

**Titel:**

**Erfolgsloser Eilantrag auf Öffnung eines Fitnessstudios**

**Normenkette:**

VwGO § 43, § 47 Abs. 6, § 67 Abs. 4 S. 4, § 88, § 122 Abs. 1, § 123

BayIfSMV § 9, § 11

AGVwGO Art. 5 Abs. 1

**Leitsätze:**

1. Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Öffnung eines Fitnessstudios unter Auflagen ist unzulässig, wenn die der Öffnung entgegenstehende entsprechende Infektionsschutzmaßnahmenverordnung keinen entsprechenden Genehmigungstatbestand vorsieht, weil es damit in der Sache um eine Normenkontrolle auf Feststellung der mangelnden Verbindlichkeit der Vorordnung geht, für die das Verfahren nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO vorrangig ist. (Rn. 31 – 33) (redaktioneller Leitsatz)

2. Eine Klage mit dem alleinigen Ziel der Unanwendbarkeit einer Rechtsnorm kann grundsätzlich nicht auf § 43 VwGO gestützt werden, da eine solche Klage auf kein Rechtsverhältnis abzielt, sondern eine Umgehung des § 47 VwGO ermöglichen würde (Anschluss an BVerwG BeckRS 2007, 26517). (Rn. 36) (redaktioneller Leitsatz)

3. Die Frage nach der Auslegung einer Rechtsnorm oder die Frage der Gültigkeit einer Rechtsnorm haben kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zum Gegenstand (Anschluss an BVerwG BeckRS 2007, 26670). (Rn. 39) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Öffnung eines Fitnessstudios im Geltungszeitraum der 4. BayIfSMV, Zulässigkeit eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz gem. § 123 VwGO zur inzidenten Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer untergesetzlichen Norm, feststellungsfähiges Rechtsverhältnis, Anordnungsgrund, Anordnungsanspruch, Anordnung, Anspruch, einstweilige Anordnung, Genehmigung, Untersagung, Verpflichtungsklage, Normenkontrolle, Gültigkeit, Rechtsverhältnis

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 10631

**Tenor**

I. Die Anträge werden abgelehnt.

II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

III. Der Streitwert wird auf 5.000,-- EUR festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Die Antragstellerin, die in A... ein Fitnessstudio betreibt, begehrt im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes die Feststellung, dass eine Öffnung ihres Fitnessstudios unter bestimmten Auflagen auch unter Geltung der 4. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (4. BayIfSMV) möglich ist.

2

Die Antragstellerin betreibt nach ihren Angaben in A... ein Fitnessstudio, welches sich auf das medizinische Training spezialisiert habe. Die Anlage stehe nur Mitgliedern zur Verfügung. Jedes Mitglied verfüge über einen persönlichen Trainingsplan, den es ohne Anleitung durchführen könne. Das Angebot umfasse überwiegend das Cardio- und Sarkopenie-Training. Das Studio umfasse eine Fläche von ca. 1300 m<sup>2</sup>. Es sei mit einer RLT raumluftechnischen Anlage ausgestattet. Die Anlage versorge die Räumlichkeiten mit

9000 m<sup>3</sup> 100% Frischluft pro Stunde. Die Deckenhöhe betrage 5 m. Seit Inkrafttreten der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung zum 16.3.2020 liege der Betrieb still. Einnahmen bzw. alternative Tätigkeiten seien der Antragstellerin verwehrt.

### 3

Die derzeit gültige vierte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (4. BayIfSMV) vom 5.5.2020 enthält auszugsweise folgende Regelungen, die für den von der Antragstellerin begehrten Rechtsschutz relevant sind:

#### § 9 Sport

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

1. Ausübung an der frischen Luft im öffentlichen Raum oder auf öffentlichen oder privaten Freiluftsportanlagen oder in Reithallen,
2. Einhaltung der Beschränkungen nach § 1 Abs. 1,
3. Ausübung allein oder in kleinen Gruppen von bis zu 5 Personen,
4. kontaktfreie Durchführung

...

keine Zuschauer.

#### § 11 Freizeiteinrichtungen

Vereinsräume, Tagung- und Veranstaltungsräume, Clubs, Diskotheken, Badeanstalten, Thermen, Wellnesszentren, Sauna, Jugendhäuser, Freizeitparks, Stadtführungen, Fitnessstudios, Tanzschulen, Vergnügungsstätten, Bordellbetriebe und vergleichbare Freizeiteinrichtungen sind geschlossen (...).

#### § 12 Handels- und Dienstleistungsbetriebe

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

(...)

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

(3) In Arzt- und Zahnarztpraxen und in allen sonstigen Praxen, in denen medizinische, therapeutische und pflegerische Leistungen erbracht werden, gilt Abs. 1 Satz 1 Nummer 1 und 3 mit der Maßgabe entsprechend, dass die Maskenpflicht entfällt, soweit die Art der Leistung sie nicht zulässt (...).

### 4

Die Antragstellerin hat sich mit Email vom 13.5.2020 an Herrn M. Dr. M.S. gewandt und darum gebeten, zumindest einen ungefähren Termin zur Wiedereröffnung der Fitnessbetriebe zu definieren, damit sie und ihre Kunden etwas planen könnten. Außerdem hat sie zum Ausdruck gebracht, dass sie das Gefühl habe, dass die Fitnessbetriebe von der Politik vergessen worden seien.

### 5

Mit Email vom 16.5.2020 hat das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege um Verständnis dafür gebeten, dass ein konkretes Datum für eine mögliche Wiedereröffnung des Betriebs der Antragstellerin nicht genannt werden könne. Dies hänge von der weiteren Entwicklung des Infektionsgeschehens ab. Ein Training / Coaching im Freien eines Personal Coaches, Trainers etc. mit 4 Personen in einer Individualsportart könne bei Einhaltung eines Mindestabstands von 1,5 m durchgeführt werden.

### 6

Am 20.5.2020 hat die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht Regensburg um Eilrechtsschutz nach § 123 VwGO nachgesucht. Zur Begründung hat sie angeführt, die gegenwärtige Infektionsrate in dem Einzugsgebiet A... liege deutlich unter dem Bundesdurchschnitt. Sie betrage derzeit 1,56 Personen pro

100.000 Einwohnern. In den angrenzenden Bundesgebieten Hessen, Thüringen, Sachsen und Baden-Württemberg seien Lockerungen bereits vollzogen bzw. stünden unmittelbar bevor. Dies stelle eine grobe Benachteiligung der Antragstellerin dar, die den Gleichheitsgrundsatz verletze und für die Antragstellerin existenzielle Ausmaße annehme. Die länderabweichenden Bestimmungen beeinträchtigten die Antragstellerin in ihren Rechten der Arbeitsfreiheit, des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und den Gleichheitsgrundsatz erheblich.

**7**

§ 11 der 4. BayLfSMV bilde keine Vergleichsgruppen. Ein Fitnessstudio sei keinesfalls mit einem Bordell gleichzusetzen. Auch sei Sinn und Zweck der Einrichtung gerade die gesundheitliche Förderung bzw. deren Erhalt und nicht die reine Freizeitgestaltung. Im Gegensatz zu zugelassenen Betrieben wie Ladengeschäften und Friseursalons könne durch mildere Einschränkungen die körperliche Unversehrtheit der Mitglieder sichergestellt werden. Hierzu sei ein Mindestabstand von 3 m bereits eingerichtet worden und es seien die Hygieneempfehlungen des DSSV (Arbeitgeberverband Deutscher Fitness- und Gesundheits-Anlagen e. V.) bereits umgesetzt. Nasszellen und Sanitärbereiche würden geschlossen. Durch Eingangskontrollen nebst Überwachung sei eine Maximalzahl von einem Trainierenden pro 20 m<sup>2</sup> sichergestellt.

**8**

Die Eilbedürftigkeit ergebe sich aus der wirtschaftlichen Existenzgefährdung. Es sei kein Personal-Training erforderlich. Die Geräte würden nach jedem Training desinfiziert. Trainierende würden Mundschutz sowie Handschuhe tragen und sich die Hände bei Betreten des Betriebsgeländes desinfizieren. Dies werde von fachkundigem Personal überwacht. Es habe bisher keinen einzigen nachgewiesenen Coronafall in einem Fitnessstudio bundesweit gegeben. Mögliche Infektionsketten könnten durch Festhalten der Trainierenden - wie auch im Gaststättengewerbe - nachverfolgt werden. Die meisten Geräte könnten nur durch persönlichen kontaktlosen Transponder gestartet und benutzt werden. Dadurch könne sowohl der Trainierende wie seine Nachbarn und Nachfolger nebst benutzter Geräte zeitgenau zurückverfolgt werden. Zudem verfügten die verwendeten Geräte über eine Anti-Viren Beschichtung, welche eine Übertragung von jedweden Viren vermeide.

**9**

Durch den Start der FußballBundesliga trotz nachgewiesener Corona-Erkrankungen liege ein erhebliches Ungleichgewicht vor. Es sei unverständlich, weswegen Einzeltrainings im Fitnessstudio, welche einem höheren gesundheitlichen Zweck dienen, im Gebiet des Freistaates untersagt bleiben sollten. Fitnesstraining sei eine Einzelsportart im Sinne des § 9 der 4. BayLfSMV. Die zu eröffnenden Trainingsbereiche garantierten einen Mindestabstand von über 3 m. Alle Trainierenden würden in eine Richtung blicken, sodass etwaige ausgeartete Tröpfchen keinen Gegenüberstehenden erreichen würden. Zudem werde ein Zutritt nur nach vorheriger Terminabsprache und Begrenzung der Maximalanzahl gestattet.

**10**

Das im Hilfsantrag beschriebene E-GYM Training sei eine kontaktlose Trainingsmöglichkeit. Jeder Kunde erhalte einen personalisierte Chip, mittels dessen das Training gesteuert werde. Selbst Änderungen der Trainingsgewichte und Einstellungen funktionierten vollautomatisch. Es sei keine Hilfeleistung von Personal von Nöten. Durch die Begrenzung der Personenanzahl, Anti-Viren-Beschichtung der Geräte und händische Desinfektion nach absolviertem Training sei das Infektionsrisiko adäquat minimiert.

**11**

Das Bundesverfassungsgericht habe eine stetige Überprüfung der erheblichen Grundrechtsbeeinträchtigungen durch die Infektionsschutzmaßnahmenverordnung gefordert. Wegen sinkender Neuinfektionen und Genesung von annähernd 80% der Erkrankten sei die Totaluntersagung weder erforderlich noch geboten. Mildere Mittel seien ausreichend. Dies sehe die 4. BayLfSMV in seinem § 9 explizit vor. Die Aufrechterhaltung der massiven Einschnitte der Betriebsuntersagung, welche einen grundrechtlichen Eingriff der höchsten Stufe darstellten, seien zumindest jetzt nicht mehr erforderlich.

**12**

Das VG München habe am 11.5.2020 in einem Verfahren (M 26 E 20.1850) den Betrieb eines sogenannten Mikrostudios für ein EMS-Training gestattet. Wenn das Verwaltungsgericht München feststelle, dass es sich bei einem EMS-Studio um eine Dienstleistung im Sinne von § 2 Abs. 7 der 3. BayLfSMV handele, welche

unter Einhaltung der Mindestabstandsregelungen durchgeführt werden dürfe, sei diese Rechtsansicht bei konsequenter Fortführung ebenfalls auf den vorliegenden Fitnessbetrieb anzuwenden. Die Anzahl der Trainierenden könne ebenfalls wie bei dem bereits zugelassenen EMS-Training entsprechend nach Anzahl der Personen wie auch nach Zeit begrenzt werden. Es würden ausschließlich Handgriffe und Polster berührt, welche viruzid beschichtet seien. Vor und nach der Übung würden die Flächen mit Desinfektionsmittel gereinigt. Die hohen Raumhöhen von 5 m und über 9000 m<sup>3</sup> Frischluft böten ähnliche Bedingungen wie im Außenbereich. Beim Benutzen von Trainingsgeräten sei es möglich Handschuhe zu tragen. Die Trainingsgeräte könnten ebenfalls wie Einkaufswagen nach absolviertem Training einfach gereinigt und desinfiziert werden. Alle Geräte seien mit einer Anti-Virus-Beschichtung versehen. Bei dem angebotenen Training handele es sich um ein Gesundheitstraining. Für die Eröffnung würden Trainingszeiten ausschließlich nach vorheriger Terminvereinbarung vergeben.

### 13

Die in § 11 verwendeten Regelbeispiele seien nicht vergleichbar. Bei den übrigen Betriebsstätten handele es sich um Einrichtungen, die von wechselnden Personen genutzt würden und nicht einfach desinfiziert werden könnten. Eine Untersagung von Einzeltrainings sei im Hinblick auf das in der Verordnung ausdrücklich erlaubte Sporttreiben unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten nicht zu rechtfertigen. Dies gelte umso mehr, als inzwischen auch der Einkauf in Ladengeschäften und der Friseurbesuch zulässig seien. Die Aufrechterhaltung der Untersagung des von der Antragstellerin geführten Betriebes sei auch mit Blick auf die Berufsfreiheit unzulässig und unverhältnismäßig.

### 14

Ein Rechtsschutzbedürfnis für den auf vorläufige Feststellung gerichteten Antrag mittels einstweiliger Anordnung sei gegeben, da sich die Frage der Zulässigkeit des Betriebs des streitgegenständlichen Studios unmittelbar nach der 4. BayIfSMV richte, ohne dass eine behördliche Zulassungsentscheidung vorgesehen wäre. Die Auslegung des § 9 Abs. 1 S. 1 bzw. § 11 S. 1 der 4. BayIfSMV sei streitig. Der Geschäftsführer der Antragstellerin habe sich im Vorfeld mit einer Email an das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege gewandt und der Antrag sei abgelehnt worden. Vorliegend sei die Frage zu behandeln, inwieweit ein Fitnessstudio unter § 11 der 4. BayIfSMV zu subsumieren sei, wenn der Wellnessbereich und übrige Dienstleistungen nicht mehr angeboten würden. In diesem Falle handele es sich um eine Sportstätte bzw. ein Zentrum der Gesundheitsfürsorge. Das von der Antragstellerin begehrte begrenzte Angebot falle nicht unter den Begriff des „Fitnessstudios“ gemäß § 11 der 4. BayIfSMV. Die Antragstellerin habe einen Anspruch darauf, dass das Gericht im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig feststelle, dass die Regelungen in § 9 Abs. 1 und § 11 der 4. BayIfSMV dem Betrieb ihres Studios zur Durchführung des Trainings in der Form von Einzeltraining unter Einhaltung der geltenden Auflagen zum Infektionsschutz nicht entgegenstünden. Bei den in § 11 der 4. BayIfSMV genannten Betrieben handele es sich um Betriebe, die für unkontrollierbare Publikumsmassen eröffnet seien. Die Antragstellerin sei aber eine Anbieterin im Premiumbereich und ziele mit ihrem Angebot nur auf eine bestimmte Kundschaft. Die Durchführung von Gesundheit-Training in Form von Einzeltraining stehe der Regelung nicht entgegen. Der Trainingsbetrieb von Individualsportarten im Breitensport- und Freizeitbereich sei unter den in § 9 Abs. 1 S. 2 der 4. BayIfSMV näher definierten Maßgaben erlaubt. Das Angebot entspreche zudem wegen der gesundheitsfördernden Bestimmung der Regelung des § 12 Abs. 3 der 4. BayIfSMV. Es werde Einzeltraining angeboten, das einem zwingenden gesundheitlichen Zweck diene. Eine reine Freizeitgestaltung sei nicht vorhanden. Dieses Angebot werde von den Krankenkassen bezuschusst. Schließlich dürfte das Angebot der Antragstellerin unter den Begriff der Dienstleistungseinrichtung gemäß § 12 Abs. 2 und Abs. 4 der 4. BayIfSMV subsumiert werden können, da das Personal-Training und damit die Dienstleistung von wesentlicher Bedeutung für das Angebot sei. Somit sei der Betrieb der Antragstellerin nicht als reines Fitnessstudio zu subsumieren, da ausschließlich ein begrenzter registrierter Personenkreis nach vorheriger Anmeldung Zutritt erlange.

### 15

Mit dem Hauptantrag verfolge die Antragstellerin die Feststellung zur Durchführung von Einzeltrainings gemäß der 4. BayIfSMV. Dies sei keine generelle Öffnung eines Fitnessstudios. Mit dem Hilfsantrag begehre sie die Feststellung zur Durchführung von sog. E-GYM Trainings für eine Person je 20 m<sup>2</sup>. Die Infektionsgefahr entstehe nicht durch die Größe der Betriebsstätte, sondern durch die Anzahl der erkrankten Personen pro m<sup>2</sup>.

### 16

Sinn und Zweck der Regelungen in der 4. BayIfSMV sei die Einschränkung von Kontakten einer nicht überschaubaren Personenzahl. Hieran fehle es, sofern, wie beantragt Einzeltrainings durchgeführt werden sollen. Bei dem E-GYM-Training komme es sogar zu weniger Kontakten als bei dem bereits zugelassenen EMS-Training, weil kein Trainer bei dem Anlegen eines Anzugs behilflich sein müsse. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebiete dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Sofern das EMS-Training im Gebiet des Freistaates zugelassen werde, könne für das beantragte kontaktlose Training nichts anderes gelten.

#### **17**

Ein Antrag gemäß § 47 Abs. 6 VwGO sei vorliegend nicht zu stellen, da die Antragstellerin nicht gegen die Verordnung selbst vorgehe, sondern innerhalb der Schranken und mit den entsprechenden Schutzmaßnahmen eine Genehmigung für ihren Betrieb begehre.

#### **18**

Hinsichtlich der Begründung im Übrigen wird auf den Antragsschriftsatz verwiesen.

#### **19**

Für die Antragstellerin wird sinngemäß beantragt,

im Wege der einstweiligen Anordnung festzustellen, dass die Antragstellerin vorläufig bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache ihr Fitnessstudio - unter Auflagen - öffnen und kontaktloses Einzeltraining nebst Personaltraining unter Geltung der 4. BayIfSMV durchführen darf,

hilfsweise festzustellen, dass die Antragstellerin vorläufig bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache ihr Fitnessstudio - unter Auflagen - öffnen und EGYM-Training durchführen darf, wobei die Anzahl der Trainierenden auf eine Person pro 20 m<sup>2</sup> begrenzt wird, wiederum hilfsweise festzustellen, dass das Trainingsangebot der Antragstellerin unter den Ausnahmetatbestand der § 9 Abs. 1 S. 2 Ziffer 1 bis 11 der 4. BayIfSMV fällt.

#### **20**

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

#### **21**

Der Antrag sei bereits unzulässig, jedenfalls aber unbegründet. Nach § 11 S. 1 der 4. BayIfSMV seien Fitnessstudios geschlossen. Eine Ausnahmemöglichkeit sehe die 4. BayIfSMV nicht vor. Im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz können nicht mehr begehrt werden als in einem Hauptsacheverfahren.

#### **22**

Außerdem bestehe nach der in diesem Verfahren erforderlichen summarischen Prüfung keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen eines Anordnungsanspruches und eines Anordnungsgrundes. Fitnessstudios seien nach dem eindeutigen Wortlaut des § 11 Satz 1 der 4. BayIfSMV geschlossen. § 9 Abs. 1 S. 2 der 4. BayIfSMV sei nicht anwendbar, da bereits die Voraussetzung nach § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 der 4. BayIfSMV „Ausübung an der frischen Luft im öffentlichen Raum oder auf öffentlichen oder privaten Freiluftsportanlagen“ nicht vorliege.

#### **23**

Auch bei Fitnessstudios sei ein kontaktloses Training in Form von beispielsweise Kraft -, Ergometer - oder Konditionstraining oder ähnlichem möglich, wenn dies im Freien und mit insgesamt höchstens 5 Personen stattfinde. Im Ergebnis bestehe daher kein Anordnungsanspruch.

#### **24**

Das mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verfolgte Ziel der Antragstellerin, vorläufig für bestimmte Trainingsarten eine Öffnung des Fitnessstudios zu erreichen, beinhalte eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache. Darüber hinaus könne die Antragstellerin auch keine Tatsachen für einen durchgreifenden Anordnungsgrund glaubhaft machen.

#### **25**

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und auf die Gerichtsakte Bezug genommen.

II.

**26**

Die Anträge nach § 123 Abs. 1 VwGO haben keinen Erfolg. Sie sind bereits unzulässig und im Übrigen unbegründet.

**27**

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis eine einstweilige Anordnung treffen, wenn diese Regelung notwendig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden (Regelungsanordnung).

**28**

Erforderlich ist danach zum einen das Vorliegen eines Anordnungsgrundes, d. h. die Notwendigkeit einer Eilentscheidung, und zum anderen ein Anordnungsanspruch, also ein rechtlicher Anspruch auf die begehrte Maßnahme.

**29**

Vorliegend ist schon ein Anordnungsanspruch- also ein rechtlicher Anspruch auf die begehrte Maßnahme nicht geltend gemacht.

**30**

1. Die Antragstellerin begehrt bei verständiger Würdigung ihres Vorbringens die Feststellung der mangelnden Verbindlichkeit der in § 11 der 4. BayIfSMV enthaltenen Beschränkungen auf ihren Betrieb.

**31**

Die von der Antragstellerin nach dem Wortlaut ihrer Anträge begehrte Genehmigung, ihr Fitnessstudio unter bestimmten Auflagen zu öffnen, ist schon deshalb nicht zielführend, weil die 4. BayIfSMV diesbezüglich keinen Genehmigungstatbestand vorsieht.

**32**

Nach § 88 VwGO, der nach § 122 Abs. 1 VwGO entsprechend für Beschlüsse gilt, ist das Gericht an die Fassung der Anträge nicht gebunden, darf allerdings über das Klagebegehren nicht hinausgehen. Das Gericht hat das im Klageantrag und im gesamten Parteivorbringen zum Ausdruck kommende Rechtsschutzziel zu ermitteln und seiner Entscheidung zugrunde zu legen (BVerwG, U. v. 23.2.1993 - 1 C 16/87 - juris, Rn. 13). Das Klageziel ist nicht allein dem Klageantrag zu entnehmen, sondern dem gesamten Parteivorbringen, insbesondere auch der Klagebegründung. Maßgeblich kommt es insoweit auf das erkennbare Klageziel an, so wie sich dieses dem Gericht zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts aufgrund des gesamten Parteivorbringens und Akteninhalts darstellt.

**33**

Dem Vorbringen und Verhalten der Antragstellerin ist zu entnehmen, dass sie die Feststellung der Unverbindlichkeit der in § 11 der 4. BayIfSMV enthaltenen Regelung für ihren Betrieb begehrt. Dies ergibt sich daraus, dass die Ausführungen der Antragstellerin sich überwiegend mit der Gültigkeit der in der Rechtsverordnung enthaltenen Vorschriften befassen. Der eigentliche Zweck des Antrags ist daher die Überprüfung der Rechtmäßigkeit bzw. die Außervollzugsetzung einer untergesetzlichen Norm. Hierfür ist das Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO, das nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. Art. 5 Abs. 1 AGVwGO für die streitgegenständliche Verordnung auch statthaft ist, vorrangig. Auch wenn die Antragstellerin auf den entsprechenden Hinweis des Gerichts hin ihren Vortrag dahingehend ergänzt hat, dass sie nicht gegen die Verordnung selbst vorgehe, sondern innerhalb der Schranken der Verordnung eine Genehmigung begehre, könnte sie dieses Ziel nur bei der Feststellung der Unanwendbarkeit der Vorschriften der Verordnung erreichen. Der von der Antragstellerin begehrten Öffnung ihres Betriebes steht unzweifelhaft § 11 der 4. BayIfSMV entgegen und die Antragstellerin erfüllt schon deshalb nicht die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 S. 2 der 4. BayIfSMV, weil kein Training an der frischen Luft bzw. in Freiluftsportanlagen begehrt wird. Dem Anspruch der Antragstellerin auf effektiven Rechtsschutz wird durch die Möglichkeit einer Normenkontrollklage und eines Eilantrags nach § 47 Abs. 6 VwGO hinreichend Rechnung getragen.

**34**

2. Mit einem Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO kann die Antragstellerin ihr Rechtsschutzziel nicht erreichen. Eine einstweilige Anordnung kann nur auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet sein, der auch in der Hauptsache erreicht werden könnte bzw. auf ein Weniger dazu, nicht dagegen auf ein Aliud. Das Gericht ist

an die Entscheidungsmöglichkeiten der Hauptsache gebunden. Es kann einem Antragsteller durch einstweilige Anordnung nicht mehr zusprechen, als er mit einer Hauptsacheklage erreichen könnte.

### 35

Die nach dem Wortlaut der gestellten Anträge begehrte Verpflichtung, der Antragstellerin die Öffnung ihres Fitnessstudios unter gewissen Auflagen zu genehmigen, kann mit einer Verpflichtungsklage nicht erreicht werden. Die 4. BayLfSMV sieht diesbezüglich schon keinen Genehmigungstatbestand vor, sodass ein Anspruch auf Erlass eines Verwaltungsakts von vornherein nicht bestehen kann.

### 36

Das Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin wäre in der Hauptsache auch mit einer allgemeinen Feststellungsklage nicht durchsetzbar. Der Antrag auf die begehrte vorläufige Feststellung, dass einer Öffnung des Fitnessstudios unter gewissen Auflagen die Vorschriften der 4. BayLfSMV wegen Verstoßes gegen die Berufsfreiheit der Antragstellerin gemäß Art. 12 Abs. 1 GG und den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht entgegenstehen, ist unzulässig, da damit - trotz unterschiedlicher Streitgegenstände - ein Verfahren auf Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 i.V.m. Abs. 6 VwGO umgangen werden würde. Die Zulässigkeit einer Feststellungsklage im Verfahren der Hauptsache als Mittel der inzidenten Normenkontrolle ist problematisch (vergleiche OVG Schleswig, U. v. 28.2.2000 - 4 K 6/99 - juris, Rn. 38). Eine Klage mit dem alleinigen Ziel der Unanwendbarkeit einer Rechtsnorm kann grundsätzlich nicht auf § 43 VwGO gestützt werden, da eine solche Klage auf kein Rechtsverhältnis abzielt, sondern eine Umgehung des § 47 VwGO ermöglichen würde (so ausdrücklich BVerwG, U. v. 23.8.2007 - 7 C 13/06 - juris, Rn. 20; Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, B. v. 30.4.2020 - 1 B 70/20 - juris, Rn. 3). Ob § 47 VwGO gegenüber der Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Rechtsverordnung im Wege der Feststellungsklage Sperrwirkung entfaltet, ist nach wie vor umstritten (vgl. dazu BayVG, U. v. 25.11.2019 - 3 BV 17.1857 - juris, Rn. 17). Das Bundesverwaltungsgericht tendiert wohl dazu, die Möglichkeit der Einleitung eines Normenkontrollverfahrens der in § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO erwähnten - durch die Zulässigkeit der Feststellungsklage ausschließenden - Möglichkeit, seine Rechte durch eine Gestaltungsklage zu verfolgen, gleichzustellen, was zur Unzulässigkeit der Feststellungsklage führen würde (BVerwG, B. v. 21.3.1974 - VII B 97.73 - juris, Rn. 9). Andererseits lässt sich dem System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nicht entnehmen, dass außerhalb des § 47 VwGO die Überprüfung von Rechtsetzungsakten ausgeschlossen sein sollte. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof kommt deshalb in seinem Urteil vom 25.11.2019 (3 BV 17.1857, a.a.O.) zu dem Ergebnis, dass eine Inzidentkontrolle einer Rechtsverordnung im Wege der Feststellungsklage möglich ist, wenn die Jahresfrist des § 47 Abs. 2 VwGO für die Erhebung der Normenkontrolle bereits abgelaufen ist und ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis besteht. Nach Auffassung der zur Entscheidung berufenen Kammer kann im Hinblick auf § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO allerdings nur in dem Fall, in dem die Gültigkeit einer Norm nicht einer unmittelbaren verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nach § 47 VwGO unterliegt, ausnahmsweise eine atypische Feststellungsklage statthaft sein. Eine derartige Rechtsschutzlücke besteht im vorliegenden Fall allerdings mit Blick auf § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. Art. 5 Abs. 1 AGVwGO nicht. Gegen die Zulässigkeit einer atypischen Feststellungsklage in diesen Fällen spricht auch der Wille des Gesetzgebers der Verwaltungsgerichtsordnung. Der Zweck der prinzipialen Normenkontrolle gegen untergesetzliche Rechtsvorschriften im Sinne des § 47 VwGO liegt für diesen darin, durch eine einzige Entscheidung eine Reihe von Einzelklagen zu vermeiden und dadurch die Verwaltungsgerichte zu entlasten. Dies ist nur zu erreichen, wenn im vorliegenden Fall eine Feststellungsklage, deren einziges Ziel die inzidente Überprüfung der Rechtmäßigkeit der streitgegenständlichen Vorschriften ist, nicht zulässig ist.

### 37

3. Zudem besteht zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin auch bereits kein feststellungsfähiges konkretes streitiges Rechtsverhältnis in diesem Sinne.

### 38

Unter einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm ergebenden rechtlichen Beziehungen für das Verhältnis von (natürlichen oder juristischen) Personen untereinander oder zu einer Sache zu verstehen (so beispielsweise BVerwG, U. v. 28.1.2010 - 8 C 19.09 - juris, Rn. 24).

### 39

Nach dieser Rechtsprechung setzt ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zudem voraus, dass zwischen den Beteiligten dieses Rechtsverhältnisses ein Meinungsstreit besteht, aus dem heraus sich eine Seite berührt, ein bestimmtes Tun oder Unterlassen von der anderen Seite verlangen zu können (BVerwG, U. v. 28.1.2010 - 8 C 19.09 - juris, Rn. 24; Eyermann, VwGO, 15. Auflage 2019, § 43 Rn. 12). Um ein Rechtsverhältnis geht es daher nur, wenn es um die Feststellung von Rechten und/oder Pflichten geht. Kein Rechtsverhältnis im oben genannten Sinn sind bloße Vorfragen oder einzelne Elemente von Rechtsverhältnissen, soweit sie nicht selbst den Charakter von Rechten oder Pflichten haben. Zu diesen Vorfragen oder Elementen gehört insbesondere die Frage, ob einzelne Tatbestandsmerkmale einer Norm erfüllt sind oder nicht. Kein Rechtsverhältnis zum Gegenstand hat auch die Frage nach der Auslegung einer Rechtsnorm oder die Frage der Gültigkeit einer Rechtsnorm (Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 43 Rn. 15 f.; BVerwG, U. v. 23.8.2007 - 7 C 2/07 - juris, Rn. 20). Genau darum geht es im vorliegenden Fall allerdings.

#### **40**

Die Frage der Zulässigkeit der Öffnung des Betriebs der Antragstellerin lässt sich vorliegend eindeutig anhand der Regelungen in der derzeit geltenden 4. BayIfSMV beantworten. Dies sieht auch die Antragstellerin selbst offenbar so, nachdem sie sich in ihrer Begründung darauf stützt, dass die Regelungen in der 4. BayIfSMV wegen Verstoßes gegen die Grundrechte nicht angewendet werden dürfen. Gibt es um das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses zwischen den Beteiligten des Rechtsstreits aber keinen Streit, so fehlt regelmäßig auch ein rechtliches Interesse auf Feststellung. Die Antragstellerin hat sich nach den dem Gericht vorliegenden Unterlagen vor Stellung des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz beim Gericht mit ihrem konkreten Begehren nicht an die Antragsgegnerin gewandt.

#### **41**

Auch der von der Antragstellerseite zitierte Email-Verkehr zwischen der Antragstellerin und dem Ministerpräsidenten des Freistaates Bayern bzw. dem Bayerischen Staatsministerium für Gesundheit und Pflege ist nicht geeignet, zum Nachweis von Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Anwendung der 4. BayIfSMV zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin. Zum einen richtete sich die Anfrage der Antragstellerin nicht an die Antragsgegnerin, sondern an den Normgeber, zum anderen betraf die Anfrage auch nicht einen konkreten Sachverhalt. Die Antragstellerin hat sich lediglich allgemein an den Normgeber gewandt und von ihren Sorgen und Nöten berichtet, es ging in dem Schriftverkehr aber nicht um die konkrete Auslegung und Anwendung einzelner Vorschriften der 4. BayIfSMV. Es liegt daher schon kein streitiges Rechtsverhältnis vor.

#### **42**

Die Frage der Zulässigkeit der von der Antragstellerin begehrten (Teil-) Öffnung ihres Fitnessstudios lässt sich schon anhand des Wortlauts der derzeit geltenden 4. BayIfSMV eindeutig beantworten. Bei dem Betrieb der Antragstellerin handelt es sich zweifellos um ein Fitnessstudio im Sinne des § 11 der 4. BayIfSMV.

#### **43**

Bei einem Fitnessstudio handelt es sich um eine Einrichtung, bei der verschiedene Geräte zum gezielten Kraft- und Ausdauertraining zur Verfügung stehen. Gegen Entgelt kann der Besucher die Geräte, den Service und die in dem Fitnessstudio angebotenen Kurse nutzen. Fitnessstudios sind im Gegensatz zu Sportvereinen kommerziell ausgerichtet. Fitnessstudios finanzieren sich in der Regel über monatliche Beiträge.

#### **44**

Die von der Antragstellerin vorgetragene Argumente, warum es sich bei ihrer Einrichtung nicht um ein Fitnessstudio handeln soll, überzeugen in keiner Weise. Auch bei der mit dem Hilfsantrag begehrten Öffnung für das EGYM-Training handelt es sich um das Training an Geräten, das für die Subsumtion unter ein Fitnessstudio wesentlich ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die verwendeten Geräte automatisch einstellen oder ob dafür ggf. die Hilfe von Personal benötigt wird. Dass der Betrieb nicht der Allgemeinheit offen steht, sondern nur den Mitgliedern, ist den Fitnessstudios immanent. Für die Qualifikation als Fitnessstudio spielt es auch keine Rolle, zu welchem Zweck das Training vorgenommen wird - ob die Gesundheitserhaltung und deren Förderung im Vordergrund steht oder Kraft und Ausdauer.

#### **45**

Eine Öffnung auf der Grundlage des § 9 Abs. 1 S. 2 der 4. BayIfSMV (wie mit dem 2. Hilfsantrag begehrt) scheidet eindeutig bereits an der Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 der 4. BayIfSMV. Dass das

Trainingsangebot der Antragstellerin nicht unter § 9 Abs. 1 S. 2 der 4. BayIfSMV fällt, ergibt sich zweifelsfrei bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, nachdem vorliegend kein Training an der frischen Luft oder in einer Freiluftsportanlage begehrt wird.

#### **46**

Daher fehlt es auch am Rechtsschutzinteresse. Ein Rechtsschutzinteresse fehlt insbesondere dann, wenn die Befassung des Gerichts nicht erforderlich ist (Eyermann, 15. Auflage 2019, VwGO, § 123 Rn. 34). Dies ist hier der Fall, nachdem sich die Unzulässigkeit der Öffnung ihres Betriebs unzweifelhaft bereits aus den Regelungen in der 4. BayIfSMV ergibt.

#### **47**

4. Im Übrigen wären die Anträge auch unbegründet. Die Antragstellerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass ihr ein Anordnungsanspruch zusteht.

#### **48**

Sie hat nach der im Eilverfahren gebotenen aber auch ausreichenden summarischen Prüfung weder einen Anspruch auf vorläufige Öffnung ihres Fitnessstudios zur Durchführung kontaktloser Einzeltrainings nebst Personaltrainings noch auf Durchführung von E-GYM-Training, wobei die Anzahl der Trainierenden auf 1 Person pro 20 m<sup>2</sup> begrenzt ist noch auf Feststellung, dass das Trainingsangebot unter den Ausnahmetatbestand des § 9 Abs. 1 S. 2 Ziffer 1 bis 11 der 4. BayIfSMV fällt.

#### **49**

Zweifel bestehen bereits an der Bestimmtheit der mit den Anträgen beehrten (Teil-) Öffnungen des Betriebs der Antragstellerin. Es ist nicht klar erkennbar, welche Bereiche des Fitnessstudios unter welchen Auflagen und Rahmenbedingungen geöffnet werden sollen.

#### **50**

Den mit den Anträgen beehrten (Teil-) Öffnungen ihres Fitnessstudios stehen die Regelungen der §§ 11 S. 1, 9 Abs. 1 S. 2 der 4. BayIfSMV eindeutig entgegen (siehe die Ausführungen oben).

#### **51**

Es besteht auch kein Anspruch auf die von der Antragstellerin begehrte Öffnung auf der Grundlage der § 12 Abs. 2 und 3 der 4. BayIfSMV. Zum einen handelt es sich bei den §§ 11 und 9 der 4. BayIfSMV um Sonderregelungen betreffend Sport und Freizeiteinrichtungen, die einen Rückgriff auf die allgemeineren Regelungen des § 12 der 4. BayIfSMV nicht zulassen. Zum anderen steht bei dem von der Antragstellerin im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes begehrten Betrieb auch nicht die Dienstleistung im Vordergrund.

#### **52**

Nach vorläufiger Bewertung des Gerichts spricht vieles dafür, dass die angegriffene Norm des § 11 der 4. BayIfSMV betreffend Fitnessstudios rechtmäßig ist, insbesondere auch gegenwärtig noch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht (vgl. dazu BayVerfGH, Entsch. v. 15.5.2020 - Vf.34-VII-20 - juris; BVerfG, Entsch. v. 28.4.2020 - 1 BvR 899/20 - juris; BayVGH, B. v. 14.4.2020 - 20 NE 20.735 - juris). In diesem Fall wäre es Sache des BayVGH, über die Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften der 4. BayIfSMV in dem dafür vorgesehenen Normenkontrollverfahren zu entscheiden.

#### **53**

Die Anträge sind daher auch unbegründet. Es fehlt bereits an einem Anordnungsanspruch.

#### **54**

Die Anträge waren mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 Satz 1 VwGO abzuweisen.

#### **55**

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 und 2 GKG i.V.m. Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013. Dabei macht das Gericht von der Möglichkeit Gebrauch, den Streitwert im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes bis zur Höhe des für das Hauptsacheverfahren anzunehmenden Streitwerts anzuheben, weil die Anträge im Hinblick auf das Außerkrafttreten der angegriffenen Verordnung am 29.5.2020 inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache abzielen.