

Titel:

Corona-Bekämpfung durch Betriebsverbot für Saunabetriebe - einstweiliger Rechtsschutz

Normenketten:

GG Art. 19 Abs. 4

VwGO § 43 Abs. 1, § 47 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 6, § 88, § 122 Abs. 1, § 123 Abs. 1

8. BayIfSMV § 11 Abs. 5 S. 1

BayAGVwGO Art. 5 S. 1 (idF bis zum 1.5.2022)

Leitsätze:

1. Die Feststellung, dass § 11 Abs. 5 S. 1 8. BayIfSMV der Öffnung und dem Betrieb eines einzelnen Saunabetriebs aufgrund betrieblicher Besonderheiten nicht entgegensteht, ist mit einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO – ebenso wie mit einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO – nicht erreichbar, weil der eindeutige Wortlaut des § 11 Abs. 5 S. 1 BayIfSMV – auch im Wege verfassungskonformer Interpretation – nicht auslegungsfähig ist und keine Ausnahmemöglichkeit vorsieht. (Rn. 33) (redaktioneller Leitsatz)

2. Richtet sich das eigentliche Ziel des Rechtsschutzbegehrens auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit bzw. auf die Außervollzugsetzung einer untergesetzlichen Norm für einen einzelnen Betrieb, ist eine einstweilige Anordnung im Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO als *lex specialis* gegenüber § 123 Abs. 1 VwGO vorrangig, wenn die Normenkontrolle – wie in Bayern nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO iVm Art. 5 S. 1 BayAGVwGO – statthaft und auch im Übrigen zulässig ist (im Anschluss an VGH München BeckRS 2020, 12882 Rn. 3). (Rn. 31 – 35) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Antrag auf einstweilige Feststellung der Vereinbarkeit eines Saunabetriebs mit § 11 Abs. 5 der 8. BayIfSMV aufgrund betrieblicher Besonderheiten, Verhältnis eines Antrags nach § 123 VwGO zu einem Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO, Feststellung der Unanwendbarkeit des Betriebsverbots im Einzelfall, eindeutiger Wortlaut, verfassungskonforme Interpretation, Ausnahmemöglichkeit, eigentliches Rechtsschutzbegehren, Rechtswidrigkeit bzw. Außervollzugsetzung, untergesetzliche Norm, Vorrang § 47 Abs. 6 VwGO gegenüber § 123 Abs. 1 VwGO, Normenkontrollverfahren, effektiver Rechtsschutz

Fundstelle:

BeckRS 2020, 31504

Tenor

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Der Antragsteller hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
- III. Der Streitwert wird auf 5.000,-- EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1

Der Antragsteller begehrt im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Feststellung, dass eine Öffnung seiner Saunalandschaft unter bestimmten Auflagen auch unter Geltung der 8. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (8. BayIfSMV) möglich ist.

2

Der Antragsteller betreibt unter der Firma „... Sauna“ in den Räumlichkeiten ... in ... eine sogenannte Saunalandschaft. Diese befindet sich in einem ca. 360 m² großen Holzgebäude und besteht aus 4 separaten, vollständig voneinander abgetrennten Saunaeinheiten, die unabhängig voneinander gebucht werden. Jede Saunaeinheit ist ca. 46 m² groß und verfügt über eine eigene Dusche, WC, Sitzmöglichkeiten,

einen Saunaraum sowie über eine abgetrennte Terrasse. Zwei der Saunaeinheiten verfügen über einen Whirlpool. Die einzelnen Saunabereiche können vollständig unabhängig voneinander genutzt werden. Es handelt sich nicht um eine Großsauna mit sich vermischenden Nutzern, sondern um 4 eigenständige Saunaeinheiten, die sich in einem gemeinsamen Gebäude befinden.

3

Der Antragsteller hat zu seinem Nutzungskonzept folgendes ausgeführt:

4

Die Gäste müssten vorab einen Termin für eine bestimmte Saunaeinheit vereinbaren sowie Name und Telefonnummer hinterlassen. Ein Saunabesuch dauere bis zu 4 Stunden und finde in einem bestimmten Zeitraum, beispielsweise von 15:00 Uhr bis 19:00 Uhr statt. An Wochenenden würden Saunabesuche in der Zeit von 10:00 bis 15:00 Uhr sowie von 16:30 bis 22:00 Uhr angeboten. In der Zeit zwischen 2 Saunabesuchen werde die jeweilige Saunaeinheit nach dem Hygienekonzept des Antragstellers vollständig gereinigt und desinfiziert. Durch die Vermietungsintervalle sei sichergestellt, dass zwischen 2 Vermietungen mindestens eine Pause von 1,5 Stunden bestehe, die für die Reinigung, Desinfizierung und Lüftung der Sondereinheiten genutzt werde. In den Saunaeinheiten mit Whirlpool werde nach jedem Besuch das Wasser vollständig ausgetauscht, sodass die durch die Vermietungsintervalle entstehende Pause mindestens 3 Stunden betrage. Eine Saunaeinheit dürfe lediglich von einem Haushalt und lediglich mit maximal 6 Personen gemietet werden. Solange die allgemeine Öffnung von Saunen und Wellnesszentren untersagt bleibe, würden die Saunen zeitlich versetzt vermietet, so dass sich Saunagäste verschiedener Saunaeinheiten weder auf dem Parkplatz noch im Gebäude begegnen könnten. Das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung sei auf dem gesamten Parkplatz sowie im gesamten Saunagebäude Pflicht. Die Mund-Nasen-Bedeckung dürfe erst mit Betreten der gemieteten Saunaeinheit abgenommen werden. Das Betreten des Bewirtungsbereiches durch Gäste werde nicht gestattet sein, solange Gastronomiebetriebe nicht geöffnet werden dürften. Der Gastronomiebereich bleibe bis auf weiteres geschlossen. Physischer Kontakt zwischen dem Antragsteller und seinen Gästen bestehe mit ausreichendem Abstand nur beim Check-In und bei der Bezahlung. Die Nutzung des Schwimmteichs im Außenbereich werde untersagt, solange die Öffnung von Schwimmbädern nach der 8. BayIfSMV nicht zulässig sei.

5

Die 8. BayIfSMV vom 30. Oktober 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 616) trat am 2. November 2020 in Kraft. Sie enthält auszugsweise folgende Regelung:

„§ 11 Freizeiteinrichtungen

(1) Der Betrieb von Freizeitparks und vergleichbaren ortsfesten Freizeiteinrichtungen ist untersagt. Freizeitaktivitäten dürfen gewerblich weder unter freiem Himmel noch in geschlossenen Räumen angeboten werden.“

...

6

(5) Die Öffnung und der Betrieb von Badeanstalten, Hotelschwimmbädern, Thermen und Wellnesszentren sowie Saunen ist untersagt. Für Training und Wettkämpfe in Badeanstalten gilt § 10 Abs. 2.

7

Der Antragssteller wandte sich am 13.11.2020 mit einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz an das Verwaltungsgericht Regensburg. § 11 Abs. 5 der 8. BayIfSMV sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass der Betrieb des Antragstellers, in dem die einzelnen Saunaräume völlig unabhängig voneinander vermietet und genutzt werden könnten, nicht unter das Verbot des § 11 Abs. 5 der 8. BayIfSMV falle.

8

Mit dem Antrag werde die Wirksamkeit der 8. BayIfSMV nicht infrage gestellt. Diese Regelung stehe aber einer Öffnung des Betriebs des Antragstellers aufgrund seiner Besonderheiten nicht entgegen, da das Risiko einer Infektionsübertragung nahezu ausgeschlossen sei. Das Rechtsschutzbedürfnis sei gegeben, da sich das Verbot der Öffnung und des Betriebs von Saunen und Wellnesszentren direkt aus der Verordnung ergebe, ohne dass eine behördliche Zulassungsentscheidung erforderlich sei. Die Auslegung der Norm sei zwischen den Beteiligten streitig. Dem Antragsteller sei es nicht zumutbar, den Betrieb zunächst auf Basis

seiner Rechtsauffassung zu öffnen und erst gegen eine polizeiliche Maßnahme oder einen Bußgeldbescheid gerichtlich vorzugehen.

9

In München gebe es einen vergleichbaren Saunabetrieb, der auch trotz der Geltung der 8. BayIfSMV geöffnet sei. Es sei für den Antragsteller vollkommen unverständlich, dass ein im Kern mit seinem eigenen Betrieb identischer Betrieb aufgrund einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts München vom 3.6.2020 (M 26 E 20.2218) in zulässiger Form betrieben werden könne, während er seinen Betrieb nicht öffnen dürfe.

10

Ziel der 8. BayIfSMV sei es, bei möglichst weitgehender Aufrechterhaltung des wirtschaftlichen Lebens die Kontakte der Bürger zu Personen außerhalb ihres Haushaltes weitestgehend zu reduzieren, um dadurch die Ausbreitung der Pandemie wieder zu verlangsamen. Aus diesem Grund sei die Öffnung und der Betrieb von Gastronomiebetrieben und Freizeiteinrichtungen, die Ausübung von Mannschaftssportarten und die Beherbergung zu touristischen Zwecken untersagt. Trotz der Einhaltung von Hygienekonzepten könne in diesen Bereichen eine Ansteckung nicht ausgeschlossen werden. Die 8. BayIfSMV sei erlassen worden, um diese verbleibenden Infektionsrisiken durch eine Kontaktreduzierung auszuschließen und dadurch die stark ansteigenden Zahlen der Neuinfektionen zu reduzieren.

11

Eine vergleichbare Gefährdungslage bestehe im Betrieb des Antragstellers aufgrund der voneinander unabhängigen Nutzbarkeit der Saunaeinheiten bei Einhaltung des Hygienekonzeptes nicht. Das Infektionsrisiko sei im Betrieb des Antragstellers nicht höher, als wenn die Kunden des Antragstellers zu Hause blieben. Es handele sich um einen atypischen Sauna- bzw. Wellnessbetrieb, der bei Erlass der 8. BayIfSMV nicht im Blick gewesen sei. Die Anwendung des § 11 Abs. 5 der 8. BayIfSMV auf den Betrieb des Antragstellers trage zur Erreichung der mit der 8. BayIfSMV verfolgten Ziele nicht bei. Bei verfassungskonformer Auslegung des § 11 Abs. 5 der 8. BayIfSMV werde der Betrieb des Antragstellers vom Verbot der Öffnung und des Betriebes von Saunen und Wellnesszentren nicht erfasst. Eine andere Auffassung sei weder mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG noch mit dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG vereinbar.

12

Eine Ungleichbehandlung des Antragstellers liege vor, weil die Öffnung von Einzelhandelsbetrieben und von Friseuren sowie die Durchführung von Gottesdiensten gestattet sei, obwohl dort eine wesentlich höhere Gefährdungslage als im Betrieb des Antragstellers bestehe. Eine weitere Ungleichbehandlung liege im Vergleich zur Ausübung von Individualsportarten vor. Diese seien zulässig, weil dort ein Ansteckungsrisiko auf die Angehörigen des eigenen Haushalts oder maximal eine weitere Person beschränkt werden könne. Nicht anders verhalte es sich beim Besuch des Betriebs des Antragstellers.

13

Auch ein Anordnungsgrund liege vor. Das Verbot trete nach derzeitiger Rechtslage mit Ablauf des 30.11.2020 außer Kraft, sodass ein Rechtsschutz in der Hauptsache bis dahin nicht zu erreichen sei. Ohne die vorläufige Feststellung drohten dem Antragsteller wesentliche Nachteile, die auch durch ein Obsiegen in einem Hauptsacheverfahren nicht geheilt würden. Aufgrund der finanziellen Einbußen, die mit der erneuten Betriebsschließung verbunden seien, könnten nicht einmal mehr die laufenden Kosten des Betriebs gedeckt werden. Er habe bereits im Zeitraum vom 20.3.2020 bis zum 7.6.2020 seinen Betrieb schließen müssen. Die Nebenkosten für den Betrieb der Saunalandschaft betrügen monatlich ca. 4000 EUR, die durchschnittlichen Einnahmen aus dem Betrieb der Saunalandschaft betrügen in den Monaten September bis Mai durchschnittlich 9000 EUR pro Monat. Der Antragsteller betreibe die Saunalandschaft als Nebenerwerb. Er sei zudem als Arbeitnehmer beschäftigt und habe keinen Anspruch auf staatliche Überbrückungshilfe. Sein Gesamteinkommen übersteige den Gewinn aus der gewerblichen Tätigkeit. Er sei verheiratet und habe 3 Kinder, die er versorgen müsse. Die weiteren drohenden Verluste könnten daher nicht mehr durch das sonstige Einkommen der Familie ausgeglichen werden.

14

Für den Antragsteller wird sinngemäß beantragt,

im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig festzustellen, dass § 11 Abs. 5 Satz 1 der 8. BayIfSMV vom 30.10.2020 sowie inhaltsgleiche Nachfolgeregelungen der Öffnung und dem Betrieb des Betriebs des

Antragstellers nicht entgegenstehen, sofern die Vorgaben der §§ 3 Abs. 1, 4 der 8. BayIfSMV und das Hygienekonzept des Antragstellers eingehalten werden,

hilfsweise den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, die Öffnung und den Betrieb des Betriebs des Antragstellers gemäß dem Hygienekonzept und unter Einhaltung der Vorgaben der §§ 3 Abs. 1, 4 der 8. BayIfSMV bis zur Durchführung eines Hauptsacheverfahrens zuzulassen, wiederum hilfsweise den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, über die Öffnung und den Betrieb des Betriebs des Antragstellers gemäß dem Hygienekonzept und unter Einhaltung der Vorgaben der §§ 3 Abs. 1, 4 der 8. BayIfSMV bis zur Durchführung eines Hauptsacheverfahrens unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden.

15

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

16

Das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers sei erkennbar auf das Ziel gerichtet, die einschlägigen Normen der 8. BayIfSMV außer Vollzug zu setzen. In dieser Fallkonstellation sei nur ein Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO statthaft. Der Antragsteller habe in der gleichen Angelegenheit unter dem Aktenzeichen 20 NE 20.2588 einen Eilantrag gemäß § 47 Abs. 6 VwGO beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof gestellt. Für einen Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO mit dem Inhalt, vorläufig festzustellen, dass Normen der 8. BayIfSMV der begehrten Saunaöffnung nicht entgegenstünden, sei indes kein Raum. Der Antrag nach § 123 VwGO sei bereits unzulässig und daher abzuweisen.

17

Die Antragsgegnerin könne nicht sagen, ob der Betrieb des Antragstellers im Geltungszeitraum der Vorgängerfassungen der 8. BayIfSMV geöffnet gewesen sei. Dies sei nicht bekannt. Nach hausinterner Abfrage der relevanten Stellen habe der Antragsteller jedenfalls keinen schriftlichen Kontakt mit der Antragsgegnerin gehabt.

18

Der Betrieb des Antragstellers werde aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Regelung des § 11 Abs. 5 Satz 1 der 8. BayIfSMV trotz der vorgetragenen Besonderheiten für unzulässig erachtet.

19

Das Gericht hat die Beteiligten mit Schreiben vom 13.11.2020 darauf hingewiesen, dass über die Gültigkeit der 8. BayIfSMV gemäß § 47 Abs. 6 VwGO im Normenkontrollverfahren zu entscheiden sei, in dem auch eine einstweilige Anordnung erlassen werden könne. Das Verwaltungsgericht sei hierfür nicht zuständig. Es sei daher beabsichtigt, die Streitsache an den sachlich zuständigen Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu verweisen. Hierzu wurde den Beteiligten die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt.

20

Der Antragsteller hat hierzu mitgeteilt, dass die Gültigkeit der 8. BayIfSMV nicht infrage gestellt werde. Bei den Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO und nach § 123 VwGO handele es sich um zwei Verfahren mit unterschiedlichen Streitgegenständen. Der BayVGH entscheide über die Rechtswidrigkeit einer Norm, das Verwaltungsgericht über deren verfassungskonforme Auslegung. Genau diese Auslegung begehre der Antragsteller. Er begehre die Feststellung, dass sein Betrieb aufgrund der besonderen Betriebsform nach verfassungskonformer Auslegung des § 11 Abs. 5 der 8. BayIfSMV nicht in dessen Anwendungsbereich falle. Ein streitiges Rechtsverhältnis liege unzweifelhaft vor, nachdem der Antragsgegner die Auffassung vertrete, dass sein Betrieb nicht öffnen dürfe. Ein vorheriger Antrag beim Antragsgegner wäre also jedenfalls offensichtlich aussichtslos und damit nicht erforderlich.

21

Eine Nachfrage beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof hat ergeben, dass der Antragsteller mit Schriftsatz vom 5.11.2020, dort eingegangen am 6.11.2020, einen Eilantrag gemäß § 47 Abs. 6 VwGO eingereicht hat mit dem Ziel, die Regelung in § 11 Abs. 5 Satz 1 der 8. BayIfSMV insoweit vorläufig außer Vollzug zu setzen, als die Öffnung und der Betrieb von Saunen untersagt werde.

22

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten, insbesondere auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze, Bezug genommen.

II.

23

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

24

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).

25

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.

26

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

27

Der Antragsteller begehrt bei verständiger Würdigung seines Vorbringens die Feststellung der mangelnden Verbindlichkeit der sich aus § 11 Abs. 5 der 8. BayIfSMV ergebenden Einschränkungen für seinen Betrieb.

28

Die von dem Antragsteller mit seinem 1. Hilfsantrag begehrte Zulassung des Antragsgegners zur Öffnung seines Betriebs ist schon deshalb nicht zielführend, weil die 8. BayIfSMV diesbezüglich keinen Genehmigungstatbestand vorsieht. Gleiches gilt für den 2. Hilfsantrag, nachdem eine Entscheidung des Antragsgegners über die Öffnung des Betriebs des Antragstellers in der 8. BayIfSMV nicht vorgesehen ist.

29

Auch der Hauptantrag des Antragstellers, der nach dem erkennbaren Willen des Antragstellers darauf gerichtet ist festzustellen, dass einer Öffnung seines Saunabetriebs § 11 Abs. 5 der 8. BayIfSMV nicht entgegensteht, ist unzulässig.

30

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.

31

Dem Vorbringen und Verhalten des Antragstellers ist zu entnehmen, dass er die Feststellung der Unverbindlichkeit der sich aus § 11 Abs. 5 der 8. BayIfSMV enthaltenen Einschränkungen für seinen Betrieb begehrt. Dies ergibt sich daraus, dass sich die Ausführungen des Antragstellers überwiegend mit der Gültigkeit der in der Rechtsverordnung enthaltenen Vorschriften befassen. Der eigentliche Zweck des Antrags ist die Überprüfung der Rechtmäßigkeit bzw. die Außervollzugsetzung einer untergesetzlichen Norm für Betriebe wie den Betrieb des Antragstellers. Hierfür ist das Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO, dass nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. Art. 5 Abs. 1 AGVwGO für die streitgegenständliche Verordnung auch statthaft ist, vorrangig.

32

Auch wenn der Antragsteller vorträgt, dass er nicht gegen die Verordnung selbst vorgehe, sondern innerhalb der Schranken der Verordnung eine Genehmigung begehre, könnte er dieses Ziel nur bei der Feststellung der Unanwendbarkeit der Vorschriften der Verordnung 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.

33

Das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers wäre in der Hauptsache mit einer allgemeinen Feststellungsklage nicht durchsetzbar. Der eigentliche Zweck des Antrags ist die Überprüfung der Rechtmäßigkeit bzw. die Außervollzugsetzung einer untergesetzlichen Norm. Der von dem Antragsteller begehrten Öffnung seiner Saunalandschaft steht unzweifelhaft § 11 Abs. 5 der 8. BayIfSMV entgegen. Es gibt keinen Zweifel daran, dass es sich bei dem Betrieb des Antragstellers um eine (gewerbliche) Sauna handelt. Dies zieht auch der Antragsteller selbst nicht in Zweifel. Eine Ausnahmemöglichkeit für bestimmte Freizeiteinrichtungen, die wegen der Besonderheiten des Einzelfalls aus infektiologischen Gründen als „unproblematisch“ eingestuft werden, sieht die Verordnung nach dem eindeutigen Wortlaut indes nicht vor. Der eindeutige Wortlaut des § 11 Abs. 5 der 8. BayIfSMV ist nicht auslegungsfähig. Da der Wortlaut die Grenze der Auslegung bildet und der Wille des Ordnungsgebers, sämtliche gewerbliche Freizeiteinrichtungen unabhängig von ihrem konkreten Infektionsrisiko zur Verringerung der zwischenmenschlichen Kontakte einstweilen wegen der derzeit angespannten Infektionszahlen zu untersagen, in der Gesamtschau der Regelungen der 8. BayIfSMV eindeutig zutage tritt, kommt vorliegend eine anderweitige Interpretation - auch im Wege der verfassungskonformen Auslegung - nicht in Betracht (VG München, B.v. 3.7.2020 - M 26 E 20.2789 - juris, Rn. 18; Sachs, GG, Einführung Rn. 54; BVerfG, B. v. 11.1.2005 - 2 BvR 167/02 - juris; BVerfG, B. v. 8.3.2005 - 1 BvR 2561/03 - juris; BVerfG, B. v. 14.6.2007 - 2 BvR 1447/05 - juris Rn. 40). Dem Antragsteller ist auf Grundlage einer abstrakt-generellen Regelung in § 11 Abs. 5 der 8. BayIfSMV derzeit untersagt, seinen Saunabetrieb zu öffnen, ohne dass nach dem eindeutigen Wortlaut der Ordnungsbestimmung eine abweichende behördliche Entscheidung oder Auslegung im Einzelfall möglich wäre. Eine Normverwerfungskompetenz steht dem Antragsgegner als normanwendender Behörde nicht zu. Unter Weitergeltung der Ordnungsbestimmung in der derzeitigen Fassung ist das Rechtsschutzziel des Antragstellers mithin nicht erreichbar. Der Antragsteller kann daher mit einem Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO sein Rechtsschutzziel nicht erreichen. Dem Anspruch des Antragstellers auf effektiven Rechtsschutz wird durch die Möglichkeit einer Normenkontrollklage und eines Eilantrags nach § 47 Abs. 6 VwGO hinreichend Rechnung getragen.

34

Zwar kann eine nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO zu treffende Regelung grundsätzlich auch auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines auf einen Norm zurückgehenden Rechtsverhältnisses gerichtet sein, was zu einer inzidenten Prüfung der Norm Anlass geben kann (Eyermann, VwGO, § 43 Rn. 9). Dabei schließen die Feststellungsklage nach § 43 VwGO und das Verfahren nach § 123 VwGO eine durch den beschränkten Anwendungsbereich des § 47 VwGO bedingte Rechtsschutzlücke zur Sicherstellung effektiven Rechtsschutzes. Eine Klage mit dem alleinigen Ziel der Unanwendbarkeit einer Rechtsnorm kann aber 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). In den Fällen, in denen effektive Rechtsschutz durch § 47 VwGO möglich ist und sich der Antrag auf die Unwirksamkeitserklärung bzw. die Aussetzung des Vollzugs einer untergesetzlichen Rechtsnorm bezieht, ist § 47 VwGO gegenüber einer Feststellungsklage nach § 43 VwGO bzw. einem Antrag nach § 123 VwGO lex specialis (BVerwG, B. v. 21.3.1974 - VII B 97.73 - juris, Rn. 9; Sodan/ Ziekow, § 123 VwGO Rn. 40 f.; Beck OK VwGO, § 123 Rn. 16; Fehling/Kasnter/Stürmer, § 123 VwGO Rn. 22). Auch daraus, dass der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil vom 25.11.2019 (3 BV 17.1857, a.a.O.) in einem Einzelfall zu dem Ergebnis kam, dass eine Inzidentkontrolle einer Rechtsverordnung im Wege der Feststellungsklage möglich ist, lässt sich kein anderes Ergebnis herleiten. Diese Entscheidung betraf einen Fall, in dem die Jahresfrist des § 47 Abs. 2 VwGO für die Erhebung der Normenkontrolle bereits abgelaufen war und daher de facto anderweitig kein Rechtsschutz mehr zu erlangen war. Eine derartige Rechtsschutzlücke besteht im vorliegenden Fall allerdings nicht. Dem Anspruch des Antragstellers auf effektiven Rechtsschutz wird durch die Möglichkeit einer Normenkontrollklage und eines Eilantrags nach § 47 Abs. 6 VwGO hinreichend Rechnung getragen.

35

Der BayVGH führt zu dieser Problematik bezogen auf die Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen in seinem Beschluss vom 18.6.2020 (20 CE 20.1388, juris) folgendes aus:

„ Aus Art. 19 Abs. 4 GG ergibt sich jedoch nicht die Notwendigkeit, einem Antragsteller aus Rechtsschutzgründen die Möglichkeit zu eröffnen, einen Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO beim Oberverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtshof) und einen Antrag nach § 123 VwGO beim Verwaltungsgericht ggf. auch parallel zu stellen. Nur wenn eine untergesetzliche Norm nicht der Umsetzung durch einen Vollzugsakt bedarf und die Möglichkeit einer Normenkontrolle nach § 47 VwGO landesrechtlich nicht nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO eröffnet ist, ist eine solche einstweilige Rechtsschutzmöglichkeit im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG unerlässlich (OVG NRW, B.v. 26.3.2012 - 5 B 892/11- NVwZ-RR 2012, 516; B.v. 10.6.2016 - 4 B 504/16 - NVwZ-RR 2016, 868). Dies ist in Bayern aufgrund der Möglichkeit einen Antrag über die Gültigkeit von Rechtsvorschriften, die im Range unter dem Landesgesetz stehen, zu erheben (§ 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, Art. 5 Satz 1 AGVwGO) jedoch nicht der Fall.

Allein der Umstand, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, U.v. 28.6.2000 - 11 C 13.99 - BVerwGE 111, 276-284; U.v. 28.1.2010 - 8 C 19/09 - juris Rn. 24 f.) die Erhebung einer Feststellungsklage nach § 43 VwGO nicht grundsätzlich durch die Möglichkeit einer Normenkontrollklage nach § 47 VwGO ausgeschlossen sein soll, führt nicht zur Statthaftigkeit eines einstweiligen Rechtsschutzantrags nach § 123 VwGO mit dem Ziel, im Wege einer vorläufigen Feststellung die Wirksamkeit einer Norm zu suspendieren.

Für dieses Ergebnis spricht, dass der Prüfungsmaßstab im Rahmen des § 47 Abs. 6 VwGO von dem bei der Entscheidung über eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO abweicht. (...) Die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist (BVerwG, B. v. 30.4.2019 - 4 VR 3/19 - juris). Ein solches deutliches Überwiegen ist im Rahmen der Folgenabwägung bei offenen Erfolgsaussichten bei einer Entscheidung nach § 123 VwGO nicht erforderlich.

Jedenfalls in der hier vorliegenden Konstellation erscheint es angesichts des landesweiten Geltungsbereichs der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen, ihrer jeweils kurzen Geltungsdauer und der Vielzahl von Gerichtsverfahren aus den oben genannten Gründen geboten, Verfahren, die zum Ziel haben, dass eine untergesetzliche Norm ganz oder teilweise nicht angewendet werden soll, ausschließlich nach § 47 Abs. 6 VwGO einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen. Anderes ist nur denkbar, wenn der Normadressat - unter Weitergeltung der Norm - lediglich die Feststellung begehrt, ein bestimmter Sachverhalt falle (ggf. auch nach Auslegung der Norm) nicht in ihren Anwendungsbereich.“

36

Diesen überzeugenden Ausführungen schließt sich die zur Entscheidung berufene Kammer vollumfänglich an. Gegen die Zulässigkeit einer atypischen Feststellungsklage in diesem Fall 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 auch im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Nur so ist zu erreichen, dass hinsichtlich ein und desselben Lebenssachverhalts nicht unterschiedliche Entscheidungen der einzelnen Verwaltungsgerichte ergehen.

37

Dies müsste nach den Ausführungen des Antragstellers auch in seinem Interesse liegen, nachdem er sein Unverständnis darüber geäußert hat, dass es nicht nachvollziehbar sei, dass ein mit seinem Betrieb vergleichbarer Betrieb in München jetzt öffnen dürfte, er aber nicht. Ob diese Einschätzung tatsächlich mit den Regelungen der 8. BayIfSMV konform geht, hat das für diese Entscheidung zuständige Gericht nicht zu bewerten. Zweifel daran scheinen jedenfalls angebracht, nachdem die zitierte Entscheidung des VG München sich auf die Öffnung dieses Betriebs im Geltungszeitraum der 5. BayIfSMV bezog und nur für „inhaltsgleiche“ Nachfolgeregelungen gilt. Ob es sich bei der Regelung in der 8. BayIfSMV tatsächlich um eine derartige inhaltsgleiche Nachfolgeregelung handelt, haben die dafür zuständigen Stellen zu entscheiden. Der Antragsteller kann jedenfalls auf keinen Fall aus einer in einem anderen Einzelfall getroffenen Entscheidung einen Anspruch auf Gleichbehandlung herleiten, nachdem es keine Gleichheit im

Unrecht gibt. Nur nebenbei sei bemerkt, dass die vom Antragsteller zitierte Entscheidung des VG München vom 3. Juni 2020 stammt und damit zeitlich vor der oben zitierten Entscheidung des BayVGH vom 18.6.2020. Auch das VG München folgt nunmehr soweit ersichtlich der Rechtsprechung des BayVGH und hat seitdem in anderen vergleichbaren Fällen einen Antrag nach § 123 VwGO für unzulässig gehalten (beispielsweise VG München, B. v. 3.7.2020 - M 26 E 20.2789 - juris; VG München, B. v. 25.8.2020 - M 26 b E 20.2763 - juris).

38

Der Antrag des Antragstellers auf die begehrte vorläufige Feststellung, dass einer Öffnung seiner Saunalandschaft unter gewissen Auflagen die Vorschriften der 8. BayIfSMV nicht entgegenstehen, ist unzulässig, da damit ein Verfahren auf Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 i.V.m. Abs. 6 VwGO umgangen werden würde.

39

Zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin besteht überdies auch kein feststellungsfähiges konkretes streitiges Rechtsverhältnis. Die Frage der Zulässigkeit der Öffnung der Saunalandschaft des Antragstellers lässt sich eindeutig anhand der Regelungen in der derzeit geltenden 8. BayIfSMV beantworten. Dies sieht auch der Antragsteller selbst offenbar so, nachdem er sich in seiner Begründung darauf stützt, dass die Regelungen in der 8. BayIfSMV wegen Verstoßes gegen die Grundrechte nicht angewendet werden dürfen und er sich vor Stellung des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz beim Gericht mit seinem konkreten Begehren offensichtlich auch gar nicht an die örtlich zuständige Ordnungsbehörde gewandt hat. 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.

40

Die Anträge gem. § 123 VwGO waren deshalb mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 Satz 1 VwGO abzuweisen. Da der Antragsteller dem Gericht gegenüber ausdrücklich erklärt hat, im vorliegenden Verfahren keinen Normenkontrollantrag stellen zu wollen und einen derartigen Antrag bereits selbst beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingereicht hat, kam eine Verweisung dorthin nicht in Betracht.

41

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 30.11.2020 inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache abzielen.