Titel:

Erfolgreicher Eilantrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für "Private Shopping" während der Corona-Pandemie

Normenketten:

VwGO § 123

11. BayIfSMV § 12 Abs. 1, § 27 Abs. 2

12. BayIfSMV § 12 Abs. 1, § 28 Abs. 2

Leitsätze:

1. Die Öffnung eines Modehauses für das sog. "Private Shopping" kann nur im Rahmen einer Ausnahmegenehmigung erreicht werden. (Rn. 24 – 27) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die Schließung von Modehäusern, soweit die Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 12. BayIfSMV für eine Öffnung nicht vorliegen und auch wenn sie nur als "Private Shopping" betrieben werden sollen, ist typischerweise und regelhaft mit den Normen des § 12 12. BayIfSMV bezweckt, sodass eine Ausnahmegenehmigung regelmäßig ausscheidet. (Rn. 31 – 32) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Corona-Pandemie, „Private, Shopping“ nach Terminvereinbarung, „click&, meet“, collect“, Ausnahmegenehmigung bei hohen Inzidenzwerten, Atypischer Fall (verneint), Infektionsschutzrechtliche Vertretbarkeit, private Shopping, Ausnahmegenehmigung, Modehaus, click & meet, Ermessen

Fundstelle:

BeckRS 2021, 4272

Tenor

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Der Streitwert wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die Antragstellerin begehrt im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes die Verpflichtung des Antragsgegners, eine Ausnahmegenehmigung zur Öffnung ihres Modehauses für das sogenannte „Private Shopping“ zu erteilen.

2

Die Antragstellerin betreibt in ...ein Modehaus mit integrierter „Private-Shopping-Lounge“. Mit Schreiben vom 16.02.2021 beantragte sie beim Antragsgegner eine Ausnahmegenehmigung nach § 27 Abs. 2 der 11. BayIfSMV zur Öffnung ihres Modehauses zum sogenannten „Private Shopping“ nach vorheriger Terminvereinbarung.

3

Zur Begründung des Ausnahmeantrags wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Antragstellerin verkenne weder die Bedeutung und die Gefahren der Pandemie, noch die Wichtigkeit von Schutzmaßnahmen. Insbesondere sei sich die Antragstellerin bewusst, dass lediglich durch eine Kontaktreduzierung und durch die Möglichkeit der Nachverfolgung jedes Einzelkontaktes eine Bekämpfung der Pandemie ermöglicht werde. Diesen Voraussetzungen genüge der gestellte Antrag, im Rahmen von „Private Shopping Terminen“, Kunden zu empfangen, zu beraten und zu bedienen. Durch die dem Antrag zugrundeliegenden Auflagen bzw. Maßnahmen werde auf jeder Ebene gewährleistet, dass es zum einen nahezu überhaupt nicht zu Infektionen von Kunden oder Mitarbeitern komme und zum anderen - für den unwahrscheinlichen

Fall einer Infektion in den Geschäftsräumen der Antragstellerin - jeder einzelne Fall mit wenig Aufwand nachverfolgt werden könne. Zur Würde des Menschen gehöre eine gewisse Gepflegtheit. Diese erfolge auch über die Kleidung. Die Mode begleite die Epochen, ändere sich mit ihnen seit es Kleidung gebe. Ein Lockdown könne nur das ultimative Mittel in extremen Fällen sein. Solange es möglich sei, müsse ein milderer Mittel gewählt werden.

4

Mit Schreiben vom 23.02.2021 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, aufgrund des § 12 der 11. BayIfSMV sei die Öffnung von Handelsbetrieben mit Ausnahme von systemrelevanten Betrieben untersagt. Dies gelte auch für den Verkauf von Mode, da diese Branche nicht systemrelevant sei. Der Erwerb von neuer Kleidung sei vorübergehend nachrangig. Außerdem habe sich inzwischen der Onlinehandel, den auch die Antragstellerin betreibe, bei vielen Bürgern etabliert. Eine Ausnahme für den Verkauf vor Ort bzw. im Ladengeschäft widerspräche dem Regelungszweck und Regelungsziel der 11. BayIfSMV, nämlich Kontakte von Bürgern zur Vermeidung von Infektionen in vertretbarem Maße einzuschränken, klar. Inzwischen sei auch das sogenannte „click-and-collect“, also das Bestellen und Abholen von Waren möglich. Darüber hinaus noch weitere Ausnahmen zuzulassen, wie die Auswahl und Anprobe vor Ort, sei gerade angesichts der aktuell immer noch sehr angespannten Infektionslage im Landkreis ... nicht vertretbar. Auch das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege habe in den FAQs ausdrücklich klargestellt, dass „die Annahme von Waren in eigentlich zu schließenden Ladengeschäften nicht zulässig sei, wenn sie mit einer Beratung, einer Inspektion oder Untersuchung der Waren oder in einem Verkaufsgespräch einhergehe“.

5

Mit Schriftsatz vom 04.03.2021, eingegangen beim Verwaltungsgericht Bayreuth am selben Tag, erhob die Antragstellerin Klage gegen die Ablehnung der Ausnahmegenehmigung (Az. B 7 K 21.247). Sie beantragt zugleich:

6

1. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO - bis zur bestandskräftigen Entscheidung über ihren Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung (§ 27 Abs. 2 Satz 1 und 2 der 11. BayIfSMV) von der Betriebsschließung nach § 12 der 11. BayIfSMV - verpflichtet, den Betrieb des Modehauses in ... gemäß ihrem Antrag vom 16.02.2021 zu gestatten.

7

2. Bis zur Entscheidung der Kammer über diesen Antrag möge der Vorsitzende eine Entscheidung nach §§ 123 Abs. 2 Satz 3, 80 Abs. 8 VwGO treffen.

8

Zur Begründung des Eilantrags wird im Wesentlichen ausgeführt, die ausnahmslose Betriebsschließung treffe die Antragstellerin massiv in ihrer wirtschaftlichen Existenz. Daher sei vorliegend ein Eilantrag geboten.

9

Der Antragstellerin stehe ein Anordnungsanspruch zur Seite. Sie habe - wie sich aus der Klageschrift ergebe - einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Der Bescheid des Antragsgegners lasse eine Auseinandersetzung mit den relevanten Ermessensgesichtspunkten nicht erkennen. Sinn und Zweck der Kontaktbeschränkungen des § 12 der 11. BayIfSMV sei es, Übertragungsrisiken zu vermeiden. Dafür sei die Schließung zwar geeignet. Es stehe aber mit den im Antrag der Antragstellerin genannten Maßnahmen ein milderer, gleichwirksames Mittel zur Verfügung, weshalb die vollständige Schließung des Modehauses unverhältnismäßig sei. Es sei nicht erkennbar, dass sich der Antragsgegner überhaupt mit dem Hygienekonzept der Antragstellerin auseinandergesetzt habe. Die dortigen Schutzmaßnahmen gingen über die des § 1 ff. der 11. BayIfSMV hinaus und seien geeignet, das Infektionsrisiko zu reduzieren. Mit der Vorlage ihres Konzepts habe die Antragstellerin einen atypischen Sachverhalt geschaffen, der die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung rechtfertige. Demgegenüber habe der Antragsgegner den Antrag kategorisch abgelehnt, ohne die Infektionsrisiken bei vollständig geschlossenem Betrieb mit den Infektionsrisiken bei teilweise geschlossenem Betrieb auch nur annähernd zu vergleichen und auch ohne die übrigen von der Klägerin vorgebrachten Argumente zu berücksichtigen. Daher sei ein erkennbarer Ermessensausfall gegeben, der zur Aufhebung des Bescheids und zu einer neuen Entscheidung führen müsse. Angesichts ständig sinkender Infektionszahlen einerseits und dem von der Antragstellerin angebotenen spezifischen

und zuverlässigen Hygienekonzept andererseits, sowie unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Position der Antragstellerin aus Art. 12 und Art. 14 GG, sei das Ermessen des Antragsgegners auf Null reduziert mit der Folge, dass die Ausnahmegenehmigung wie beantragt zu erteilen sei.

10

Der Antragstellerin stehe auch ein Anordnungsgrund zur Seite, denn mit jedem Tag, der vergehe, entgingen der Antragstellerin Umsätze, die für ein wirtschaftliches Überleben notwendig seien.

11

Eine Vorwegnahme der Hauptsache sei vorliegend möglich, da dies zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes geboten sei und ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit dafür spreche, dass der mit der Hauptsache verfolgte Anspruch begründet sei.

12

Die zur Erreichung des Zwecks erforderlichen Anordnungen würden in das Ermessen des Gerichts (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 938 Abs. 1 ZPO) gestellt, insbesondere eine Beschränkung des Antrags auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung jedenfalls solange, bis für den Landkreis ... eine Zahl der Neuinfektionen mit dem Corona-Virus SARS-CoV-2 von 50 pro 100.000 Einwohner innerhalb von 7 Tagen nicht mehr überschritten ist.

13

Mit Schriftsatz vom 08.03.2021 beantragt der Antragsgegner, den Antrag abzulehnen.

14

Zur Begründung führt der Antragsgegner im Wesentlichen aus, ein Anordnungsanspruch sei nicht gegeben, da keine überwiegenden Erfolgsaussichten der Klage zu erkennen seien. Mit der Nichterteilung der Ausnahmegenehmigung werde die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt. Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 der 11. BayIfSMV sei grundsätzlich die Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr für Handels-, Dienstleistungs- und Handwerksbetriebe untersagt gewesen. Aufgrund der Änderung dieser Regelung durch § 12 Abs. 1 Satz 1 der 12. BayIfSMV gelte dies weiterhin in Landkreisen und kreisfreien Städten, in denen eine 7-Tage-Inzidenz von 100 überschritten werde. Der Landkreis ... weise aktuell eine 7-Tage-Inzidenz von 306,9 auf, so dass das grundsätzliche Verbot der Öffnung von Ladengeschäften weiterhin gelte. Ausnahmen von diesem Verbot seien in § 12 Abs. 1 Satz 2 der 12. BayIfSMV nur für bestimmte Geschäftsbereiche zugelassen. Diese Aufzählung sei abschließend. Weder in der 12. BayIfSMV noch in den FAQs sei eine Ausnahme für den Verkauf von Modewaren (Bekleidung, Schuhe etc.) vorgesehen. Die von der Antragstellerin beantragte Zulassung von Shopping-Terminen („Private Shopping“) sei nach § 12 Abs. 1 Satz 7 der 12. BayIfSMV für Landkreise und kreisfreie Städte mit einer 7-Tage-Inzidenz zwischen 50 und 100 vorgesehen. Unter diesen Voraussetzungen bedarf es keiner Genehmigung mehr. Aufgrund der hohen Inzidenz im Landkreis ... sei dies jedoch momentan noch ausgeschlossen. Daher widerspreche eine Ausnahmegenehmigung für diesen Zweck den Regelungszweck der Verordnung ausdrücklich.

15

Die Entscheidung des Antragsgegners sei im pflichtgemäßem Ermessen erfolgt. Eine Reduzierung des Ermessens auf Null sei nicht ersichtlich. Dies ergebe sich nicht aus den angeblich sinkenden Infektionszahlen. Aktuell sei der Landkreis ... mit einer 7-Tage-Inzidenz von 306,9 (Stand: 08.03.2021) der Landkreis mit den bundesweit höchsten Infektionszahlen. Außerdem seien bei einem überwiegenden Anteil der Infizierten (ca. 50 bis 70%) Virusmutationen festgestellt worden. Aus diesem Grund seien für den Landkreis ... - außerhalb des Handels - sogar Anordnungen erlassen worden, die über die Regelungen der BayIfSMV hinausgingen. Zudem habe man die Antragstellerin ausdrücklich darüber informiert, dass das sogenannte „click-and-collect“ zulässig sei (§ 12 Abs. 1 Satz 6 der 12. BayIfSMV). Weiterhin nutze die Antragstellerin inzwischen zahlreiche Möglichkeiten der Onlinevermarktung und der Onlinekontaktaufnahme. Sie betreibe einen Online-Shop, über den Modewaren bestellt werden könnten. Eine Verletzung von Art. 12 und Art. 14 GG sei daher nicht ersichtlich. Eine Ausnahmegenehmigung nach § 28 Abs. 2 der 12. BayIfSMV setze zudem einen atypischen Einzelfall voraus, der hier nicht erkennbar sei. Das Kaufhaus der Antragstellerin entspreche in seinem Aufbau und seiner Organisation zahlreichen anderen Modehäusern. Eine Besonderheit könne nicht gesehen werden. Die Erlaubnis zum Öffnen allein dieses Modehauses für persönliche Einkaufstermine benachteilige andere entsprechende Handelsbetriebe im Landkreis wirtschaftlich stark.

16

Eine Eilbedürftigkeit sei ebenfalls nicht ersichtlich, da ein Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache keine wesentlichen Nachteile für die Antragstellerin zur Folge habe. Die Antragstellerin könne weiterhin im zulässigen Umfang tätig werden. Daher sei ein kompletter Ausfall von Einnahmen nicht gegeben. Ein eventueller wirtschaftlicher Verlust sei zahlenmäßig nicht belegt, sondern nur pauschal in den Raum gestellt.

17

Im Übrigen wird auf die Gerichts- und Behördenakte des Eilverfahrens und des Hauptsacheverfahrens (Az. B 7 K 21.247) verwiesen.

II.

18

Der Antrag im Verfahren nach § 123 VwGO bleibt ohne Erfolg.

19

Der in zulässigerweise erhobene Antrag auf Verpflichtung des Antragsgegners, eine infektionsschutzrechtliche Ausnahmegenehmigung zur Öffnung des Modehauses für „Private Shopping Termine“ zu erteilen, ist unbegründet.

20

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung nötig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden.

21

Voraussetzung ist hierbei, dass der Antragsteller das Bestehen eines zu sichernden Rechts, den sogenannten Anordnungsanspruch, und die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung, den sogenannten Anordnungsgrund, glaubhaft macht (§ 123 Abs. 1 und 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Maßgebend sind die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung. Über den Erfolg des Antrags ist aufgrund einer im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen und auch nur möglichen summarischen Prüfung zu entscheiden. Ergibt die überschlägige rechtliche Beurteilung auf der Grundlage der verfügbaren und vom Antragsteller glaubhaft zu machenden Tatsachenbasis, dass von überwiegenden Erfolgsaussichten in der Hauptsache auszugehen ist, besteht regelmäßig ein Anordnungsanspruch. Ein Anordnungsgrund setzt voraus, dass es dem Antragsteller unter Berücksichtigung seiner Interessen unzumutbar ist, eine Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten (vgl. SächsOVG, B.v. 22.9.2017 - 4 B 268/17 - juris; Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl. 2020, § 123 Rn. 26 m.w.N.).

22

Grundsätzlich dient die einstweilige Anordnung der vorläufigen Sicherung eines Anspruchs bzw. der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses. Wird mit der begehrten Entscheidung die Hauptsache vorweggenommen, sind an die Prüfung von Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch qualifizierte Anforderungen zu stellen, d.h. der Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt nur in Betracht, wenn ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für den Erfolg in der Hauptsache spricht und dem Antragsteller durch das Abwarten in der Hauptsache schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare, Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (BVerfG, B.v. 25.10.1988 - 2 BvR 745/88 - juris; vgl. BayVG, B.v. 18.3.2016 - 12 CE 16.66 - juris).

23

1. Gemessen hieran, hat die Antragstellerin schon keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Es besteht aller Voraussicht nach kein Anspruch auf Erteilung der beantragten Ausnahmegenehmigung zur Öffnung des Modehauses für „Private Shopping Termine“.

24

Die beantragte Öffnung des Modehauses ist nach der aktuellen Sach- und Rechtslage nicht zulässig und bedarf daher einer Ausnahmegenehmigung nach § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV, die der Antragsgegner im Ergebnis zu Recht versagt hat.

25

a) Die Öffnung des Modehauses der Antragstellerin für die im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes begehrten Zwecke war nach § 12 Abs. 1 Satz 1 und 2 der 11. BayIfSMV vom 15.12.2020 - und auch nach den jeweiligen Änderungsfassungen der 11. BayIfSMV - nicht zulässig, so dass die Antragstellerin in rechtlich zutreffender Weise eine Ausnahmegenehmigung nach § 27 Abs. 2 der 11. BayIfSMV beantragt hat bzw. beantragen musste. Hierüber sind sich die Beteiligten des Eilverfahrens auch einig.

26

Mit Inkrafttreten der 12. BayIfSMV vom 05.03.2021 am 08.03.2021 hat sich am Erfordernis einer Ausnahmegenehmigung für die von der Antragstellerin beabsichtigten Zwecke nichts geändert. Nach dem nunmehr geltenden § 12 Abs. 1 Satz 1 der 12. BayIfSMV ist in Landkreisen und kreisfreien Städten, in denen eine 7-Tage-Inzidenz von 100 überschritten wird, die Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr für Handels-, Dienstleistungs- und Handwerksbetriebe untersagt. Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 der 12. BayIfSMV sind lediglich der Lebensmittelhandel inklusive Direktvermarktung, Lieferdienste, Getränkemärkte, Reformhäuser, Babyfachmärkte, Apotheken, Sanitätshäuser, Drogerien, Pfandleihhäuser, Filialen des Brief- und Versandhandels, Reinigungen und Waschsalons, Blumenfachgeschäfte, Gartenmärkte, Gärtnereien, Baumschulen, Baumärkte, der Verkauf von Presseartikeln, Versicherungsbüros, Buchhandlungen, Tierbedarf und Futtermittel und sonstige für die tägliche Versorgung unverzichtbare Ladengeschäfte sowie der Großhandel von der Regelung des § 12 Abs. 1 Satz 1 der 12. BayIfSMV ausgenommen. Ausweislich des Wortlautes des § 12 Abs. 1 Satz 2 der 12. BayIfSMV fällt daher die Öffnung des Modehauses der Antragstellerin weiterhin nicht in den Anwendungsbereich der Kraft Verordnung inzidenzunabhängig ausnahmsweise zulässigen Handels- und Dienstleistungsbetriebe. Da die 7-Tage-Inzidenz im Landkreis ... derzeit bei 242,2 liegt (Quelle: Robert-Koch-Institut, Stand: 10.03.2021) und damit eine 7-Tage-Inzidenz von 100 weit überschritten wird, ist die Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr für Handels-, Dienstleistungs- und Handwerksbetriebe auch nach § 12 Abs. 1 Satz 1 der 12. BayIfSMV weiterhin untersagt.

27

Selbst nach der Neuregelung des § 12 Abs. 1 Satz 7 der 12. BayIfSMV, wonach in Landkreisen und kreisfreien Städten, in denen die 7-Tage-Inzidenz zwischen 50 und 100 liegt, zusätzlich die Öffnung von Ladengeschäften für einzelne Kunden nach vorheriger Terminbuchung für einen fest begrenzten Zeitraum zulässig ist, ist - in Anbetracht der hohen Infektionszahlen im Landkreis ... - keine Öffnung für einzelne Kunden nach vorheriger Terminbuchung für einen fest begrenzten Zeitraum, was dem Begehren der Antragstellerin im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes entspricht, zulässig. Damit kann auch im Rahmen der nunmehr geltenden 12. BayIfSMV das von der Antragstellerin gewünschte „Private-Shopping“ im Modehaus derzeit nur im Rahmen einer Ausnahmegenehmigung nach § 28 Abs. 2 der 12. BayIfSMV erreicht werden.

28

b) Die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung hat der Antragsgegner - auch unter Berücksichtigung der zum 08.03.2021 in Kraft getretenen „Erleichterungen“ für Handels- und Dienstleistungsbetriebe - zu Recht abgelehnt.

29

Nach § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV können Ausnahmegenehmigungen im Einzelfall auf Antrag von der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde erteilt werden, soweit dies aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist. Ausnahmegenehmigungen, die einen generellen Personenkreis oder eine allgemeine Fallkonstellation betreffen, dürfen unter den Voraussetzungen des Satz 1 nur im Einvernehmen mit der zuständigen Regierung erteilt werden (§ 28 Abs. 2 Satz 2 der 12. BayIfSMV).

30

(aa) Die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung gem. § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV, die im Ermessen des Antragsgegners steht, setzt aus Sicht der beschließenden Kammer zunächst voraus, dass ein besonderer Ausnahmefall von den allgemeinen Regelungen vorliegt, es sich mithin um einen atypischen Einzelfall handelt, der aufgrund besonders gelagerter Umstände eine entsprechende Ermessensentscheidung

erfordert. Zwar stellt der Wortlaut des § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV nicht unmittelbar auf das Vorliegen eines atypischen Einzelfalls ab. Es entspricht aber dem Wesen eines (ungeschriebenen) Ausnahmefalls, dass eine Konstellation vorliegt, die sich vom abstrakt-generellen Regelungszweck der Norm, von der eine Ausnahme begehrt wird, abgrenzt, da sonst nicht zu erkennen wäre, worin eine Ausnahme liegen sollte. Die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung ist letztlich somit für besondere Fallgestaltungen vorgesehen, die von einer Regelung erfasst sind, obwohl diese vom Normgeber bei Betrachtung der maßgeblichen Umstände wohl davon ausgenommen worden wären. Die auftretenden Belastungen können daher auch nur dann eine Ausnahmeentscheidung rechtfertigen, wenn sie über diejenigen Belastungen und Einschränkungen hinausgehen, die der Verordnungsgeber bei Verordnungserlass bereits als zumutbar und verhältnismäßig angesehen hat und von denen nicht alle Regelungsadressaten in gleicher Weise betroffen sind (vgl. hierzu umfassend: VG Regensburg, B.v. 24.2.2021 - RO 5 E 21.170 zum wortgleichen § 27 Abs. 2 der 11. BayIfSMV).

31

Vor diesem Hintergrund ist die Schließung von Modehäusern, soweit die Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 der 12. BayIfSMV für eine Öffnung nicht vorliegen - auch wenn sie nur in der von der Antragstellerin beabsichtigten Form („Private Shopping“) betrieben werden sollen - typischerweise und regelhaft mit den Normen des § 12 der 12. BayIfSMV bezweckt. Insbesondere hat der Verordnungsgeber mit dem Erlass der 12. BayIfSMV die Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr für Handels-, Dienstleistungs- und Handwerksbetriebe - abgesehen von gesetzlich normierten Ausnahmen - (nur noch) untersagt, wenn im jeweiligen Landkreis bzw. in der jeweiligen kreisfreien Stadt eine 7-Tage-Inzidenz von 100 überschritten wird (§ 12 Abs. 1 Satz 1 der 12. BayIfSMV). Bei Landkreisen und kreisfreien Städten, in denen eine 7-Tage-Inzidenz von 50 nicht überschritten wird, ist eine Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr unter Beachtung der besonderen Hygienevoraussetzungen des § 12 Abs. 1 Satz 4 der 12. BayIfSMV zulässig (§ 12 Abs. 1 Satz 8 der 12. BayIfSMV). In Landkreisen und kreisfreien Städten, in denen die 7-Tage-Inzidenz zwischen 50 und 100 liegt, ist die Öffnung von Ladengeschäften für einzelne Kunden nach vorheriger Terminbuchung für einen fest begrenzten Zeitraum bei Beachtung weiterer Vorgaben zulässig (§ 12 Abs. 1 Satz 7 der 12. BayIfSMV). Mit diesem abgestuften System, und insbesondere mit der Einführung des sogenannten „click-and-meet“ bei einem „7-Tage-Inzidenz-Bereich“ zwischen 50 und 100, welches auch dem Konzept der Antragstellerin zugrunde liegt, hat der Verordnungsgeber - unter Neubewertung der Infektionslage - ein ausgefeiltes Stufensystem zur Öffnung der Ladengeschäfte von Handels- und Dienstleistungsbetrieben eingeführt. Die seit dem 08.03.2021 gültige Rechtslage spricht nach Auffassung der beschließenden Kammer daher noch mehr dafür, dass für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 28 Abs. 2 der 12. BayIfSMV bei Ladengeschäften von Handels- und Dienstleistungsbetrieben eine Konstellation vorliegen muss, die sich vom abstrakt-generellen Regelungszweck der Verordnung, hier insbesondere von der Regelung in § 12 Abs. 1 Satz 7 der 12. BayIfSMV, erkennbar abgrenzt.

32

Einen solchen abgegrenzten Einzelfall vermag die Kammer jedoch nicht zu erkennen. Der Vortrag der Antragstellerin, man habe mit der Vorlage des Konzeptes - wohl gemeint des „Private Shopping Konzeptes“ - einen atypischen Sachverhalt geschaffen, der die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung rechtfertige, verfängt insoweit nicht. Mit dieser Argumentation könnte nahezu jeder Betrieb, der aufgrund der ausdrücklichen und unmissverständlichen Entscheidung des Verordnungsgebers gegenwärtig nicht öffnen darf, mit einem „Terminvereinbarungskonzept“ und der Schaffung einer „besonderen Atmosphäre“ die Wertungen des Verordnungsgebers aushebeln. Dies gilt vorliegend umso mehr, da der Verordnungsgeber mit § 12 Abs. 1 Satz 7 der 12. BayIfSMV das sog. „click-and-meet“, welches keine wesentlichen Unterschiede zum „Private Shopping Konzept“ der Antragstellerin aufweist, bereits ausdrücklich in die Verordnung - unter der Voraussetzung, dass sich die 7-Tage-Inzidenz zwischen 50 und 100 bewegt - aufgenommen hat. Es ist auch weder dargetan, noch anderweitig ersichtlich, dass der Betrieb der Antragstellerin ein atypisches „click-and-meet“ bzw. ein atypisches „Private Shopping“ anvisiert. Zwar ist im Antrag vom 16.02.2021 von einer „Private Shopping Lounge“ die Rede. Selbst wenn die Antragstellerin insoweit Bereiche ihres Modehauses mit Sitzmöbeln und Spielgelegenheiten für Kinder eingerichtet hat, in denen den Kunden vorab ausgewählte Kleidungsstücke oder Produktgruppen vom Personal präsentiert werden (<https://www. ...>), stellt der streitgegenständliche Betrieb bzw. das streitgegenständliche Konzept keinen atypischen Einzelfall dar. Derartige Sitzmöbel, teilweise auch Getränkeangebote, und das Heraussuchen von bestimmten Kleidungsstücken durch das Personal ist in nahezu allen (gehobenen) Modeläden bzw. Modehäusern an der Tagesordnung. Eine wesentliche Abweichung im Sinne einer Atypik

vom normierten „click-and-meet“ ist beim Konzept der Antragstellerin daher für die Kammer aus infektionsschutzrechtlicher Sicht nicht ersichtlich. Es widerspräche auch der Intention des § 12 Abs. 1 Satz 7 der 12. BayIfSMV, wenn es durch die Schaffung einer „besonderen Wohlfühlatmosfera“ bzw. durch besondere Serviceleistungen es nahezu jedem Modegeschäft möglich wäre, einen atypischen Ausnahmefall zu schaffen. Weitere Aspekte, die ggf. einen atypischen Ausnahmefall begründen könnten, beispielsweise, dass die gesamte Belegschaft „durchgeimpft“ wäre oder dass die Zielgruppe, die gewöhnlich das Modehaus zum „Private Shopping“ aufsucht, schon weitgehend geimpft wäre, sind weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich.

33

(bb) Selbst wenn man für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 28 Abs. 2 der 12. BayIfSMV keine atypische Situation fordern bzw. wenn man im vorliegenden Fall von einer atypischen Situation ausgehen würde, ist zu beachten, dass die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV die infektionsschutzrechtliche Vertretbarkeit voraussetzt und diese zudem im Ermessen des Antragsgegners steht.

34

Insoweit hat der Antragsgegner nach Auffassung des Gerichts insbesondere überzeugend dargelegt, dass die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung aufgrund der eklatant hohen 7-Tage-Inzidenz im Landkreis ... - bei einem 50 bis 70 prozentigen Anteil von Virusmutationen - infektionsschutzrechtlich nicht vertretbar ist. Im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens hat der Antragsgegner bei der Frage der infektionsschutzrechtlichen Vertretbarkeit auch die Belange der Antragstellerin noch vertiefter aufgegriffen und gewürdigt. Der Landkreis ... ist gegenwärtig der Landkreis mit der fünfthöchsten 7-Tage-Inzidenz in ganz Deutschland (Quelle: Robert-Koch-Institut, Stand: 10.03.2021). Auch Nachbarkreise liegen an der Spitze der deutschlandweiten Statistik. Aufgrund des „Hotspots“ Landkreis ... wurden - laut Antragsgegner - sogar lokale Regelungen erlassen, die über die bayernweit geltenden Regelungen der 11. bzw. 12. BayIfSMV hinausgehen und den Infektionsschutz örtlich noch verschärfen. Hinzu kommt, dass es sich im streitgegenständlichen Fall nicht um einen Grenzfall zu einer Inzidenz von 50 oder 100 handelt, sondern in der Region ... „Spitzenwerte“ vorherrschen. Schon aufgrund dieser bedauerlichen Stellung der Region und dem Gesamtkonzept der bayerischen Pandemiebekämpfung, hält auch das Gericht den Erlass einer Ausnahmegenehmigung - trotz der schwierigen Lage für die Antragstellerin - für nicht vertretbar. Dem steht auch das Hygienekonzept der Antragstellerin nicht entgegen. Die Vorlage bzw. Anwendung - auch von guten und durchdachten Hygienekonzepten - kann in Situationen wie der Vorliegenden, die objektiven Fakten nicht in den Hintergrund drängen. Die Leitentscheidung des Ordnungsgebers und der Kreisverwaltungsbehörde, bei solchen Gegebenheiten Personenkontakte - auch auf dem Weg zum Geschäft - soweit wie möglich zu vermeiden, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

35

Auf den Vortrag, die Ablehnungsentscheidung des Antragsgegners sei ermessensfehlerhaft, insbesondere es läge ein erkennbarer Ermessensausfall vor, weshalb auch die Voraussetzungen des § 114 VwGO nicht gegeben seien, kommt es nicht mehr entscheidungserheblich an, da der Antragsgegner zutreffend davon ausgegangen ist, dass die Erteilung der Ausnahmegenehmigung schon infektionsschutzrechtlich nicht vertretbar ist. Daher sind bereits die Tatbestandsvoraussetzungen des § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV nicht erfüllt.

36

cc) Aufgrund der vorstehenden Ausführungen kommt eine Verpflichtung zur Erteilung der Ausnahmegenehmigung mit gerichtlichen Maßgaben (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 938 Abs. 1 ZPO) ebenfalls nicht in Betracht.

37

2. Dem Erfolg der beantragten einstweiligen Anordnung steht zudem das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache entgegen. Die einstweilige Anordnung darf nach diesem Grundsatz die Grenzen einer vorläufigen Regelung nicht überschreiten, weil andernfalls über die Erhaltung der Entscheidungsfähigkeit des Klageverfahrens hinaus vollendete Tatsachen geschaffen würden. Erstrebt ein Antragsteller - wie hier - eine der Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes grundsätzlich widersprechende teilweise oder gänzliche Vorwegnahme der Entscheidung der Hauptsache, kommt eine einstweilige Anordnung nur ausnahmsweise in Betracht, wenn nämlich das Begehren in der Hauptsache schon auf Grund der im Verfahren des

vorläufigen Rechtsschutzes anzustellenden summarischen Prüfung des Sachverhalts mit hoher Wahrscheinlichkeit Erfolg haben wird und dem Antragsteller ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutz schlechthin unzumutbare, nicht anders abwendbare, Nachteile entstünden. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Zum einen fehlt es der Verpflichtungsklage in der Hauptsache an den notwendigen Erfolgsaussichten, zum anderen ist weder ausreichend glaubhaft gemacht, noch anderweitig ersichtlich, dass die Antragstellerin ohne Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes unzumutbaren Nachteilen ausgesetzt wäre. Die Antragstellerin steht ohne Gewährung des vorläufigen Rechtsschutzes nicht schlechter da, als andere vergleichbare Modegeschäfte im Landkreis ...oder in anderen Regionen mit hohen Inzidenzwerten. Der Geschäftsbetrieb der Antragstellerin ist nicht auch untersagt, sondern es dürfen lediglich die Geschäftsräume für Kunden nicht geöffnet werden. „Click-and-collect“ (vgl. § 12 Abs. 1 Satz 6 der 12. BaylFSMV) und der Onlinehandel - die Antragstellerin hat insoweit einen hervorragend gestalteten und ausgestatteten Onlineshop (vgl. <https://www. ...>) - sind weiterhin möglich. In Anbetracht der hohen Voraussetzungen an die Vorwegnahme der Hauptsache reicht es auch nicht aus, dass die Antragstellerin wirtschaftliche Nachteile hat, die bei Öffnung der Geschäftsräume nicht gegeben wären. Eine wirtschaftliche Existenzgefährdung durch die bestehende Rechtslage ist dagegen nicht glaubhaft dargelegt. Es wird lediglich behauptet, die ausnahmslose Betriebsschließung betreffe die Antragstellerin massiv in ihrer wirtschaftlichen Existenz, obwohl - wie bereits ausgeführt - „nur“ das Ladengeschäft nicht geöffnet werden kann. Schlechthin unzumutbare, nicht anders abwendbare Nachteile für die Antragstellerin vermag daher die beschließende Kammer nicht zu erkennen.

38

3. Lediglich ergänzend ist noch anzumerken, dass das Gericht den „Antrag“ unter Ziff. 2 des Antragschriftsatzes vom 04.03.2021 nur als Anregung versteht. Im Übrigen bestand für eine „Zwischenentscheidung“ des Vorsitzenden aus den oben genannten Gründen keinerlei Anlass (vgl. auch BayVGh, B.v. 14.12.2018 - 4 CE 18.2578 - juris).

39

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG i.V.m. Nr. 1.5 Satz 2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Da der Antrag auf eine Vorwegnahme der Hauptsache abzielt, erachtet es das Gericht für sachgerecht, den Streitwert auf die Höhe des für das Hauptsacheverfahren anzunehmenden Streitwerts anzuheben.