VG Würzburg, Beschluss v. 14.04.2021 – W 8 E 21.510

Titel:

Keine Ausnahmegenehmigung für Öffnung eines Modegeschäfts

Normenketten:

VwGO § 123

12. BayIfSMV § 12 Abs. 1 S. 4, S. 7, § 28 Abs. 2

Leitsätze:

1. Die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung vom Ladenöffnungsverbot erfordert ein vom abstrakt-generellen Regelungszweck der 12. BayIfSMV abgegrenzten atypischen Einzelfall. (Rn. 26 – 27) (redaktioneller Leitsatz)

2. Ein Hygienekonzept ist nicht geeignet, einen atypischen Ausnahmefall zu rechtfertigen. (Rn. 29) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Eilverfahren, Vorwegnahme der Hauptsache, Ausnahmegenehmigung für Öffnung eines Modegeschäfts, kein atypischer Einzelfall, finanzielle Situation, Infektionsschutz, Ausnahmegenehmigung, Modegeschäft, SARS-CoV-2, atypischer Einzelfall, Hygienekonzept, infektionsschutzrechtliche Vertretbarkeit

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

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

III. Der Streitwert wird auf 2.500,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1
Die Antragstellerin begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Verpflichtung des Antragsgegners zur Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für die Öffnung ihres Modegeschäfts.

2
Die Antragstellerin ist eine Textil-Einzelhandelskette, die in Deutschland eine Vielzahl von Modegeschäften betreibt, eines davon in … Mit Schreiben vom 31. März 2021 beantragte die Antragstellerin beim Landratsamt … unter Verweis auf einzigartige Umstände einen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zur Öffnung des streitgegenständlichen Modegeschäfts in Haibach.

3
Mit Bescheid vom 1. April 2021 lehnte das Landratsamt … den Antrag ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass nach § 12 Abs. 1 Satz 1 der 12. BayIfSMV in Landkreisen und kreisfreien Städten, in denen eine 7-Tage-Inzidenz von 100 überschritten werde, die Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr für Handels-, Dienstleistungs- und Handwerksbetriebe untersagt sei. Das Modegeschäft der Antragstellerin falle als Textil-Einzelhandel nicht unter die in § 12 Abs. 1 Satz 2 der 12. BayIfSMV geregelte Ausnahme für bestimmte Ladengeschäfte, weshalb es ab dem 1. April 2021 vorerst für den Kundenverkehr geschlossen bleiben müsse, da die 7-Tage-Inzidenz im Landkreis … an drei aufeinanderfolgenden Tagen den Wert von 100 überschritten habe. Dem Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung bezüglich der Öffnung könne nicht stattgegeben werden, da dies auf infektionsschutzrechtlicher Sicht nicht vertretbar sei.

4
Mit Schriftsatz vom 1. April 2021, eingegangen bei Gericht am 2. April 2021, ließ die Antragstellerin einen auf Öffnung ihres Modegeschäfts gerichteten Eilantrag (W 8 E 21.457) stellen. Zur Begründung ließ die Antragstellerin im Wesentlichen vorbringen: Die Antragstellerin befinde sich in infolge der jüngst

angeordneten Corona-Schutzmaßnahmen in einer höchst angespannten Finanzlage. Damit verbunden sei eine akute Gefährdung der Arbeitsplätze. Am 11. Januar 2021 hätten die Antragstellerin sowie ihre drei deutschen Tochtergesellschaften beim zuständigen Insolvenzgericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung beantragt. Die Situation, die durch die pandemiebedingten Einschränkungen und das eigenverwaltete Insolvenzverfahren bereits äußerst angespannt gewesen sei, sei durch die am 22. März 2021 von der Bund-Länder-Konferenz beschlossene Verlängerung des Lockdowns bis zum 18. April 2021 und die daraufhin geänderte 12. BayIfSMV in solch einer Weise verschärft worden, dass das sehr ernste Risiko bestehe, dass die Antragstellerin ihren Geschäftsbetrieb kurzfristig einstellen müsse, sollte ihr nicht eine Möglichkeit gegeben werden, weiter erwerbswirtschaftlich tätig zu sein. Auch auf staatliche finanzielle Hilfen habe die Antragstellerin derzeit keine konkrete Aussicht, da Zuwendungen im Rahmen der Restrukturierung der Antragstellerin nach den veröffentlichten Bedingungen voraussichtlich nicht gewährt würden. Diese Hilfen würden zudem nicht denselben Effekt haben wie eine Öffnung der Ladengeschäfte, da durch die verlängerten Betriebsbeschränkungen der geplante Umsatz wegbreche. Der Antragstellerin stehe ein durchsetzbarer Anspruch auf Erteilung der beantragten Ausnahmegenehmigung zur Öffnung des streitgegenständlichen Modegeschäfts unter den näher aufgezeigten Hygienemaßnahmen zu. Die Öffnung des streitgegenständlichen Modegeschäfts wäre untersagt, da in dem Landkreis … die 7-Tage-Inzidenz von 100 überschritten sei (§ 12 Abs. 1 Satz 1 der 12. BayIfSMV). Die Antragstellerin bedürfte demnach für ihr Rechtschutzziel, der Öffnung des streitgegenständlichen Modegeschäfts, einer Ausnahmegenehmigung nach § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV seien im vorliegenden Fall erfüllt. Die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung setze tatbestandlich einen „Einzelfall“ voraus. Bei der Antragstellerin liege aufgrund des geschilderten Sachverhalts und des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung eine besondere Fallgestaltung vor; die Verlängerung und die Verschärfung des aktuellen Lockdowns führe bei der Antragstellerin zu - näher dargelegten - finanziellen Belastungen, die sich ganz wesentlich von denen anderer Textil-Einzelhandelsbetrieben unterscheiden würden. Es gehe um das wirtschaftliche Überleben der Antragstellerin und damit um die Rettung mehrerer tausender Arbeitsplätze. Es stehe außer Frage, dass auch andere Textil-Einzelhandelsbetriebe aufgrund der Corona-Betriebsbeschränkungen finanzielle Einbußen erlitten hätten und weiterhin erleiden würden, doch seien die Zukunftsperspektiven des Textil-Einzelhandels insgesamt nicht mit denen der Antragstellerin vergleichbar, und zwar aus mehreren, sowohl rechtlichen als auch tatsächlichen Gründen: Der Antragstellerin werde keine Überbrückungshilfe III ausbezahlt, weil diese bereits „das Insolvenzverfahren angemeldet“ habe. Anders als bei anderen Textileinzelhandelsunternehmens führe der verlängerte Lockdown zu einer konkreten Liquiditätslücke, die vorher so nicht bestanden habe. Die Antragstellerin habe bereits vor den weiteren Maßnahmen in ganz erheblichem Umfang Restrukturierungsmaßnahmen durchgeführt gehabt (z.B. Einsparen bei Mieten, angepasster Einkauf, Starten eines Investorenprozesses) und einen Massekredit mit einem renommierten Kreditgeber über 20 Millionen EUR vereinbaren können. Die jetzt weiter beschlossenen Lockdown-Verlängerungen und die Zurücknahme der bisher ohnehin schon nur teilweisen Öffnungen wären für das Unternehmen möglicherweise der „Todesstoß“: Es drohe ein Umsatzverlust von bis zu ca. 16 Millionen EUR und es drohe ein Scheitern des Investorenprozesses. Die ganz überwiegende Zahl der Standorte befinde sich im Inland. Andere Textilhandelsunternehmen könnten Umsatzeinbußen im Inland durch maßgebliches Auslandsgeschäft kompensieren. Die Kunden der …-Gruppe seien zwischen 50-75 Jahren alt und weniger online-affin als andere Kundengruppen. Das wesentliche „Asset“ der …-Stores sei die direkte Kundenbindung und der Abverkauf in den Stores. Die Kunden der …-Gruppe seien regelmäßig keine klassischen „Shopping-Kunden“, die verschiedene Ladengeschäfte aufsuchen; vielmehr bestehe der überwiegende Kundenanteil aus Zielkäufern, bei denen es sich größtenteils um Stammkunden handle. Auch die örtlichen und räumlichen Gegebenheiten der Modegeschäfte der Antragstellerin würden sich von anderen Textil-Einzelhandelsbetrieben wesentlich unterscheiden: Das streitgegenständliche Modegeschäft befinde sich in einer alleinstehenden Gewerbeimmobilie in einem Gewerbegebiet, im „außer-städtischen“ Bereich, verfüge über eine sehr große Verkaufsfläche von 5.692 m² und ein umfangreiches Parkplatzangebot. Die Verkaufsflächen seien demzufolge auch sehr geräumig, die Gänge breit. Die Öffnung des streitgegenständlichen Modegeschäfts der Antragstellerin sei auch aus infektionsschutzrechtlicher Sicht gut vertretbar, da die Öffnung unter Schutzmaßnahmen begehrt werde, die das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege bei Erlass der 12. BayIfSMV epidemiologisch auch für zahlreiche andere Handels- und Dienstleistungsbetriebe als ausreichend erachte. Das Infektionsrisiko im Einzelhandel an sich sei als niedrig einzustufen, wie das Robert-Koch-Institut zuletzt am 19. März 2021 anlässlich der Entwicklung des Stufenkonzepts bestätigt

habe. Die Antragstellerin verfolge in ihrem Modegeschäft aktuell bereits ein - näher dargelegtes - Schutz- und Hygienekonzept, das über die bisherigen und sich grundsätzlich bewährten Hygienemaßnahmen im Einzelhandel noch hinausgehe. Die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung sei auch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten. Angesichts der akut drohenden Existenzvernichtung seien bereits die Verlängerung der coronabedingten Betriebsbeschränkungen für den Textil-Einzelhandel, erst recht aber die zusätzlichen Verschärfungen in Form inzidenzabhängiger Öffnungsschritte, ein unverhältnismäßiger und somit verfassungswidriger Eingriff in die Grundrechte des Art. 14 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG der Antragstellerin. Da bei Erteilung einer Ausnahmegenehmigung der gebotene Gesundheitsschutz gegenüber den Kunden und Mitarbeitern gewahrt würde und sonstige Gründe, die der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung entgegenstünden, nicht ersichtlich sind, sei das gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV hinsichtlich der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung bestehende Ermessen des Landratsamts … auf Null reduziert. Die Geschäftsmodelle „click and collect“, „click and meet“ sowie der Online-Handel seien für die Antragstellerin keine geeigneten Alternativen zur Öffnung ihres Modegeschäfts.

5
Mit Schriftsatz vom 13. April 2021 ließ die Antragstellerin den Hauptantrag für erledigt erklären und zuletzt beantragen,

1. Der Antragstellerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung eine Ausnahmegenehmigung gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV von den Betriebsbeschränkungen nach § 12 Abs. 1 Satz 1 der 12. BayIfSMV erteilt, wonach der Antragstellerin die Öffnung des …-Modegeschäfts in der … … * in … … unter den Auflagen gestattet wird, dass (i) ein Mindestabstand von 1,5 m zwischen den Kunden/innen sichergestellt wird, (ii) die in dem Modegeschäft anwesenden Kunden/Kundinnen auf maximal ein Kunde/eine Kundin je 10 qm für die ersten 800 qm der Verkaufsfläche sowie zusätzlich ein Kunde/eine Kundin je 20 qm für den 800 qm übersteigenden Teil der Verkaufsfläche begrenzt werden, (iii) in den Verkaufsräumen, auf dem Verkaufsgelände und auf dem zugehörigen Parkplatz eine (FFP2-)Maskenpflicht für das Personal und die Kunden/Kundinnen besteht, soweit nicht durch sonst geeignete Schutzwände ein zuverlässiger Infektionsschutz gewährleistet werden kann und (iv) das Schutz- und Hygienekonzept der Antragstellerin umgesetzt wird.

beziehungsweise:

2. Der Antragstellerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung eine Ausnahmegenehmigung gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV von den Betriebsbeschränkungen nach § 12 Abs. 1 Satz 1 der 12. BayIfSMV erteilt, wonach der Antragstellerin die Öffnung des …-Modegeschäfts in der … … * in … … unter den Auflagen gestattet wird, dass (i) ein Mindestabstand von 1,5 m zwischen den Kunden/innen sichergestellt wird, (ii) die in dem Modegeschäft anwesenden Kunden/Kundinnen auf maximal ein Kunde/eine Kundin je 50 qm Verkaufsfläche begrenzt werden, (iii) in den Verkaufsräumen, auf dem Verkaufsgelände und auf dem zugehörigen Parkplatz eine (FFP2-)Maskenpflicht für das Personal und die Kunden/Kundinnen besteht, soweit nicht durch sonst geeignete Schutzwände ein zuverlässiger Infektionsschutz gewährleistet werden kann und (iv) das Schutz- und Hygienekonzept der Antragstellerin umgesetzt wird.

6
Zur Begründung wurde ergänzend im Wesentlichen ausgeführt: Gleichwohl sich durch die Verordnung zur Änderung der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 9. April 2021 Neuerungen für die Rechtslage in Bayern ergeben hätten, würden sich die Änderungen hier nicht entscheidend auf die Erfolgsaussichten der nunmehr unbedingt gestellten Anträge auswirken. Die Voraussetzungen zur Erteilung der Ausnahmegenehmigung seien gegeben. Die Einordnung als atypischer Einzelfall und der Anspruch auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung ergäben sich nicht nur aufgrund der zweifelsfreien Gewährleistung der Anforderungen des Infektionsschutzes deutlich über das normativ gebotene Maß hinaus, sondern daneben auch aufgrund des an ihre im Durchschnitt ältere Stammkundschaft angepassten Geschäftskonzepts sowie der existenzbedrohenden finanziellen Situation einschließlich der insolvenzrechtlichen Sondersituation, in der ihr staatliche Hilfen verwehrt würden aufgrund einer Notlage, in der sie die staatlichen Maßnahmen erst gebracht hätten. Der Einzelfall ergebe sich aus einer Gesamtschau der Umstände. Die Antragstellerin auf die Möglichkeit von „Click& Meet“ oder „Click& Collect“ zu verweisen, würde dem besonderen Geschäftsmodell nicht hinreichend Rechnung tragen. Aufgrund des im Durchschnitt älteren Kundenstamms fänden diese neuartigen Geschäftsmodelle erfahrungsgemäß wenig Anklang bei

ihrem Kundenkreis. Hinzu komme, dass mit der Vorzeigepflicht eines negativen Testergebnisses nach § 12 Abs. 1 Satz 7 Nr. 3 der 12. BayIfSM eine weitere erhebliche Hürde geschaffen worden sei, die aller Wahrscheinlichkeit nach zu einer weiteren Verringerung der Akzeptanz des „Click& Meet“-Angebots führe.

7
Mit Schriftsatz vom 9. April 2021 beantragte das Landratsamt … für den Antragsgegner:

Der Antrag nach § 123 VwGO wird abgewiesen.

8
Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt: Der Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO sei unbegründet. Die Interessenabwägung zwischen dem Interesse des Antragstellers am Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung und dem öffentlichen Interesse ergebe, dass das öffentliche Interesse überwiege. Der Bescheid vom 1. April 2021 über die Ablehnung des Antrages auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV sei rechtmäßig und verletze die Antragstellerin nicht unverhältnismäßig in ihren Rechten. Der Verordnungsgeber habe hierbei die finanziellen Nachteile, die sich aus einer Schließung des Ladengeschäftes für den Kundenverkehr für den Gewerbetreibenden ergeben, berücksichtigt. Im vorliegenden Fall seien keine besonderen Gründe ersichtliche, weshalb die Antragstellerin durch die Schließung des streitgegenständlichen Ladengeschäftes unverhältnismäßige Nachteile im Vergleich zu anderen Gewerbetreibenden erleiden könnte. Dem Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für die Öffnung des gegenständlichen Modegeschäfts habe nicht stattgegeben werden können, da dies aus infektionsschutzrechtlicher Sicht nicht vertretbar wäre. Durch die Schließung aller nicht für die tägliche Versorgung unverzichtbaren Ladengeschäfte solle in Landkreisen mit erhöhter Anzahl an Neuinfektionen die Weiterverbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Bevölkerung unterbunden und ein unkontrollierbarer Anstieg der Infektionszahlen verhindert werden. Es sei für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens von entscheidender Bedeutung, die Übertragung und Ausbreitung von SARS-CoV-2 so gering wie möglich zu halten. Durch die im Antrag vom 31. März 2021 vorgeschlagenen Schutz- und Hygieneregeln könne das Infektionsrisiko nicht derart vermindert werden, dass eine Erlaubnis für die Öffnung des Modegeschäfts entgegen § 12 Abs. 1 Satz 1 der 12. BayIfSMV auch bei einer 7-Tages-Inzidenz über 100 erteilt werden könne. Insbesondere sei beantragt worden, das Ladengeschäft auch bei einer 7-Tages-Inzidenz über 100 unter Einhaltung derselben grundsätzlichen Bestimmungen, wie sie derzeit bei einer 7-Tages-Inzidenz zwischen 50 und 100 gelten, zu gestatten. Die Regelungen der 12. BayIfSMV bei Überschreitung der 7-Tages-Inzidenz von 100 sähen aber bewusst zusätzliche Beschränkungen vor, da in den betreffenden Landkreisen eine Verbreitung des Coronavirus nicht nur verhindert, sondern unterbunden werden müsse. Die Schließung des Ladengeschäfts für den Kundenverkehr verletze die Grundrechte der Antragstellerin nicht. Soweit Grundrechte berührt würden oder in sie eingegriffen werde, erfolge dies auf der Grundlage einer aufgrund eines förmlichen Gesetzes, § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1, § 28a IfSG erlassenen Verordnung, der 12. BayIfSMV, und unter Beachtung der Grundsätze der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Diese Beschränkungen seien vom Gesetzgeber gewollt und würden dem Schutz der Gesundheit und des Lebens der Allgemeinheit dienen und seien daher gerechtfertigt. Ein Ermessensfehler liege nicht vor. Die Ablehnung des Antrags habe pflichtgemäßem Ermessen entsprochen und sei verhältnismäßig. Sie sei geeignet und erforderlich, um die angestrebten Ziele der Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung für die Gesamtbevölkerung sowie der Verhinderung der Verbreitung des Virus zu erreichen. Die großflächige Unterbrechung, Eindämmung bzw. Verzögerung der Ausbreitung des neuen Erregers stelle das einzige wirksame Vorgehen dar, um diese Ziele zu erreichen. Die Entscheidung sei auch angemessen. Die im Antrag dargelegte besondere finanzielle Belastung durch die nach § 12 Abs. 1 Satz 1 der 12. BayIfSMV erforderliche Schließung des Modegeschäfts der Antragstellerin begründe keinen Einzelfall, da dies in gleicher oder zumindest vergleichbarer Weise auch andere Textil-Einzelhandelsgeschäfte im Landkreis … betreffe.

9
Mit Beschluss vom 14. April 2021 trennte das Verwaltungsgericht Würzburg vom Ausgangsverfahren W 8 E 21.457 das gegenständliche Antragsbegehren ab, führte es unter dem hiesigen Aktenzeichen fort und stellte das Verfahren W 8 E 21.457 ein.

10
Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die eingereichten Schriftsätze samt Anlagen sowie auf die Gerichtsakte (auch das Verfahren W 8 E 21.457) Bezug genommen.

II.

11
Bei verständiger Würdigung des Vorbringens des Antragstellers und des gestellten Antrags (§ 122 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 88 VwGO) wird dieser im Interesse der Antragstellerin dahingehend ausgelegt, dass die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung unter den unter 1.) genannten Bedingungen begehrt wird und lediglich hilfsweise unter den unter 2.) genannten Bedingungen.

12
Der vorliegende Antrag hat im Ergebnis keinen Erfolg.

13
Statthaft ist im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vorliegend ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. Für die begehrte Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 28 Abs. 2 der 12. BayIfSMV von den Regelungen zur Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr in § 12 Abs. 1 der 12. BayIfSMV wäre in der Hauptsache eine Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO statthaft.

14
Der Antrag ist zulässig. Insbesondere ist das Rechtsschutzbedürfnis gegeben, da die Antragstellerin nicht ohnehin berechtigt wäre, ihr Modehaus in der beabsichtigten Form zu öffnen, so dass sie in diesem Fall keiner Ausnahmegenehmigung bedürfte. Das streitgegenständliche Modegeschäft zählt nicht zu den in § 12 Abs. 1 Satz 2 der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (12. BayIfSMV) vom 5.3.2021 (BayMBl. 2021, Nr. 171) in der Fassung der Änderungsverordnung vom 25. März 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 112) und der Änderungsverordnung vom 9. April 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 261) genannten Geschäften. Aufgrund der in der Hauptsache statthaften Verpflichtungsklage ist vorliegend für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage die zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung geltende Rechtslage maßgeblich (BayVGH, U.v. 28.6.2016 - 10 B 15. 1854 - juris Rn. 29).

15
Zwar hat die Antragstellerin nach Änderung der Rechtlage durch die Verordnung zur Änderung der 12. BayIfSMV vom 9. April 2021 keinen erneuten Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung beim zuständigen Landratsamt gestellt. Allerdings ist aufgrund des Vorbringens des Landratsamts … in der Antragserwiderung vom 9. April 2021 nicht zu erwarten, dass es die begehrte Ausnahmegenehmigung erteilt hätte, so dass im vorliegenden Fall aufgrund seiner besonderen Eilbedürftigkeit und dem Verhalten des Antragsgegners im Hinblick auf eine hohe Wahrscheinlichkeit der Ablehnung eines entsprechenden Antrags ausnahmsweise ein vorheriger erfolgloser Antrag beim Antragsgegner vertreten durch das Landratsamt …, entbehrlich war (vgl. hierzu Schenke in Kopp/Schenke, VwGO, 26. Auflage 2020, § 123 Rn. 22 m.w.N. zur Rechtsprechung).

16
Der Antrag ist jedoch unbegründet.

17
Die Antragstellerin hat keinen Anordnungsanspruch dahingehend glaubhaft gemacht, dass sie einen Rechtsanspruch für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 28 Abs. 2 der 12. BayIfSMV für die Öffnung ihres streitgegenständlichen Modegeschäfts unter den unter 1) und 2) beantragten Bedingungen hat.

18
Nach § 123 Abs. 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gefahr zu verhindern oder wenn es aus anderen Gründen nötig erscheint. Der Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung setzt nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2, § 294 ZPO voraus, dass der Antragsteller sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund glaubhaft machen kann. Eine Glaubhaftmachung liegt vor, wenn das Vorliegen von Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch sich als überwiegend wahrscheinlich darstellt.

19
Im Hinblick auf die durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Garantie effektiven Rechtsschutzes ist der Antrag dann begründet, wenn der geltend gemachte Anspruch hinreichend wahrscheinlich ist (Anordnungsanspruch) und es dem Antragsteller schlechthin unzumutbar ist, das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens abzuwarten (Anordnungsgrund). Diese Voraussetzungen sind gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft zu machen.

20
Vorliegend besteht zudem die Besonderheit, dass im Fall der Gewährung von Eilrechtsschutz die Hauptsache vorweggenommen würde. Denn selbst bei einem Obsiegen in der Hauptsache könnte die Antragstellerin nicht mehr zugesprochen bekommen, als was sie ausgehend von dem gestellten Antrag sowie unter Berücksichtigung des Vorbringens begehrt. Eine Vorwegnahme der Hauptsache widerspricht grundsätzlich dem Wesen und dem Zweck der einstweiligen Anordnung. Im Wege des Erlasses einer einstweiligen Anordnung kann das Gericht grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen und einem Antragsteller nicht schon im vollen Umfang, wenn auch nur unter Vorbehalt einer neuen Entscheidung in der Hauptsache, das gewähren, was er nur in einem Hauptsacheprozess erreichen könnte. Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG, welcher einen effektiven Rechtsschutz gewährleistet, ist eine Vorwegnahme der Hauptsache im Eilverfahren ausnahmsweise dann zulässig, wenn dies im Interesse des Rechtsschutzes erforderlich ist und ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit auch für den Erfolg im Hauptsacheverfahren spricht (vgl. Schenke in Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl. 2020, § 123 Rn. 13 f.). Maßgeblich für die Entscheidung über das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs ist, wie oben bereits ausgeführt, die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung (Schenke in Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl. 2020, § 123 Rn. 27 m.w.N.).

21
Gemessen hieran liegen die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht vor. Die Antragstellerin hat keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Die Erfolgsaussichten ihrer - noch zu erhebenden - Klage in der Hauptsache sind bei summarischer Prüfung offenkundig nicht gegeben.

22
Die Antragstellerin hat keinen Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV für die Öffnung ihres streitgegenständlichen Modegeschäfts unter den von ihr unter 1) bzw. 2) beantragten Bedingungen.

23
Die beantragte Öffnung des Modehauses der Antragstellerin unter den von ihr benannten Bedingungen ist nach der aktuellen Sach- und Rechtslage nicht zulässig und bedarf daher einer Ausnahmegenehmigung nach § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV, die vom Antragsgegner im Ergebnis zu Recht versagt wurde.

24
Zum Zeitpunkt der Antragstellung im Eilverfahren galt die Zwölfte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (12. BayIfSMV) vom 5.3.2021 (BayMBl. 2021, Nr. 171) in der Fassung der Änderungsverordnung vom 25. März 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 112). Die 12. BayIfSMV durch Verordnung vom 9. April 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 261) wurde mit Wirkung vom 12. April 2021 geändert. § 12 Abs. 1 Satz 7 Nr. 3 der 12. BayIfSMV in der Fassung vom 9. April 2021 sieht nun für Landkreise und kreisfreie Städte, in denen die 7-Tage-Inzidenz zwischen 100 und 200 liegt, vor, dass Nr. 2 mit der weiteren Maßgabe gilt, dass Kunden nur eingelassen werden dürfen, wenn sie ein negatives Ergebnis eines vor höchstens 24 Stunden vorgenommenen POC-Antigentests oder Selbsttests oder eines vor höchstens 48 Stunden vorgenommenen PCR-Tests in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 nachweisen. Der Landkreis … weist am 14. April 2021 eine 7-Tage-Inzidenz von 130,3 auf (Robert Koch-Institut, COVID-19-Dashboard, https://experience.arcgis.com/experience/478220a4c454480e823b17327b2bf1d4/page/page_1/). Nach der zum maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt geltenden Rechtslage kann das streitgegenständliche Modegeschäft der Antragstellerin demnach unter den in § 12 Abs. 1 Satz 7 Nr. 3 der 12. BayIfSMV in der Fassung vom 9. April 2021 näher geregelten Voraussetzungen für einzelne Kunden nach vorheriger Terminbuchung und unter Nachweis eines negativen Testergebnisses öffnen. Die Antragstellerin hat jedoch in ihrem Schriftsatz vom 13. April 2021 klargestellt, dass es sich hierbei um keine Alternative handle, durch welche die zulasten der Antragstellerin wirkenden besonderen Härten ausgeglichen wären.

25
Nach § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV können im Einzelfall auf Antrag von der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde von den Regelungen der Verordnung Ausnahmegenehmigungen erteilt werden, soweit dies aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist.

26
Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung ist zunächst das Vorliegen eines besonders gelagerten Falles, der ein Abweichen von der allgemeinen Regelung rechtfertigen kann. Auch wenn der Wortlaut des § 28 Abs. 2 Satz 1 der 12. BayIfSMV nicht unmittelbar das Vorliegen eines atypischen Einzelfalls fordert, entspricht es aber dem Wesen eines 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. Es muss sich um einen atypischen Einzelfall handeln, den der Verordnungsgeber beim Erlass der allgemein gültigen Regelungen nicht in Blick hatte. Erst wenn ein solcher vorliegt, eröffnet sich überhaupt für die zuständige Behörde ein Ermessensspielraum. Diese Sichtweise folgt aus dem Wesen eines Ausnahmefalles. Es muss um eine besondere Fallgestaltung gehen, die, hätte der Verordnungsgeber sie erkannt, er vermutlich von sich aus ausgenommen hätte und die vom Regelfall abweicht. Das Erfordernis einer atypischen Fallgestaltung hängt auch mit dem weiteren Merkmal der infektionsschutzrechtlichen Vertretbarkeit zusammen. Die Kreisverwaltungsbehörde hat die Wertungen des Verordnungsgebers für den Regelfall zu beachten, da andernfalls über das Instrument der Ausnahmegenehmigung die Wertungen des Verordnungsgebers unterlaufen werden könnten (vgl. zum Ganzen VG Regensburg, B.v. 11.3.2021 - RO 5 E 21.358; B.v. 24.2.2021 - RO 5 E 21.170 - BeckRS 2021, 3401; VG Bayreuth, B.v. 10.3.2021 - B 7 E 21.246 - juris Rn. 31 ff., denen das VG Würzburg folgt).

27
Ausgehend von diesem Maßstab hat die Antragstellerin das Vorliegen eines abgegrenzten atypischen Einzelfalls nicht glaubhaft gemacht. Die Schließung von Modegeschäften als Ladengeschäfte mit Kundenverkehr, soweit die Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 der 12. BayIfSMV für eine Öffnung nicht vorliegen, und die inzidenzabhängige stufenweise Öffnung unter näher geregelten Voraussetzungen ist typischerweise und regelmäßig Zweck der Regelung des § 12 Abs. 1 12. BayIfSMV. Insbesondere spricht die Einführung des abgestuften und ausdifferenzierten Systems für die inzidenzabhängige Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr durch den Verordnungsgeber in § 12 Abs. 1 12. BayIfSMV erst recht für das Erfordernis eines vom abstrakt-generellen Regelungszweck der Norm abgegrenzten atypischen Einzelfalls für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 28 Abs. 2 12. BayIfSMV (vgl. VG Bayreuth, B.v. 10.3.2021 - B 7 E 21.246 - juris Rn. 32).

28
Die Antragstellerin hat das Vorliegen eines Einzelfalls nach den oben genannten Maßstäben nicht glaubhaft gemacht.

29
Insbesondere ist das von der Antragstellerin vorgesehene Hygienekonzept nicht geeignet, einen atypischen Ausnahmefall zu rechtfertigen. Die nach dem Antrag zu 1) vorgesehenen Bedingungen entsprechen letztlich den Vorgaben, die für eine Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr nach § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 bzw. - im Fall einer 7-Tage-Inzidenz unter 50 - Satz 7 Nr. 1 i.V.m. Satz 1 Nr. 4 12. BayIfSMV ohnehin erforderlich sind. Insbesondere hat nach § 12 Abs. 1 Satz 7 Nr. 3 i.V.m. Nr. 2 i.V.m. Satz 1 Nr. 4 12. BayIfSMV der Betreiber für den Kundenverkehr ein Schutz- und Hygienekonzept auszuarbeiten. Die Ausarbeitung des - wenn auch umfangreichen und durchdachten - Hygienekonzepts der Antragstellerin rechtfertigt jedoch keinen atypischen Einzelfall. Entsprechendes gilt hinsichtlich der im weiteren (Hilfs-)Antrag zu 2) von der Antragstellerin begehrten Bedingungen, die sich von den im Antrag zu 1) genannten Bedingungen lediglich in der Begrenzung der in dem Modegeschäft anwesenden Kunden/Kundinnen auf maximal einen Kunden/eine Kundin je 50 m² Verkaufsfläche unterscheiden. Eine wesentliche Abweichung im Sinne einer Rechtfertigung einer Atypik von den in § 12 Abs. 1 Satz 7 Nr. 3 12. BayIfSMV normierten Vorgaben ist insoweit aus infektionsschutzrechtlicher Sicht nicht ersichtlich und widerspräche der Intention des § 12 Abs. 1 Satz 7 Nr. 3 12. BayIfSMV.

30

Auch eine Gesamtschau mit dem von der Antragstellerin angeführten Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung und ihren finanziellen Belastungen führt zu keiner anderen Beurteilung. Wie bereits ausgeführt hängt das Erfordernis einer atypischen Fallgestaltung insbesondere mit dem weiteren Merkmal der infektionsschutzrechtlichen Vertretbarkeit zusammen. Die Kreisverwaltungsbehörde hat die Wertungen des Verordnungsgebers für den Regelfall zu beachten. Ziel der Untersagung der Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr ist es, die Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen zu flankieren und auf diese Weise das Infektionsgeschehen wieder einzudämmen, wobei die Schießung von Ladengeschäften mit Ausnahmen zu einer Vermeidung zahlreicher zufälliger Kontakte führt und zu Eingrenzung der Infektionsdynamik beiträgt (vgl. Begründung zur 11. BayIfSMV, BayMBl. 2020 Nr. 738, auf die die Begründung zu 12. BayIfSMV zur Begründung der fortgeführten Maßnahmen Bezug nimmt, BayMBl. 2021 Nr. 172 und Nr. 262). Unter Berücksichtigung der zur Begründung des Erlasses der 12. BayIfSMV angeführten infektionsschutzrechtlichen Erwägungen des Normgebers rechtfertigt der Ausschluss der Antragstellerin von der Gewährung der Überbrückungshilfe III keine besondere Fallgestaltung, bei der davon auszugehen ist, dass der Normgeber sie bei ihrem Erkennen vermutlich von sich aus ausgenommen hätte. Die finanzielle Situation der betroffenen Geschäfte wurde vielmehr durch die Gewährung staatlicher Wirtschaftshilfen berücksichtigt. Eine Kompensation des Ausschlusses der Antragstellerin von der Überbrückungshilfe über den Weg der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung würde hierzu im Widerspruch stehen.

31
Das Gericht verkennt insoweit nicht die schwierige finanzielle Situation der Antragstellerin. Diese betrifft jedoch jede Textil-Einzelhandelskette in vergleichbarer Lage in gleicher Weise.

32
Weitere Anhaltspunkte, die ggf. einen atypischen Ausnahmefall rechtfertigen könnten wie das Durchimpfen der gesamten Belegschaft oder der Kunden, die gewöhnlich das Modegeschäft der Antragstellerin aufsuchen, sind weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich.

33
Unabhängig davon ist vorliegend jedenfalls die infektionsschutzrechtliche Vertretbarkeit als weitere Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 28 Abs. 2 Satz 1 12. BayIfSMV nicht gegeben. Wie oben bereits dargelegt liegt der aktuelle 7-Tages-Inzidenzwert für den Landkreis … 130,3. Das Gericht hält unter Berücksichtigung dieses hohen Inzidenzwertes und dem Gesamtkonzept der bayerischen Pandemiebekämpfung die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung trotz der finanziellen Situation der Antragstellerin nicht für vertretbar. Die Entscheidung des Verordnungsgebers, Personenkontakte soweit wie möglich zu vermeiden und die Öffnung von Geschäften nur beschränkt zuzulassen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Anhaltspunkte dafür, dass der hohe Inzidenzwert auf ein abgrenzbares und leicht kontrollierbares Ausbruchsgeschehen im Landkreis … zurückgeht, bestehen nicht.

34
Folglich ist mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des § 28 Abs. 2 Satz 1 12. BayIfSMV ein Ermessensspielraum hinsichtlich der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung bereits nicht eröffnet.

35
Ferner dürfen nach § 28 Abs. 2 Satz 2 der 12. BayIfSMV Ausnahmegenehmigungen nur unter der zusätzlichen Voraussetzung eines Einvernehmens der zuständigen Regierung erteilt werden, weil die von der Antragstellerin begehrte begrenzte Öffnung ihres Modegeschäfts die grundsätzliche Regelung in § 12 Abs. 1 Sätze 1 und 7 der 12. BayIfSMV und damit eine allgemeine Fallkonstellation betrifft. Ein Einvernehmen der Regierung wurde bislang nicht erteilt.

36
Abgesehen davon, dass schon die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nicht vorliegen, ist nicht ersichtlich, dass unabhängig davon eine Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zwingend vorzunehmen wäre. Vielmehr wäre eine Ermessensentscheidung zu treffen. Etwaige Ermessensfehler sind hier ebenso wenig ersichtlich, wie eine Ermessensreduzierung auf Null.

37

Unabhängig von der Frage, ob Ladengeschäfte mit Kundenverkehr trotz umgesetzter Hygienemaßnahmen jeweils im Einzelfall konkret betrachtet das Infektionsgeschehen signifikant beeinflussen, ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung des Verordnungsgebers, bestimmte Lebensbereiche und damit zusammenhängende Betriebe stark einzuschränken, auf einem Gesamtkonzept beruht (vgl. BVerfG, B.v. 11.11.2020 - 1 BvR 2530/20 - juris, Rn. 16; VfGBbg, B.v. 11.12.2020 - 21/20 EA - juris, Rn. 19; VG Regensburg, B.v. 11.3.2021 - RO 5 E 21.358), welches von der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde auch im Rahmen der Erteilung von Ausnahmegenehmigungen zu beachten ist. Das Landratsamt hat hier im Bescheid vom 1. April 2021 und ergänzend in der Antragserwiderung vom 9. April 2021 nachvollziehbar dargelegt, weshalb die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nicht in Betracht kommt und weshalb die Ablehnung pflichtgemäßem Ermessen entspricht und verhältnismäßig ist. Auf diese Ausführungen wird im Einzelnen verwiesen.

38
Es bestehen auch keine Bedenken hinsichtlich der Grundrechte der Antragstellerin. Eine Abwägung zwischen den betroffenen Grundrechten der Antragstellerin aus Art. 12 Abs. 1 GG (Grundrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung) und gegebenenfalls Art. 14 Abs. 1 GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) mit dem Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG einer Vielzahl von Menschen ergibt den Vorrang des Schutzes von Leben und Gesundheit (vgl. BayVGH, B.v. 25.11.2020 - 20 NE 20.2588 - juris Rn. 16; VG Regensburg, B.v. 11.3.2021 - RO 5 E 21.358).

39
Ergänzend wird noch angemerkt, dass das Gericht bei summarischer (Inzident-)Prüfung keine durchgreifenden Zweifel an der Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit der streitgegenständlichen Regelungen in § 12 Abs. 1 Sätze 1 und 7 12. BayIfSMV hat (vgl. BayVGH, B.v. 17.3.2021 - 20 NE 21.609 - juris) zumal die Antragstellerin diesbezüglich nicht substantiiert vorgetragen hat. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die direkte Überprüfung der entsprechenden Regelungen der 12. BayIfSMV dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof im Wege eines Normenkontrollverfahrens nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO bzw. § 47 Abs. 6 VwGO obliegt (vgl. etwa BayVGH, B.v. 26.10.2020 - 20 CE 20.2185 - juris Rn. 14). Der Antragstellerin bleibt unbenommen dahingehende Anträge direkt beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu stellen.

40
Nach alledem waren der Antrag zu 1) und der Antrag zu 2) mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen.

41
Die Festsetzung des Streitwerts ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG. Im Vergleich zu dem ursprünglichen und inzwischen für erledigt erklärten Hauptantrag im Verfahren W 8 E 21.457 ist die wirtschaftliche Bedeutung der ebenfalls auf die Öffnung des Modegeschäfts gerichteten streitgegenständlichen Anträge zu 1) und 2) zusammen für die Antragstellerin als gleichwertig anzusehen sind. Es erscheint folglich ermessensgerecht, den Streitwert im gegenständlichen Verfahren auf 2.500,00 EUR festzusetzen.