

Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
vom 28. Januar 2022
über die Popularklage
– hier: Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung –
des Herrn Dr. A. K. in M.

auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit
der § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1, 4 und 7 Nr. 4, §§ 4 a, 5, 10 Abs. 1 der Fünfzehnten
Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (15. BayIfSMV) vom 23. No-
vember 2021 (BayMBI Nr. 816, BayRS 2126-1-19-G), die zuletzt durch Verord-
nung vom 13. Januar 2022 (BayMBI Nr. 36) geändert worden ist

Aktenzeichen: Vf. 65-VII-21

Stichwort:

Keine Außervollzugsetzung von Vorschriften der Fünfzehnten Bayerischen Infekti-
onsschutzmaßnahmenverordnung.

Entscheidung:

1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgewiesen.
2. Dem Antragsteller wird eine Gebühr von 1.500 € auferlegt.

Gründe:

I.

- 1 Der Antragsteller wendet sich mit seiner Popularklage gegen § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1, 4 und 7 Nr. 4, §§ 4 a, 5 und 10 Abs. 1 der Fünfzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (15. BayIfSMV) des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege vom 23. November 2021 (BayMBI Nr. 816, BayRS 2126-1-19-G) in der Fassung, die sie durch Änderungsverordnung zuletzt vom 13. Januar 2022 (BayMBI Nr. 36) erhalten hatte. Neben der Feststellung der Verfassungswidrigkeit beantragt er die vorläufige Außervollzugsetzung der angegriffenen Vorschriften.

- 2 1. Die Verordnung, die Schutzmaßnahmen gegen die andauernde Corona-Pandemie festlegt, ist in der angegriffenen Fassung gestützt auf § 32 Satz 1 i. V. m. § 28 Abs. 1, §§ 28 a, 28 c Satz 3 bzw. Satz 4 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) i. V. m. § 11 bzw. § 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV) und auf § 9 Nr. 5 der Delegationsverordnung (DeIV). Sie ist in ihrer ursprünglichen Fassung am 24. November 2021 in Kraft getreten. Mit Wirkung vom 28. Dezember 2021 wurden die angegriffenen Regelungen in § 3 Abs. 1 Satz 2 (Kontaktbeschränkungen), § 4 Abs. 1 Nr. 1 (Geimpft, genesen und zusätzlich getestet (2G plus)) und § 5 Abs. 1 Satz 1 Satzteil nach Nr. 2 (Geimpft oder genesen (2G)) dahingehend geändert, dass die Altersgrenze der von den Regelungen erfassten Kinder von 12 Jahren und 3 Monaten auf 14 Jahre angehoben wurde. Mit Ablauf des 9. Februar 2022 wird die Verordnung außer Kraft treten.

- 3 Die beanstandeten Vorschriften hatten in der angegriffenen Fassung (und haben im Wesentlichen weiterhin) folgenden Wortlaut:

§ 3 Kontaktbeschränkungen

(1) ¹Private Zusammenkünfte im öffentlichen Raum, in privat genutzten Räumen und auf privat genutzten Grundstücken, an denen Personen teilnehmen, die nicht im Sinne des § 2 Nr. 2 und 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV) geimpft oder genesen sind, sind nur gestattet

1. mit den Angehörigen des eigenen Hausstands sowie
2. zusätzlich höchstens zwei Angehörigen eines weiteren Hausstands.

²Kinder unter 14 Jahren bleiben hierbei außer Betracht. ³Ehegatten, Lebenspartner und Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gelten als ein Hausstand, auch wenn sie keinen gemeinsamen Wohnsitz haben.

(2) ¹Bei privaten Zusammenkünften außerhalb der Gastronomie, an denen ausschließlich Personen teilnehmen, die im Sinne des § 2 Nr. 2 und 4 SchAusnahmV geimpft oder genesen sind, sind maximal zehn Personen erlaubt. ²Abs. 1 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 4 Geimpft, genesen und zusätzlich getestet (2G plus)

(1) Der Zugang zu öffentlichen und privaten Veranstaltungen in nichtprivaten Räumlichkeiten, zu Sportstätten und praktischer Sportausbildung in geschlossenen Räumen, Sportveranstaltungen unter freiem Himmel außerhalb der eigenen sportlichen Betätigung, dem Kulturbereich mit Theatern, Opern, Konzerthäusern, Bühnen, Kinos, Museen, Messen, Tagungen, Kongressen, Ausstellungen, zu geschlossenen Räumlichkeiten der Objekte der bayerischen Verwaltung der staatlichen Schlösser, Gärten und Seen, außerdem zu Freizeiteinrichtungen einschließlich Bädern, Thermen, Saunen, Solarien, Fitnessstudios, Führungen in geschlossenen Räumen, Schauhöhlen und Besucherbergwerken, Indoorspielplätzen, Sporthallen und -banken, Wettannahmestellen und infektiologisch vergleichbaren Bereichen darf nur durch Besucher erfolgen, soweit diese

1. im Sinne des § 2 Nr. 2 und 4 SchAusnahmV geimpft oder genesen oder unter 14 Jahre alt sind und
2. zusätzlich über einen Testnachweis nach Abs. 6 verfügen oder Abs. 7 unterfallen.

...

(4) Für Anbieter, Veranstalter, Beschäftigte, Betreiber und ehrenamtlich Tätige der von Abs. 1 erfassten Betriebe und Veranstaltungen mit Kundenkontakt gilt § 28 b Abs. 1 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) entsprechend.

...

(7) Getesteten Personen stehen gleich:

...

4. geimpfte Personen im Sinne des § 2 Nr. 2 SchAusnahmV, die nachweisen können, dass sie zusätzlich entweder eine weitere Impfstoffdosis als Auffrischungsimpfung erhalten oder nach ihrer vollständigen Immunisierung eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 überstanden haben, soweit nicht bundesrechtlich anderes geregelt ist.

§ 4 a

Geimpft oder genesen (2G) mit Kapazitätsbeschränkungen

Im Hinblick auf Sportstätten zur eigenen sportlichen Betätigung und praktische Sportausbildung unter freiem Himmel, öffentliche und private Veranstaltungen unter freiem Himmel, zoologische und botanische Gärten, Gedenkstätten, Freizeitparks, Ausflugsschiffe außerhalb des Linienverkehrs und Führungen unter freiem Himmel gilt § 4 entsprechend mit der Maßgabe, dass ein zusätzlicher Testnachweis nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 nicht erforderlich ist.

§ 5

Geimpft oder genesen (2G)

(1) ¹Im Hinblick auf geschlossene Räume darf der Zugang zu

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
2. Dienstleistungen, bei denen eine körperliche Nähe zum Kunden unabdingbar ist und die keine medizinischen, therapeutischen oder pflegerischen Leistungen sind,

vorbehaltlich speziellerer Regelungen dieser Verordnung nur durch Besucher erfolgen, soweit diese im Sinne des § 2 Nr. 2 und 4 SchAusnahmV geimpft oder genesen oder unter 14 Jahre alt sind. ²Satz 1 gilt entsprechend für Seilbahnen; soweit es sich um geschlossene Kabinen handelt und Personen aus mehr als einem Hausstand befördert werden, dürfen

1. bei Kabinen bis einschließlich 10 Plätze maximal 75 % der Kapazität,
2. bei größeren Kabinen maximal 25 % der Kapazität, jedenfalls aber 7 Personen,

zugelassen werden.

(2) § 4 Abs. 3 bis 5 gilt entsprechend.

(3) Abweichend von Abs. 1 können zugelassen werden:

1. Personen im Rahmen der Durchführung von Prüfungen sowie für zwingend erforderliche und unaufschiebbare nichttouristische Beherbergungsaufenthalte bei Vorlage eines Testnachweises nach § 4 Abs. 6 Nr. 1,
2. minderjährige Schülerinnen und Schüler im Sinne von § 4 Abs. 7 Nr. 2 in der Gastronomie sowie im Beherbergungswesen,
3. Personen im Rahmen der Durchführung laufender Prüfungsblöcke, die bereits vor dem 24. November 2021 begonnen haben.

(4) Zu den nicht von Abs. 1 erfassten Dienstleistungs- und Handwerksbetrieben sowie zu Wahllokalen und Eintragungsräumen bestehen für nicht geimpfte oder nicht genesene Personen im Sinne des § 2 Nr. 2 und 4 SchAusnahmV keine durch diesen Paragraphen begründeten Zugangsbeschränkungen.

§ 10

Handels- und Dienstleistungsbetriebe, Märkte

(1) ¹Die Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr für Handelsangebote ist nur unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 und des § 4 Abs. 3 und 5 gestattet, soweit diese nicht der Deckung des täglichen Bedarfs dienen. ²Zum täglichen Bedarf gehört insbesondere der Lebensmittelhandel einschließlich der Direktvermarktung, Getränkemärkte, Reformhäuser, Babyfachmärkte, Schuhgeschäfte, Apotheken, Sanitätshäuser, Drogerien, Optiker, Hörakustiker, Tankstellen, der Verkauf von Presseartikeln und Tabakwaren, Filialen des Brief- und Versandhandels, Buchhandlungen, Blumenfachgeschäfte, Tierbedarfsmärkte, Futtermittelmärkte,

Baummärkte, Gartenmärkte, der Verkauf von Weihnachtsbäumen und der Großhandel. ³Für Beschäftigte der Ladengeschäfte gilt § 28 b Abs. 1 IfSG.

- 4 Mit Beschluss vom 19. Januar 2022 (Az. 20 NE 21.3119) hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof das 2G-Erfordernis im Einzelhandel gemäß § 10 Abs. 1 Sätze 1 und 2 15. BayIfSMV vorläufig außer Vollzug gesetzt. In der Folge wurde der angegriffene § 10 Abs. 1 15. BayIfSMV insgesamt durch Änderungsverordnung vom 26. Januar 2022 (BayMBI Nr. 67), in Kraft getreten am 27. Januar 2022, aufgehoben. Mit dieser Änderungsverordnung wurden zudem insbesondere die Ausnahmeregelung für regelmäßigen Testungen unterliegende Schülerinnen und Schüler (§ 4 Abs. 3 Nr. 2 i. V. m. Abs. 7 Nr. 2 15. BayIfSMV) auf die außerschulische Bildung im Rahmen der Jugendarbeit erweitert sowie Prüfungen, Meisterkurse und der gesamte Fahrschulbereich auch für ungeimpfte und nicht genesene Personen nach 3G zugänglich gemacht.

- 5 2. Der Antragsteller macht mit seiner Antragschrift vom 3. Dezember 2021 und den Schriftsätzen vom 6. und 19. Dezember 2021 sowie vom 17. und 24. Januar 2022 im Wesentlichen geltend, die angegriffenen Bestimmungen verstießen mit ihrer Ungleichbehandlung von Nicht-Immunisten einerseits sowie Geimpften und Genesenen andererseits gegen den Gleichheitssatz (Art. 118 BV). Für Nicht-Immuniste, die sich aufgrund einer autonomen Risikoabwägung dafür entschieden hätten, mit einer Impfung abzuwarten oder gänzlich davon abzusehen, kämen Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 100 i. V. m. Art. 101 BV), die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 101 BV), die Berufsfreiheit (Art. 101 BV), das Grundrecht auf Bildung bzw. Zugang zu Bildungseinrichtungen (Art. 101 i. V. m. Art. 118 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV sowie Art. 128 Abs. 1 BV), das Grundrecht auf Schutz der Familie (Art. 124 Abs. 1 BV), das Grundrecht auf Entwicklung zu selbstbestimmungsfähigen und verantwortungsfähigen Persönlichkeiten (Art. 125 Abs. 1 Satz 1 BV) und das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 100 i. V. m. Art. 101 BV) in Betracht. Die nur für Nicht-Immuniste geltenden Kontakt- und Zugangsbeschränkungen seien weder geeignet noch erforderlich,

geschweige denn angemessen. Ein folgerichtiges Schutzkonzept der Regelungen sei nicht ersichtlich.

- 6 Die Eingriffe in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit seien vielfältiger Natur. Sie beträfen die psychischen Belastungen im Zusammenhang mit Testungen und Impfungen sowie die körperliche Integrität bei der Durchführung von Tests und beim mittelbaren Zwang zu einer Impfung. Wer sich angesichts dieses Drucks testen oder impfen lasse, handle nicht mehr freiwillig. Die Injektion des Impfstoffs als solche beeinträchtige die körperliche Unversehrtheit. Nicht unerhebliche Nebenwirkungen stünden bereits fest, die Feststellung weiterer Nebenwirkungen und Langzeitfolgen seien nicht auszuschließen. Es sei auch zu berücksichtigen, dass mittlerweile ein signifikanter Anteil von geschätzt 20 % der Bevölkerung natürlich immunisiert und die vom Robert Koch-Institut angestrebte Immunisierungsquote hierdurch längst erreicht sei. Die natürliche Immunisierung sei derjenigen durch Impfung überlegen.
- 7 Außerdem greife die Verpflichtung, die eigene Ungefährlichkeit mittels eines Tests unter Beweis zu stellen, tief in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein, das die Befugnis jedes Einzelnen schütze, das Risiko einer Erkrankung und einer Impfung eigenständig abzuwägen. Durch die Kontaktbeschränkungen und die Beschränkungen des Zugangs zu Veranstaltungen, Räumlichkeiten und Leistungen sei die Handlungsfreiheit Ungeimpfter, die als Nichtstörer kaum noch mittels Test am gesellschaftlichen Leben teilnehmen dürften, im privaten Umfeld in vielfältiger Weise eingeschränkt. Gleiches gelte im beruflichen Bereich für die Testpflichten für Anbieter, Veranstalter, Betreiber, ehrenamtlich Tätige und vor allem Beschäftigte, die die Kosten für den Test selbst zu tragen hätten. Auch für Studentinnen und Studenten, die ohnehin schon über einen überdurchschnittlich hohen Immunisierungsgrad verfügen würden, sei kein Sachgrund für den Eingriff in das Grundrecht auf Bildung bzw. des Zugangs zu Bildungseinrichtungen ersichtlich. Nicht immunisierte Studierende würden vollständig vom Zugang zu Hochschulen ausgeschlossen, ohne dass die Vorlage eines Tests möglich wäre. Hier seien Hygienemaßnahmen kombiniert mit Testungen völlig ausreichend.

- 8 Der durch die Beobachtungs- und Überprüfungspflicht eingeschränkte Beurteilungsspielraum der Exekutive bestehe nicht mehr. Die ursprüngliche Annahme des Robert Koch-Instituts, die Impfung reduziere das Risiko einer Virusübertragung in dem Maß, dass Geimpfte bei der Epidemiologie der Erkrankung keine wesentliche Rolle mehr spielten, sei weder mit der aktuellen Datenlage noch mit dem aktuellen Stand von Wissenschaft und Forschung vereinbar. Der Eigenschutz einer Impfung sinke schneller als erwartet. Auch der Fremdschutz sei nur in den ersten Wochen vorhanden und werde dann rasch abgebaut. Eine Eindämmung der Virusausbreitung sei nicht mehr realistisch. Ein Zusammenhang zwischen Impfquoten und Infektionsgeschehen oder zwischen Letzterem und konkreten Maßnahmen sei nicht belegt. Eine spezifisch von Nicht-Immunisierten ausgehende konkrete Gefahr sei nicht gegeben. Deren Rolle am Pandemiegesehen sei deutlich kleiner als behauptet. Die Datenlage sei völlig unzureichend. Die in der Verordnungsbegründung genannten Inzidenzen für Ungeimpfte seien falsch und um ein Vielfaches überhöht. Das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (LGL) habe über Monate Infektionen von Personen mit unklarem Impfstatus nicht separat ausgewiesen, sondern den Zahlen der Ungeimpften hinzugerechnet. Inzwischen stehe fest, dass die Inzidenz unter den Ungeimpften am 17. November 2021 im Vergleich zu den Geimpften nicht fast 13,4 mal, sondern lediglich 2,84 mal höher gelegen habe. Außerdem würden Geimpfte im Fall einer Infektion in der Regel keine oder nur milde Symptome entwickeln, müssten sich nicht testen lassen und nähmen mangels erheblicher Symptome auch weniger Tests freiwillig in Anspruch. Zahlreiche Infektionen blieben dadurch unentdeckt und breiteten sich in den mild symptomatischen Fällen unbemerkt aus. Das Gesundheitssystem sei jedoch zu keinem Zeitpunkt überlastet gewesen und die stationäre Versorgung nicht an ihre Grenzen gelangt. Bei Infektionswellen komme es regelmäßig zu regionalen Vollaustellungen in Krankenhäusern. Solche Belastungsspitzen seien dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen. Der Infektionsschutz einer Impfung gegen die Omikron-Variante sei gering und von äußerst kurzer Dauer. Trotz stark steigender Inzidenzen sinke die Intensivbettenbelegung und würden sich Infektionszahlen und Hospitalisierungsraten deutlich entkoppeln. Da-

her sei die Diskriminierung Ungeimpfter nicht mehr gerechtfertigt. Etwaige Nachteile einer Aussetzung der Regelung ließen sich durch eine flächendeckende Wiedereinführung kostenloser, in bestimmtem Umfeld dann verpflichtender Tests unabhängig vom Impfungsstatus kompensieren.

- 9** Das Rechtsstaatsprinzip (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV) sei wegen eines offensichtlichen und schwerwiegenden Widerspruchs zu Bundesrecht verletzt. Abgesehen von einem Fehlen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite und dem Fehlen einer Überlastung des Gesundheitssystems ergebe sich dies aus dem Umstand, dass die Beschränkungen für Ungeimpfte unabhängig vom Infektionsgeschehen gelten würden, obwohl dieses nach der Ermächtigung des § 28 a IfSG eine wesentliche Rolle spielen müsse. Die angegriffenen Regelungen würden weitergehende Schutzmaßnahmen nach § 28 a Abs. 3 Satz 3 IfSG darstellen. Nach § 28 a Abs. 3 Satz 4 IfSG müsse dabei die sog. Sieben-Tage-Hospitalisierungsinzidenz als wesentlich berücksichtigt werden. Das sei jedenfalls dann nicht der Fall, wenn – wie hier – nicht ansatzweise ersichtlich sei, dass die Maßnahmen danach differenzieren würden, welche Sieben-Tage-Hospitalisierungsinzidenz oder welche weiteren, nach § 28 a Abs. 3 Satz 5 IfSG zu berücksichtigenden Indikatoren (unter infektionsepidemiologischen Aspekten differenzierte Sieben-Tage-Inzidenz, Intensivbettenbelegung, Impfquote) erreicht worden seien. Dabei genüge es nicht, wenn die Begründung der Verordnung diese Inzidenzen erwähne, wenn diese offensichtlich falsch seien. Außerdem enthalte sich die Begründung zur Änderung der Verordnung vom 17. Januar 2022 jeglicher Differenzierung zwischen Geimpften und Ungeimpften.
- 10** Schließlich würden die angegriffenen Regelungen in sachwidriger Weise nicht nach dem Alter differenzieren. Kinder und Jugendliche seien in den vergangenen 22 Monaten in einer nie da gewesenen Art und Weise in einer prägenden Phase ihres Lebens in ihren Entfaltungsmöglichkeiten und ihren sozialen Interaktionen beschränkt worden, obwohl sie selbst kaum gefährdet und weniger infektiös als Erwachsene seien. Mit dem Impfangebot an alle impffähigen Personen sei die

Rechtfertigung für etwaige Eingriffe gegenüber Kindern und Jugendlichen entfallen. Es sei nicht ersichtlich, weshalb diese für den Schutz von Personen herangezogen werden sollten, die es ablehnten, sich durch eine Impfung selbst zu schützen. Durch den mittelbaren Impfzwang für Impfstoffe, die nur über eine bedingte Marktzulassung verfügten und deren Risiken erst nach und nach voll erfasst würden, werde die Belastung in unzulässiger Weise auf die Bevölkerungsgruppe verlagert, die den Schutz am wenigsten brauche. Primär müsse der Schutz durch Einführung eines breit angelegten, niederschweligen Testkonzepts und gezielte Impfungen unmittelbar bei den Vulnerablen mit den größten Risikofaktoren ansetzen. Es sei nicht ersichtlich, dass der Staat alle Möglichkeiten zur Beratung und Aufklärung ausgeschöpft habe.

- 11 3. Der Bayerische Landtag und die Bayerische Staatsregierung wurden am Verfahren beteiligt. Die Bayerische Staatsregierung hält die Popularklage und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung für unzulässig, jedenfalls für unbegründet.

II.

- 12 Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat keinen Erfolg.
- 13 1. Der Verfassungsgerichtshof kann auch im Popularklageverfahren eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund dringend geboten ist (Art. 26 Abs. 1 VfGHG). Wegen der weitreichenden Folgen, die eine einstweilige Anordnung im Popularklageverfahren in der Regel auslöst, ist an die Voraussetzungen, unter denen sie erlassen werden kann, ein strenger Maßstab anzulegen. Aufgrund des Wesens der Popularklage dürfen konkrete Maßnahmen zugunsten einzelner von einem Rechtssatz betroffener Personen nicht erlassen werden; vielmehr kommt auch im Rahmen einer einstweiligen Anordnung nur eine Regelung infrage, die generell den Vollzug vorläufig aussetzt. Die Gründe, die für die

Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Vorschrift vorgetragen werden, haben im Regelfall außer Betracht zu bleiben. Nur wenn bereits offensichtlich ist, dass die Popularklage aus prozessualen oder sachlichen Gründen keine Aussicht auf Erfolg hat, kommt eine einstweilige Anordnung von vornherein nicht in Betracht. Umgekehrt kann der Erlass einer einstweiligen Anordnung dann geboten sein, wenn die Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Vorschrift offensichtlich ist. Ist der Ausgang des Popularklageverfahrens dagegen als offen anzusehen, sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, die Popularklage aber Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abzuwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Popularklage aber der Erfolg zu versagen wäre. Bei dieser Abwägung müssen die für eine vorläufige Regelung sprechenden Gründe so gewichtig sein, dass sie im Interesse der Allgemeinheit eine einstweilige Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile unabweisbar machen (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 28.6.2021 – Vf. 73-VII-20 – juris Rn. 19; vom 7.12.2021 – Vf. 60-VII-21 – juris Rn. 10).

- 14** 2. Nach diesen Maßstäben liegen die Voraussetzungen für eine vorläufige Außervollzugsetzung der angegriffenen Vorschriften nicht vor.
- 15** a) Soweit der Antragsteller die vorläufige Außervollzugsetzung des § 10 Abs. 1 15. BaylFsmV begehrt, ist sein Antrag unzulässig geworden. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat diese Vorschrift in Sätzen 1 und 2 (2G-Zugangsbeschränkung im Einzelhandel) mit Beschluss vom 19. Januar 2022 (Az. 20 NE 21.3119) gemäß § 47 Abs. 6 VwGO vorläufig außer Vollzug gesetzt. Die fachgerichtliche Eilentscheidung im Normenkontrollverfahren ist nach herrschender Meinung ebenso wie die Entscheidung in der Hauptsache gemäß § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO allgemein verbindlich (vgl. NdsOVG vom 16.12.2021 – 13 MN 477/21 – juris Rn. 68; Hoppe in Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl. 2019, § 47 Rn. 111 m. w. N.). Für den Erlass einer einstweiligen Anordnung durch den Verfassungsgerichtshof bezüglich einer Vorschrift, die bereits der Bayerische Verwaltungsgerichtshof im Weg einer allgemein verbindlichen Eilentscheidung vorläufig außer Vollzug gesetzt hat, fehlt das Rechtsschutzbedürfnis (vgl. VerfGH vom

29.1.2021 – Vf. 96-VII-20 – juris Rn. 17). Darüber hinaus hat der Verordnungsgeber im Hinblick darauf die angegriffene Vorschrift inzwischen durch die Änderungsverordnung vom 26. Januar 2022 (BayMBI Nr. 67) aufgehoben.

- 16 b) Im Übrigen ist der Antrag grundsätzlich zulässig. Zwar verbürgt die unter anderem als verletzt bezeichnete Verfassungsvorschrift des Art. 125 Abs. 1 Satz 2 BV kein Grundrecht, sondern enthält lediglich einen Programmsatz, stellt also für den Gesetzgeber Richtlinien auf (VerfGH vom 21.4.2021 – Vf. 26-VII-21 – juris Rn. 19 m. w. N.). Der Antragsteller macht aber einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 118 Abs. 1 BV) und gegen das (zumindest als Auffangvorschrift anwendbare) Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 101 BV) hinreichend substantiiert geltend (Art. 55 Abs. 1 Satz 2 VfGHG).
- 17 c) Die Popularklage ist jedoch nicht offensichtlich begründet. Nach gegenwärtigem Stand ist nicht erkennbar, dass die im Eilverfahren zulässig angegriffenen Vorschriften offensichtlich verfassungswidrig wären. Auch wenn sie teilweise schwerwiegend in Grundrechte eingreifen, ist angesichts der gegenwärtigen Pandemielage nicht ersichtlich, dass der Verordnungsgeber die bundesrechtlich eröffneten Spielräume offenkundig überschritten oder unter Verletzung von Grundrechten der Bayerischen Verfassung ausgefüllt hätte. Insbesondere ist nicht festzustellen, dass der Normgeber zur Eindämmung der steigenden Infektionszahlen und zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens andere, die Betroffenen weniger belastende Maßnahmen hätte ergreifen müssen.
- 18 aa) Hierzu wird zunächst auf die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 7. Dezember 2021 (Vf. 60-VII-21 – juris) verwiesen. Darin wird u. a. hinsichtlich der §§ 3, 4 und 5 15. BayIfSMV vom 23. November 2021 (BayMBI Nr. 816) in der Fassung der Änderungsverordnung vom 3. Dezember 2021 (BayMBI Nr. 841) dargelegt, aus welchen Gründen diese Vorschriften aufgrund ihres Regelungsinhalts jedenfalls nicht als offensichtlich verfassungswidrig qualifiziert werden können (vgl. juris Rn. 21 ff.) und bei der danach gebotenen Folgenabwägung die gegen den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe überwiegen (vgl. juris

Rn. 34 ff.). An der in dieser Entscheidung zum Ausdruck gebrachten Auffassung hält der Verfassungsgerichtshof fest. Er vermag auch unter Berücksichtigung der Ausführungen des Antragstellers sowie mit Blick auf die – zeitlich beschränkte – Weitergeltung der Regelungen in modifizierter Fassung und das aktuelle Pandemiegeschehen keine Gründe zu erkennen, die im Interesse der Allgemeinheit die beantragte einstweilige Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile unabweisbar machen und eine Außervollzugsetzung der angegriffenen Vorschriften rechtfertigen würden.

- 19** bb) Bei der Beurteilung von Maßnahmen im Zusammenhang mit der Verhinderung der Verbreitung der Krankheit COVID-19 ist allgemein zu berücksichtigen, dass der Staat wegen seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit zum Handeln grundsätzlich nicht nur berechtigt, sondern auch verfassungsrechtlich verpflichtet ist (vgl. VerfGH vom 8.5.2020 – Vf. 34-VII-20 – juris Rn. 121; vom 16.11.2020 – Vf. 90-VII-20 – juris Rn. 23; vom 30.12.2020 – Vf. 96-VII-20 – juris Rn. 21; vom 7.12.2021 – Vf. 60-VII-21 – juris Rn. 22; BVerfG vom 13.5.2020 – 1 BvR 1021/20 – juris Rn. 8; vom 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u. a. – juris Rn. 174 ff.; vom 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20 – juris Rn. 97, 130). Zwar lässt sich nicht jegliche Freiheitsbeschränkung damit rechtfertigen, dass sie dem Schutz der Grundrechte Dritter diene. Vielmehr hat der Staat stets einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen der Freiheit der einen und dem Schutzbedarf der anderen zu schaffen (vgl. BVerfG vom 13.5.2020 – 1 BvR 1021/20 – juris Rn. 8). Für eine Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen sprechen angesichts der Gefahren, die ein ungehindertes Infektionsgeschehen für Leib und Leben der Menschen und die Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems mit sich bringen kann, aber gute Gründe (vgl. z. B. VerfGH vom 17.12.2020 – Vf. 110-VII-20 – juris Rn. 26; vom 22.3.2021 – Vf. 23-VII-21 – juris Rn. 21; vom 7.12.2021 – Vf. 60-VII-21 – juris Rn. 22; BVerfG vom 11.11.2020 – 1 BvR 2530/20 – juris Rn. 11).
- 20** cc) Die verfassungsrechtliche Prüfung der beanstandeten Regelungen muss im Blick behalten, dass sie vor dem Hintergrund einer seit Oktober 2021 deutlich ansteigenden, exponentiell wachsenden Infektionsdynamik und einer regional teils

stark ansteigenden Krankenhausbelegung mit COVID-19-Patienten und einer steigenden Zahl von Todesfällen erlassen wurden (vgl. Begründung der Fünfzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung, BayMBI 2021 Nr. 827). Der in der Folgezeit zunächst zu beobachtende leichte Rückgang der Infektionsdynamik bei den Meldefällen ließ vor dem Hintergrund der aufkommenden, sehr infektiösen Omikron-Variante eine Entspannung der Situation weder eintreten noch dauerhaft erwarten (vgl. Begründungen der Änderungsverordnungen vom 3., 14. und 23. Dezember 2021, BayMBI Nrn. 842, 876 und 950). Seit dem Jahreswechsel war wieder ein starker Anstieg der Meldefälle zu beobachten und mit einem weiteren starken Anstieg der Fallzahlen zu rechnen (vgl. Begründungen der Änderungsverordnungen vom 11., 13., 17. und 26. Januar 2022, BayMBI Nrn. 3, 37, 42 und 68).

- 21** Aufgrund der Corona-Pandemie hatte das Bayerische Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration ab 11. November 2021 – erneut – das Vorliegen einer Katastrophe im Freistaat Bayern gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 1 BayKSG festgestellt (Bekanntmachung vom 10. November 2021 BayMBI Nr. 790). Diese Feststellung gilt seither unverändert fort.
- 22** Am 23. November 2021 hatte der Bayerische Landtag nach § 28 a Abs. 8 Satz 1 IfSG festgestellt, dass für das Gebiet des Freistaates die konkrete Gefahr der epidemischen Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) besteht und daher § 28 a Abs. 1 bis 6 IfSG mit Wirkung vom 24. November 2021 für den Freistaat anwendbar sind (BayMBI Nr. 826). Die Lage sei dramatisch und katastrophal. Seit einigen Wochen stiegen die Corona-Infektionszahlen in Bayern so stark an wie nie zuvor. Die Kliniken seien schon jetzt höchstbelastet, die meisten Krankenhäuser verfügten über keine freien Intensivbetten mehr. Der Landtag sehe es daher als erforderlich an, das Vorgehen im Kampf gegen die Coronapandemie zu verschärfen, um eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern und Leben in Bayern zu retten. Der Landtag begrüße und unterstütze daher die von der Staatsregierung am 23. November 2021 beschlossenen Maßnahmen, insbesondere die Kontaktbeschränkungen für Ungeimpfte und Nichtgenesene – gerade

auch zum Schutz von vulnerablen Personengruppen und den Ungeimpften selbst –, die Einführung der 2G-Regel für körpernahe Dienstleistungen neben der bereits verankerten 2G-Regel in der Gastronomie, die Einführung der 2G plus-Regel für Kultur-, Freizeit-, Messe- und Sportveranstaltungen wie auch in Bädern, Saunen, Seilbahnen oder Spielhallen, die Beschränkung der Auslastung von maximal 25 % der möglichen Besucherzahlen von Kultur-, Freizeit- und Sportveranstaltungen, die Einführung einer Sperrstunde ab 22 Uhr in der Gastronomie und die Hotspot-Regelung für Landkreise und kreisfreie Städte mit einer 7-Tage-Inzidenz von über 1.000 (LT-Drs. 18/19077).

- 23** Seit Erlass der Fünfzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung hat der Normgeber deren Regelungen, darunter auch die angegriffenen Vorschriften, mehrfach angepasst und ihre Geltungsdauer zuletzt bis zum Ablauf des 9. Februar 2022 verlängert. Entgegen der Behauptung des Antragstellers hat er hierbei ausweislich der jeweiligen Verordnungsbegründungen (BayMBI 2021 Nrn. 827, 842, 876 und 950; 2022 Nrn. 3, 37, 42 und 68) auch den bundesrechtlich für weitergehende Schutzmaßnahmen zu berücksichtigenden Indikatoren des jeweiligen regionalen und überregionalen Infektionsgeschehens (§ 28 a Abs. 3 Satz 3 IfSG), der Sieben-Tage-Hospitalisierungsinzidenz (§ 28 a Abs. 3 Satz 4 IfSG) sowie der unter infektionsepidemiologischen Aspekten differenzierten Sieben-Tage-Neuinfektionzinzidenz, der verfügbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten und der Anzahl der geimpften Personen (§ 28 a Abs. 3 Satz 5 IfSG) Rechnung getragen. Er hat im Unterschied zur Regelung, die Gegenstand der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 20. Januar 2022 (Az. 1 S 3846/21) war, keine Regelung getroffen, die erklärtermaßen unabhängig von der Sieben-Tage-Hospitalisierungsinzidenz und der Auslastung der Intensivbetten Geltung beansprucht. In der Begründung der letzten Änderungsverordnung vom 26. Januar 2022 (BayMBI Nr. 68) wird zum maßgeblichen Lagebild ausgeführt, seit dem Jahreswechsel sei wieder ein starker Anstieg der Meldefälle zu beobachten, der sich weiter fortgesetzt habe. In Deutschland habe mit der dominanten Zirkulation der besorgniserregenden Omikron-Variante die fünfte Welle der Corona-Pandemie begonnen, mit stark steigendem Trend bei den

Fallzahlen und Höchstständen bei der 7-Tage-Inzidenz. Die Omikron-Variante sei deutlich stärker übertragbar als die früheren Varianten. Es gebe Hinweise auf eine reduzierte Schutzwirkung und insbesondere Dauer des Impfschutzes gegen die Omikron-Variante. Gleichzeitig deuteten wissenschaftliche Erkenntnisse und Erfahrungen in anderen Ländern darauf hin, dass schwere Erkrankungen, Hospitalisierungen und Intensivbehandlungen bei einer Infektion mit Omikron weniger häufig seien als bei der Delta-Variante. Außerdem habe gezeigt werden können, dass eine Auffrischungsimpfung nach Grundimmunisierung den Immunschutz substantiell verbessere und vor Infektionen und insbesondere vor schweren Krankheitsverläufen schütze. Weil es aufgrund der hohen Infektionszahlen zu erheblichen Meldeverzügen der Gesundheitsämter komme, weise das RKI eine adjustierte 7-Tage-Hospitalisierungsinzidenz aus, die den zeitlichen Verzug der Meldungen nach dem Infektionsschutzgesetz korrigiere und die aktuell wieder über dem vom RKI für die Stufe Rot empfohlenen Grenzwert von 5 liege. Seit dem 16. Januar 2022 sei wieder ein Anstieg der Zahl stationär behandelter COVID-19-Patienten und seit dem 24. Januar 2022 auch im Intensivbereich ein allerdings sehr geringfügiger Anstieg der Zahlen zu beobachten. Auch in den nächsten Wochen sei mit keiner Erleichterung der Situation im Intensivbettenbereich der Krankenhäuser zu rechnen. Momentan könnten die Krankenhäuser die durch die Omikron-Variante bedingte Inanspruchnahme auf Intensiv- wie auf Normalstationen jedoch noch hinreichend bewältigen. Das RKI schätze die Infektionsgefährdung für die Gruppe der Ungeimpften als sehr hoch, für die Gruppe der Genesenen und Geimpften mit Grundimmunisierung (zweimalige Impfung) als hoch und für die Gruppe der Geimpften mit Auffrischungsimpfung (dreimalige Impfung) als moderat ein. Für die Senkung der Neuinfektionen, den Schutz der Risikogruppen und die Minimierung von schweren Erkrankungen und damit auch die Begrenzung der Belastung des Gesundheitssystems sei die Impfung der Bevölkerung von zentraler Bedeutung.

- 24** dd) Vor diesem Hintergrund können die beanstandeten Schutzmaßnahmen der Verordnung in ihrer angegriffenen und auch der aktuellen Fassung in Anbetracht der Einschätzungsprärogative, die dem Ordnungsgeber angesichts der unsicheren Erkenntnislage für die Bewertung der Gefahrenlage und Ausgestaltung des

Schutzkonzepts nach wie vor zuzugestehen ist (vgl. VerfGH vom 21.10.2020 – Vf. 26-VII-20 – juris Rn. 21; vom 22.3.2021 – Vf. 23-VII-21 – juris Rn. 24; vom 7.12.2021 – Vf. 60-VII-21 – juris Rn. 24; vgl. auch BVerfG vom 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u. a. – juris Rn. 177 ff., 185 ff., 204 ff., 217 ff., 232 ff.), jedenfalls nicht als offensichtlich verfassungswidrig qualifiziert werden. Vielmehr dürfte der vom Ordnungsgeber im Rahmen der bundesrechtlichen Ermächtigung verfolgte, verfassungsrechtlich legitime Zweck, Leben und Gesundheit zu schützen, hierzu die Infektionszahlen aktuell deutlich zu senken und auch Langzeitfolgen einer Infektion zu vermeiden (vgl. Begründung der Änderungsverordnung vom 11. Januar 2022, BayMBI Nr. 3) sowie – als Zwischenziel – ein funktionsfähiges Gesundheitssystem aufrecht zu erhalten, angesichts der aktuellen pandemischen Lage die teils massiven Grundrechtseingriffe durch die in Rede stehenden Schutzmaßnahmen weiterhin rechtfertigen. Entgegen der Auffassung des Antragstellers beinhalten die angegriffenen Kontakt- und Zugangsbeschränkungen keinen mittelbaren oder indirekten Impfwang, sondern belassen den Normadressaten die Freiheit, sich für oder gegen eine Impfung zu entscheiden (vgl. auch BayVGh vom 4.11.2021 – 25 NE 21.2686 – juris Rn. 49; NdsOVG vom 10.12.2021 – 13 MN 462/21 – juris Rn. 29; VGh BW vom 17.12.2021 – 1 S 3528/21 – juris Rn. 111).

- 25** (1) Aus dem Einwand des Antragstellers, die Ungleichbehandlung von Nicht-Immunisierten einerseits sowie Geimpften und Genesenen andererseits sei verfassungsrechtlich nicht mehr gerechtfertigt, weil nach dem aktuellen Stand von Wissenschaft und Forschung keine spezifisch von Nicht-Geimpften ausgehende konkrete Gefahr bestehe, ergibt sich kein offensichtlicher Verstoß der angegriffenen Regelungen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 118 Abs. 1 BV).
- 26** (a) Die Zahl der täglichen Neuinfektionen hat am 19. Januar 2022 mit 112.323 erstmals seit Beginn der Pandemie die Größenordnung von 100.000 überschritten und mit 203.136 am 27. Januar 2022 einen vorläufig neuen Höchststand erreicht. Sie steigt nach wie vor kontinuierlich.

27 Das Robert Koch-Institut (RKI), dem der Bundesgesetzgeber in § 4 IfSG eine besondere Rolle eingeräumt hat und dessen Einschätzung im Bereich des Infektionsschutzes besonderes Gewicht beizumessen ist (vgl. VerfGH vom 26.3.2020 NVwZ 2020, 624 Rn. 16; vom 28.9.2021 – Vf. 8-VII-20 – juris Rn. 54; vgl. auch BVerfG vom 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u. a. – juris Rn. 191), stuft die Gefährdung durch COVID-19 für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland in seiner Risikobewertung vom 14. Januar 2022 insgesamt als sehr hoch ein. Ursächlich hierfür sei das Auftreten und die rasante Verbreitung der Omikron-Variante, die sich nach derzeitigem Kenntnisstand deutlich schneller und effektiver verbreite als die bisherigen Virusvarianten. Dadurch komme es zu einer schlagartigen Erhöhung der Infektionsfälle und es könne auch zu einer schnellen Überlastung des Gesundheitssystems und ggf. weiterer Versorgungsbereiche kommen. Die Infektionsgefährdung werde für die Gruppe der Ungeimpften als sehr hoch, für die Gruppen der Genesenen und Geimpften mit Grundimmunisierung (zweimalige Impfung) als hoch und für die Gruppe der Geimpften mit Auffrischimpfung (dreimalige Impfung) als moderat eingeschätzt. Die Ausbreitung der Omikron-Variante, die in Deutschland inzwischen vorherrschend sei, sei sehr beunruhigend. Sie sei deutlich übertragbarer als die früheren Varianten (z. B. Delta-Variante). Es gebe erste Hinweise auf eine reduzierte Effektivität und Dauer des Impfschutzes gegen die Omikron-Variante. Die Datenlage hinsichtlich der Schwere der Erkrankungen durch die Omikron-Variante sei noch nicht ausreichend, allerdings würden erste Studien eher einen geringeren Anteil an Hospitalisierten im Vergleich zu Infektionen mit der Delta-Variante zeigen. Schon aufgrund des erwarteten massiven Anstiegs der Fallzahlen sei zu befürchten, dass es bei weiterer Verbreitung der Omikron-Variante wieder zu einem erneuten Anstieg der schweren Erkrankungen und Todesfälle komme und die intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten überschritten würden. Die Verbreitung der Omikron-Variante verstärke die Notwendigkeit intensiver kontaktreduzierender Maßnahmen, konsequenter Einhaltung der AHA-L Regeln sowie intensivierter Impfungen. Für die Senkung der Neuinfektionen, den Schutz der Risikogruppen und die Minimierung schwerer Erkrankungen und Todesfälle sei die Impfung der Bevölkerung von zentraler Bedeutung. Alle

Impfstoffe, die aktuell in Deutschland zur Verfügung stünden, schützten nach derzeitigen Erkenntnissen bei vollständiger Impfung sehr gut vor einer schweren Erkrankung; die Wirksamkeit der einzelnen Impfstoffe gegen die Omikron-Variante sei noch nicht endgültig zu beurteilen. Da die verfügbaren Impfstoffe einen guten Schutz vor einer COVID-19-Erkrankung (insbesondere vor schweren Erkrankungen) böten, sei grundsätzlich davon auszugehen, dass eine hohe Impfquote zu einer Entlastung des Gesundheitssystems beitrage (www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html).

- 28** In seinem wöchentlichen Lagebericht vom 20. Januar 2022 geht das RKI unverändert von einer hohen Wirksamkeit der COVID-19-Impfung aus. Alle Impfstoffe, die zurzeit in Deutschland zur Verfügung stünden, würden nach derzeitigem Erkenntnisstand bei vollständiger Impfung und insbesondere nach Auffrischimpfung die allermeisten geimpften Personen wirksam vor einer schweren Erkrankung schützen. In der geimpften Bevölkerung (mit Grundimmunisierung oder Auffrischimpfung) habe sowohl die Inzidenz der symptomatischen Fälle als auch die Hospitalisierungsinzidenz in allen Altersgruppen und zu jedem Zeitpunkt deutlich unter der jeweiligen Inzidenz der ungeimpften Bevölkerung gelegen. Von schweren Krankheitsverläufen weiterhin am stärksten betroffen seien ungeimpfte Menschen in höheren Altersgruppen und Menschen mit vorbestehenden Erkrankungen, die das Immunsystem schwächten. Nach einer Auswertung für den Zeitraum vom 20. Dezember 2021 bis zum 16. Januar 2022 seien 60 % der Corona-Patienten mit bekanntem Impfstatus auf Intensivstationen ungeimpft gewesen. Rund 11 % hätten nur über einen unvollständigen Immunschutz verfügt, 30 % hätten einen vollständigen Impfschutz (Grundimmunisierung oder Booster) gehabt. Der Anteil mit Auffrischimpfung habe bei ca. 8,4 % gelegen. Die deutlich niedrigere Inzidenz symptomatischer Fälle in der Bevölkerung mit Auffrischimpfung zeige die Wirkung der Auffrischimpfung. Im zeitlichen Verlauf sei jedoch eine Abnahme der Effektivität der Grundimmunisierung zu beobachten, welche hauptsächlich die Effektivität gegenüber einer symptomatischen Infektion und deutlicher die Altersgruppe der ab 60-Jährigen betreffe. Die Auffrischimpfung könne jedoch den Schutz vor sympto-

matischer Infektion sowohl bei jüngeren wie auch älteren Erwachsenen auf ein Niveau wiederherstellen, das über dem kurz nach der Grundimmunisierung liege. Weiterhin zeige sich für ungeimpfte Personen aller Altersgruppen ein deutlich höheres Risiko für eine COVID-19-Erkrankung, insbesondere für eine schwere Verlaufsform. In den nächsten Wochen werde mit einer weiteren starken Zunahme der Anzahl von Infektionen mit der Omikron-Variante, die auch bei Geimpften und Genesenen leichter übertragbar sei, gerechnet. Erste Studien deuteten auf einen geringeren Anteil an Hospitalisierten im Vergleich zu Infektionen mit der Delta-Variante bei Infizierten mit vollständiger Impfung bzw. Auffrischimpfung hin. Hinsichtlich der Omikron-Variante sei eine verminderte Wirksamkeit der COVID-19-Impfung v. a. gegenüber symptomatischen Infektionen wahrscheinlich, während weiterhin von einem hohen Schutz insbesondere der Auffrischimpfung gegenüber schwereren Verläufen ausgegangen werden könne. Die Belastung der Intensivstationen sei weiterhin hoch, im Vergleich zur Vorwoche jedoch leicht gesunken. Obwohl die Belegungszahlen zurzeit noch rückläufig seien, könne es weiterhin zu regionalen Kapazitätsengpässen im intensivmedizinischen Bereich kommen (www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2022-01-20.pdf?__blob=publicationFile).

- 29** (b) Auch das im Bundeskanzleramt zur Entwicklung gemeinsamer Vorschläge zur Pandemiebewältigung eingerichtete wissenschaftliche Expertengremium geht in seiner 2. Stellungnahme vom 6. Januar 2022 davon aus, durch das Auftreten der Omikron-Variante sei trotz einer reduzierten Hospitalisierungsrate bei sehr hohen Inzidenzwerten mit einer erheblichen Belastung und regional auch Überlastung der Krankenhäuser und der ambulanten Versorgungsstrukturen (Praxen, Ambulanzen, Tageskliniken) und dem öffentlichen Gesundheitsdienst zu rechnen. Ein hohes Patientenaufkommen kombiniert mit akutem Personalmangel könne innerhalb von kurzer Zeit die allgemeine medizinische Versorgung in Deutschland gefährden. Ähnliche Belastungssituationen seien auch in anderen Bereichen der kritischen Infrastruktur (KRITIS) wie auch weiteren gesellschaftlich relevanten Sektoren zu erwarten. Impfungen und insbesondere Boosterimpfungen würden auch bei

Omikron-Infektion vor schweren Krankheitsverläufen und Hospitalisierung schützen (www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1995094/0e24018c4ce234c5b9e40a83ce1b3892/2022-01-06-zweite-stellungnahme-expertenrat-data.pdf?download=1).

- 30** Nach seiner 3. Stellungnahme vom 22. Januar 2022 erwartet der ExpertInnenrat einen weiteren Anstieg der Infektionszahlen. Zwar würden die Neuaufnahmen auf die Intensivstationen in Folge einer rückläufigen Delta-Welle derzeit sinken, jedoch werde der Anstieg der Omikron-Welle langsam auch bei den Intensivstationsaufnahmen sichtbar. Darüber hinaus zeige die Hospitalisierung der COVID-19-Fälle regional eine Trendumkehr und einen Wiederanstieg. Die Hospitalisierungsrate werde niedriger als bei der Delta-Variante erwartet, müsse aber eine ganze Größenordnung (etwa Faktor 10) niedriger liegen als im vergangenen Winter, um die erwartete hohe Fallzahl zu kompensieren und das Gesundheitssystem nicht zu überlasten. Von einer derart starken Reduktion der Hospitalisierungsrate sei auf der Basis der aktuell verfügbaren Daten trotz Impfungen nicht auszugehen. Entsprechend seien bei weiter steigenden Inzidenzen sehr viele Krankenhausaufnahmen zu erwarten. Das hochdynamische Infektionsgeschehen erfordere aktuell eine Beibehaltung und strikte Umsetzung der bisherigen Maßnahmen. Sowohl Kontaktbeschränkungen als auch Boosterimpfungen seien notwendig, um die Dynamik der aktuellen Omikron-Welle zu bremsen und das Gesundheitssystem und die KRITIS zu schützen (www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/2000790/9d2b24aef2a1745548ba870166b64b7e/2022-01-22-nr-3-expertenrat-data.pdf?download=1).
- 31** (c) Es gibt demnach erhebliche Hinweise darauf, dass zwischen Ungeimpften und Nicht-Genesenen einerseits und Geimpften und Genesenen andererseits nach wie vor deutliche Unterschiede bestehen im Hinblick auf das Risiko, sowohl sich selbst mit dem SARS-CoV-2-Virus zu infizieren und daran mit schwerem Verlauf zu erkranken als auch das Virus weiter zu verbreiten und dadurch unmittelbar oder mittelbar zur Überlastung des Gesundheitssystems beizutragen. Angesichts dessen

dürfte die vom Antragsteller bemängelte, allerdings bereits bundesrechtlich angelegte Ungleichbehandlung (vgl. VerfGH vom 5.1.2022 – Vf. 63-VII-21 – juris Rn. 21) in der aktuellen pandemischen Situation unter Berücksichtigung der Impfquote verfassungsrechtlich weiterhin gerechtfertigt sein. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das Gesamtkonzept des Ordnungsgebers den Geimpften und Genesenen ebenfalls Beschränkungen auferlegt, wenn auch in abgestufter Weise (vgl. insbesondere § 3 Abs. 2 Satz 1, §§ 4 und 14 15. BayIfSMV). Dass grundsätzlich zur Wahrung des Übermaßverbots eine Differenzierung und unterschiedliche Abwägung hinsichtlich genesener oder vollständig geimpfter Personen einerseits und nicht vollständig Geimpfter sowie Nicht-Genesenen andererseits stattfinden kann oder sogar muss, hat auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 19. November 2021 hervorgehoben (Az. 1 BvR 781/21 u. a. – juris Rn. 201, 235 f.).

- 32** Ebenso dürften aus diesen Gründen die Kontakt- und Zugangsbeschränkungen nach Maßgabe der §§ 3 bis 5 15. BayIfSMV, die nach diesen Personengruppen und bereichsspezifisch nach typisiertem Infektionsrisiko differenzieren und bis hin zu einer zusätzlichen Testpflicht auch für Geimpfte und Genesene (2G plus) in weiten Lebensbereichen reichen, trotz der mit ihnen verbundenen erheblichen Grundrechtseingriffe dem Verhältnismäßigkeitsgebot genügen und auch sonst verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein (vgl. allgemein zu Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen BVerfG vom 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u. a. – juris Rn. 105 ff.; zum Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum auf verschiedenen Ebenen der Verhältnismäßigkeitsprüfung BVerfG, a. a. O., Rn. 177 ff., 185 ff., 204 ff., 217 ff., 232 ff.). Das gilt angesichts der derzeit erheblichen Gefahrenlage insbesondere auch mit Blick auf die in diesen Vorschriften enthaltenen – durch die letzte Änderungsverordnung vom 26. Januar 2022 teilweise abgemilderten – Zugangsbeschränkungen für den Kultur- und Bildungsbereich und die damit verbundenen Eingriffe insbesondere in die Grundrechte der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 108 BV) oder der Berufsfreiheit (Art. 101 BV). Auch diese dürften durch den mit ihnen verfolgten Zweck des Lebens- und Gesundheitsschutzes in der gegen-

wärtigen Lage grundsätzlich gerechtfertigt sein. Gegen die Belastungen von Betroffenen in diesen Lebensbereichen kann auch nicht erfolgreich eingewandt werden, dass andere Lebensbereiche weniger stark reguliert würden, da dadurch Belastungen auf Dritte verschoben würden (vgl. BVerfG, a. a. O., Rn. 212; vom 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 – juris Rn. 131 f.; VerfGH vom 7.12.2021 – Vf. 60-VII-21 – juris Rn. 28).

- 33** Wenn der Antragsteller im Regelungskonzept der Verordnung unter verschiedenen Gesichtspunkten „Folgerichtigkeit“ vermisst, zeigt das weder einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 118 Abs. 1 BV) noch eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgebots auf. Wie der Verfassungsgerichtshof bereits in früheren Entscheidungen zu Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen hervorgehoben hat, darf der Normgeber besonders bei Massenerscheinungen, die sich – wie das gegenwärtige Pandemiegeschehen – auf eine Vielzahl von Lebensbereichen auswirken, generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen treffen. Unebenheiten, Friktionen und Mängel sowie gewisse Benachteiligungen in besonders gelagerten Einzelfällen, die sich im Zusammenhang mit Differenzierungen ergeben, müssen in Kauf genommen werden, solange sich für das insgesamt gefundene Regelungsergebnis ein plausibler, sachlich vertretbarer Grund anführen lässt (vgl. etwa VerfGH vom 17.12.2020 – Vf. 110-VII-20 – juris Rn. 34; vom 22.3.2021 – Vf. 23-VII-21 – juris Rn. 39; vom 7.12.2021 – Vf. 60-VII-21 – juris Rn. 33). Vor diesem Hintergrund ist ein Verstoß jedenfalls nicht offensichtlich festzustellen.
- 34** (2) Es ist auch nicht offensichtlich, dass die aktuell für Kinder und Jugendliche geltenden Regelungen der Verordnung verfassungswidrig wären.
- 35** (a) Soweit der Antragsteller auf die besondere Situation von Kindern und Jugendlichen hinweist, tragen die angegriffenen Vorschriften in ihrer aktuellen Fassung den besonderen Belangen dieser Bevölkerungsgruppe dadurch Rechnung, dass sie Kinder unter 14 Jahren von zahlreichen Beschränkungen ausnehmen (§ 3 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 15. BayIfSMV – Kontaktbeschränkungen, § 4

Abs. 1 Nr. 1 15. BayIfSMV – Zugang insbesondere zu Veranstaltungen, Sportstätten in geschlossenen Räumen, dem Kulturbereich und Freizeiteinrichtungen, § 4 a 15. BayIfSMV – Sportstätten zur eigenen sportlichen Betätigung und praktische Sportausbildung unter freiem Himmel, öffentliche und private Veranstaltungen unter freiem Himmel, zoologische und botanische Gärten, Gedenkstätten, Freizeitparks, Ausflugsschiffe außerhalb des Linienverkehrs und Führungen unter freiem Himmel, § 5 Abs. 1 Satz 1 15. BayIfSMV – Gastronomie, Beherbergungswesen, körpernahe Dienstleistungen). Weitere Erleichterungen sind geregelt für Schülerinnen und Schüler, die regelmäßigen Testungen im Rahmen des Schulbesuchs unterliegen (§ 4 Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 7 Nr. 2 15. BayIfSMV – Zugang insbesondere zu Veranstaltungen, Sportstätten in geschlossenen Räumen, dem Kulturbereich und Freizeiteinrichtungen sowie seit 27. Januar 2022 zur außerschulischen Bildung im Rahmen der Jugendarbeit, § 5 Abs. 3 Nr. 2 15. BayIfSMV – möglicher Zugang zur Gastronomie und zum Beherbergungswesen, § 5 a Satz 2 i. V. m. § 4 Abs. 7 Nr. 2 15. BayIfSMV – Zugang zu touristischen Bus- und Bahnreisen sowie zu Ausflugsschiffen im Linienverkehr). Wenn der Normgeber ausweislich der ursprünglichen Verordnungsbegründung (BayMBl 2021 Nr. 827 S. 3) und auch der aktuellen (BayMBl 2022 Nr. 68 S. 3) berücksichtigt, dass seit vielen Wochen für alle Impfwilligen ab zwölf Jahren die Möglichkeit bestanden habe, zeitnah eine Schutzimpfung zu erhalten, und seine Regelung daran ausrichtet, ist das jedenfalls nicht von vornherein sachwidrig, zumal frühere Belastungen der jungen Bevölkerung – wie etwa die vollständige vorübergehende Schließung von Kinderbetreuungseinrichtungen bzw. das Aussetzen von Präsenzunterricht – vom Normgeber in der aktuellen Lage nicht in gleicher Weise vorgenommen werden wie in der Vergangenheit.

- 36** (b) Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass von Kindern und Jugendlichen gar keine relevante Fremdgefährdung ausginge, sodass ihnen gleichsam als „Nichtstörer“ Grundrechtsbeschränkungen auferlegt würden. Dem RKI zufolge ist eine Übertragung von SARS-CoV-2 grundsätzlich von und innerhalb jeder Altersgruppe möglich. Zwar

sei das Transmissionsrisiko durch jüngere Kinder nicht abschließend geklärt, jedoch seien Kinder für SARS-CoV-2 suszeptibel und könnten auch innerhalb der jeweiligen Altersgruppen übertragen. Kinder nähmen am Transmissionsgeschehen teil und COVID-19-Ausbrüche träten sowohl in Kitas als auch in Schulen auf. Insgesamt schienen Kinder weniger infektiös zu sein und wahrscheinlich eine niedrigere Viruslast zu haben als Erwachsene. Die Mehrzahl der Kinder zeige nach bisherigen Studien einen asymptomatischen oder milden Krankheitsverlauf. Nur ein sehr kleiner Teil benötige eine intensivmedizinische Versorgung und werde beatmungspflichtig. Allerdings sei die Studienlage zur Viruslast bei Kindern heterogen, viele Veröffentlichungen würden methodische Fragen aufwerfen (Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19 Stand: 26.11.2021, Kinder und Jugendliche, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsession-id=6D6C9CBECBD859EF003CFDFCB26130ED.internet081?nn=13490888#doc13776792bodyText17).

- 37** Nach aktueller Datenlage muss jedenfalls davon ausgegangen werden, dass Kinder und Jugendliche am Infektionsgeschehen teilnehmen, und zwar ebenso wie Erwachsene in weit höherem Ausmaß, wenn sie nicht immunisiert sind. Zwar geht das RKI davon aus, dass das Risiko für einen schweren COVID-19-Krankheitsverlauf mit höherem Alter zunimmt, eine Hospitalisierung oder der Tod in der Altersgruppe ab 60 Jahre also wahrscheinlicher ist als in den jüngeren Altersgruppen (RKI, wöchentlicher Lagebericht vom 20. Januar 2022, S. 30). In der vierten Welle seien jedoch alle Altersgruppen unter 60 Jahren stärker von Infektionen betroffen gewesen als in der zweiten und dritten Welle, mit Inzidenzen von über 900 bzw. 1.000 in den Altersgruppen der 5- bis 9- und 10- bis 14-Jährigen (RKI, a. a. O., S. 5).
- 38** (c) Die weitere, durch das Auftreten der Omikron-Variante geprägte Entwicklung bleibt abzuwarten. Gegenwärtig ist eine starke Zunahme von Infektionen zu verzeichnen, weshalb die Prognosen des RKI und des ExpertInnenrats – wie bereits ausgeführt – mit einer Überlastung der Gesundheitsversorgungsstrukturen in

Deutschland rechnen, auch wenn erste epidemiologische Analysen aus Großbritannien, Dänemark und den USA dem ExpertInnenrat zufolge auch bei Kindern auf einen milderen Krankheitsverlauf bei Infektionen mit der Omikron-Variante im Vergleich zur Delta-Variante hindeuten (www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1995094/0e24018c4ce234c5b9e40a83ce1b3892/2022-01-06-zweite-stellungnahme-expertenrat-data.pdf?download=1).

- 39** d) Bei der demnach gebotenen Folgenabwägung überwiegen die gegen den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe.
- 40** Erginge die beantragte einstweilige Anordnung nicht und hätte die Popularklage im Hauptsacheverfahren Erfolg, wären alle Untersagungen und Beschränkungen mit ihren vom Antragsteller beschriebenen, grundrechtsrelevanten und durchaus erheblichen, überwiegend irreversiblen Belastungen für eine Vielzahl von Menschen zu Unrecht erfolgt. Erginge aber die beantragte einstweilige Anordnung und hätte die Popularklage im Hauptsacheverfahren keinen Erfolg, würde dies mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem erheblichen Ansteigen von Infektionen mit schwerem Verlauf und daraus resultierenden weiteren Belastungen des Gesundheitssystems führen, mithin zu einer gravierenden Gefahr für Leib und Leben der unmittelbar oder mittelbar Betroffenen, obwohl dem durch die in Streit stehenden Schutzmaßnahmen in verfassungsrechtlich zulässiger Weise hätte entgegengewirkt werden können.
- 41** Dass wirksame Maßnahmen zur Verhinderung eines Anstiegs der Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und damit zugleich zur Eindämmung der Erkrankung COVID-19 dringend erforderlich sind, zeigen die bereits zitierten aktuellen Lagebeschreibungen und -einschätzungen des RKI und des ExpertInnenrats der Bundesregierung. Dass es auch, wie der Antragsteller anführt, Stimmen gibt, wonach die Beteiligung von Kindern und Jugendlichen sowie allgemein von Nicht-Immunisierten am Infektionsgeschehen zu unbedeutend sei, um die angegriffenen Maßnahmen verhältnismäßig erscheinen zu lassen, führt nicht zu einer abwei-

chenden Beurteilung. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Kontakt- und Zugangsbeschränkungen die weitere Verbreitung des Coronavirus zumindest verlangsamen, die Zahl schwer verlaufender Infektionen innerhalb kurzer Zeit reduzieren und damit einen Beitrag zur Beherrschung des Infektionsgeschehens und zur Entlastung der Gesundheitsinfrastruktur leisten können. Selbst wenn man den Beitrag der angeordneten Maßnahmen als nicht sehr hoch einschätzen würde, überwiegen angesichts der Bedeutung von Leben und Gesundheit der Gefährdeten und der aktuellen Dynamik des Infektionsgeschehens die Gründe gegen das Außerkraftsetzen der angegriffenen Regelungen.

- 42** Im Übrigen würde eine vorläufige Außerkraftsetzung einzelner oder aller angegriffener Verordnungsbestimmungen die praktische Wirksamkeit des vom Verordnungsgeber verfolgten Gesamtkonzepts in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Gebot zuwiderliefe, von der Befugnis, den Vollzug einer in Kraft getretenen Norm auszusetzen, wegen des erheblichen Eingriffs in die Gestaltungsfreiheit des Normgebers nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch zu machen (vgl. zu Folgenabwägungen im Zusammenhang mit „Coronamaßnahmen“ bereits VerfGH vom 26.3.2020 NVwZ 2020, 624 Rn. 13; vom 24.4.2020 NVwZ 2020, 785 Rn. 23; vom 8.5.2020 – Vf. 34-VII-20 – juris Rn. 26; vom 15.5.2020 – Vf. 34-VII-20 – juris Rn. 14; vom 8.6.2020 – Vf. 34-VII-20 – juris Rn. 22; vom 3.7.2020 – Vf. 34-VII-20 – juris Rn. 21; vom 12.8.2020 – Vf. 34-VII-20 – juris Rn. 23; vom 21.10.2020 – Vf. 26-VII-20 – juris Rn. 25; vom 29.10.2020 – Vf. 81-VII-20 – juris Rn. 19; vom 16.11.2020 – Vf. 90-VII-20 – juris Rn. 41; vom 17.12.2020 – Vf. 110-VII-20 – juris Rn. 37; vom 30.12.2020 – Vf. 96-VII-20 – juris Rn. 35; vom 29.1.2021 – Vf. 96-VII-20 – juris Rn. 48; vom 1.2.2021 – Vf. 98-VII-20 – juris Rn. 22; vom 22.3.2021 – Vf. 23-VII-21 – juris Rn. 48; vom 28.6.2021 – Vf. 73-VII-20 – juris Rn. 28; vom 7.12.2021 – Vf. 60-VII-21 – juris Rn. 38; vgl. auch BVerfG vom 11.11.2020 – 1 BvR 2530/20 – juris Rn. 16).

III.

- 43** Es ist angemessen, dem Antragsteller eine Gebühr von 1.500 € aufzuerlegen (Art. 27 Abs. 1 Satz 2 VfGHG).