

## VERWALTUNGSGERICHT FRANKFURT AM MAIN



### BESCHLUSS

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Herrn Rechtsanwalt Dr. Alexander Herbert,  
[REDACTED] Hanau,

bevollmächtigt:

Antragstellers,

Rechtsanwälte Dr. Alexander Herbert & Kollege,  
Tulpenhofstraße 1, 63067 Offenbach, - Herbert/MKK -

gegen

das Main-Kinzig-Kreis, vertreten durch den Kreisausschuss – Rechtsamt –,  
Barbarossastraße 16 - 24, 63571 Gelnhausen,

Antragsgegner,

wegen Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz

hat das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main - 5. Kammer - durch

Präsidenten des VG Dr. Gerster,  
Richter am VG Dr. Bitter,  
Richter am VG Schmidt,

am 9. April 2021 beschlossen:

**Die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom 6. April 2021 - 5 K 920/21.F - gegen die Allgemeinverfügung des Kreisausschusses des Antragsgegners vom 3. April 2021 wird angeordnet.**

**Die Kosten des Verfahrens hat der Antragsgegner zu tragen.**

**Der Streitwert wird auf 5 000 Euro festgesetzt.**

## Gründe

### I.

Der Antragsteller wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine nächtliche Ausgangsbeschränkung im Kreisgebiet.

Mit der Allgemeinverfügung zur Verhinderung der weiteren Ausbreitung des Corona-Virus im Main-Kinzig-Kreis – Nächtliche Ausgangsbeschränkung – vom 3. April 2021 ordnete der Antragsgegner – befristet bis zum Ablauf des 18. April 2021 – u.a. an:

*„1. Für die Zeit täglich zwischen 21:00 Uhr und 5:00 Uhr gilt für das Gebiet des Main-Kinzig-Kreises eine nächtliche Ausgangsbeschränkung. Während dieser Zeit ist das Verlassen der eigenen Wohnung nur aus gewichtigen Gründen erlaubt. Personen, die keine eigene Wohnung im Gebiet des Main-Kinzig-Kreises besitzen, ist der Aufenthalt im Kreisgebiet während des in Satz 1 genannten Zeitraums nur aus gewichtigen Gründen erlaubt. Zulässig während des in Satz 1 genannten Zeitraums bleibt die Durchreise durch den Main-Kinzig-Kreis ohne Zwischenaufenthalt.*

*2. Gewichtige Gründe im Sinne von vorstehend Ziffer 1 sind insbesondere:*

- a) Ausübung beruflicher oder dienstlicher Tätigkeiten, einschließlich der Teilnahme Ehrenamtlicher an Einsätzen von Feuerwehr, Katastrophenschutz und Rettungsdienst sowie Teilnahme an öffentlichen Sitzungen der kommunalen Vertretungsorgane, Ausschüsse und Ortsbeiräte (Mitglieder und Zuschauer).*
- b) Inanspruchnahme medizinischer, therapeutischer und veterinärmedizinischer Versorgungsleistungen,*
- c) Wahrnehmung des Sorge- und Umgangsrechts,*
- d) Begleitung und Betreuung von unterstützungsbedürftigen Personen und Minderjährigen,*
- e) Begleitung Sterbender,*
- f) Teilnahme an Gottesdiensten zu besonderen religiösen Anlässen,*
- g) Handlungen zur Versorgung von Tieren,*
- h) Maßnahmen der Tierseuchenbekämpfung und -prävention,*
- i) Besuch bei Ehepartnern, Lebenspartnern im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes (LPartG) und nichtehelichen Lebenspartnern sowie Verwandten in gerader Linie im Sinne des § 1589 Absatz 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)“*

Zur Begründung führte der Antragsgegner im Wesentlichen an, Rechtsgrundlage für die getroffenen Maßnahmen seien §§ 16, 17, 28 und 28a IfSG. Der Deutsche Bundestag habe mit Beschluss vom 4. März 2021 das Fortbestehen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite festgestellt, weswegen die gesetzlichen Grundlagen für die Anordnung von Maßnahmen nach § 28a IfSG vorlägen. Auf Grundlage von § 9 der Verordnung zur Beschränkung von sozialen Kontakten und des Betriebes von Einrichtungen und von Angeboten aufgrund der Corona-Pandemie vom 26. November 2020 in der derzeit gültigen Fassung (Corona-Kontakt- und Betriebsbeschränkungsverordnung – im Folgenden „CoKoBeV“) seien die örtlich zuständigen Behörden befugt, auch über diese Verordnung hinausgehende Maßnahmen anzuordnen. Nach dem gemeinsamen Erlass des Hessischen Ministeriums des Innern und für Sport sowie des Hessischen Ministeriums für Soziales und Integration seien die Landkreise in Hessen angewiesen, das für verbindlich erklärte Präventions- und Eskalationskonzept zur Eindämmung der weiteren Ausbreitung von SARS-CoV-2 in Hessen, Stand: 24. März 2021, zu beachten. Danach bestehe für die Landkreise die Möglichkeit, lokal begrenzte Schutzmaßnahmen anzuordnen und im Falle eines Anstiegs der Infektionszahlen zielgenaue Schutz- und Eskalationsmaßnahmen zur schnellen Eindämmung des Virus zu ergreifen. Maßgeblich seien die Neuinfektionen pro 100.000 Einwohnern innerhalb der letzten 7 Tage in einer Region (7-Tage-Inzidenz). Abhängig hiervon beinhalte das Präventions- und Eskalationskonzept ein gestuftes Vorgehen zur effektiven Bekämpfung der Pandemie. Der Main-Kinzig-Kreis sei der Stufe 5 (dunkelrot) des Präventions- und Eskalationskonzepts zuzuordnen. Die gesundheitsamtlich ermittelte Zahl der Neuinfektionen im Kreisgebiet im Zeitraum von sieben Tagen belaufe sich zum 2. April 2021, 0:00 Uhr, auf 181,2 Neuinfektionen je 100.000 Einwohnern. Diese liege deutlich über der landesweiten 7-Tages-Inzidenz von 143. In mehr als zehn kreisangehörigen Kommunen liege die 7-Tages-Inzidenz bereits über 200. Der starke Anstieg und die andauernd sehr hohen Fallzahlen in den zurückliegenden Wochen sprächen für einen dynamischen Infektionsverlauf. Zudem habe die infektiösere britische Virusvariante (B.1.1.7) im Kreisgebiet den ursprünglichen Virustyp fast vollständig verdrängt. Wegen des exponentiellen Wachstums sei mit einem weiteren Anstieg auf eine 7-Tage-Inzidenz von 300 bis Mitte April zu rechnen. Im Landkreis sei ein diffuses Infektionsgeschehen zu beobachten, bei dem Kontakte, Infektionen und Infektionsquellen nicht mehr weitgehend lückenlos erfasst und zurückverfolgt werden und Infektionsketten nicht mehr weitgehend und zeitnah unterbrochen werden könnten. Viele Neuinfektionen seien in der Gruppe der 50- bis 59-jährigen Personen bzw. 40- bis 49-jährigen Personen festzustellen. Vieles spreche da-

für, dass die Übertragungen im persönlichen und privaten Umfeld, etwa bei privaten Feiern oder Treffen im Familien- und Freundeskreis, stattfänden. Nach § 28a Abs. 3 Satz 5 IfSG seien aufgrund der Überschreitung des dort genannten Schwellenwertes einer 7-Tages-Inzidenz von 50 umfassende Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Es gelte, schwere Krankheitsverläufe und Todesfälle zu verhindern sowie einer Überlastung des Gesundheitssystems vorzubeugen. Pandemiologisch sei eine Verringerung der Kontaktdichte unabwendbar. Durch die Ausgangsbeschränkung werde erreicht, dass während der Nachtstunden die Kontakte auf die Personen der jeweils einzelnen Hausstände beschränkt blieben und unwichtige und unnötige Kontakte unterblieben; zudem werde die Mobilität beschränkt. Während der nächtlichen Ausgangsbeschränkung im Zeitraum vom 11. Dezember 2020 bis einschließlich 7. Januar 2021 sei die 7-Tages-Inzidenz von 233,4 auf 146 gesunken. Dies bestätige die Wirksamkeit der Maßnahme. Zwar habe das Land Hessen mit der zuletzt am 24. März 2021 geänderten Corona-Kontakt- und Betriebsbeschränkungsverordnung die Schutzmaßnahmen verschärft. Die bisherigen Maßnahmen nach dieser Verordnung hätten jedoch bei weitem nicht ausgereicht, das Infektionsgeschehen im Kreisgebiet auf ein beherrschbares Maß herunterzubringen. Vielmehr sei der Inzidenzwert im Kreisgebiet des Antragsgegners auf hohem Niveau mit steigender Tendenz. Auch die Belegungszahlen in Krankenhäusern und Intensivstationen würden gegenwärtig wieder stark ansteigen. Bei der Güterabwägung sei zu beachten, dass die Maßnahme auf die Zeit zwischen 21:00 Uhr und 5:00 Uhr begrenzt und das Verlassen der Wohnung bei Vorliegen eines nicht abschließend aufgeführten gewichtigen Grundes zulässig sei.

Am 6. April 2021 hat der Antragsteller beim Verwaltungsgericht Frankfurt am Main Klage erhoben, die unter dem Aktenzeichen 5 K 920/21.F anhängig ist, und zugleich um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Zur Begründung trägt er im Wesentlichen vor, die Ermächtigungsgrundlage für die Allgemeinverfügung, die Corona-Kontakt- und Betriebsbeschränkungsverordnung, sei rechtswidrig. Es sei fraglich, ob ein Lockdown das mildeste Mittel zur Abwendung akuter Gefahren für die Volksgesundheit sei. Denn in Tübingen sei in der Praxis bewiesen worden, dass es möglich sei, den Schutz der Bevölkerung durch Reduzierung des Infektionsrisikos mit Covid-19 mit deutlich geringeren Freiheitseinschränkungen durch eine umfassende und konsequente Teststrategie zu erzielen. Grundrechtseingriffe, insbesondere solche der Intensität der angegriffenen Ausgangsbeschränkung, bedürften einer begleitenden Rechtfertigungskontrolle. Je länger sie wirkten – und je tiefer daher der Grundrechtseingriff –, desto höher müssten die

Anforderungen an ihre Rechtfertigung und an ihre Kohärenz mit anderen Regelungen sein. Rechtswidrig sei es, die Einleitung von Maßnahmen von der 7-Tage-Inzidenz abhängig zu machen. Diese Zahl hänge von der Anzahl der durch PCR-Test nachgewiesenen Coronainfektionen ab. Ein positiver PCR-Test sei allerdings nicht geeignet, einen Infektionsfall, wie ihn das Infektionsschutzgesetz voraussetze, festzustellen. Auch würden Personen ohne Krankheitssymptome erfasst. Schließlich hänge die Infektionszahl davon ab, wie häufig getestet werde. Ein erheblicher Teil des Anstiegs der Inzidenzwerte sei auf die Zunahme von Testungen – etwa durch Schnelltests – zurückzuführen. Dies korrespondiere mit einem Rückgang der Dunkelziffer. Auch komme es in der Praxis zu Unterschieden bei der Ermittlung der Zahl durch Gesundheitsämter einerseits und das Robert Koch-Institut andererseits. Daher sei die Zahl nicht geeignet, schwerwiegende Grundrechtseingriffe zu begründen. Die im Infektionsschutzgesetz und den Verordnungen festgelegten Grenzwerte der Inzidenzzahlen seien nicht wissenschaftlich evaluiert, sondern politisch ausgedeutet, wie sich an der Veränderung der Grenzwerte im Laufe der politischen Diskussion zeige. Das Fehlen einer wissenschaftlich basierten Begründung sei mittlerweile – ein Jahr nach Beginn der Pandemie – nicht mehr tragbar. Auch könne die Zahl der Mitarbeiter in Gesundheitsämtern nicht der Maßstab für den Umfang der Einschränkung von Grundrechten darstellen. Andernfalls dürften Freiheitseinschränkungen umso größer sein, je stärker der Staat Personal in den Gesundheitsämtern einspare. Da sowohl Anfang des Herbstes 2020 als auch Anfang März 2021 auch in Landkreisen mit sehr niedrigen Inzidenzen unter 35 eine Ausbreitung und Steigerung der Inzidenzzahl durch Kontaktnachverfolgung nicht habe verhindert werden können, sei fraglich, ob die Nachverfolgung von Infektionsketten durch Gesundheitsämter überhaupt geeignet sei. Freiheitsbeschränkende Maßnahmen wie ein Lockdown seien ein geeignetes Mittel, einer akuten Gefahr zu begegnen, nicht aber einer chronischen. Die fortwährenden freiheitseinschränkende Maßnahmen führten zu irreversiblen Schäden in der Sozialstruktur der Gesellschaft sowie zu psychischen, gesundheitlichen und wirtschaftlichen Schäden. Bei der Gefahrenprognose hinsichtlich schwerer und tödlicher Verläufe und einer Überlastung des Gesundheitssystems sei zu berücksichtigen, dass mittlerweile die über 80-jährigen – und damit die Gruppe der Bevölkerung mit dem höchsten Risiko eines schweren Verlaufs bis hin zum Tode – durch Impfungen geschützt seien. Gleiches gelte für andere besonders stark exponierte Bevölkerungsgruppen. Die Rechtswidrigkeit der angegriffenen Verfügung ergebe sich auch daraus, dass Ausgangsbeschränkungen nach § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG nicht bereits dann zulässig seien, wenn ihr Unterlassen zu irgendwelchen Nachteilen in der

Pandemiebekämpfung führe, sondern dass dies nur dann in Betracht komme, wenn der Verzicht auf Ausgangsbeschränkungen auch unter Berücksichtigung aller anderen ergriffenen Maßnahmen zu einer wesentlichen, im Umfang der Gefahrenrealisierung gewichtigen Verschlechterung des Infektionsgeschehens führe. Unter Bezugnahme auf Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg rügt der Antragsteller, dass die Begründung der Allgemeinverfügung nicht den gesetzlichen Vorgaben des Infektionsschutzgesetzes genüge. Es sei fraglich, ob der Antragsgegner Ermessen ausgeübt habe bzw. ob die in der Allgemeinverfügung dargelegte Begründung tatsächlich tragend sei, denn der Antragsgegner sei durch den gemeinsamen Erlass des Hessischen Ministeriums des Innern und für Sport sowie des Hessischen Ministeriums für Soziales und Integration angewiesen, eine nächtliche Ausgangsbeschränkung anzuordnen. Die Allgemeinverfügung beruhe nicht auf einer eigenen Willensentscheidung des Antragsgegners. Auch fehlten in der Begründung Angaben dazu, welchen konkreten Beitrag eine nächtliche Ausgangssperre zur Verhinderung der Verbreitung von SARS-CoV-2-Viren haben könne. Es werde pauschal die Vermutung geäußert, dass dadurch Treffen im privaten Bereich vermindert würden, es fehle eine empirische Untermauerung dieser These – etwa hinsichtlich des Einflusses eines nächtlichen Spaziergangs (ohne Hund) auf das Infektionsgeschehen. Es werde mit der bloßen Unterstellung gearbeitet, dass jede Bewegungsreduzierung auch zu einer Kontaktreduzierung führe. In Frankreich seien die Infektionszahlen trotz einer ab dem 16. Januar 2021 landesweit geltenden nächtlichen Ausgangssperre im März 2021 stark angestiegen. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung dürfe nicht das konkrete Ziel (die Vermeidung eines Gesundheitsnotstandes), sondern müsse der individuelle Beitrag der Maßnahme in die Waagschale gelegt werden. Andernfalls führe dies zu einer krassen Überbewertung des Nutzens einer Maßnahme. Das Unterlassen einer wissenschaftlichen Untersuchung und Evaluierung der Wirksamkeit einzelner Maßnahmen mehr als ein Jahr nach Beginn der Pandemie mache diese Maßnahmen unverhältnismäßig. Die Notwendigkeit der Glaubhaftmachung bestimmter triftiger Gründe für ein nächtliches Verlassen der Wohnung beschränke den Antragsteller unangemessen in seiner grundrechtlich geschützten Bewegungsfreiheit.

Der Antragsteller beantragt,

**die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers gegen die Allgemeinverfügung zur Verhinderung der weiteren Ausbreitung des Coronavirus im Main-Kinzig-Kreis des Antragsgegners vom 3.4.2021 anzuordnen.**

Der Antragsgegner beantragt,

**den Antrag abzulehnen.**

Zur Erwidern wiederholt er im Wesentlichen die Begründung der Allgemeinverfügung. Ergänzend führt er an, der Antrag sei bereits unzulässig, da der Antragsteller die generelle Aussetzung der Allgemeinverfügung für alle begehre. Für ein „Popularverfahren“ sei er nicht antragsbefugt. Der Antrag sei auch unbegründet. Zwar sei der Inzidenzwert im Kreisgebiet derzeit rückläufig, dies stelle sich jedoch als eine Folge der Osterfeiertage dar, während derer die Kapazitäten der Testlabore reduziert worden seien und keine hausärztlichen Sprechstunden stattgefunden hätten. Außerdem sei im Bereich der Einsätze der Rettungsdienste und der Belegung der Krankenhäuser ein deutlicher Anstieg an Covid-19 Patienten zu verzeichnen. In den Krankenhäusern im Kreisgebiet würden, Stand 7. April 2021, 94 Patienten im Zusammenhang mit Covid-19 medizinisch versorgt, intensivmedizinische Betreuung im Zusammenhang mit Covid-19 benötigten 24 Menschen, auf ein Beatmungsgerät angewiesen seien 12 Patienten. Für eine intensivmedizinische Betreuung stünden in den Kliniken im Kreisgebiet insgesamt 70 Betten zur Verfügung, von denen derzeit, Stand 8. April 2021, 69 belegt seien. Hier von würden 19 Plätze zur Versorgung von Patienten genutzt, die auf ein Beatmungsgerät angewiesen seien, wobei hiervon 12 an Covid-19 erkrankt seien. Es sei folglich in den Kliniken im Kreisgebiet lediglich ein intensivmedizinischer Behandlungsplatz mit der Möglichkeit der Beatmung frei. Wie sich aus den Daten der Nachverfolgung der Infektionen des Antragsgegners ergebe, würden sich nahezu 60 Prozent der Neuinfektionen bei Zusammenkünften in Innenräumen ereignen. Die häufigste Infektionsquelle liege im häuslichen/familiären Bereich.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte Bezug genommen.

## II.

Der zulässige Antrag hat Erfolg. Aufgrund dieser Entscheidung entfaltet die Klage des Antragstellers gegen die im Wege der Allgemeinverfügung ergangene nächtliche Ausgangsbeschränkung im Kreisgebiet des Antragsgegners aufschiebende Wirkung allein in Bezug auf den Antragsteller persönlich.

Entgegen der Ansicht des Antragsgegners ist der Antrag des Antragstellers nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alternative 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 der Verwaltungsgerichtsordnung

(VwGO) i.V.m. § 28 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1, § 16 Abs. 8 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) statthaft und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere ist der Antragsteller entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO antragsbefugt. Insbesondere strebt der Antragsteller kein „Popularverfahren“ an, sondern er ist als Bewohner des Kreisgebietes des Antragsgegners (ein) Adressat der ihn belastenden Allgemeinverfügung und als solcher unmittelbar zu deren Anfechtung befugt.

Der Antrag ist auch begründet.

Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alternative 1 VwGO kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs in den Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 VwGO ganz oder teilweise anordnen. Hierzu ist eine Abwägung der widerstreitenden Interessen an der Suspendierung der angefochtenen Maßnahme einerseits und der Vollziehung des Verwaltungsaktes erforderlich. Bei der Abwägung sind die Erfolgsaussichten des eingelegten Rechtsbehelfs zu berücksichtigen. Ergibt die im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes allein gebotene summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage, dass der sofort vollziehbare Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist, überwiegt das private Aussetzungsinteresse des Antragstellers. An der Vollziehung einer rechtswidrigen hoheitlichen Maßnahme kann kein öffentliches Interesse bestehen. Ist hingegen der angegriffene Verwaltungsakt offensichtlich rechtmäßig, überwiegt regelmäßig das öffentliche Interesse am Bestand der sofortigen Vollziehbarkeit. Sind die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache offen, ist eine reine Interessenabwägung vorzunehmen. In Fällen der gesetzlichen Sofortvollzugsanordnung – wie hier in § 28 Abs. 3 IfSG i.V.m. § 16 Abs. 8 IfSG – ist zu beachten, dass der Gesetzgeber diesbezüglich einen grundsätzlichen Vorrang des Vollziehungsinteresses angeordnet hat und es deshalb besonderer Umstände bedarf, um eine hiervon abweichende Entscheidung zu rechtfertigen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. Oktober 2003 – 1 BvR 2025/03 – juris, Rn. 21 = NVwZ 2004, 93 <94>; BVerwG, Beschluss vom 14. April 2005 – 4 VR 1005.04 – BVerwGE 123, 241 <244 f.> = juris, Rn. 12).

Nach diesen Maßstäben hat der Antrag des Antragstellers auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage Erfolg, denn nach der im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung hat seine Klage in der Hauptsache voraussichtlich Erfolg.

Allerdings ist die Allgemeinverfügung nicht bereits formell rechtswidrig. Insbesondere war der Kreisausschuss des Antragsgegners nach § 5 Abs. 1 des Hessischen Gesetzes



über den öffentlichen Gesundheitsdienst (HGöGD) i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 HGöGD als untere Gesundheitsbehörde (Gesundheitsamt) für den Erlass der Allgemeinverfügung zuständig und die Allgemeinverfügung wurde auch – mit Blick auf § 2 Abs. 3 Satz 1, § 5 Abs. 1 HGöGD – erkennbar von einem Amtsarzt als Amtsleiter (mit-)verantwortet.

Die Allgemeinverfügung des Antragsgegners ist allerdings voraussichtlich **materiell rechtswidrig**. Denn die grundsätzlich nach Maßgabe von § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG i.V.m. § 28a Abs. 1 IfSG eröffnete Befugnis des Antragsgegners, notwendige Schutzmaßnahmen zu treffen, wurde durch den Umstand, dass das Land Hessen mit der Corona-Kontakt- und Betriebsbeschränkungsverordnung Maßnahmen getroffen hat, eingeschränkt und verbleibt nur nach Maßgabe von § 9 CoKoBeV, dessen Voraussetzungen vorliegend **nicht eingehalten** sind.

Grundsätzlich trifft nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in § 28a Abs. 1 IfSG und in den §§ 29 bis 31 IfSG genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war.

Wie sich aus § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG ergibt, können grundsätzlich auch Ausgangs- oder Kontaktbeschränkungen im privaten sowie im öffentlichen Raum notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG sein. Nach § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG ist die Anordnung einer Ausgangsbeschränkung nach § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG, nach der das Verlassen des privaten Wohnbereichs nur zu bestimmten Zeiten oder zu bestimmten Zwecken zulässig ist, nur zulässig, soweit auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erheblich gefährdet wäre.

Dabei ist zu beachten, dass die in § 28a Abs. 2 IfSG genannten Maßnahmen eine **„ultima ratio“ darstellen**, so dass sie nur dann in Betracht zu ziehen sind, wenn Maßnahmen nach § 28a Abs. 1 IfSG voraussichtlich nicht mehr greifen (Nds. OVG, Beschluss vom 6. April 2021 – 13 ME 166/21 – juris, Rn. 28). Weiter hat das Niedersächsische Obergericht in dem Beschluss vom 6. April 2021 – 13 ME 166/21 – juris, Rn. 31, ausgeführt:

*Nicht nachprüfbare Behauptungen reichen zur Rechtfertigung einer derart einschränkenden und weitreichenden Maßnahme wie einer Ausgangssperre nicht aus. Insbesondere ist es nicht zielführend, ein diffuses Infektionsge-*

*schehen ohne Beleg in erster Linie mit fehlender Disziplin der Bevölkerung sowie verbotenen Feiern und Partys im privaten Raum zu erklären. Nach mehr als einem Jahr Dauer des Pandemiegeschehens besteht die begründete Erwartung nach weitergehender wissenschaftlicher Durchdringung der Infektionswege. Der Erlass einschneidender Maßnahmen lediglich auf Verdacht lässt sich in diesem fortgeschrittenen Stadium der Pandemie jedenfalls nicht mehr rechtfertigen.“*

Vor diesem Hintergrund bestehen vorliegend bereits Zweifel, ob die Voraussetzungen für eine Ausgangsbeschränkung nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG i.V.m. § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG und § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG gegeben sind. Insbesondere lässt sich der Begründung der verfahrensgegenständlichen Allgemeinverfügung nicht entnehmen, welche Bemühungen der Antragsgegner zum effektiven Vollzug der bereits bestehenden Schutzmaßnahmen unternommen hat, etwa durch eine – ggf. auch gesteigerte – Kontrollintensität, und inwieweit derartige Bemühungen vergeblich geblieben sind. Soweit der Antragsgegner darauf verweist, dass sich nahezu 60 Prozent der Neuinfektionen bei Zusammenkünften in Innenräumen ereignen und die häufigste Infektionsquelle im häuslichen/familiären Bereich liege, bleibt diese Begründung hinter den Anforderungen zurück. Denn unter die Kategorie „Infektionsquelle im häuslichen/familiären Bereich“ dürfte gerade auch eine Vielzahl von Infektionen zwischen Angehörigen desselben Haushaltes fallen. Inwiefern der Kontakt zwischen Angehörigen desselben Haushaltes durch eine nächtliche Ausgangsbeschränkung verringert werden kann, ist nicht ersichtlich. Letztlich hat der Antragsgegner lediglich anhand von Vermutungen behauptet, nicht aber anhand empirischen Datenmaterials oder sonst nachvollziehbar dargelegt, in welchem Umfang ein Anstieg der Inzidenzzahlen gerade auf private Zusammenreffen von Personen verschiedener Haushalte in der Zeit zwischen 21:00 Uhr und 5:00 Uhr zurückzuführen ist.

Letztlich kann vorliegend jedoch dahinstehen, ob überhaupt die Voraussetzungen für eine Ausgangsbeschränkung nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG i.V.m. § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG und § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG erfüllt sind. Denn die Befugnis des Antragsgegners, auf Basis der genannten Vorschriften Schutzmaßnahmen zu treffen, wurde durch den Umstand, dass die hessische Landesregierung – gestützt auf § 32 Satz 1 IfSG – mit der Corona-Kontakt- und Betriebsbeschränkungsverordnung ihrerseits Schutzmaßnahmen im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG i.V.m. § 28a Abs. 1 IfSG und §§ 29 bis 31 IfSG getroffen hat, eingeschränkt und verbleibt nur nach Maßgabe von § 9 CoKoBeV, dessen Voraussetzungen vorliegend nicht eingehalten sind.

Nach § 32 Satz 1 IfSG werden die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen.

Von der Ermächtigung in § 32 Satz 1 IfSG hat die hessische Landesregierung – unter anderem – durch Erlass der Corona-Kontakt- und Betriebsbeschränkungsverordnung Gebrauch gemacht. In dieser Verordnung werden Beschränkungen von sozialen Kontakten und des Betriebes von Einrichtungen und von Angeboten aufgrund der Corona-Pandemie geregelt. Insbesondere § 1 CoKoBeV sieht dabei allgemeine Einschränkungen und Verbote für Aufenthalte im öffentlichen Raum, Zusammenkünfte und Veranstaltungen sowie diverse Ausnahmen von diesen Einschränkungen vor. Eine Ausgangsbeschränkung ist in der Verordnung nicht geregelt.

Wie sich aus § 9 CoKoBeV ergibt, bedeuten die Regelungen der Corona-Kontakt- und Betriebsbeschränkungsverordnung aber zugleich auch eine Einschränkung des Handlungsspielraums der örtlichen Gesundheitsbehörden. Die Vorschrift lautet:

*„Die örtlich zuständigen Behörden bleiben befugt unter Beachtung des „Präventions- und Eskalationskonzepts zur Eindämmung der weiteren Ausbreitung von SARS-CoV-2 in Hessen“ (Präventions- und Eskalationskonzept SARS-CoV-2), auch über diese Verordnung hinausgehende Maßnahmen anzuordnen. Das Präventions- und Eskalationskonzept SARS-CoV-2 ist auf der Homepage des Hessischen Ministeriums für Soziales und Integration veröffentlicht.“*

Zum einen wird hieraus deutlich, dass die örtlich zuständigen Behörden nicht befugt sind, das Schutzniveau der Corona-Kontakt- und Betriebsbeschränkungsverordnung abzusenken, denn sie bleiben nur befugt, „über diese Verordnung hinausgehende Maßnahmen“ anzuordnen. Zum anderen ist aber auch der Spielraum der örtlich zuständigen Behörden eingeschränkt, wie weit sie „über diese Verordnung hinausgehende Maßnahmen“ anordnen dürfen. Denn derartige Maßnahmen haben „unter Beachtung des ‚Präventions- und Eskalationskonzepts zur Eindämmung der weiteren Ausbreitung von SARS-CoV-2 in Hessen‘ (Präventions- und Eskalationskonzept SARS-CoV-2)“ zu erfolgen. Insoweit ist der der unteren Gesundheitsbehörde des Antragsgegners grundsätzlich nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG i.V.m. § 28a Abs. 1 IfSG und §§ 29 bis 31 IfSG eröffnete Maßnahmenkatalog landesrechtlich eingeschränkt.

Bekräftigt wird dies durch die nach §§ 4 und 54 der Hessische Landkreisordnung sowie § 2 Abs. 4 Satz 3 Nr. 3 HGöGD ergangene gemeinsame Weisung des Hessischen Mi-

nisters des Innern und für Sport sowie des Hessischen Ministers für Soziales und Integration vom 25. März 2021, wonach das Präventions- und Eskalationskonzept zur Eindämmung der weiteren Ausbreitung von SARS-CoV-2 bei Maßnahmen der Landkreise und kreisfreien Städte zur Eindämmung der weiteren Ausbreitung von SARS-CoV-2 in Hessen Beachtung finden muss und die darin getroffenen Festlegungen für verbindlich erklärt worden sind.

Mit dieser landesrechtlichen Einschränkung steht die nächtliche Ausgangsbeschränkung in der verfahrensgegenständlichen Allgemeinverfügung nicht im Einklang.

Das in § 9 CoKoBeV in Bezug genommene Präventions- und Eskalationskonzept (abrufbar unter [https://soziales.hessen.de/sites/default/files/media/hsm/praeventions-\\_und\\_eskalationskonzept\\_vom\\_24.03.2021.pdf](https://soziales.hessen.de/sites/default/files/media/hsm/praeventions-_und_eskalationskonzept_vom_24.03.2021.pdf)) sieht – neben allgemeinen inzidenzunabhängigen verwaltungsorganisatorischen Anforderungen zur Eindämmung von SARS-CoV-2 (Seite 3 f.) – auch vor, dass (Seite 4)

*„Darüber hinaus [...] unter Beachtung oben genannter Vorgaben folgende **inzidenzabhängige Maßnahmen** zu ergreifen [sind].“*

[Hervorhebung im Original]

Zu diesen inzidenzabhängigen Maßnahmen gehören nach dem Präventions- und Eskalationskonzept zwar grundsätzlich auch „Ausgangssperren“ sowie weitergehende Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen, jedoch erst ab einer 7-Tage-Inzidenz von 200. So heißt es in dem Präventions- und Eskalationskonzept (Seite 6):

*„Ab kumulativ 200 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohnerinnen und Einwohnern innerhalb der letzten 7 Tage in einem Landkreis, einer kreisfreien Stadt, einer Stadt oder einem Ort mit zentralörtlicher Funktion in drei aufeinanderfolgenden Tagen:*

*Sofern es sich nicht um ein lokal eingrenzbare Infektionsgeschehen handelt, sind insbesondere folgende Maßnahmen in Betracht zu ziehen und ggf. durch Allgemeinverfügung anzuordnen:*

- [...]
- *Verhängung einer nächtlichen Ausgangssperre für die Zeit zwischen 21 Uhr und 5 Uhr früh: Das Verlassen der eigenen Wohnung ist während dieser Zeit nur aus gewichtigen Gründen zuzulassen, insbesondere zur:*
  - *Ausübung beruflicher oder dienstlicher Tätigkeiten, einschließlich der Teilnahme Ehrenamtlicher (und zuschauender Einwohnerinnen und Einwohner) an (öffentlichen) Sitzungen der kommunalen Volksvertretungen sowie ihrer Ausschüsse und ggfs. Ortsbeiräte sowie an Einsätzen von Feuerwehr, Katastrophenschutz und Rettungsdienst,*
  - *Inanspruchnahme medizinischer, therapeutischer und veterinärmedizinischer Versorgungsleistungen,*

- *Wahrnehmung des Sorge- und Umgangsrechts,*
- *Begleitung und Betreuung von unterstützungsbedürftigen Personen und Minderjährigen,*
- *Begleitung Sterbender,*
- *Teilnahme an Gottesdiensten zu besonderen religiösen Anlässen,*
- *Versorgung von Tieren sowie zu*
- *Maßnahmen der Tierseuchenbekämpfung und -prävention.*
- *[...]*
- *Weitergehende Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen sind ebenfalls in Betracht zu ziehen.“*

Unterhalb einer 7-Tage-Inzidenz von 200 sieht das Präventions- und Eskalationskonzept hingegen keine Ausgangssperren oder weitergehenden Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen vor. Insbesondere findet sich die Möglichkeit derartiger Maßnahmen auch nicht in der ab einer 7-Tage-Inzidenz von 75 erreichten Stufe „Dunkelrot“, in die der Antragsgegner sowohl bei Erlass der verfahrensgegenständlichen Allgemeinverfügung mit einer 7-Tage-Inzidenz von 181,2 (Stand: 2. April 2021) als auch zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung mit einer 7-Tage-Inzidenz von 123,6 (Fallzahlen COVID-19 in Hessen, SurvNet Stand 08. April 2021, 00:00 Uhr, abrufbar unter <https://soziales.hessen.de/gesundheits/corona-in-hessen/taegliche-uebersicht-der-bestaetigten-sars-cov-2-faelle>) einzuordnen war.

Nach den Vorgaben des Präventions- und Eskalationskonzepts bildet jedoch gerade die 7-Tage-Inzidenz bei der Entscheidung über etwaige Maßnahmen und Beschränkungen ausdrücklich „einen wesentlichen Orientierungspunkt“ (Seite 2). Zwar sind nach den weiteren Vorgaben des Präventions- und Eskalationskonzepts in „*die erforderliche Gesamtabwägung [...] darüber hinaus die Reproduktionszahl R, die Quote der Positiv-Testungen, der Impfstatus der Bevölkerung, die Hospitalisierungsrate sowie die vorhandenen Testkapazitäten einzubeziehen*“. Weder der Begründung der Allgemeinverfügung noch der Antragsabweisung lässt sich jedoch entnehmen, dass der Antragsgegner die Reproduktionszahl R, die Quote der Positiv-Testungen, den Impfstatus der Bevölkerung oder die vorhandenen Testkapazitäten in seine Erwägungen einbezogen hat. Auch die *Hospitalisierungsrate* hat nicht erkennbar Berücksichtigung gefunden. Zwar führt der Antragsgegner insbesondere in der Antragsabweisung den Grad der Intensivbettenbelegung an. Die Hospitalisierungsrate bezeichnet jedoch nicht diesen Belastungsgrad, sondern den Anteil der COVID-19-Patienten, die hospitalisiert wurden. Eine entsprechende Angabe findet sich weder in der Begründung der Allgemeinverfügung

noch in der Antragsabweisung. Zwar ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner in einer Gesamtabwägung auch den Grad der Auslastung der Intensivstationen in den Kliniken des Kreisgebietes berücksichtigt. Eine nahezu ausschließlich auf diesen Umstand gestützte Begründung steht jedoch nicht im Einklang mit dem differenzierten, abgestuften Präventions- und Eskalationskonzept.

Angesichts des Umstandes, dass das Präventions- und Eskalationskonzept weniger als zwei Wochen vor Erlass der Allgemeinverfügung vom 3. April 2021, nämlich am 24. März 2021, und damit bereits vor dem Hintergrund der immer stärkeren Verbreitung der britischen Virusvariante B.1.1.7 aktualisiert wurde, vermag auch der Verweis des Antragsgegners in der Begründung der Allgemeinverfügung auf die Dynamik der Inzidenzzahlen im Kreisgebiet und auf die Ausbreitung der britischen Virusvariante eine Abweichung von der durch das Präventions- und Eskalationskonzept vorgegebenen Stufenabfolge nicht einmal im Ansatz zu begründen. Denn für über die Verordnung hinausgehende Maßnahmen besteht ein besonderes Begründungsbedürfnis ihrer Notwendigkeit. Es ist spezifiziert aufzuzeigen, warum die vom Ordnungsgeber getroffene Regelung nicht zum Erfolg führen wird, wohl aber die eigene – stets an § 28a Abs. 1 IfSG zu orientierende – Maßnahme (vgl. bereits VG Frankfurt am Main, Beschluss vom 30. Dezember 2020 – 5 L 3467/20.F – juris, Rn. 13).

### III.

Die Kosten des Verfahrens hat der Antragsgegner nach § 154 Abs. 1 VwGO zu tragen, da er unterlegen ist.

Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 und 2 des Gerichtskostengesetzes. Dabei geht das Gericht vom Auffangstreitwert in Höhe von 5 000 Euro aus, der wegen einer Vorwegnahme der Hauptsache nach Nr. 1.5 Satz 2 des Streitwertkatalogs 2013 nicht zu ermäßigen ist.

### Rechtsmittelbelehrung

Die Beteiligten können unter den nachfolgend dargestellten Voraussetzungen Beschwerde gegen diesen Beschluss einlegen. Über die Beschwerde entscheidet der Hessische Verwaltungsgerichtshof.

1. Gegen die Sachentscheidung kann innerhalb von **zwei Wochen** nach Zustellung Beschwerde eingelegt werden.