

## Aktenzeichen und Fundstelle

Az.: VGH München 20 N 20.767

in: BeckRS 2021, 29086

### A. Leitsätze

1. Bei der Beurteilung, ob die Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit (§ 2 Nr. 3a IfSG) droht, steht den Infektionsschutzbehörden ein gerichtlich nicht vollständig überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.

2. Der Ordnungsgeber hat bei der Auswahl der nach §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 IfSG aF zu treffenden Infektionsschutzmaßnahmen im Rahmen seines Verordnungsermessens den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Die Einhaltung des Übermaßverbotes unterliegt der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.

### B. Sachverhalt

Die Antragsteller begehren mit einem Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO die Feststellung, dass § 4 Abs. 2 und 3 der Bayerischen Verordnung über Infektionsschutzmaßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie (BayIfSMV) vom 27.3.2020 in der Fassung vom 31.3.2020 unwirksam war. § 4 Abs. 2 BayIfSMV untersagte das Verlassen der eigenen Wohnung. Davon ausgenommen waren lediglich Verhaltensweisen, die triftige Gründe darstellten. Dies waren nach § 4 Abs. 3 BayIfSMV unter anderem die Ausübung beruflicher Tätigkeiten, Versorgungsgänge für die Gegenstände des täglichen Bedarfs oder Sport und Bewegung an der frischen Luft, allerdings ausschließlich alleine oder mit Angehörigen des eigenen Hausstandes und ohne jede sonstige Gruppenbildung.

Ein auf die vorläufige Aussetzung des Vollzuges von § 4 Abs. 2 und 3 BayIfSMV gerichteter Eilantrag der Antragstellerin nach § 47 Abs. 6 VwGO vom 10.4.2020 wurde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 14.4.2020 (Az.: 20 NE 20.736) nach Vornahme einer Folgenabwägung abgelehnt; die Aussichten in der Hauptsache wurden als offen angesehen. Die Verordnung trat mit Ablauf des 19.4.2020 außer Kraft.

### C. Anmerkungen

Der Antrag nach § 47 VwGO ist zulässig und begründet, weil die Ausgangsbeschränkung nach § 4 Abs. 2 und 3 BayIfSMV vom 27.3.2020 in der Fassung vom 31.3.2020 unwirksam war.

§ 4 Abs. 2 und 3 BayIfSMV wurde am 31.3.2020 bereits nicht ordnungsgemäß bekanntgegeben, weil die Voraussetzungen für eine Notbekanntmachung nach Art. 51 Abs. 2 LStVG aF nicht vorlagen. Die Ausgangsbeschränkung war daher bereits aus formellen Gründen bis zu dem Zeitpunkt der ordnungsgemäßen Verkündung am 7.4.2020 unwirksam. Darüber hinaus war sie auch wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit materiell rechtswidrig und daher insgesamt – einschließlich des Zeitraums ab dem 7.4.2020 – unwirksam.

In materieller Hinsicht ist in § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG zunächst eine – an den Maßstäben des § 80 Abs. 1 S. 2 GG gemessen – hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage zu sehen. Den zwischenzeitlich geäußerten Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage ist der Gesetzgeber durch die Einfügung eines im Hinblick auf allgemeine Ausgangs- und Betretungsverbote konkretisierenden zweiten Halbsatzes ausreichend begegnet. Die Tatbestandsvoraussetzungen waren ebenfalls erfüllt, da den Infektionsschutzbehörden bei der Beurteilung, ob die Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit (§ 2 Nr. 3a IfSG) droht, ein gerichtlich nicht vollständig überprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht und keine Anhaltspunkte für eine Überschreitung desselben bestehen.

Indes war die Ausgangsbeschränkung keine notwendige Maßnahme im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG. Sie verfolgte zwar ein legitimes Ziel in Form der Hemmung der Übertragung des Coronavirus und war zur Erreichung desselben durch Kontaktreduzierung geeignet. Problematisch war aber, dass sie ausweislich des Wortlautes auch das kontaktlose Verweilen im Freien außerhalb der Wohnung untersagte. In Form von Kontaktbeschränkungen im öffentlichen und privaten Raum stand ein milderes Mittel zur Verfügung, da diese den Aufenthalt von Einzelpersonen im öffentlichen Raum unberührt lassen. Sie wären auch gleich geeignet gewesen, da ein kontaktloses Verweilen im öffentlichen Raum infektiologisch unbedeutend ist.

Darüber hinaus war die Ausgangsbeschränkung auch unangemessen. Es ist nämlich nicht ersichtlich, warum die Gefahr der Bildung von Ansammlungen eine – derart grundrechtseingreifende – landesweite Ausgangsbeschränkung rechtfertigen sollte. Dies gilt umso mehr, als dass diese Gefahr lediglich an stark frequentierten Lokalisationen bestanden haben dürfte. Es wären daher regionale bzw. örtliche Maßnahmen zu ergreifen gewesen.

### D. In der Prüfung

§ 47 VwGO, §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 IfSG aF, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG

I. Zulässigkeit

#### II. Begründetheit

1. Formelle Rechtmäßigkeit

2. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage

b) Tatbestand

c) Rechtsfolge (Verordnungsermessen; Verhältnismäßigkeit)

### E. Literaturhinweise

Boehme-Neßler, Ausgangssperren zur Pandemiebekämpfung?, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur Verhältnismäßigkeit in Zeiten von Corona, NVwZ 2021, S. 670-674

Schmitt, Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof läutet die notwendige rechtswissenschaftliche Aufarbeitung der landesweiten Ausgangsverbote ein, VerfBlog, 2021/ 10/ 13, <https://verfassungsblog.de/im-ausgang-deutlich/>