

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 20 NE 21.919
Sachgebietsschlüssel: 542

Rechtsquellen:

§ 47 Abs. 6 VwGO
§§ 5 Satz 1, 23 Abs. 1 12. BayLfSMV

Hauptpunkte:

Corona Pandemie
Untersagung von Veranstaltungen
Schließung von Kultureinrichtungen

Leitsätze:

Beschluss des 20. Senats vom 15. April 2021

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Normenkontrollsache

```
* . *****_*****  
      ***** ** *****  
      ,  
* . *****  
      ***** * *****  
      ,  
* . *****  
      ***** * *****  
      ,  
* . *****  
      ***** * *****  
      ,  
* . *****  
      ***** * *****  
      ,  
* . *****  
      ***** ** *****  
      ,  
* . *****  
      ***** ** *****  
      ,  
* . *****  
      ***** ** * *****  
      ,  
* . ***** ** ** *****  
      ***** ** *****  
      ,  
* . *****  
      ***** * *****  
      ,  
** . *****  
      ***** ** *****  
      ,  
** . *****_*****  
      *****_***** ** *****  
      ,  
** . *****  
      *****_*****_***** ** *****  
      ,  
** . *****  
      ***** ** *****  
      ,  
** . *****  
      ** *****_***** ** *****  
      ,  
** . *****  
      ,
```

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

_ ***** _

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

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch die Landesrechtsanwaltschaft Bayern,
Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach,

- Antragsgegner -

wegen

Infektionsschutzgesetz / Kultur
(Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO);

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 20. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Kraheberger,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Meier,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Knie

ohne mündliche Verhandlung am **15. April 2021**
folgenden

Beschluss:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Antragsteller tragen jeweils die Kosten des Verfahrens.
- III. Der Streitwert wird auf 10.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

1 1. Die Antragsteller sind Berufsmusiker und planen in den kommenden Wochen Auf-
führungen bzw. Konzerte in der Bayerischen Staatsoper und der Philharmonie im
Gasteig. Sie beantragen, § 5 Satz 1 und § 23 Abs. 1 der Zwölften Bayerischen Infek-
tionsschutzmaßnahmenverordnung (12. BayIfSMV vom 5.3.2021, BayMBI. 2021
Nr. 171) in der Fassung der Änderungsverordnung vom 9. April 2021 (BayMBI. 2021
Nr. 261), die mit Ablauf des 18. April 2021 außer Kraft tritt (§ 30 12. BayIfSMV), durch
Erlass einer einstweiligen Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen.

2 2. Die angegriffenen Regelungen haben folgenden Wortlaut:

3 „§ 5 Veranstaltungen, Feiern

4 ¹Vorbehaltlich speziellerer Regelungen in dieser Verordnung sind Veranstaltungen,
Versammlungen, soweit es sich nicht um Versammlungen nach § 7 handelt, Ansamm-
lungen sowie öffentliche Festivitäten landesweit untersagt. (...)

5 **§ 23 Kulturstätten**

6 (1) Theater, Opern, Konzerthäuser, Bühnen, Kinos und ähnliche Einrichtungen sind
geschlossen.
(...)“

7 3. Mit ihrem Eilantrag vom 29. März 2021 tragen die Antragsteller in tatsächlicher Hin-
sicht im Wesentlichen vor, sie seien von dem Kulturveranstaltungsverbot in besonde-
rem Maße betroffen. Im Ergebnis werde ihnen die Ausübung ihrer Kunst vor Zuschau-
ern unmöglich gemacht. Wissenschaftliche Erkenntnisse der letzten Monate bestätig-
ten, dass von Kulturveranstaltungen bei Einhaltung der Hygienekonzepte keine nen-
nenswerte Infektionsgefahr ausginge. Hierzu verweisen die Antragsteller auf mehrere
Studienergebnisse und ein für die Bayerische Staatsoper und der Philharmonie im
Gasteig erarbeitetes, mit dem Rahmenhygienekonzept der Bayerischen Staatsmini-
sterien für Gesundheit und Pflege und für Wissenschaft und Kunst vom 2. Juli 2020
(BayMBl. 2020 Nr. 386) abgestimmtes Hygienekonzept (wird im Einzelnen dargestellt).

8 Sie gehen in rechtlicher Hinsicht davon aus, dass § 28a Abs. 1 Nr. 7 IfSG keine aus-
reichende Ermächtigungsgrundlage für Kulturveranstaltungsverbote darstelle, da der
Gesetzgeber hier den Stellenwert der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) überse-
hen habe. Eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage sei in § 28a Abs. 1 Nr. 7 IfSG
allenfalls dann zu erblicken, wenn man in einer verfassungskonformen Auslegung den
Subsidiaritätsvorbehalt des § 28a Abs. 2 IfSG hinzu lese. Dessen Anforderungen seien
allerdings nicht erfüllt. Unabhängig hiervon seien aber auch die einfach-gesetzlichen
Anforderungen insbesondere des § 28 Abs. 1 Satz 1 und des § 28a Abs. 3 Satz 5 IfSG
nicht erfüllt. Das Kulturveranstaltungsverbot stelle einen nicht gerechtfertigten Eingriff
in die von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Kunstfreiheit und die von Art. 12 Abs. 1
GG geschützte Berufsausübungsfreiheit der Antragsteller dar. Die Maßnahme sei
weder geeignet noch erforderlich und auch nicht verhältnismäßig im engeren Sinne,
da sie den grundrechtlichen Stellenwert der Kunst(-freiheit) verkenne. Schließlich ver-
stoße die Regelung im Hinblick auf die Regelungen zu Gottesdiensten, Versammlun-
gen und dem Einzelhandel jedenfalls gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

9 4. Der Antragsgegner tritt dem Eilantrag entgegen und beantragt die Antragsableh-
nung. Die angegriffenen Normen seien von Ermächtigungsgrundlage in § 28 IfSG
umfasst. Die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG sei nicht schrankenlos

gewährleistet. Da nur die Live-Bühnenaufführung vor Publikum untersagt sei, verblieben schauspielerisch-künstlerische Betätigungsmöglichkeiten. Die vorgelegten Studien seien teilweise noch nicht abgeschlossen. Die Maßnahme seien angesichts des sich verschärfenden Infektionsgeschehens verhältnismäßig.

- 10 5. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten Bezug genommen.

II.

- 11 Der zulässige Antrag ist unbegründet.

12 A. Die Antragsteller sind antragsbefugt (§ 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO), weil sie als Berufsmusiker durch die Untersagung von Veranstaltungen und Feiern sowie der Schließung von Kulturstätten und der damit einhergehenden flächendeckenden Sperrung der künstlerischen Wirkungsstätten in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 3 GG (mittelbar) beeinträchtigt sein könnten.

13 B. Die Voraussetzungen des § 47 Abs. 6 VwGO, wonach das Normenkontrollgericht eine einstweilige Anordnung erlassen kann, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist, liegen nicht vor. Ein noch zu erhebender Normenkontrollantrag in der Hauptsache hat unter Anwendung des Prüfungsmaßstabs im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO (1.) bei summarischer Prüfung keine durchgreifende Aussicht auf Erfolg (2.). Unabhängig davon ginge auch eine Folgenabwägung zulasten der Antragsteller aus (3.).

14 1. Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen oder noch zu erhebenden Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 u.a. – ZfBR 2015, 381 – juris Rn. 12; zustimmend OVG NW, B.v. 25.4.2019 – 4 B 480/19.NE – NVwZ-RR 2019, 993 – juris Rn. 9). Dabei erlangen die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Eilverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Normen befristet und je geringer damit die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag noch vor dem Außerkrafttreten der Normen ergehen kann.

- 15 Ergibt die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist (BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 u.a. – ZfBR 2015, 381 – juris Rn. 12).
- 16 Lassen sich die Erfolgsaussichten nicht absehen, ist im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden. Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung nicht erginge, der Normenkontrollantrag aber später Erfolg hätte, und die Folgen, die entstünden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung erlassen würde, der Normenkontrollantrag aber später erfolglos bliebe. Die für eine einstweilige Außervollzugsetzung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, also so schwer wiegen, dass sie – trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache – dringend geboten ist (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 u.a. – juris Rn. 12; Ziekow in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 395; Hoppe in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 47 Rn. 106).
- 17 2. Nach diesen Maßstäben ist der Eilantrag auf einstweilige Außervollzugsetzung der angegriffenen Regelung abzulehnen, weil ein in der Hauptsache noch zu erhebender Normenkontrollantrag bei summarischer Prüfung voraussichtlich keinen Erfolg hat.
- 18 a) Der Senat geht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren davon aus, dass die Maßnahme nach § 5 Satz 1 und § 23 Abs. 1 12. BayIfSMV mit § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 7 (Untersagung oder Beschränkung von Kulturveranstaltungen oder des Betriebs von Kultureinrichtungen) und Nr. 10 IfSG (Untersagung von Veranstaltungen) eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage haben (BayVGh, B.v. 8.12.2020 – 20 NE 20.2461 – juris Rn. 24 ff.).

- 19 Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 28a Abs. 1 Nr. 7 IfSG (BT-Drs. 19/24334, S. 72) hat der Bundesgesetzgeber die Grundrechtsrelevanz der Untersagung und Beschränkung des Betriebs von Kultureinrichtungen oder von Kulturveranstaltungen mit Blick auf die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG sehr wohl erkannt und darauf hingewiesen, dass der Bedeutung der Kunstfreiheit ausreichend Rechnung getragen werden muss. Dabei hat er aber auch ausdrücklich festgestellt, dass deren Beschränkungen, insbesondere des sog. Wirkungsbereichs in einer volatilen Pandemielage mit dem Ziel einer Reduzierung von Infektionszahlen erforderlich sein können, um den Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit angemessen zu gewährleisten.
- 20 Eine verfassungskonforme Auslegung des § 28a Abs. 1 Nr. 7 IfSG dahingehend, dass Untersagungen oder Beschränkungen von Kulturveranstaltungen oder des Betriebs von Kultureinrichtungen nur dann zulässig sind, soweit auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erheblich gefährdet wäre (vgl. § 28a Abs. 2 IfSG), ist nach summarischer Prüfung verfassungsrechtlich nicht geboten. Der Gesetzgeber wollte mit der Schaffung des § 28a Abs. 2 IfSG dem besonderen verfassungsrechtlichen Gewicht der Glaubensfreiheit gemäß Art. 4 GG und der Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 GG bzw. der erheblichen Eingriffsintensität in Individualgrundrechte durch Ausgangsbeschränkungen bzw. die Untersagung des Betretens oder des Besuchs von Einrichtungen im Sinne von § 28a Abs. 1 Nr. 15 IfSG Rechnung tragen (BT-Drs. 19/24334, S. 72). Sein Abwägungsergebnis, weniger intensive Grundrechtseingriffe in Bereiche des sog. Wirkungsbereichs der Kunstfreiheit – untersagt ist kein bestimmter künstlerischer Inhalt, sondern (lediglich) eine mögliche Form der Kunstdarbietung in Gestalt der Bühnenaufführung vor Publikum – nicht den besonderen Anforderungen des § 28a Abs. 2 IfSG zu unterwerfen, hat der Verordnungsgeber beim Normerlass zu respektieren. Zumal es bei Art. 4 GG und Art. 8 GG jeweils um eine gemeinschaftliche Grundrechtsausübung der Gottesdienstbesucher bzw. Demonstrationsteilnehmer geht, wohingegen die Besucher von Kulturveranstaltungen nicht selbst Träger des Grundrechts der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG und die Künstler – wie dargelegt (nur) in Teilbereichen ihrer Kunstfreiheit betroffen sind (vgl. BayVerfGH, E.v. 22. März 2021 – Vf. 23-VII-21 – juris Rn 45).
- 21 Eine weitergehende Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Norm bleibt dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

- 22 b) Die Regelungen in § 5 Satz 1 und § 23 Abs. 1 12. BayIfSMV sind voraussichtlich materiell rechtmäßig, weil sie mit den Ermächtigungsgrundlagen im Einklang stehen und sich bei summarischer Prüfung nicht als unverhältnismäßig oder gleichheitswidrig erweisen.
- 23 aa) Zur Begründung kann zunächst auf die Senatsrechtsprechung verwiesen werden. Anträge auf vorläufige Außervollzugsetzung der befristeten Untersagung von Veranstaltungen nach § 5 Satz 1 12. BayIfSMV und der Schließung von Kulturstätten nach § 23 Abs. 1 12. BayIfSMV hat der Senat mit Beschlüssen vom 13. März 2021 (Az. 20 NE 21.634 – BeckRS 2021, 4747) zur 12. BayIfSMV, vom 16. November 2020 (Az. 20 NE 20.2601 – BeckRS 2020, 32245; Az. 20 NE 20.2561 – BeckRS 2020, 32249) zur 8. BayIfSMV, vom 15. September 2020 (Az. 20 NE 20.2035 – BeckRS 2020, 24347) zur 6. BayIfSMV und vom 10. Juni 2020 (Az. 20 NE 20.1320 – BeckRS 2020, 12010) zur 5. BayIfSMV abgelehnt.
- 24 bb) Die vom Ordnungsgeber getroffene Gefährdungsprognose ist auch für die Regelung der § 5 Satz 1 und § 23 Abs. 1 12. BayIfSMV gegenwärtig nicht zu beanstanden. Im Zeitpunkt der Entscheidung des Ordnungsgebers, die Geltungsdauer der 12. BayIfSMV bis zum 18. April 2021 zu verlängern (§ 1 Nr. 11 der Verordnung zur Änderung der 12. BayIfSMV vom 25.3.2021, BayMBI. 2021 Nr. 124) wie auch zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats liegen die Voraussetzungen des § 28a Abs. 3 Satz 4, 5 und 10 IfSG vor.
- 25 Die Anzahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (7-Tage-Inzidenz) betrug am 13. April 2021 bundesweit 141 und in Bayern 160. Wegen der Überschreitung des Schwellenwertes von 50 sind nach § 28a Abs. 3 Satz 4 und 5 IfSG umfassende Schutzmaßnahmen zu ergreifen, die eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens erwarten lassen. Nach der seit dem 29. März 2021 geltenden Fassung der Norm (BGBl. 2021 I S. 370) sind bei Entscheidungen über Schutzmaßnahmen absehbare Änderungen des Infektionsgeschehens durch ansteckendere, das Gesundheitssystem stärker belastende Virusvarianten zu berücksichtigen (§ 28a Abs. 3 Satz 1 2. Halbsatz IfSG). Bei der Prüfung der Aufhebung oder Einschränkung der Schutzmaßnahmen nach den Sätzen 9 bis 11 sind insbesondere auch die Anzahl der gegen COVID-19 geimpften Personen und die zeitabhängige Reproduktionszahl zu berücksichtigen (§ 28a Abs. 3 Satz 11 IfSG).

- 26 Nach dem Situationsbericht des RKI vom 12. April 2021 (abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/2021-04-12-de.pdf?__blob=publicationFile) steigt die 7-Tages-Inzidenz für ganz Deutschland seit Mitte Februar 2021 stark an und liegt bereits bei über 100/100.000 Einwohner. Das Geschehen ist nicht regional begrenzt, die Anzahl der Landkreise mit einer 7-Tages-Inzidenz über 100/100.000 Einwohner nimmt ebenfalls seit Mitte Februar 2021 deutlich zu. Etwa seit Mitte März hat sich der Anstieg der Fallzahlen beschleunigt. Der 7-Tage-R-Wert ist weiter gestiegen und liegt über 1, wobei der Einfluss der Osterfeiertage zu beachten ist. Die COVID19-Fallzahlen stiegen in den letzten Wochen in allen Altersgruppen wieder an, besonders stark jedoch bei Kindern und Jugendlichen, von denen auch zunehmend Übertragungen und Ausbruchsgeschehen ausgehen. Auch bei den über 80-Jährigen hat sich der wochenlang abnehmende Trend nicht fortgesetzt. Beim Großteil der Fälle ist der Infektionsort nicht bekannt. COVID-19-bedingte Ausbrüche betreffen momentan insbesondere private Haushalte, zunehmend auch KITAS, Schulen und das berufliche Umfeld, während die Anzahl der Ausbrüche in Alters- und Pflegeheimen abgenommen hat.
- 27 Insgesamt ist die VOC B.1.1.7 inzwischen in Deutschland der vorherrschende COVID-19-Erreger (vgl. nun auch § 28a Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 IfSG i.d.F.v. 29.3.2021, BGBl. I S. 370). Das ist besorgniserregend, weil die VOC B.1.1.7 nach bisherigen Erkenntnissen deutlich ansteckender ist als andere Varianten. Zudem vermindert die zunehmende Verbreitung und Dominanz der VOC 1.1.7 die Wirksamkeit der bislang erprobten Infektionsschutzmaßnahmen erheblich. Der Anstieg der Fallzahlen insgesamt und der Infektionen durch die VOC B 1.1.7. werden nach den Prognosen u.a. des RKI zu einer deutlich ansteigenden Anzahl von Hospitalisierungen und intensivpflichtigen Patientinnen und Patienten führen. Bundesweit ist seit Mitte März wieder ein deutlicher Anstieg der COVID-19-Fallzahlen auf Intensivstationen (ITS) zu verzeichnen.
- 28 Auf die Frage, ob es während Kulturveranstaltungen bislang nachweislich zu Infektionen mit SARS-CoV-2 gekommen ist, kommt es daher ebenso wenig an wie auf die Eignung möglicher – auch von den Antragstellern vorgetragener – Hygienekonzepte (hierzu auch Rn. 33).
- 29 cc) In der derzeitigen pandemischen Situation mit einem starken diffusen Infektionsgeschehen begegnet die Entscheidung des Ordnungsgebers, Veranstaltungen und

Feiern befristet zu untersagen sowie Kulturstätten zu schließen und damit (auch) in diesem Bereich physische Kontakte gänzlich zu unterbinden, keinen durchgreifenden Bedenken. Damit ist die Konzeption in § 5 Satz 1 und § 23 Abs. 1 12. BayIfSMV rechtlich nicht zu beanstanden und auch verhältnismäßig. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die oben genannten Beschlüsse des Senats verwiesen.

- 30 (1) Die Untersagung von Veranstaltungen nach § 5 Satz 1 12. BayIfSMV und die Schließung der in § 23 Abs. 1 12. BayIfSMV genannten Kultureinrichtungen ist geeignet, menschliche Kontakte zu reduzieren und damit zu einer Verlangsamung des Infektionsgeschehens beizutragen. Der Besuch kultureller Einrichtungen dient in besonderer Weise auch dem Austausch und der Kommunikation zwischen den Besuchern (vgl. BayVerfGH, E.v. 22.03.2021 – Vf. 23-VII-21 – BeckRS 2021, 5200 Rn. 43). Hierbei kommt es in der Regel zu Menschenansammlungen, auch wenn es im Schwerpunkt – wie die Antragsteller ausführen – um die Vermittlung der von den Künstlern dargebotenen Kunst an das Publikum und damit um die Auseinandersetzung zwischen Künstlern und Zuschauern gehe. Immer dann, wenn Menschen aufeinandertreffen und sich austauschen, ist das Risiko einer Ansteckung besonders groß (BT-Drs. 19/23944, S. 31 zu Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen).
- 31 (2) Dass dem Normgeber, mildere, aber gleichermaßen wirksame Mittel zur Verfügung gestanden hätten, um in den geregelten Bereichen die Infektionsgefahr zu minimieren und damit der weiteren Ausbreitung der Pandemie entgegenzuwirken, ist nicht offensichtlich. Der Senat geht nach wie vor davon aus, dass die Untersagung von Veranstaltungen und die Schließungen von Kulturstätten mit der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG durch den Deutschen Bundestag kraft Gesetzes auch grundsätzlich zur Bekämpfung der Coronavirus-Krankheit-2019 erforderliche Infektionsschutzmaßnahmen sind. Davon ist der Gesetzgeber durch den Erlass des mit Artikel 1 des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020 (BGBl. I S. 2397) eingefügten § 28a IfSG ausgegangen. Zwar sind die dadurch eingeräumten Befugnisse der Infektionsschutzbehörden und damit vor allem des Verordnungsgebers nach § 32 IfSG, Untersagungs- und Beschränkungsmaßnahmen für ganze Bereiche des gesellschaftlichen Lebens sowie allgemeine Verhaltenspflichten für jedermann zur Bekämpfung von COVID-19 zu erlassen, zum Teil sehr weitgehend und in die Grundrechte der Betroffenen tief eingreifend. Auf der anderen Seite muss jedoch berücksichtigt werden, dass diese Befugnisse allein auf das Ereignis der

Corona-Pandemie zugeschnitten sind und jedenfalls flächendeckend nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG durch den Deutschen Bundestag erlassen werden können. Dadurch hat der Bundestag eine Gefährdungseinschätzung durch die Corona-Pandemie, welche sowohl Gefahrenabweherelemente als auch Gefahrenprognoseelemente (vgl. hierzu BVerwG, U.v. 28.6.2004 – 6 C 21.03 – BeckRS 2004, 25030) enthält, zum Ausdruck gebracht, welche grundsätzlich solch einschneidende Maßnahmen voraussichtlich rechtfertigen kann. Dass der Bundestag hier seinen weiten Gestaltungsspielraum bei der Erfüllung seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflichten gegenüber Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit (vgl. hierzu BVerfG, B.v. 12.5.2020 – 1 BvR 1027/20 – NVwZ 2020, 1823 – juris Rn. 6) überschritten hätte, ist nicht ersichtlich. Dafür, dass sich an dieser Risikoeinschätzung durch den Bundesgesetzgeber maßgeblich etwas ändert, bestehen gegenwärtig keine Anhaltspunkte.

- 32 Mit ihrem Verweis auf die bestehenden Hygienekonzepte, die u.a. eine stark beschränkte Zuschauerzahl vorsehen, deren moderne raumluftechnische Anlagen und dem Umstand, dass die Besucher von Kulturveranstaltungen als besonnen gelten und sich bei Pilotprojekten als sehr diszipliniert in Bezug auf den Infektionsschutz erwiesen hätten, vermögen die Antragsteller diese Aspekte nicht zu entkräften.
- 33 Zwar können auch Hygienekonzepte zu einer Reduzierung von Ansteckungen mit SARS-CoV-2 beitragen. In der derzeitigen Phase der Pandemie, die weiterhin von einem starken diffusen Ausbruchsgeschehen geprägt ist und in der in vielen Fällen das Infektionsumfeld nicht ermittelt werden kann (vgl. auch Begründungen zur 12. BayIfSMV vom 5.3.2021 – BayMBI. 2021 Nr. 172, S. 2, vom 25.3.2021 – BayMBI. 2021 Nr. 224 und vom 9. April 2021 – BayMBI. 2021 Nr. 262), dürfte eine an § 28a Abs. 6 IfSG orientierte Abwägungsentscheidung des Ordnungsgebers, kulturelle Einrichtungen insgesamt geschlossen zu halten, unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Vorgaben zur Ergreifung umfassender Schutzmaßnahmen bei Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (§ 28a Abs. 3 Satz 5 IfSG) innerhalb des ihm eingeräumten Beurteilungsspielraums liegen. Angesichts des ansteigenden Infektionsgeschehens bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Ordnungsgeber hierbei von unsachlichen oder offensichtlich nicht zutreffenden Erwägungen ausgegangen ist (BayVGh, B.v. 15.2.2021 – 20 NE 21.411 – BeckRS 2021, 2693; BayVGh, B.v. 8.12.2020 – 20 NE 20.2461 – COVuR 2021, 46), auch wenn sich den Begründungen der

12. BayIfSMV zum Fortbestand der Schließung der in § 23 Abs. 1 12. BayIfSMV genannten Einrichtungen nichts Wesentliches hierzu entnehmen lässt (BayMBI. 2021 Nr. 172, S. 6) und insoweit nur auf die Begründung der 9. BayIfSMV vom 30. November 2020 (BayMBI. 2020 Nr. 684, S. 3) zurückgegriffen werden kann (vgl. auch Begründung zur 10. BayIfSMV, BayMBI. 2020 Nr. 712, S. 6, Begründung zur 11. BayIfSMV, BayMBI. 2020 Nr. 738, S. 2).

34 Für die Annahme der Antragsteller, bei Aufführungen im Freien oder mit einem entsprechenden Lüftungskonzept in geschlossenen Räumen ließen sich Ansteckungen unter den Besuchern und unter den Aufführenden praktisch ausschließen, dürfte es trotz vereinzelt vorliegender Studien bisher an eindeutig gesicherten Erkenntnissen fehlen (vgl. BayVerfGH, E.v. 22.03.2021 – Vf. 23-VII-21 – BeckRS 2021, 5200 Rn. 44). Denn ein Teil der antragstellerseitig angeführten Studien – namentlich die Studie des Klinikums rechts der Isar und der Technischen Universität München sowie jene des Fraunhofer Heinrich-Hertz-Instituts am Konzerthaus Dortmund – sind noch nicht abgeschlossen. Die Wirksamkeit von Belüftungssystemen wurde zwar in einzelnen Studien dargestellt, jedoch können bauliche Gegebenheiten die zu- und abströmende Luft beeinflussen. Pauschale Angaben können zur Konzeption von Lüftungsanlagen aus fachlicher Sicht daher nicht gemacht werden. Die Stellungnahme der Berliner Charité schlägt zwar einen Maßnahmenkatalog vor, der dazu dienen soll, einen normalisierten Publikumsbetrieb in Kulturstätten wiederherzustellen. Allerdings sind bezüglich dieser Bedingungen in der Stellungnahme keine detaillierteren Angaben enthalten, der Katalog ist vielmehr zur Individualisierung vorgesehen. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass es bei Veranstaltungen in den von § 23 Abs. 1 12. BayIfSMV erfassten (stationären) Kultureinrichtungen typischerweise zur längeren Anwesenheit eines größeren Personenkreises in einem engen räumlichen Umfeld kommt, sodass schon von einem einzelnen infizierten Besucher eine erhebliche Ansteckungsgefahr ausgehen kann (vgl. BayVerfGH, E.v. 22.03.2021 a.a.O. Rn. 44). Zudem besteht nicht nur während der Veranstaltung selbst, sondern auch durch die allgemein erhöhte Mobilität aufgrund der Durchführung von Kulturveranstaltungen eine gesteigerte Infektionsgefahr. Diese können auch die beschriebenen Hygienekonzepte – wie die Antragsteller meinen – nicht ausschließen.

35 (3) Auch gegen die Angemessenheit der angegriffenen Maßnahmen bestehen derzeit keine durchgreifenden Bedenken. Dabei verkennt der Senat nicht, dass diese nicht

zuletzt wegen ihrer Dauer zu schwerwiegenden wirtschaftlichen Einbußen der Berufsmusiker führen und damit deren Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG schwer beeinträchtigen können. Gleichwohl erscheinen die angegriffenen Maßnahmen bei summarischer Prüfung als nicht von vorneherein unangemessene Reaktion auf das derzeit noch auf hohem Niveau befindliche pandemische Geschehen. Angesichts des weiterhin sehr angespannten Infektionsgeschehens und der aktuellen Gefährdungslage (vgl. RKI, Risikobewertung zu COVID-19, Stand 31.3.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html) stehen diese wirtschaftlichen Folgen aber nicht außer Verhältnis zu Gewicht und Dringlichkeit der die Maßnahmen rechtfertigenden Gründe (vgl. auch BayVerfGH, E.v. 22.3.2021 – Vf. 23-VII-21 – juris Rn. 32). Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung des Ordnungsgebers, bestimmte Lebensbereiche und damit zusammenhängende Betriebe stark einzuschränken, auf einem Gesamtkonzept beruht, im Rahmen dessen insbesondere Schulen und Betreuungseinrichtungen für Kinder sowie eine große Zahl von Betrieben und Unternehmen geöffnet bleiben sollen. Würde dem Antrag, nun Teile dieses Konzepts außer Kraft zu setzen, stattgegeben, bestünde die Gefahr, das Infektionsgeschehen nicht eindämmen zu können (BVerfG, B.v. 11.11.2020 – 1 BvR 2530/20 – COVuR 2020, 812 Rn. 16).

36 Vor dem Hintergrund des sich derzeit wieder deutlich verstärkenden Infektionsgeschehens sowie der gravierenden Auswirkungen im Fall einer drohenden Überlastung des Gesundheitssystems stehen die mit den Maßnahmen verbundenen Einschränkungen für die Grundrechte der Normadressaten voraussichtlich nicht außer Verhältnis zu Gewicht und Dringlichkeit der die Maßnahmen rechtfertigenden Gründe.

37 dd) Ein Verstoß gegen die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) liegt voraussichtlich nicht vor. Da die Kunstfreiheit ihre Grenzen in anderen Bestimmungen des Grundgesetzes findet, die ein anderes in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes ebenfalls wesentliches Rechtsgut schützen (vgl. BVerfG, U.v. 17.6.1984 – 1 BvR 816/12 – juris Rn. 39), kommen Beschränkungen der Kunstfreiheit insbesondere zum Schutz des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in Betracht (BayVGH, B.v. 30.4.2020 – 10 CS 20.999 – juris Rn. 23; B.v. 24.2.2015 – 10 CS 15.431 – juris Rn. 28). Eine die Kunstfreiheit zum Schutz solcher Rechtsgüter beschränkende Norm muss die Grundrechte der Beteiligten möglichst weitgehend in praktischer Konkordanz zur Geltung bringen (vgl. BVerfG, B.v. 28.1.2019 – 1 BvR 1738/16 – juris Rn. 26). Diesen Anforderungen werden die angefochtenen Regelungen

aller Voraussicht nach gerecht. Sie begründen mit dem Verbot und der Kulturstättenschließung zwar einen erheblichen Eingriff in den von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Wirkungsbereich (vgl. näher zu diesem Teil des Schutzbereichs BVerfG, U.v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13 – juris Rn. 88 ff.). Nicht zuletzt mit Blick auf die – trotz mehrmaliger Verlängerung der Maßnahmen – zeitliche Befristung des Verbots und das erhebliche Gewicht der damit verfolgten, ihrerseits grundrechtlich geschützten Belange hat der Ordnungsgeber die kollidierenden Grundrechtspositionen aber voraussichtlich in einer dem Grundsatz der praktischen Konkordanz gerecht werdenden Weise ausgeglichen (vgl. VGH BW, B.v. 6.11.2020 – 1 S 3448/20 – juris Rn. 71).

- 38 Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass durch § 23 Abs. 1 Nr. 12 BayLfSMV kein bestimmter künstlerischer Inhalt, sondern lediglich als Form der Kunst die Bühnenaufführung vor Publikum untersagt ist. Auch wenn hierin sicher ein wesentlicher Aspekt der musikalisch-künstlerischen Betätigung liegt, so bleiben damit doch die Entstehungsmöglichkeiten (Werkbereich) und anderweitige Verbreitungsmöglichkeiten (Wirkbereich) unangetastet. Im Übrigen kann zumindest die eigene künstlerische Leistung entgeltlich oder unentgeltlich per Livestream oder im Download gespeicherter Inhalte im Internet angeboten werden, wie es einige Künstler und Kulturstätten schon während des ersten Lockdowns im Frühjahr 2020 getan haben.
- 39 ee) Auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG ist nicht erkennbar, da nach § 28a Abs. 6 Satz 2 und 3 IfSG der Ordnungsgeber bei der Entscheidung über Schutzmaßnahmen unterschiedliche Lebensbereiche aus sachlichen Erwägungen unterschiedlich gewichten kann, soweit dies mit dem Ziel einer wirksamen Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vereinbar ist.
- 40 (1) Dass er bei der unterschiedlichen Behandlung von Kulturveranstaltungen auf der einen Seite und Gottesdiensten sowie Versammlungen auf der anderen Seite, die wohl keine wesentlich vergleichbaren Sachverhalte darstellen, sachwidrige Erwägungen angestellt hätte, ist bei summarischer Betrachtung nicht ersichtlich. Der Aspekt der (vorübergehenden) „Verzichtbarkeit“ kultureller Live-Angebote ist insoweit nicht etwa unsachlich.
- 41 Wegen des Entzugs von Auftrittsmöglichkeiten in Theatern, Konzerthäusern oder ähnlichen Spielstätten unterliegen künstlerische Betätigungen zwar, auch wenn sie als solche nicht verboten sind, weitergehenden Einschränkungen als dies etwa für die

Ausübung der Religionsfreiheit (Art. 4 GG) oder der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) gilt, die unter den Voraussetzungen der §§ 6 und 7 12. BaylFSMV auch in der Öffentlichkeit weiterhin möglich ist. In den letztgenannten Fällen geht es jedoch jeweils um eine gemeinschaftliche Grundrechtsausübung der Gottesdienstbesucher bzw. Demonstrationsteilnehmer, wohingegen die Besucher von Kulturveranstaltungen nicht selbst Träger des Grundrechts der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG sind (vgl. Rn. 20). Dies dürfte eine unterschiedliche Behandlung der beiden Lebensbereiche rechtfertigen (vgl. BayVerfGH, E.v. 22.03.2021 – Vf. 23-VII-21 – BeckRS 2021, 5200 Rn. 45).

- 42 (2) Vor diesem Hintergrund vermag der Senat auch eine gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßende willkürliche Ungleichbehandlung der Antragsteller gegenüber den inzidenzabhängig erlaubten Öffnungen von Ladengeschäften mit Kundenverkehr für Handels-, Dienstleistungs- und Handwerksbetriebe (§ 12 12. BaylFSMV) nach summarischer Prüfung nicht zu erkennen.
- 43 Zwischen Kulturstätten einerseits und Ladengeschäften andererseits bestehen vor dem Hintergrund des Infektionsschutzgesetzes bereits gewichtige Unterschiede, es wird nicht wesentlich Gleiches ungleich behandelt. Während im Einzelhandel ausschließlich Waren verkauft werden und die Kunden sich dort in der Regel nicht über einen längeren Zeitraum aufhalten, dient der Aufenthalt in einem Theater, Opern, Konzerthäuser, Bühnen, Kinos und ähnliche Einrichtungen gerade dem längeren Verweilen und dem Austausch und der Kommunikation zwischen den Besuchern.
- 44 3. Selbst wenn man von offenen Erfolgsaussichten in der Hauptsache ausgeht, ergibt die Folgenabwägung insbesondere im Hinblick auf die derzeit wieder deutlich steigenden Infektionszahlen, dass die Folgen des weiteren Vollzugs der angegriffenen Norm weniger schwer wiegen als die Folgen einer zu erwartenden Verstärkung des Infektionsgeschehens bei einer einstweiligen Außervollzugsetzung der angegriffenen Norm.
- 45 Das pandemische Geschehen verstärkt sich aktuell erneut. Nach dem Situationsbericht des Robert-Koch-Instituts (RKI) vom 12. April 2021 (abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/2021-04-12-de.pdf?__blob=publicationFile) nimmt die Zahl der Übertragungen von COVID-19 in der Bevölkerung in Deutschland stark zu. Etwa seit Mitte März 2021 hat sich der Anstieg der Fallzahlen beschleunigt. COVID-19-bedingte Ausbrüche

betreffen momentan insbesondere private Haushalte und zunehmend auch Kitas, Schulen und das berufliche Umfeld. Das RKI schätzt die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland insgesamt noch als „sehr hoch“ ein. Der Anstieg der Fallzahlen insgesamt und der Infektionen durch die VOC B 1.1.7. werden zu einer deutlich ansteigenden Anzahl von Hospitalisierungen und intensivpflichtigen Patientinnen und Patienten führen. Bundesweit ist seit Mitte März wieder ein deutlicher Anstieg der COVID-19-Fallzahlen auf Intensivstationen (ITS) zu verzeichnen. Nach der aktuellen Risikobewertung des RKI (Stand 31.3.2021, vgl. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html) ist die Dynamik der Verbreitung einiger neuer Varianten (VOC) von SARS-CoV-2 besorgniserregend.

- 46 In dieser Situation ergibt die Folgenabwägung, dass die zu erwartenden Folgen einer Außervollzugsetzung der angegriffenen Norm im Hinblick auf die damit einhergehende mögliche Eröffnung weiterer Infektionsketten schwerer ins Gewicht fallen als die Folgen ihres Vollzugs für die Interessen der Normadressaten.
- 47 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG. Da die von den Antragstellern angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 18. April 2021 außer Kraft tritt (§ 30 12. BayIfSMV), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 hier nicht angebracht erscheint.
- 48 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Kraheberger

Meier

Knie