darüber hinaus liegt mit dem Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit ein vernünftiger Grund des Gemeinwohls vor. Ein Eingriff auf Ebene der Berufsausübungsregelung kann dann gerechtfertigt werden.⁸³ Die Eingriffe werden umso intensiver, je länger die Maßnahme andauert.⁸⁴ Vorliegend dauert die Maßnahme nur zehn Tage und kann durch einen erneuten Test auf fünf Tage verkürzt werden. Vor dem Hintergrund, dass es sich dabei auch noch um ein Wochenende handelt, dürften auch die Fehltage auf der Arbeit nicht sehr schwer ins Gewicht fallen und ggf. durch Entgeltfortzahlung oder Verdienstausfallentschädi-

gung nach § 56 IfSG kompensiert werden. Auch war die Notwendigkeit einer Absonderung bereits vor Reiseantritt bekannt. Die Eingriffsintensität wird zudem durch die Möglichkeit Ausnahmen zu machen, was unzumutbare Belastungen ausschließen soll, abgemildert.⁸⁵ Die Tatsache, dass gerade kein Ausnahmegrund vorliegt, spricht für die Zumutbarkeit. Die Eingriffe sind angesichts der Dauer und in Frage stehenden Beeinträchtigungen nicht sehr intensiv. Demgegenüber steht der vergleichsweise hohe Nutzen der Absonderung für die öffentliche Gesundheit. Sie ist geeignet Infektionsketten zu unterbrechen und so eine Vielzahl an Personen vor Erkrankungen zu schützen. Auch dem Erhalt der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems kommt ein hohes Gewicht zu, denn dieses ist zur Erfüllung der Schutzpflichten unverzichtbar. Die Nachteile, die mit der Verbreitung durch Einreisende als unentdeckte Überträger verbunden sind, wiegen zudem wirtschaftlich und gesundheitsökonomisch schwer. Das öffentliche Interesse an der Unterbrechung von Infektionsketten, der Eindämmung der Pandemie und daraus resultierend der Entlastung des Gesundheitssystems überwiegt A's Interesse seine Wohnung baldmöglichst wieder verlassen zu können. Die Anordnung ist angemessen.

4. Zwischenergebnis Rechtmäßigkeit der Anordnung

Die Anordnung ist hinreichend bestimmt, erfüllt den Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage und ist verhältnismäßig. Sie ist materiell rechtmäßig. Ein Verstoß gegen andere Rechtsgrundsätze ist nicht ersichtlich. Auch wird nichts tatsächlich oder rechtlich Unmögliches verlangt, wodurch die Anordnung unwirksam würde. Sie ist formell und materiell rechtmäßig.

II. Zwischenergebnis Erfolgsaussichten

in der Hauptsache

Die Anordnung ist rechtmäßig und verletzt A nicht in seinen Rechten. A's Klage wäre zulässig, aber unbegründet. Sie hätte keine Aussicht auf Erfolg.

⁷⁶ Riedner/Müller, Grundrechte in Zeiten einer Pandemie – Ein Zwischenstand (März 2020-August 2020), VR 2021, 87 (88).

⁷⁷ Peine/Siegel, VerW R AT (Fn. 70), § 7 Rn 185.

⁷⁸ Marquardsen/Gerlach (Fn. 28), JA 2020, 801 (807).

⁷⁹ OVG Magdeburg, BeckRS 2020, 37573 (Rn 31).

⁸⁰ Marquardsen/Gerlach (Fn. 28), JA 2020, 801 (807).

⁸¹ Marquardsen/Gerlach (Fn. 28), JA 2020, 801 (807).

⁸² VGH Mannheim, NVwZ 2021, 86 (Rn 47).

⁸³ Kestges, Examinatorium Grundrechte, 1. Auflage, 2020, S. 55.

⁸⁴ Stach (Fn. 31), NJW 2021, 10 (15).

⁸⁵ Rixen (Fn. 53), NJW 2020, 1097 (1101).

C. Ergebnis

Die Erfolgssaussichten in der Hauptsache sind eindeutig, sodass eine Interessenabwägung entfällt. Das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt A's Aussetzungsinteresse. Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist zulässig aber unbegründet und hat keine Aussicht auf Erfolg.

Antrag des B

Das Gericht wird B's Antrag in der Hauptsache stattgeben, wenn dieser zulässig und insoweit er begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängende Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Streitentscheidend sind die Normen des IfSG und die Regelung der Landesverordnung (§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO).⁸⁶ Diese berechtigen und verpflichten das Gesundheitsministerium als Träger öffentlicher Gewalt Maßnahmen zum Infektionsschutz zu ergreifen, u.a. Öffnungsverbote für Gastronomiebetriebe zu erlassen. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor. B wendet sich gegen das Öffnungsverbot und damit eindeutig gegen eine hoheitliche Maßnahme. Mangels doppelter Verfassungsumittelbarkeit ist die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht einschlägig. Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehrten, § 88 VwGO. B sieht nicht ein, warum pauschal alle Restaurants schließen müssen. Er möchte gegen das allgemeingültige Öffnungsverbot von Gastronomiebetrieben vorgehen, wobei es ihm „um's Prinzip“ geht. Dies ist so zu verstehen, dass B die Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Öffnungsverbots auf Grundlage des § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO begeht. In Betracht kommt ein Normenkontrollantrag iSD § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO. Die NdsCoronaVO ist kein förmliches Gesetz, sondern eine im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsverordnung des Niedersächsischen Gesundheitsministeriums zur Abwehr der

Gefahren durch SARS-CoV-2. § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO gilt auch für diejenigen, die zum Zeitpunkt des Erlasses noch kein Gaststättengewerbe betrieben haben,⁸⁷ sodass kein von vornherein feststehender Personenkreis adressiert wird. Folglich handelt es sich um eine abstrakt-generelle Regelung, welche den Rechtskreis natürlicher oder juristischer Personen berührt und somit Außenwirkung entfaltet. Die Verordnung müsste bereits erlassen sein. Die Verlängerung war zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht beschlossen. B stellte aber am 29.01.2021 Antrag gegen die bereits am 30.10.2020 erlassene und bis zum 14.02.2021 wirksame Verordnung. Diese ist tauglicher Antragsgegenstand iSD § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet (s.o.), sodass die NdsCoronaVO vom Rahmen der Gerichtsbarkeit des OVG umfasst ist. § 75 NJG sieht eine Überprüfung durch das OVG vor. Ein Normenkontrollantrag iSD § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ist statthaft.

III. Antragsbefugnis

B ist als natürliche Person gem. § 47 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 VwGO grds. antragsberechtigt. Gem. § 47 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 VwGO müsste er geltend machen durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in seinen Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden.⁸⁸ § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO ist an die Betreiber eines Gastronomiebetriebes adressiert und ordnet deren Schließung an. Es erscheint daher möglich, dass B in seinem Grundrecht auf Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 I GG zumindest aber in seinem Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist. B ist antragsbefugt iSD § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO.

IV. Antragsgegner

B müsste den Antrag gegen den richtigen Antragsgegner gestellt haben. Der Antrag ist nach § 47 Abs. 2 S. 2 VwGO gegen die Körperschaft, Anstalt oder Stiftung zu richten, welche die Rechtsvorschrift erlassen hat.⁸⁹ Die Verordnung wurde durch das Niedersächsische Gesundheitsministerium erlassen. Dieses ist gem. Anlage 1 Abs. 2 Nr. 4.22 NdsLandRegGeschäftV⁹⁰ für den öffentlichen Gesundheitsdienst innerhalb seines Geschäftsbereiches tätig geworden. In diesen Fällen vertritt das Ministerium gem. II NDSVertret2012⁹¹ das Land Niedersachsen. Norm-

⁸⁶ Niedersächsische Verordnung über Maßnahmen zur Eindämmung des Corona-Virus SARS-CoV-2 idF v. 30.10.2020, zuletzt geändert durch VO v. 22.01.2021; im Folgenden immer abgekürzt mit NdsCoronaVO.

⁸⁷ Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 13), § 32 Rn 20.

⁸⁸ Panzer in: Schoch/ Schneider, VwGO (Fn. 13), § 47 Rn 39.

⁸⁹ Panzer in: Schoch/ Schneider, VwGO (Fn. 13), § 47 Rn 83.

⁹⁰ Geschäftsteilung der Niedersächsischen Landesregierung, v. 17.7.2012 (Nds.MBl. S. 610), idF v. 23.6.2020 (Nds. MBl. S. 516), folgend abgekürzt mit: NdsLandRegGeschäftV.

⁹¹ RdErl. zur Vertretung des Landes Niedersachsen, v. 12.07.2012 (Nds.MBl. 2012, 578), idF v. 09.11.2020 (Nds. MBl. S. 1274); folgend abgekürzt mit: NDSVertret2012.

erlassende Körperschaft ist das Land Niedersachsen in Vertretung durch das Gesundheitsministerium.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

B ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligungsfähig und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Das Land Niedersachsen ist als juristische Person des öffentlichen Rechts gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig. Es ist nicht selbst prozessfähig. Vor Gericht handelt gem. § 62 Abs. 3 VwGO der gesetzliche Vertreter. Gem. V Nr. 2c NDSVertret2012 wird das Land durch die Behörde vertreten, die für die streitgegenständliche Angelegenheit sachlich zuständig ist, hier das Niedersächsische Gesundheitsministerium (s.o.). Das Verfahren findet vor dem OVG statt, sodass sich jeder Beteiligte gem. § 67 IV, II 1 VwGO von einem Prozessbevollmächtigen iSd § 67 Abs. 2 S. 1 VwGO vertreten lassen muss.⁹²

VI. Form und Frist

Mangels Sachverhaltsangaben wird unterstellt, dass der Antrag formell ordnungsgemäß erging. Nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO gilt eine Antragsfrist von einem Jahr nach Bekanntgabe. Die NdsCoronaVO wurde am 30.10.2020 erlassen und bekannt gegeben.⁹³ B stellte fristgerecht am 29.01.2021 Antrag.

VII. Zuständigkeit des Gerichts

B hat Antrag beim zuständigen Gericht eingereicht. Hinweise auf einen Vorbehalt des Verfassungsgerichts iSd § 47 Abs. 3 VwGO bestehen nicht. Sachlich zuständig ist gem. § 47 Abs. 1 VwGO das OVG. Für das Land Niedersachsen ist das gem. § 74 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 NJG das Oberverwaltungsgericht in Lüneburg.

VIII. Rechtsschutzbedürfnis

B müsste ein rechtlich schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit haben. Dieses fehlt, wenn der Antragsteller seine Rechtsstellung durch die Erklärung der Unwirksamkeit der angegriffenen Rechtsnorm nicht verbessern kann.⁹⁴ An einem schutzwürdigen Interesse könnte es fehlen, weil es B „um's Prinzip“ geht. Er kann seine Rechtsstellung aber dahingehend verbessern, dass

er seinen Betrieb wieder öffnen darf, sollte die Norm für unwirksam erklärt werden. Das Hauptverfahren ist auch nicht offensichtlich unzulässig oder verfristet. Einfachere Wege Rechtsschutz zu erlangen sind nicht ersichtlich, insb. kommt bei der Normenkontrolle kein Widerspruch in Betracht.⁹⁵ Zudem wird ein rechtlich schutzwürdiges Interesse durch die Antragsbefugnis indiziert.⁹⁶ B hat ein rechtlich schutzwürdiges Interesse.

IX. Zwischenergebnis Zulässigkeit

B's Antrag ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag müsste begründet sein. Das ist er, wenn die Satzung oder Verordnung rechtswidrig ist.⁹⁷ Sie ist rechtswidrig, wenn sie auf keiner Ermächtigungsgrundlage fußt oder sich als formell oder materiell rechtswidrig erweist.

I. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der NdsCoronaVO ist §§ 32 S. 1, 2 iVm 28 Abs. 1 S. 1, 2 IfSG, wonach die Landesregierung unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28-31 IfSG maßgebend sind durch Rechtsverordnungen entsprechende Ge- und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten erlassen kann. Es ist von der Verfassungskonformität der Normen des IfSG auszugehen, sodass es keiner formellen oder materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung der Ermächtigungsgrundlage bedarf.

II. Formelle Rechtmäßigkeit der NdsCoronaVO

Das Gesundheitsministerium müsste für den Erlass der Verordnung zuständig gewesen sein. Gem. § 3 Nr. 1 NdsSubdelegVO⁹⁸ wird dem Gesundheitsministerium die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnung iSd § 32 S. 1 IfSG übertragen. § 32 S. 2 IfSG sieht dies auch vor. Das Niedersächsische Gesundheitsministerium war zuständig. Die NdsCoronaVO wurde formell ordnungsgemäß erlassen. Sie ist formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit der NdsCoronaVO

Das Öffnungsverbot der NdsCoronaVO müsste materiell rechtmäßig sein. Das ist sie, wenn die Voraussetzungen

⁹² Hufen, VerwaltungsprozessR (Fn. 4), § 19 Rn 8.

⁹³ In Nds.GVBl 2020, 368; idF v. 22.01.2021 am 23.01.2021 in Nds. GVBl 2021, 26.

⁹⁴ Giesberts in: Posser/ Wolff, Beck'scher Online-Kommentar – VwGO, 56. Edition, Stand: 01.01.2021, § 47 Rn 43.

⁹⁵ Hufen, VerwaltungsprozessR (Fn. 4), § 19 Rn 41.

⁹⁶ Giesberts in: Posser/ Wolff, BeckOK VwGO (Fn. 94), § 47 Rn 43.

⁹⁷ Uerpman-Wittack, ExamensRep VerwR AT (Fn. 2), § 14 Rn 291.

⁹⁸ Verordnung zur Übertragung von Ermächtigungen aufgrund bundesgesetzlicher Vorschriften des Landes Niedersachsen v. 09.12.2011 (Nds. GVBl. S. 487), idF v. 04.08. 2020 (Nds. GVBl. S. 266).

der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und sie nicht gegen sonstiges höherrangiges Recht verstößt.

1. Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Zunächst müssten die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und die Maßnahme müsste sich in deren Rahmen halten. § 32 IfSG verweist für die möglichen Maßnahmen und Voraussetzungen auf die §§ 28–31 IfSG, sodass zunächst die Voraussetzungen des § 28 IfSG vorliegen müssten.

a) Auftreten einer übertragbaren Krankheit, § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG

Es müssten Kranke, Krankheits- oder Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt worden sein. Das bedeutet, dass eine übertragbare Krankheit aufgetreten sein muss, wobei es einen örtlichen Bezug zum Krankheitsgeschehen geben muss.⁹⁹ COVID-19 ist eine übertragbare Krankheit (s.o.), wobei durch die steigenden Infektionszahlen zahlreiche Kranke, Krankheits- oder Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider auch in Niedersachsen festgestellt worden sind. Ein örtlicher Bezug ist gegeben. Eine übertragbare Krankheit iSd § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG ist aufgetreten.

b) Nicht-Störer als Adressat der Maßnahme

Fraglich ist, ob die Maßnahmen auch ggü. Personen erfolgen dürfen, die nicht zu der in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG benannten Personengruppe gehören. Die benannte Personengruppe, die als Störer einzustufen ist, wegen der von ihr ausgehenden Gefahr der Weiterverbreitung, ist zwar vorrangiger Adressat. Es können aber auch Dritte Adressat von Maßnahmen iSd § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG sein.¹⁰⁰ So kann ein hinreichender Bezug zu einer Infektionsgefahr anzunehmen sein, wenn sich Personen in Arbeits- und Betriebsstätten, sowie in für Kunden- und Besucherverkehr geöffneten Einrichtungen aller Art aufhalten, bei denen sich eine Vielzahl von Mitarbeitern und Besuchern unmittelbar persönlich begegnen können und deshalb eine erhörende infektiologische Gefahrenlage besteht.¹⁰¹ Dies ist auch in einem Gastronomiebetrieb anzunehmen, sodass auch dieser Adressat der Maßnahmen iSd § 28 Abs. 1 S. 1

⁹⁹ Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 12), § 28 Rn 11.

¹⁰⁰ BVerwG NJW 2012, 2823 (Rn 26); OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 7097 (Rn 26).

¹⁰¹ OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 36298 (Rn 43).

¹⁰² OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 30046 (Rn 15).

¹⁰³ Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 12), § 28 Rn 17.

¹⁰⁴ Kießling in: Kießling, IfSG (Fn. 12), § 28 Rn 15.

IfSG sein kann.

c) Schutzmaßnahme, § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG

Das Öffnungsverbot müsste von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt, also eine Schutzmaßnahme iSd § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG sein. Was von Schutzmaßnahmen iSd § 28 Abs. S. 1 IfSG umfasst ist, ist weit auszulegen, um den Infektionsschutzbehörden ein breites Spektrum geeigneter Maßnahmen an die Hand zu geben. Zugleich ist der Umfang nach Inhalt und Zweck der Rechtsgrundlage hinreichend zu begrenzen. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG umfasst so auch Maßnahmen, die Untersagungen oder Beschränkungen von unternehmerischen Tätigkeiten in den Bereichen Industrie, Gewerbe, Handel und Dienstleistungen zum Inhalt haben.¹⁰² Mit dem Verbot iSd § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO für Gastronomiebetriebe iSd § 1 Abs. 3 NGastG liegt eine Beschränkung der unternehmerischen Tätigkeit im Dienstleistungsbereich vor. Das Öffnungsverbot iSd § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO ist von den Maßnahmen des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG gedeckt.

d) Erforderlichkeit der Maßnahme

iSd § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 IfSG

Gem. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG muss die Behörde notwendige Schutzmaßnahmen ergreifen, sofern eine übertragbare Krankheit aufgetreten ist.¹⁰³ Dies ist vorliegend der Fall, sodass kein Entschließungsermessen besteht. § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 IfSG sieht allerdings vor, dass die Maßnahmen nur solange und soweit es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist bestehen. Es besteht ein inhaltlicher und zeitlicher Verhältnismäßigkeitsvorbehalt.

aa) Legitimer Zweck, Geeignetheit

§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO müsste einen legitimen Zweck verfolgen. Er fußt u.a. auf § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG. Die Maßnahme muss an dem Ziel ausgerichtet sein, die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern.¹⁰⁴ Wie bereits aus der Verordnungsbezeichnung hervorgeht, geht es um die Eindämmung von SARS-CoV-2. Der verfolgte Zweck ist am Ziel des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG ausgerichtet und legitim, insb. vor dem Hintergrund, dass der Staat damit seiner Schutzwicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nachkommt. Die Regelung müsste geeignet sein. Dabei kommt

dem Verordnungsgeber, aufgrund der vielen fehlenden oder sich ändernden Erkenntnisse ein relativ großer Einschätzungsspielraum zu.¹⁰⁵ Bereits seit Ende Oktober 2020 sind Betriebe geschlossen und die Fallzahlen steigen weiter. Das spricht eher dafür, dass sich die Kontakte aus einem öffentlichen und kontrollierbaren Bereich in den privaten Bereich verlagert haben, als dass sie tatsächlich durch Schließungen reduziert werden. Die Schließungen von Gastronomiebetrieben sind nicht geeignet den Zweck tatsächlich zu erreichen. Sie könnte den Zweck aber zumindest fördern. Durch das Verbot soll verhindert werden, dass unterschiedliche Personen zum gemeinsamen Verzehr von Speisen und Getränken in einem geschlossenen Raum zusammenkommen, wobei kein Atemschutz getragen werden kann. In solchen Situationen kann ein Verbot Übertragungsmöglichkeiten reduzieren und so die Infektionseindämmung zumindest fördern.

bb) Erforderlichkeit

Das Öffnungsverbot müsste erforderlich sein. Maßstab für die Effektivität eines mildernden Mittels ist die Effektivität der Schließung. Diese genau festzustellen dürfte mangels belastbarer Erkenntnisse zur konkreten infektiologischen Relevanz einzelner Betriebsarten schwierig sein.¹⁰⁶ Zunächst könnten bestimmte tätigkeitsbezogene Maßnahmen mildernd aber gleich effektive Mittel darstellen, bspw. die Verpflichtung zu einem Hygienekonzept. Die Annahme, dass die bisherigen Hygienekonzepte angesichts der Infektionsdynamik im Oktober 2020 nicht hinreichend effektiv waren, rechtfertigt nicht den Schluss, dass zukünftig verbesserte Konzepte keine ähnlich effektive Wirkung wie Schließungen entfalten können.¹⁰⁷ So bestünde die Möglichkeit neben den in § 4 Abs. 2 NdsCoronaVO aufgezählten Maßnahmen, zumindest die Außenbereiche der Gastronomie wieder zu öffnen oder einen Zugang nur mit Immunitätsnachweis oder negativen Test zu ermöglichen, wobei die Kontaktverfolgungsdaten per App zu erfassen sind, um die Gesundheitsämter zu entlasten. Man könnte eine regelmäßige Test- sowie FFP2-Masken-Pflicht für Mitarbeiter, eine FFP2-Masken-Pflicht für alle Gäste in Bereichen außerhalb des Sitzplatzes und die Installation einer geeigneten Raumluftfilteranlage anordnen.

Auch gebietsbezogene Maßnahmen können einbezogen werden, wie der Ausbau technischer und personeller Mittel zur Kontaktverfolgung, sowie der Test- und Impfmöglichkeiten. Um einen Restauranttourismus zu verhindern, müssen auch nicht zwangsläufig flächendeckende Betriebsverbote angeordnet werden. Man könnte dem damit begegnen, dass die Betriebe nur für Ortsansässige geöffnet werden. In der Kombination von tätigkeits- und gebietsbezogenen Maßnahmen in Verbindung mit den in § 4 Abs. 2 NdsCoronaVO genannten Maßnahmen dürfte die Übertragungswahrscheinlichkeit ähnlich effektiv reduziert werden. Der Kontrollaufwand dürfte allerdings immens sein. Die Übertragungsmöglichkeiten in diesen Bereichen vollständig ausschließen, wie es bei einer Schließung der Fall wäre, können sie auch nicht. Fraglich ist auch, ob sie angesichts personellen und finanziellen Aufwands tatsächlich mildernde Mittel sind. Die Maßnahme ist erforderlich.

cc) Angemessenheit

Sie müsste angemessen sein. Die Betriebsschließung dient dem Schutz der hochwertigen Rechtsgüter von Leben und körperlicher Unversehrtheit. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG begründet eine besondere Schutzpflicht des Staates, ist aber nicht per se anderen Grundrechten übergeordnet.¹⁰⁸ Demgegenüber steht kein Eingriff in Art. 14 GG, dessen Schutzbereich die Existenz, nicht aber die konkreten Umsätze oder Gewinnchancen umfasst.¹⁰⁹ Zumal die Regelung keine Enteignung iSd Art. 14 GG regelt, sondern eine Nutzungsbeschränkung darstellt. Eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG kann aufgrund des hinreichenden Differenzierungsgrundes, dass die Verbreitung am gemeinwohlverträglichsten durch Verbote und Beschränkungen in den Bereichen Freizeit, Sport, körpernaher Dienstleistungen, etc. verhindert werden können, gerechtfertigt sein.¹¹⁰ Zudem muss es möglich sein, Öffnungen unter Beachtung der Infektionslage Schritt für Schritt sowie ggf. versuchsweise und damit nahezu zwangsläufig ungleich vorzunehmen.¹¹¹ Das Öffnungsverbot stellt aber einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG auf Ebene einer Berufsausübungsregelung dar. Das Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG tritt aufgrund der Subsidiarität zurück. Mit den in Frage stehenden Rechtsgütern des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dürfte ein vernünftiger Grund des Allgemeinwohls

¹⁰⁵ Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 1. Aufl. 2020, S. 49.

¹⁰⁶ OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 444 (Rn 17); BeckRS 2021, 5447 (Rn 21).

¹⁰⁷ OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 444 (Rn 19); BeckRS 2021, 5447 (Rn 24).

¹⁰⁸ Schrappe/ François-Kettner/ Knieps/ Pfaff/ Püschel/ Glaeske, Pandemie durch SARS-CoV-2/Covid-19 – Datenbasis verbessern, Prävention gezielt weiterentwickeln, Bürgerrechte wahren, MedR 2020, 637 (643).

¹⁰⁹ LG Berlin, NVwZ-RR 2021, 301 (Rn 30).

¹¹⁰ OVG Saarlouis, BeckRS 2020, 30643 (Rn 28).

¹¹¹ OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 5447 (Rn 37).

vorliegen, sodass der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt sein könnte. Dafür sprechen auch die schwerwiegenden, irreversiblen Folgen steigender Infektionszahlen für eine Vielzahl an Betroffenen, v.a. aufgrund einer Überlastung des Gesundheitswesens. Die Verordnung sieht Ausnahmemöglichkeiten vor und ermöglicht einen Außer-Haus-Verkauf, was ebenfalls für die Angemessenheit spricht. Ebenso wie die Möglichkeit von Ausgleichszahlungen und die Befristung der Verordnung. Schwere Grundrechtseingriffe lassen sich damit jedoch allenfalls vorübergehend rechtfertigen.¹¹² So müssen die Anforderungen an das Eingriffsinteresse und den Nutzen umso höher sein, je länger und intensiver die Maßnahme andauert. Hier dauern sie seit November 2020 an, wobei es seit März 2020 immer wieder tiefe und länger andauernden Eingriffe gab. Die existenzgefährdende Wirkung vertieft sich mit jedem weiteren Tag.¹¹³ Insgesamt dürfte dies nicht nur kurzfristige, finanzielle sondern auch langfristige, volkswirtschaftliche Folgen nach sich ziehen, z.B. aufgrund eines geänderten Konsum- und Nutzungsverhalten der Kunden.¹¹⁴ Allein der Außer-Haus-Verkauf kann das nicht abmildern. Auch die Kompensationseignung der Ausgleichszahlungen des Bundes ist fraglich, bedenkt man, dass die Soforthilfeprogramme die wirtschaftliche Existenz von den Betroffenen oftmals nicht aufrechterhalten können.¹¹⁵ Die Veränderung des Konsumverhaltens kann es jedenfalls nicht abfangen. Als Argument für die Verhältnismäßigkeit kann auch die Befristung nur schwerlich herhalten, wenn die Maßnahmen mehrmals verlängert werden.¹¹⁶ Das ist vorliegend der Fall, wobei eine erneute Verlängerung absehbar ist. Auch die daraus resultierende Planungsunsicherheit intensiviert den Eingriff. Sicher müssen sich Fallzahlen und neue Erkenntnisse auf die Dauer und Intensität der Maßnahme im Rahmen einer Neubewertung auswirken können. Das Auftreten von Mutationen bei Viren ist aber z.B. keine neue medizinische Erkenntnis, sondern vielmehr ein bekannter Umstand, der von vornherein hätte berücksichtigt werden müssen. Aktuell müssen Betreiber befürchten, dass bei jedem Auftreten einer neuen Virusvariante, die zu steigenden Infektionszahlen führt, die Schließung angeordnet wird. Dabei ist nicht zu vergessen, dass es Virusstämme gibt, die jährlich mutieren.¹¹⁷ Ob dies auch bei SARS-CoV-2

der Fall sein wird, ist noch nicht absehbar. Eine Regelung, die als Lösung dafür aber nur die Schließung kennt, kann nicht angemessen alle Interessen berücksichtigen. Dafür bedürfte es vielmehr einer Öffnungsperspektive mit konkreten Zahlen und Fakten, wann und unter welchen Umständen geöffnet werden darf und wie (zumindest theoretisch) mit Virusvariationen, gegen die u.U. die bekannten Impfstoffe nicht wirken, langfristig umgegangen werden soll. Vor dem Hintergrund, dass die Annahme einer infektiologischen Relevanz von Gastronomiebetrieben noch immer auf keinen belastbaren Erkenntnissen beruht, ist die Zumutbarkeit der Berufsausübungsregelung ausgewählter Branchen zum Wohle der Allgemeinheit bei dieser Dauer nicht gegeben. Zudem dürften so tiefe, gravierende, andauernde Eingriffe wie hier nicht gerechtfertigt sein, wenn auf der Gegenseite nur unzureichend Maßnahmen zur Bewältigung der Situation ergriffen werden, wie es sich bei der Knappheit an PSA, Impfstoffen und Tests zeigt oder beim Abbau der zunächst ausgebauten Intensivbettenkapazitäten samt Notfallreserven seit 01.08.2020.¹¹⁸ Nicht zu vergessen ist, dass auch der psychische Druck aufgrund von Zukunftsängsten und Finanzsorgen auf Betroffene wächst und dies u.U. zu psychosomatischen Erkrankungen führen kann. Dem Staat kommt hier ebenso eine Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu, wie hinsichtlich etwaiger Infektionskrankheiten. Zumal sich die Regelung auf eine Vielzahl von Personen auswirkt, wie z.B. Arbeitnehmer, Betriebsinhaber, Lieferanten, Vermieter, etc. Unter diesen Umständen kann eine Regelung, die pauschal die Öffnung von bestimmten Betrieben untersagt und damit tief, andauernd und folgenreich in Grundrechte eingreift jedenfalls aus jetziger Sicht nicht mehr angemessen sein.

2. Vereinbarkeit mit sonstigem höherrangigem Recht

Fraglich ist, ob die Maßnahme mit sonstigen höherrangigen Rechten vereinbar ist. Zwar könnte z.B. der Wesensgehalt eines Grundrechts betroffen sein, wenn jeglicher Störungsabwehranspruch materiell-rechtlich beseitigt oder eine wirkungsvolle Geltendmachung verfahrensrechtlich verwehrt wird.¹¹⁹ Eine weiterreichende Prüfung dahingehend und auch die Verletzung sonstiger höherrangiger Rechte oder Rechtsgrundsätze (z.B. Bestimmtheitsgrund-

¹¹² Schmitz/Neubert, Praktische Konkordanz in der Covid-Krise – Vorübergehende Zulässigkeit schwerster Grundrechtseingriffe zum Schutz kollidierenden Verfassungsrechts am Beispiel von Covid-19-Schutzmaßnahmen, NVwZ 2020, 666 (667).

¹¹³ Schmitz/Neubert (Fn. 112), NVwZ 2020, 666 (667).

¹¹⁴ OVG Lüneburg, BeckRS 2021, 444 (Rn 28); BeckRS 2021, 5447 (Rn 31).

¹¹⁵ Schmitz/Neubert (Fn. 112), NVwZ 2020, 666 (669).

¹¹⁶ Schmitz/Neubert (Fn. 112), NVwZ 2020, 666 (668).

¹¹⁷ Kersten/Rixen, Verfassungsstaat in der Corona-Krise (Fn. 105), S. 19.

¹¹⁸ Stach (Fn. 31), NJW 2021, 10 (14).

¹¹⁹ Schmitz/Neubert (Fn. 112), NVwZ 2020, 666 (669).

satz, usw.) kann angesichts der Unverhältnismäßigkeit aber dahinstehen.

IV. Zwischenergebnis

§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO steht nicht im Einklang mit dem in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und überschreitet den Rahmen der Ermächtigungsgrundlage. Die Norm ist rechtswidrig.

C. Ergebnis

B's Antrag ist zulässig und begründet. Das OVG wird seinem Antrag stattgeben und § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsCoronaVO für unwirksam erklären.

ANMERKUNGEN

Gelobt wurde insbesondere die Einhaltung der Formalia und des Gutachtenstils. Auch die Strukturierung des Gutachtens, insb. die Prüfung der statthaften Antragsart in Teil 1, sowie insgesamt die ausgezeichnete Prüfung der Zulässigkeit in beiden Teilen fielen positiv ins Gewicht. Die Prüfung der Tatbestandsmerkmale der Ermächtigungsgrundlage in Teil 1 gelinge ausgezeichnet. Kritisch angemerkt wurde, dass ein Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO in Teil 1 eher fernliegend sei. Auch sei bei der Prüfung des Verwaltungsaktes in Teil 1 das Problem übersehen worden, dass sich das Erfordernis der Absonderung direkt auch aus der Quarantäne VO ergebe. Zudem sei die Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit nicht fehlerfrei gelungen. In Teil 1 werde hier nicht festgestellt, dass der Verwaltungsakt mündlich erteilt wurde. In Teil 2 werde die formelle Rechtmäßigkeit zu ausführlich thematisiert, wobei diese laut Sachverhaltsangaben gegeben war, sodass die Schwerpunktsetzung nicht ganz gelinge. Insgesamt konnte die Arbeit nicht mithilfe des allgemeinen Lösungsbogen bewertet werden, da es aber nach Einschätzung des Korrektors mehrere gut vertretbare Lösungswege gibt, wurde die Arbeit mit 16 Punkten bewertet.