

**Titel:**

**Erfolgreicher Eilantrag eines Bootsverleihers wegen den Vollzug der Vierten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung**

**Normenketten:**

VwGO § 47 Abs. 6

4. BayIfSMV § 11 S. 1, § 12 Abs. 2

**Leitsätze:**

1. Die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit und der Ermächtigungsgrundlage von Betriebsschließungen kann angesichts der Komplexität des Gegenstands nur nach eingehender Prüfung in einem Hauptsacheverfahren erfolgen. (Rn. 28) (redaktioneller Leitsatz)

2. Der Verleih von Booten zum Feiern und Grillen unter Beachtung eines Schutz- und Hygienekonzepts ist nicht als als zwingend untersagte „vergleichbare Freizeiteinrichtung“ anzusehen. (Rn. 31 – 33) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Corona-Pandemie, einstweiliger Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren, Betriebsuntersagung eines Bootsverleihs, Corona, Pandemie, Bootsverleih, Normenkontrollverfahren, Betriebsuntersagung, einstweilige Anordnung, Infektionsschutz, Kontaktbeschränkung, Eilrechtsschutz

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 10402

**Tenor**

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Wert des Verfahrensgegenstands wird auf 10.000,00 Euro festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Mit seinem Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO verfolgt der Antragsteller zuletzt das Ziel, den Vollzug des § 11 Satz 1 der „Vierten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung“ des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege vom 5. Mai 2020 (2126-1-8-G, BayMBI. 2020 Nr. 240, 245, GVBl. 2020 S. 271, im Folgenden: 4. BayIfSMV) einstweilen auszusetzen.

2

1. Der Antragsgegner hat am 5. Mai 2020 durch das Staatsministerium für Gesundheit und Pflege die in der Hauptsache streitgegenständliche Verordnung erlassen. Die vom Antragsteller angegriffenen Bestimmungen haben in der inzwischen geänderten, bis zum 29. Mai 2020 gültigen Fassung auszugsweise folgenden Wortlaut:

3

„§ 2 Kontaktbeschränkung im öffentlichen Raum

4

(1) Der Aufenthalt mehrerer Personen im öffentlichen Raum ist so zu gestalten, dass er höchstens den Kreis der Angehörigen des eigenen Hausstands, Ehegatten, Lebenspartner, Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Verwandte in gerader Linie, Geschwister sowie Angehörige eines weiteren Hausstands umfasst.

5

## § 9 Sport

### 6

(1) Der Betrieb von Sporthallen, Sportplätzen, Sportanlagen und Sporteinrichtungen und deren Nutzung sind grundsätzlich untersagt. Der Trainingsbetrieb von Individualsportarten im Breiten- und Freizeitbereich kann unter Einhaltung der folgenden Voraussetzungen aufgenommen werden:

(...)

### 7

3. Ausübung allein oder in kleinen Gruppen von bis zu fünf Personen,

(...)

### 8

## § 11 Freizeiteinrichtungen

### 9

Vereinsräume, Tagungs- und Veranstaltungsräume, Clubs, Diskotheken, Badeanstalten, Thermen, Wellnesszentren, Saunas, Jugendhäuser, Freizeitparks, Stadtführungen, Fitnessstudios, Tanzschulen, Vergnügungstätten, Bordellbetriebe und vergleichbare Freizeiteinrichtungen sind geschlossen (...).

### 10

## § 12 Handels- und Dienstleistungsbetriebe

### 11

(1) Für Betriebe des Groß- und Einzelhandels mit Kundenverkehr gilt:

### 12

1. Der Betreiber hat durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass grundsätzlich ein Mindestabstand von 1,5 m zwischen den Kunden eingehalten werden kann.

### 13

2. Der Betreiber hat durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Zahl der gleichzeitig im Ladengeschäft anwesenden Kunden nicht höher ist als ein Kunde je 20 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche.

### 14

3. Für das Personal, die Kunden und ihre Begleitpersonen gilt Maskenpflicht.

### 15

4. Der Betreiber hat ein Schutz- und Hygienekonzept und, falls Kundenparkplätze zur Verfügung gestellt werden, ein Parkplatzkonzept auszuarbeiten und auf Verlangen der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde vorzulegen.

(...)

### 16

(2) Für Dienstleistungsbetriebe mit Kundenverkehr gilt Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3 und 4 mit der Maßgabe entsprechend, dass die Maskenpflicht entfällt, soweit die Art der Dienstleistung sie nicht zulässt.

### 17

## § 21 Ordnungswidrigkeiten

### 18

Ordnungswidrig im Sinne des § 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig (...)

### 19

10. entgegen § 11 Einrichtungen betreibt oder touristische Reisebusreisen durchführt,“

### 20

Die genannten Bestimmungen sind am 11. Mai 2020 in Kraft und treten mit Ablauf des 29. Mai 2020 außer Kraft (§ 24 Satz 1 4. BayIfSMV).

### 21

2. Der Antragsteller, der in ... eine Bootsvermietung mit zwei Schlauch- und drei Hausbooten (max. 12 Personen) auf dem Main betreibt, hat mit Schriftsatz vom 7. Mai 2020 einstweiligen Rechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO beantragt und die Außervollzugsetzung des § 4 Abs. 1 Satz 1 3. BayIfSMV beantragt. Mit Schriftsatz vom 26. Mai 2020 hat er seinen Antrag auf die Außervollzugsetzung des § 11 Satz. 1 4. BayIfSMV umgestellt. Zur Begründung trägt er im Wesentlichen vor, die angegriffene Regelung sei nicht von der Ermächtigungsgrundlage in § 32 Satz 1 und § 28 Abs. 1 IfSG gedeckt und verstoße gegen den Parlamentsvorbehalt. Die vollständige Untersagung seines Bootsverleihs sei unverhältnismäßig, weil sie bei ihm zu massiven Einnahmeverlusten führe, obwohl eine Öffnung bei Anwendung des vorgelegten Schutz- und Hygienekonzepts verantwortbar sei. Der Personenkreis des § 2 Abs. 1 4. BayIfSMV, auf den sich die Vermietung hiernach beschränke, dürfe sich auch in Restaurants ohne Einhaltung eines Mindestabstands aufhalten.

## **22**

3. Der Antragsgegner tritt dem Eilantrag entgegen. Bei dem Betrieb des Antragstellers, dessen Geschäftsmodell wesentlich auf die Vermietung von „Partybooten“ ausgelegt sei, handle es sich um eine nach § 11 Satz 1 4. BayIfSMV verbotene Freizeiteinrichtung. Dieser Untersagungstatbestand sei gegenüber § 12 Abs. 2 4. BayIfSMV die speziellere Regelung. Die Beschränkung des Personenkreises ändere nichts am Freizeitcharakter des Betriebs. Personengruppen sollten im Freizeitbereich möglichst vermieden werden, wie auch § 9 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 4. BayIfSMV belege.

II.

## **23**

Der zulässige Eilantrag hat in der Sache keinen Erfolg.

## **24**

Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 47 Abs. 6 VwGO, wonach das Normenkontrollgericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen kann, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist, liegen nicht vor.

## **25**

a) Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 u.a.– juris Rn. 12; zustimmend OVG NW, B.v. 25.4.2019 – 4 B 480/19.NE - 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. Das muss insbesondere dann gelten, wenn - wie hier - die in der Hauptsache angegriffenen Normen in quantitativer und qualitativer Hinsicht erhebliche Grundrechtseingriffe enthalten oder begründen, sodass sich das Normenkontrollverfahren (ausnahmsweise) als zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG geboten erweisen dürfte.

## **26**

Ergibt demnach 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.

## **27**

b) Nach diesen Maßstäben kommt eine Außervollzugsetzung der in der Hauptsache angegriffenen Regelung des § 11 Satz 1 4. BayIfSMV hier nicht in Betracht.

## 28

aa) Die Erfolgsaussichten in der Hauptsache sind derzeit als offen anzusehen, weil die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit und der Ermächtigungsgrundlage der angegriffenen Bestimmung (vgl. zu allgemeinen Betriebsschließungen kritisch VGH BW B.v. 9.4.2020 - 1 S 925/20 - juris Rn. 41 ff.) angesichts der Komplexität des Gegenstands nur nach eingehender Prüfung in einem Hauptsacheverfahren erfolgen kann (BayVG, B.v. 22.4.2020 - 20 NE 20.837 - juris Rn. 17; vgl. auch BVerfG, B.v. 9.4.2020 - 1 BvR 802/20 - juris Rn. 11).

## 29

bb) Die Folgenabwägung führt zu dem Ergebnis, dass die Außervollzugsetzung der angegriffenen Norm nicht dringend geboten ist. Sie ist nicht notwendig, um gerade dem Antragsteller einen drohenden schweren Nachteil abzuwenden (vgl. hierzu Ziekow in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 398). Durch den weiteren Vollzug des § 11 Satz 1 4. BayIfSMV kommt es bei sachgerechter Auslegung zu keinen über die Maßgaben des § 12 Abs. 2 4. BayIfSMV hinausgehenden Einschränkungen des Bootsverleihs, weil dieser bei Anwendung eines tragfähigen Schutz- und Hygienekonzepts als „Dienstleistungsbetrieb mit Kundenverkehr“ betrieben werden kann, was der Antragsteller auch beabsichtigt.

## 30

Dass ein Bootsverleih als „Dienstleistungsbetrieb mit Kundenverkehr“ im Sinne des § 12 Abs. 2 4. BayIfSMV zulässig sein kann und nicht wegen § 11 Satz 1 4. BayIfSMV kategorisch geschlossen bleiben muss, räumt auch der Antragsgegner ein (vgl. Schriftsatz vom 14.5.2020, S. 2). Allerdings vertritt er die Auffassung, die wesentliche Ausrichtung des Geschäfts als „Partyboot-Verleih“ mache diesen zu einer „vergleichbaren Freizeiteinrichtung“ im Sinne des § 11 Satz 1 4. BayIfSMV, die auch mit einem tragfähigen Schutz- und Hygienekonzept untersagt ist. Ob eine solche Auslegung noch von der bußgeldbewehrten Vorschrift gedeckt ist, kann dahinstehen, weil der Antragsteller den Personenkreis (wie § 2 Abs. 1 4. BayIfSMV) und die Nutzungsart (kein Feiern und Grillen) jedenfalls so einschränken will, dass kein „Partyboot-Verleih“ mehr vorliegt.

## 31

Das Schutz- und Hygienekonzept des Antragstellers verbietet die Nutzung der Boote zum Feiern und Grillen. Diese Einschränkung des Nutzungszwecks gilt im Wesentlichen für die vermieteten Hausboote; bei den Schlauchbooten ist schon nicht zu erkennen, inwieweit sie für solche Zwecke überhaupt geeignet sein könnten. Zudem begrenzt das Konzept den Nutzerkreis der vermieteten Boote auf die in § 2 Abs. 1 4. BayIfSMV genannten Personen (Angehörige des eigenen Hausstands, Ehegatten, Lebenspartner, Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Verwandte in gerader Linie, Geschwister sowie Angehörige eines weiteren Hausstands). Bei diesem Personenkreis hat es der Ordnungsgeber im Bereich der Gastronomie - im Freien wie in Innenräumen von Speisewirtschaften - als infektionshygienisch verantwortbar angesehen, das Speisen und Trinken an einem Tisch ohne Einhaltung des Mindestabstands von 1,5 m zu erlauben (vgl. § 13 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1 4. BayIfSMV). Ausgehend davon erschließt sich dem Senat nicht, weshalb die Anmietung eines Bootes im Freien durch denselben Personenkreis als zwingend untersagte „vergleichbare Freizeiteinrichtung“ angesehen werden müsste. Noch viel weniger leuchtet ein, weshalb es dem Antragsteller sogar unmöglich sein sollte, seine Boote an die Angehörigen eines Hausstands zu vermieten. Nach der Darstellung des Antragsgegners liegt der Verordnung ein abgestuftes Lockerungskonzept zugrunde, das sich an der infektionshygienischen Vertretbarkeit orientiert. Ausgehend davon gibt es keinen Grund, die Vermietung eines Boots an einen Hausstand als „vergleichbare Freizeiteinrichtung“ zu bewerten; für dessen Angehörige existiert keinerlei Abstandsgebot.

## 32

Eine Auslegung, wonach eine derartige Vermietung eines Bootes als „vergleichbare Freizeiteinrichtung“ untersagt ist, wäre nicht mehr vom Wortlaut des § 11 Satz 1 4. BayIfSMV gedeckt. Maßgebend für die Auslegung einer Norm ist der in ihr zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetz- bzw. Ordnungsgebers, wie er sich aus dem Wortlaut und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist (BVerfG, U.v. 25.1.2017 - 9 C 30.15 - juris Rn. 14). Der Erfassung des objektiven Willens des Normgebers dienen die anerkannten Auslegungsmethoden aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Materialien des Normsetzungsverfahrens und der Entstehungsgeschichte. Ausgangspunkt und Grenze der Auslegung ist der Wortlaut der Vorschrift (BVerfG, U.v. 28.6.2018 - 2 C 14.17 - juris Rn. 21). Nach dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) müssen die Bürger in zumutbarer Weise selbst feststellen können, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der

Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen; die Gerichte müssen in der Lage sein, die normative Entscheidung zu konkretisieren (BayVerfGH, E.v. 29.4.1983 - Vf. 16-VII-80 - VerfGHE 36, 56/68). Sieht eine Rechtsverordnung - wie hier § 21 Nr. 10 4. BayIfSMV - die Ahndung von Verstößen als Ordnungswidrigkeit vor, muss die Bußgeldvorschrift hinreichend bestimmt sein (Art. 103 Abs. 2 GG, § 3 OWiG). Der grammatikalischen Auslegung bzw. der Wortlautgrenze kommt in einem solchen Fall eine herausgehobene Bedeutung zu (vgl. BVerwG, U.v. 29.2.2012 - 9 C 8.11 - juris Rn. 12; BayVGH, B.v. 17.2.2020 - 8 ZB 19.2200 - juris Rn. 14).

### **33**

Ausgehend davon kann der durch das vorgelegte Schutz- und Hygienekonzept eingeschränkte Bootsverleih des Antragstellers nicht als „vergleichbare Freizeiteinrichtung“ verstanden werden. Schon bei typisierender Betrachtung ist ein Bootsverleih nicht vergleichbar gefährlich wie die in § 11 Satz 1 4. BayIfSMV ausdrücklich genannten Einrichtungen, die sich jedenfalls ganz überwiegend durch ein Zusammenkommen mehrerer oder gar vieler Menschen in geschlossenen Räumen auszeichnen mit der Folge, dass dort eine erhöhte Gefahr der Ausbreitung von COVID-19 entsteht. Dass die Vermietung von Ruder- und Tretbooten für eine geringe Personenzahl nicht hierunter fällt, räumt auch der Antragsgegner ein (vgl. Schriftsatz vom 14.5.2020, S. 2). Da der Antragsteller sowohl den Nutzungszweck (kein Feiern und Grillen, vgl. § 2 Abs. 2 4. BayIfSMV) als auch den Personenkreis (§ 2 Abs. 1 4. BayIfSMV) entsprechend den allgemeinen Vorgaben des Verordnungsgebers im öffentlichen Raum angepasst hat, kann der so eingeschränkte Betrieb nicht mehr als „vergleichbare Freizeiteinrichtung“ angesehen werden. Dem steht nicht entgegen, dass sich auf den Hausbooten bis zu 12 Personen aufhalten können. Die vom Antragsgegner aus § 9 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 4. BayIfSMV entnommene maximale Zahl von fünf Personen kann nicht ohne weiteres als Obergrenze für Personengruppen in der Öffentlichkeit verstanden werden. Sie betrifft den Trainingsbetrieb für Individualsportarten, bei dem die Teilnehmer regelmäßig verschiedenen Hausständen angehören. Der Personenkreis des § 2 Abs. 1 4. BayIfSMV kann sich aus mehr als fünf Personen zusammensetzen, die aber aus weniger als fünf Hausständen kommen. Die hiervon ausgehende Infektionsgefahr, die der Verordnungsgeber maßgeblich berücksichtigt, ist damit insoweit niedriger, dass sich das Virus innerhalb von weniger Hausständen ausbreiten kann.

### **34**

3. 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 vom Antragsteller teilweise angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 29. Mai 2020 außer Kraft tritt (§ 24 Satz 1 4. 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 hier nicht angebracht erscheint.

### **35**

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).