

Titel:

Betriebsschließung von Fitness-Studios wegen Corona

Normenketten:

10. BayIfSMV § 10 Abs. 10

IfSG § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1, § 32 S. 1

GG Art. 100 Abs. 1 S. 1

Leitsätze:

1. Der Senat geht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO davon aus, dass die Schließung von Fitnessstudios nach § 10 Abs. 3 Satz 1 10. BayIfSMV mit § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG und § 28a Abs. 1 Nr. 13 IfSG i.V.m. der Verordnungsermächtigung nach § 32 Satz 1 IfSG über eine hinreichende Rechtsgrundlage verfügt. (Rn. 25) (redaktioneller Leitsatz)

2. § 10 Abs. 1 und 3 10. BayIfSMV dürften materiell rechtmäßig sein. (Rn. 38) (redaktioneller Leitsatz)

3. Für den Fall offener Erfolgsaussichten eines Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes würde die Folgenabwägung ergeben, dass die Interessen der Gesamtbevölkerung am Schutz von Leib und Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) die Interessen Einzelner am Weiterbetrieb ihrer Fitnessstudios (Art. 12 Abs. 1 GG), überwiegen. (Rn. 48) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Corona-Pandemie, Einstweiliger Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren, Betriebsschließung von Fitness-Studios, Dienstleistung, Nutzung, Versammlungsfreiheit, Untersagung, Betriebsschließung, Fitness-Studio, Hygienemaßnahme, Infektionsausbreitung, Gleichbehandlungsgrundsatz

Fundstelle:

BeckRS 2020, 35629

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 10.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die Antragstellerin betreibt mehrere Fitnessstudios in Bayern.

2

Mit ihrem Antrag wendet sie sich nach Umstellung ihres Antrags gegen § 10 Abs. 3 Satz 1 der Zehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (10. BayIfSMV; BayMBI. 2020 Nr. 711 vom 8. Dezember 2020) und beantragt sinngemäß, diese Regelung vorläufig außer Vollzug zu setzen.

3

Die Regelung hat folgenden Wortlaut:

4

§ 10 Sport

5

(1) ¹Die Ausübung von Individualsportarten ist nur allein, zu zweit oder mit den Angehörigen des eigenen Hausstands erlaubt. ²Die Ausübung von Mannschaftssportarten ist untersagt. ³Abs. 2 bleibt unberührt.

6

(2) Der Wettkampf- und Trainingsbetrieb der Berufssportler sowie der Leistungssportler der Bundes- und Landeskader ist unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

7

1. 1. Die Anwesenheit von Zuschauern ist ausgeschlossen.

8

2. 2. Es erhalten nur solche Personen Zutritt zur Sportstätte, die für den Wettkampf- oder Trainingsbetrieb oder die mediale Berichterstattung erforderlich sind.

9

3. 3. Der Veranstalter hat zur Minimierung des Infektionsrisikos ein Schutz- und Hygienekonzept auszuarbeiten und zu beachten, das auf Verlangen den zuständigen Behörden vorzulegen ist.

10

(3) ¹Der Betrieb und die Nutzung von Sporthallen, Sportplätzen, Fitnessstudios, Tanzschulen und anderen Sportstätten ist untersagt. ²Abs. 2 und § 18 bleiben unberührt.

11

Die Infektionsquote in Fitnessstudios liege weit unter den allgemeinen Ansteckungszahlen. Dies sei auf die umfassenden Vorsorge- und Hygienemaßnahmen, die auch im Betrieb der Antragstellerin umgesetzt worden seien, zurückzuführen und sei zur Bekämpfung der Infektionsausbreitung ausreichend. Es verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, dass Friseursalons, Gottesdienste und der Einzelhandel weiterhin öffnen dürften, obwohl es dort teilweise zu engerem Körperkontakt als in einem Fitnessstudio komme. Sie erleide erhebliche wirtschaftliche Verluste. Weiterhin sei der Parlamentsvorbehalt verletzt.

12

Sie beantragt sinngemäß,

13

§ 10 10. BayIfSMV vorläufig außer Vollzug zu setzen,

14

soweit dieser dem Betrieb der Fitnessstudios im

15

bisherigen Umfang entgegensteht.

16

Der Antragsgegner tritt dem Antrag entgegen.

17

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten Bezug genommen.

II.

18

Der zulässige Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat in der Sache keinen Erfolg.

A.

19

Im Interesse der Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) erscheint es vorliegend sachgerecht, die als Haupt- und Hilfsantrag gestellten Anträge zu einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO zusammenzufassen, der das Ziel verfolgt, § 10 10. BayIfSMV vom 8. Dezember 2020 (BayMBl. 2020 Nr. 711) insgesamt außer Vollzug zu setzen. An die Formulierung des Antrags ist das Gericht im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO nicht gebunden (Hoppe in Eyermann, VwGO, 15. Auflage 2019, § 47 Rn. 63). Die Antragstellerin möchte zwar - so ergibt es sich aus der Antragsbegründung - nur erreichen, dass sie ihr Fitnessstudio zu den unter der 7. BayIfSMV geltenden Bedingungen weiterbetreiben kann. Dieses (begrenzte) Rechtsschutzziel lässt sich jedoch wegen der in § 47 Abs. 6 VwGO des für den Fall des Obsiegens zu treffenden vorläufigen Außervollzugsetzung der angegriffenen Norm schon aus prozessualen Gründen nicht erreichen, weshalb der Senat seiner Entscheidung im Interesse der Gewährung

umfassenden Rechtsschutzes das oben genannte Verständnis des Antrags zugrunde legt. Dem von der Antragstellerin begehrteten Rechtsschutzziel, den Betrieb ihres Fitnessstudios vollumfänglich unter Hygieneauflagen fortzusetzen, stehen nicht nur § 10 Abs. 3, sondern auch § 10 Abs. 1 10. BayIfSMV entgegen.

B.

20

Die Voraussetzungen des § 47 Abs. 6 VwGO, wonach das Normenkontrollgericht eine einstweilige Anordnung erlassen kann, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist, liegen nicht vor.

21

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

22

Ergibt die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist (BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 u.a. – juris Rn. 12).

23

Lassen sich die Erfolgsaussichten nicht absehen, ist im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden. Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung nicht erginge, der Normenkontrollantrag aber später Erfolg hätte, und die Folgen, die entstünden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung erlassen würde, der Normenkontrollantrag aber später erfolglos bliebe. Die für eine einstweilige Außervollzugsetzung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, also so schwer wiegen, dass sie - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - juris Rn. 12).

24

2. Nach diesen Maßstäben sind die Erfolgsaussichten der Hauptsache bei der nur möglichen, aber ausreichenden summarischen Prüfung (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 - ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 14) voraussichtlich nicht gegeben.

25

a) Der Senat geht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO davon aus, dass die angegriffene Schließung von Fitnessstudios nach § 10 Abs. 3 Satz 1 10. BayIfSMV mit dem durch Artikel 1 des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020 (BGBl. I S. 2397) eingefügten § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG (Kontaktbeschränkung) und § 28a Abs. 1 Nr. 13 IfSG (Untersagung des Betriebs von gastronomischen Einrichtungen) i.V.m. der Verordnungsermächtigung nach § 32 Satz 1 IfSG über eine hinreichende Rechtsgrundlage verfügen. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 28a Abs. 1 IfSG sind offensichtlich gegeben. Schließlich ist auch nicht erkennbar, dass die angegriffenen Vorschriften in ihren Rechtsfolgen von der Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt wären oder in unverhältnismäßiger Weise in die Rechte der Normbetroffenen eingreifen würden.

26

aa) Der Senat geht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren auch nicht davon aus, dass diese Rechtsgrundlage verfassungswidrig ist. Zwar wurden bereits während des Gesetzgebungsverfahrens Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Norm geäußert (vgl. https://www.bundestag.de/resource/blob/805568/07051b199add717e04d7cca84_c3de48/19_14_0246-9-_ESV-prof-Dr-Klafki-3-BevSchGdata.pdf; <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-massnahmen-28a-ifsg-rechtssicherheit-gerichte-verfas-sungswidrig-unbestimmt-anhoerung-bundestag>). Mit dem im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens vorgenommenen Änderungen (vgl. BT-Drucksache 19/24334) geht der Senat jedoch davon aus, dass im einstweiligen Rechtsschutzverfahren durchgreifende Bedenken nicht ersichtlich sind. Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle soll zwar, soweit sie nicht lediglich auf eine objektive Rechtskontrolle abzielt, den Rechtsschutz der Bürger verbessern; durch sie sollen mögliche Zweifel an der Gültigkeit einer untergesetzlichen Rechtsnorm einer frühzeitigen Klärung zugeführt werden; insoweit dient sie der Beschleunigung des Rechtsschutzes und der Rechtsklarheit (BVerwG, U. v. 16.1.2003 - 4 CN 8/01 - BVerwGE 117, 313). Der Senat verkennt auch nicht, dass die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage gerade bei erheblichen Grundrechtseingriffen von den Fachgerichten auch von Amts wegen zu prüfen ist, gegebenenfalls vorläufiger Rechtsschutz zu gewähren und bei negativem Ausgang der Prüfung die Sache unter Beachtung der Darlegungsanforderungen für Vorlagen im Verfahren der konkreten Normenkontrolle dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen ist (BVerfG, B. v. 15.12.2011 - 2 BvR 2362/11 - BeckRS 2012, 45915, B.v. 4.3.2014 - 2 BvL 2/13 - juris Rn. 17 m.w.N.).

27

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG eine Richtervorlage nur zulässig ist, wenn das Gericht das betreffende Gesetz für verfassungswidrig „hält“. Das vorlegende Gericht kann nur dann geltend machen, dass es ein Gesetz für verfassungswidrig „hält“, wenn es von dessen Verfassungswidrigkeit überzeugt ist. Dieses Erfordernis der fachgerichtlichen Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Norm bildet eine unmittelbar in Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG normierte, eigenständige Zulässigkeitsvoraussetzung, erschöpft sich also nicht lediglich in einer Ausfüllung der Begründungsanforderungen des § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG. Bloße Zweifel oder Bedenken des Gerichts an der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes genügen nicht (Maunz/Dürig, Art. 100 GG Rn 128 f.; vgl. auch BVerfG, B.v. 26.2.2020 - 1 BvL 1/20 - juris Rn. 10 jew. m.w.N.). Daraus ergibt sich, dass im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO eine Außervollzugsetzung einer Rechtsverordnung nach § 32 Satz 1 IfSG wegen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der bundesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage aufgrund der weitreichenden Folgen einer Außervollzugsetzung nur dann in Betracht kommt, wenn das Gericht bereits im Rahmen der summarischen Prüfung von der Verfassungswidrigkeit der Norm überzeugt ist, wenn also die Verfassungswidrigkeit offensichtlich ist oder, anders gesagt, besonders schwerwiegende Zweifel an der bundesrechtlichen Ermächtigungsgrundlage bestehen. Fehlt es hingegen an derartigen besonders schwerwiegenden Zweifeln, so sind bis zur allgemeinverbindlichen Feststellung ihrer Nichtigkeit oder Unwirksamkeit durch das Bundesverfassungsgericht Gesetze, die unter der Herrschaft des Grundgesetzes erlassen worden sind, zu befolgen. Eine andere Sichtweise würde in unzulässiger Weise in die alleinige Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts eingreifen und eine Umgehung des Art. 100 GG darstellen (vgl. hierzu BayVGh, B. v. 29.3.2007 - 19 CS 07.397 - BeckRS 2007, 29584).

28

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs erkennt der Senat solche schwerwiegenden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 28a IfSG nicht. Zwar sind die Befugnisse der Infektionsschutzbehörden und damit vor allem des Ordnungsgebers nach § 32 IfSG Untersagungs- und Beschränkungsmaßnahmen für ganze Bereiche des gesellschaftlichen Lebens sowie allgemeine Verhaltenspflichten für jedermann zur Bekämpfung von COVID-19 zu erlassen, zum Teil sehr weitgehend und in die Grundrechte der Betroffenen tief eingreifend. Auf der anderen Seite muss jedoch berücksichtigt werden, dass diese Befugnisse allein auf das Ereignis der Corona-Pandemie zugeschnitten sind und jedenfalls flächendeckend nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG durch den Deutschen Bundestag erlassen werden können. Dadurch hat der Bundestag eine Gefährdungseinschätzung durch die Corona-Pandemie, welche sowohl Gefahrenabweherelemente als auch Gefahrenprognoseelemente (vgl. hierzu BVerwG, U. v. 28.6.2004 - 6 C 21.02 - BeckRS 2004,25030) enthält, zum Ausdruck gebracht, welche grundsätzlich solch einschneidende Maßnahmen voraussichtlich

rechtfertigen kann. Dass der Bundestag hier seinen weiten Gestaltungsspielraum überschritten hätte, ist nicht ersichtlich.

29

Der Gesetzgeber hat den Behörden und Fachgerichten auch genügend Spielraum belassen, um eine verhältnismäßige Anwendung von § 28, 28a Abs. 1 IfSG im Einzelfall sicherzustellen. Die Anforderungen durch allgemeine und besondere (§ 28a Abs. 2 IfSG) Verhältnismäßigkeitserwägungen sowie besondere Verfahrensvorschriften (§ 28a Abs. 5 IfSG) begrenzen die Befugnisse des §§ 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1 IfSG. In einer dokumentierten Entscheidung hat der Ordnungsgeber (§ 32 Satz 1 IfSG) die besonders gewichtigen infektiologischen Erfordernisse mit sozialen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Einzelnen und die Allgemeinheit nach § 28a Abs. 6 IfSG abzuwägen. Dabei dürfte es sich um eine prognostische Abwägungsentscheidung handeln, welche dem Ordnungsgeber einen Beurteilungsspielraum eröffnet, der gerichtlich nur begrenzt überprüfbar ist. Das Bundesverfassungsgericht geht im Übrigen auch nach Inkrafttreten des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020 davon aus, dass Verfassungsbeschwerden gegen behördliche Eingriffe aus Gründen des Infektionsschutzes jedenfalls nicht erkennbar erfolgreich sind, stellt die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage also bislang nicht in Frage (BVerfG, B.v. 5. Dezember 2020 - 1 BvQ 145/20 - <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/12/qk20...20.html>; Versammlungsfreiheit).

30

bb) Die bisher geäußerten Zweifel des Senats zur Frage des Parlamentsvorbehalts hat der Gesetzgeber mit den Änderungen des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020 weitgehend ausgeräumt. Wesentlicher Beweggrund für den Gesetzgeber für den Erlass dieser Regelung war (BTDrucksache 19/24334 S. 67):

31

„Die bisher maßgeblich auf Grundlage der §§ 28 ff. und 32 IfSG getroffenen Maßnahmen zur Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie führten teilweise zu erheblichen Eingriffen in grundrechtliche Freiheiten. Sie dienen dem Schutz der Bevölkerung vor Infizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und erfolgten in Umsetzung der Gewährleistung des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes. Um den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Parlamentsvorbehalts aus Artikel 80 Absatz 1 Satz 1 und Satz 2 des Grundgesetzes angesichts der länger andauernden Pandemielage und der fortgesetzt erforderlichen eingriffsintensiven Maßnahmen zu entsprechen, sei eine gesetzliche Präzisierung im Hinblick auf Dauer, Reichweite und Intensität möglicher Maßnahmen angezeigt.

...

32

1. Mit der Benennung nicht abschließender Regelbeispiele etwaiger Schutzmaßnahmen gibt der Gesetzgeber in Ausübung seiner Beobachtungs- und Korrekturpflicht Reichweite und Grenzen exekutiven Handelns vor“.

33

„Durch Absatz 1 werden die Regelbeispiele in § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 IfSG speziell für die SARS-CoV-2-Pandemie klarstellend erweitert und der Systematik des § 5 folgend an die Feststellung einer pandemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag gebunden. (BT-Drucksache 19/23944 S. 31).“

34

Damit entspricht § 28 i.V.m. § 28a IfSG bei überschlägiger Prüfung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren den Vorgaben des Parlamentsvorbehalts.

35

b) Die formellen Voraussetzungen für den Erlass einer Verordnung nach § 28a Abs. 5 IfSG sind entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin eingehalten. Nach dieser Vorschrift sind Rechtsverordnungen, die nach § 32 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 und § 28a Abs. 1 IfSG erlassen werden, mit einer allgemeinen Begründung zu versehen und zeitlich zu befristen.

36

Die Begründungspflicht dient dazu, die wesentlichen Entscheidungsgründe für die getroffenen Maßnahmen transparent zu machen und dient damit insbesondere der Verfahrensrationalität wie auch der Legitimationssicherung (vgl. dazu auch BVerwG, B.v. 30.3.2016 - 5 B 11.16 - juris Rn. 4 m.w.N.). Sie gewährleistet als prozedurale Anforderung den Grundrechtsschutz durch Verfahren. Innerhalb der Begründung ist zu erläutern, in welcher Weise die Schutzmaßnahmen im Rahmen eines Gesamtkonzepts der Infektionsbekämpfung dienen. Eine empirische und umfassende Erläuterung ist nach den Gesetzesmaterialien nicht geschuldet. Die Begründung ist möglichst zeitnah nach Erlass der Rechtsverordnung zu veröffentlichen (BT-Drucksache 19/24334 S. 81). Diese Voraussetzungen sind bei summarischer Prüfung durch die Begründung der Verordnung (2126-1-13-G, BayMBL. 2020 Nr. 684 vom 30.11.2020) gewahrt.

37

Mit der Befristungspflicht wird sichergestellt, dass die jeweilige Rechtsverordnung unter Berücksichtigung neuer Entwicklungen der Corona-Pandemie fortgeschrieben werden muss. Die Geltungsdauer beträgt grundsätzlich vier Wochen; sie kann optional verlängert werden. Auch diese formelle Voraussetzung ist gewahrt, da die Verordnung mit Ablauf des 20. Dezember 2020 außer Kraft tritt (§ 30 9. BayIfSMV).

38

c) § 10 Abs. 1 und 3 10. BayIfSMV dürften auch materiell rechtmäßig sein, denn sie halten sich bei summarischer Prüfung an die gesetzlichen Vorgaben des § 28a IfSG.

39

Ausweislich der Begründung der Verordnung meldete das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (LGL) am 24. Oktober 2020 für Bayern ebenfalls den höchsten Zuwachs an Neuinfektionen mit 2 136 Fällen. Bereits am 28. Oktober 2020 wurde dieser bisherige Höchstwert mit bayernweit 2 629 Fälle im Vergleich zum Vortag erneut übertroffen. Daneben überschritt auch eine immer weiter zunehmende Anzahl an Landkreisen und kreisfreien Städten nach den insoweit gemäß § 28a Abs. 3 Satz 12 IfSG maßgeblichen Informationen des RKI den Schwellenwert von 50 Fällen pro 100 000 Einwohner in den letzten sieben Tagen. Am 28. Oktober 2020 wiesen 91 der 96 Landkreise und kreisfreie Städte in Bayern eine 7-Tage-Inzidenz über dem Schwellenwert auf, davon lagen 39 Landkreise und kreisfreie Städte über dem Wert von 100 ([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Okt_2020/2020-10-28-de.pdf? blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Okt_2020/2020-10-28-de.pdf?blob=publicationFile)). Noch eine Woche zuvor hatte die Zahl deutlich niedriger gelegen: Am 21. Oktober 2020 hatten 42 bayerische Landkreise und kreisfreie Städte den Schwellenwert überschritten, davon 8 den Wert von 100 ([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Okt_2020/2020-10-21-de.pdf? blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Okt_2020/2020-10-21-de.pdf?blob=publicationFile)). Die deutliche Zuspitzung der Infektionslage spiegelte sich auch in einer steigenden Zahl von COVID-19-Patienten in den bayerischen Krankenhäusern wider: Vom 21. Oktober 2020 auf den 28. Oktober 2020 hatte sich die Belegung der Krankenhausbetten mit COVID-19-Patienten nahezu verdoppelt. Die Belegungszahlen stiegen weiter an. Damit hat sich der Antragsgegner an den Vorgaben des § 28a Abs. 3 IfSG orientiert.

40

Die Schließung der Fitnessstudios dient dem Schutz von Leben und Gesundheit und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems (§ 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG). Sie erfolgt, um soziale Kontakte zu reduzieren und so Infektionsketten zu verhindern bzw. zu durchbrechen. Immer dann, wenn Menschen aufeinandertreffen, besteht das Risiko einer Ansteckung. Die bisherigen Erfahrungen in der Bundesrepublik und in anderen Staaten zeigen, dass die exponentiell verlaufende Verbreitung des besonders leicht im Wege der Tröpfcheninfektion und über Aerosole von Mensch zu Mensch übertragbaren Virus nur durch eine strikte Minimierung der physischen Kontakte zwischen den Menschen eingedämmt werden kann (BT-Drucksache 19/23944 S. 31).

41

In der derzeitigen pandemischen Situation, in der wegen des diffusen Infektionsgeschehens die Rückverfolgung der Infektionswege vielfach nicht mehr möglich ist ([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Dez_2020/2020-12-07-de.pdf? blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Dez_2020/2020-12-07-de.pdf?blob=publicationFile), Seite 2), begegnet die Entscheidung des Ordnungsgebers, den Bereich der Freizeitbetätigung so einzuschränken, dass menschliche Kontakte minimiert werden, keinen durchgreifenden Bedenken (vgl. zur alten Rechtslage BayVGH, B.v. 5.11.2020 - 20 NE 20.2468 - BeckRS

2020, 29302 Rn. 21), so dass es auf die Frage, ob es im Fitnessstudio der Antragstellerin (unter Beachtung des Hygienekonzepts) zu Infektionen mit dem Coronavirus gekommen ist, nicht maßgeblich ankommen kann. Mit Erlass der 10. BayIfSMV wurden zur Eindämmung der Pandemie in deren § 3 soziale Kontakte durch die Anordnung von Ausgangsbeschränkungen auf Grundlage des § 28a Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. Abs. 1, § 28 Abs. 1 IfSG noch weitgehender, als dies in der 9. BayIfSMV der Fall gewesen ist, eingeschränkt.

42

Die getroffenen Maßnahmen dürften auch erforderlich und angemessen sein. Ausweislich der Begründung der Verordnung (a.a.O.) hat der mit Inkrafttreten der 8. BayIfSMV am 2. November 2020 einhergehende sog. „Lockdown Light“ bislang allerdings noch keine hinreichende Abnahme der Zahl der Neuinfektionen bewirkt. Vielmehr scheint sich die Zahl der Neuinfektionen langsam auf einem hohen Niveau zu stabilisieren, ein klarer Rückgang der Fallzahlen in Bayern ist aber nicht zu verzeichnen. Seit dem 21. Oktober 2020 überschreitet die Zahl der neuen Fälle nach Meldedatum beinahe jeden Tag (mit Ausnahme von vier Wochenendtagen) den Höchstwert vom 1. April 2020 (damals 1 988 Fälle nach Meldedatum). Die Höchstwerte im November sind mehr als doppelt so hoch (https://www.lgl.bayern.de/gesundheit/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/#meldedatum). Am 30. November 2020 liegt die 7-Tages-Inzidenz für Bayern bei 175 und damit auf einem sehr hohen Niveau und über dem Bundesdurchschnitt von 138 (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-11-30-de.pdf?blob=publicationFile). Als Ziel des „Lockdown Light“ war eine 7-Tage-Inzidenz von höchstens 50 (Schwellenwert) ausgegeben worden. Dies ist der Wert, bei welchem erfahrungsgemäß eine Kontaktpersonennachverfolgung durch die Gesundheitsämter noch gewährleistet werden kann und der mittlerweile auch in § 28a Abs. 3 Satz 4, 9 und 10 IfSG als Orientierungswert für die Abgrenzung zwischen breit angelegten Schutzmaßnahmen und umfassenden Schutzmaßnahmen gesetzlich verankert ist.

43

Nach den Vorgaben des § 28a Abs. 3 Satz 9 IfSG sind bei einer landesweiten Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen landesweit abgestimmte umfassende, auf eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens abzielende Schutzmaßnahmen anzustreben. Die Möglichkeiten zur Eindämmung hängen dabei von der Inzidenz ab. Dort wo das Infektionsgeschehen noch nicht 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen erreicht hat, ist eine individuelle Kontaktnachverfolgung regelmäßig noch leistbar, so dass schwerwiegende Einschränkungen des öffentlichen Lebens nicht absolut notwendig sind (BT-Drucksache 19/23944 S. 34). Damit ist Bayern mit einer landesweiten Inzidenz vor Verordnungserlass von 175, welche sich im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats im Wesentlichen nicht verändert hat, sehr weit von den gesetzlichen Vorgaben entfernt, so dass akuter Handlungsbedarf bestand und besteht.

44

So begründet der Ordnungsgeber die Beschränkungen im Freizeitbereich wie folgt:

45

„Um ein noch weiterreichendes Herunterfahren des öffentlichen Lebens zu vermeiden und Schulen und Kindertagesstätten so lange wie möglich offen zu halten, sind Kontakte vor allem im Kultur- und Freizeitbereich und in der Gastronomie deutlich zu reduzieren. Die Maßnahmen betreffen Gastronomiebetriebe, Dienstleistungsbetriebe für körpernahe Dienstleistungen, die kulturellen Einrichtungen, die außerschulische Bildung, die Freizeiteinrichtungen und auch den Amateursport besonders, weil es sich hierbei um kontaktintensive Bereiche handelt. Hier kann das Infektionsgeschehen nach den bisherigen Erkenntnissen durch eine Verminderung der persönlichen Kontakte effektiv begrenzt werden. Eine Erstreckung auf andere Bereiche wäre mit noch schwereren Folgen verbunden, auch in gesamtwirtschaftlicher Hinsicht. Dies gilt unabhängig davon, ob sich der Anteil der betroffenen Bereiche am Infektionsgeschehen zum gegenwärtigen Zeitpunkt genau und im Einzelnen sicher feststellen lässt. Wie bereits dargestellt, ist die Ermittlung der Umstände einer Infektion ohnehin nur schwer möglich. Da nur durch eine generelle Reduzierung von persönlichen Kontakten das Infektionsgeschehen beherrscht werden kann, ist entscheidend, dass in der Gesamtschau der beschlossenen Einschränkungen diese angestrebte Wirkung erreicht werden kann und diese im Hinblick auf die Belastung nicht außer Verhältnis steht.“

46

In den Bereichen der Gastronomie, der Dienstleistungsbetriebe für körpernahe Dienstleistungen, der kulturellen Veranstaltungen, der außerschulischen Bildung, der Freizeiteinrichtungen und des Amateursports können die notwendigen Hygienemaßnahmen wie Mindestabstand und Maskentragen nur begrenzt eingehalten werden. So müssen in gastronomischen Betrieben zum Verzehr von Speisen und Getränken die Masken am Tisch abgenommen werden. Auch dort, wo Gäste oder Zuschauer grundsätzlich an festen Plätzen platziert und insoweit Mindestabstände eingehalten werden können, ist es unvermeidlich, dass die Gäste oder Zuschauer vor dem Einnehmen und nach Verlassen dieser Plätze in Begegnungsbereichen wie Gängen, Eingangsbereichen, Garderoben, Toiletten usw. aufeinandertreffen, ohne dass Abstände konsequent eingehalten werden können. Körperliche Aktivität wie beim Sport ist mit einer erhöhten Produktion von Aerosolen verbunden. Somit besteht in den Innenräumen ein erhöhtes Risiko der Anreicherung von Aerosolen. Dies wiederum kann eine mögliche Infektionsübertragung begünstigen auch bei Einhalten von Mindestabständen. Aus diesen Gründen kann die in den genannten Bereichen bestehende Infektionsgefahr auch bei Beachtung von Schutz- und Hygienekonzepten nicht vollständig vermieden werden. Könnten diese Bereiche bei günstigeren Infektionsgeschehen noch unter entsprechenden Hygieneauflagen und insbesondere im Sommer, als ein großer Teil der Betätigungen im Freien erfolgte, stattfinden, so ist unter den gegebenen Bedingungen die Schließung der entsprechenden Bereiche unumgänglich...“ (Begründung der 9. BaylfsMV vom 30. November 2020, BayMBl. 2020 Nr. 684BayMBl, auf die die Begründung der 10. BaylfsMV vom 8. Dezember 2020, BayMBl. 2020 Nr. 712, Seite 6 Bezug nimmt).

47

Die Erwägungen des Ordnungsgebers hinsichtlich der Schließung der Fitnessstudios (-Freizeitbereich) folgen sachlichen Gesichtspunkten und stellen sich im Rahmen einer summarischen Prüfung nicht als unverhältnismäßig heraus. Die Maßnahme dient der Kontaktreduzierung in einem kontaktintensiven Bereich. Gleichzeitig dürfte die Erwägung, beispielsweise den Einzelhandel von Schließungen auszunehmen, weil dies gesamtwirtschaftlich mit noch schwereren Folgen verbunden wäre, von § 28 Abs. 6 Satz 3 IfSG noch gedeckt sein, da der Gesetzgeber den Infektionsschutzbehörden bei bereichsspezifischen Differenzierungen in einem Gesamtkonzept einen weiten Gestaltungsspielraum eingeräumt hat (vgl. BT-Drs. 19/24334 S. 82).

48

3. Aber auch die für den Fall offener Erfolgsaussichten des Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes vorzunehmende Folgenabwägung würde ergeben, dass die Interessen der Gesamtbevölkerung am Schutz von Leib und Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) die Interessen der Antragstellerin am Weiterbetrieb ihrer Fitnessstudios (Art. 12 Abs. 1 GG), überwiegen.

49

Das pandemische Geschehen hat sich erheblich verstärkt. Nach dem Situationsbericht des Robert-Koch-Instituts (RKI) vom 9. Dezember 2020 (vgl. abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-12-09-de.pdf?blob=publicationFile) ist weiterhin eine Zunahme der Übertragungen in der Bevölkerung in Deutschland zu beobachten. Die Inzidenz der letzten 7 Tage liegt deutschlandweit bei 149 Fällen pro 100.000 Einwohner (EW). In den Bundesländern Bayern, Berlin und Thüringen liegt sie deutlich, in Sachsen sehr deutlich darüber. Seit Anfang September nimmt der Anteil älterer Personen unter den COVID-19-Fällen wieder zu. Die 7-Tage-Inzidenz bei Personen ≥ 60 Jahre liegt bei aktuell 136 Fällen/100.000 EW. Die hohen bundesweiten Fallzahlen werden verursacht durch zumeist diffuse Geschehen, mit zahlreichen Häufungen insb. in Haushalten sowie in Alten- und Pflegeheimen, aber auch in beruflichen Settings, in Gemeinschaftseinrichtungen und ausgehend von religiösen Veranstaltungen. Für einen großen Anteil der Fälle kann das Infektionsumfeld nicht ermittelt werden. Nach dem starken Anstieg der intensivmedizinisch behandelten COVID-19-Fälle bis Mitte November (von 879 Fällen am 20.10 [abrufbar unter DIVI Visualizations] auf 3.615 Fälle am 20.11.2020 [abrufbar unter <https://www.divi.de/divi-intensivregister-tagesreport-archiv/divi-intensivregister-tagesreport-2020-11-29/viewdocument/5272>]), hat sich dieser mittlerweile etwas verlangsamt, mit 4.278 Fällen am 9. Dezember 2020. Am 9. Dezember 2020 wurden im Vergleich zum Vortag 20.815 neue Fälle und 590 neue Todesfälle übermittelt.

50

In dieser Situation ergibt die Folgenabwägung, dass die zu erwartenden Folgen einer Außervollzugsetzung der angegriffenen Normen - im Hinblick auf die damit einhergehende mögliche Eröffnung weiterer

Infektionsketten - schwerer ins Gewicht fallen als die Folgen ihres weiteren Vollzugs für die Berufsfreiheit der Antragstellerin. Gegenüber den somit bestehenden Gefahren für Leib und Leben, vor denen zu schützen der Staat nach dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 GG verpflichtet ist, müssen die Interessen der von den Betriebsschließungen Betroffenen derzeit zurücktreten (vgl. auch BVerfG, B.v. 15.7.2020 - 1 BvR 1630/20 - juris Rn. 25; BayVerfGH, E.v. 12.8.2020 - Vf.-34-VII-20 - juris Rn. 24 m.w.N.; BVerfG, B.v. 11.11.2020 - 1 BvR 2530/20 -, abrufbar unter <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/11/rk20...20.html>).

51

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG. Da die von der Antragstellerin angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 5. Januar 2021 außer Kraft tritt (§ 30 Satz 1 10. 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 ist.