

# Examensübungsklausur: „Fitnessstudios in Corona-Zeiten“

Von Lehrkraft für bes. Aufgaben Dr. **Benedikt Nehls**, LL.M., Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Renate Penßel**, M.A., Erlangen\*

*Die Klausur wurde als Übungsklausur im Rahmen des Examensklausurenkurses an der FAU Erlangen-Nürnberg im WS 2020/21 gestellt. Sie basiert auf der Rechtslage vom 18.11.2020. Spätere Änderungen des Infektionsschutzgesetzes sind in der Lösung nicht berücksichtigt. Der Gesetzgeber reagiert auf die in diesem Fall deutlich werdende rechtliche Problematik zunächst durch die Einfügung von § 28a IfSG (eingeführt mit Wirkung vom 19.11.2020 durch Gesetz vom 18.11.2020, BGBl. I 2020, S. 2397, zuletzt geändert durch Gesetz vom 29.3.2021, BGBl. I 2021, S. 370), der die nach wie vor durch die Länder zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie zu ergreifenden Maßnahmen auf eine konkretere formell-gesetzliche Ermächtigungsgrundlage stützte. Im durch Gesetz vom 22.4.2021 (BGBl. I 2021, S. 802) mit Wirkung zum 23.4.2021 eingefügten § 28b IfSG hat der parlamentarische Gesetzgeber nun selbst unmittelbar Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung angeordnet, die keiner Umsetzung durch die Landesexekutive mehr bedürfen.*

## Sachverhalt

Am 15. November 2020 kommt Michael Gerngroß (G), Geschäftsführer des „Michael’s Fitness Center GmbH“ (M-GmbH) in die Kanzlei von Rechtsanwalt Dr. Lionel Hutz (H) in Augsburg und schildert folgenden Sachverhalt:

Die M-GmbH betreibt als mittelständisches Unternehmen eine Vielzahl von Fitnessstudios in Bayern. Im Sommer 2020 hat sie aufgrund der COVID-19-Pandemie zur Erweiterung ihres bereits umfassenden Hygienekonzepts in eine Hochleistungs-Luftaustauschanlage mit FFP2-Filtern für insgesamt 10.000 Euro investiert. Weitere Anschaffungen betrafen diverse CO<sup>2</sup>-Messgeräte mit Alarmfunktion, die auf der Trainingsfläche verstreut aufgestellt wurden, sowie die Entwicklung einer App, welche die aktuelle Auslastung der Trainingsfläche anzeigt. Diese größeren Investitionen sollten primär dem Gesundheitsschutz der trainierenden Mitglieder, angesichts der „Corona-Einschränkungen“ aus dem Frühjahr 2020 aber auch als Absicherung gegen künftige Schließungen bei einer erneuten Verschärfung des Pandemiegeschehens dienen.

In § 10 Abs. 4 der durch das Bayerische Staatsministerium für Gesundheit und Pflege erlassenen 8. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (BayIfSMV) vom 30.10.2020, deren Geltung bis zum 30.11.2020 befristet ist, wurde erneut geregelt, dass Fitnessstudios mit Wirkung ab dem 2.11.2020 geschlossen werden. Die Schließung bringt die M-GmbH in eine finanziell existenzielle Krise.

G ist der Ansicht, dass die Schließung aller Fitnessstudios rechtswidrig ist. Es stelle sich schon die Frage, ob der bayerische Verordnungsgeber dies selbst regeln könne. Die heran-

gezogenen §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 IfSG seien als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht ausreichend. Nur der parlamentarische Gesetzgeber könne wesentliche Fragen der Grundrechtsausübung im Kontext der COVID-19-Pandemie regeln, was er bisher in §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 IfSG nicht ausreichend getan habe, obwohl die Pandemie in Deutschland nun bereits seit März andauere. Es sei unerträglich, dass der Gesetzgeber den Landesregierungen weiterhin freie Hand lasse, welche Grundrechtseinschränkungen sie für angemessen hielten, anstatt selbst konkretere Rechtsgrundlagen zu erlassen. Zudem sei § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG tatbestandlich sehr vage gefasst.

Jedenfalls verletze die angeordnete Schließung der Fitnessstudios die M-GmbH in ihrer Berufsfreiheit. Auch wenn er einsehe, dass die Bekämpfung der Ausbreitung der Pandemie einen sehr hohen Stellenwert habe und das Infektionsgeschehen mittlerweile diffus ablaufe (also Infektionsketten nicht mehr nachvollzogen werden können), müsse doch die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben. Ihn ärgert besonders, dass der Verordnungsgeber überhaupt nicht berücksichtigt hat, dass viele Fitnessstudios ihre Hygienekonzepte mit Luftfilteranlagen massiv verbessert haben. Mit Geräten der neuesten technischen Norm sei eine Ausfilterung schädlicher Aerosole aus der Luft zu 90 % in weniger als einer halben Stunde möglich. Selbst bei Anwesenheit vieler Personen in einem Raum könne bei Dauerbetrieb die Aerosolkonzentration auf unbedenklichem Niveau gehalten werden (trifft beides zu). Aus Verhältnismäßigkeitsgründen sei es deshalb zwingend notwendig gewesen, in § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV eine Ausnahmeregelung für atypische Fälle, z.B. so wie bei § 5 S. 2 der 8. BayIfSMV, aufzunehmen, sodass die örtlich zuständigen unteren Verwaltungsbehörden auf Antrag Ausnahmegenehmigungen für einen (ggf. eingeschränkten) Weiterbetrieb von Fitnessstudios erteilen können.

Schließlich ist G der Ansicht, dass § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt. Ihm leuchtet nicht ein, wieso Individualsport nach § 10 Abs. 1, Abs. 3 der 8. BayIfSMV, also z.B. Tennis in einer Tennishalle, weiterhin zulässig sein soll, Kraftsport im Fitnessstudio aber nicht. Kraftsport werde doch schließlich auch als Individualsport betrieben.

Das Staatsministerium für Gesundheit und Pflege in München antwortete ihm auf eine E-Mail, in der er auf seine „technischen Aufrüstungen“ und seine „rechtlichen Bedenken“ hinwies, dass aufgrund des exponentiellen und diffusen Infektionsgeschehens sowie des starken Anstiegs von COVID-19-Patienten auf den Intensivstationen zwischenmenschliche Kontakte in der Freizeit insgesamt stark reduziert werden müssen. Die Schließung aller Freizeiteinrichtungen sei tatbestandlich von §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 IfSG gedeckt und Teil eines Gesamtkonzeptes zur Reduzierung zwischenmenschlicher Kontakte. Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 IfSG würden nicht geteilt. Außerdem stünde dem Verordnungsgeber ein allgemeiner

---

\* Die Autoren sind Lehrkraft für besondere Aufgaben bzw. Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Kirchenrecht, Staats- und Verwaltungsrecht von Herrn Prof. Dr. Heinrich de Wall an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

Einschätzungsspielraum und eine Typisierungsbefugnis zu und es sei zu berücksichtigen, dass Staatshilfen für finanziell notleidende Unternehmen gezahlt würden, die geschlossen werden mussten. Schließlich sei die 8. BayIfSMV in ihrer Geltung befristet und der Verordnungsgeber ohnehin verpflichtet, unter Berücksichtigung der Entwicklung des Pandemiegeschehens die Verhältnismäßigkeit der Einschränkungen fortlaufend zu evaluieren und ggf. Anpassungen vorzunehmen.

G beauftragt H, gutachterlich zu untersuchen, inwieweit er mit Erfolg gerichtlich gegen § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV vorgehen kann.

**Achte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (8. BayIfSMV)**

§ 5 – *Veranstaltungen*

<sup>1</sup>Vorbehaltlich speziellerer Regelungen in dieser Verordnung sind Veranstaltungen, Versammlungen [...], Ansammlungen sowie öffentliche Festivitäten landesweit untersagt.

<sup>2</sup>Ausnahmegenehmigungen können auf Antrag von der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde erteilt werden, sofern dies im Einzelfall aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist.

§ 10 – *Sport*

(1) <sup>1</sup>Die Ausübung von Individualsportarten ist nur allein, zu zweit oder mit den Angehörigen des eigenen Hausstands erlaubt. <sup>2</sup>Die Ausübung von Mannschaftssportarten ist untersagt. [...]

(3) Der Betrieb und die Nutzung von Sporthallen, Sportplätzen und anderen Sportstätten sowie von Tanzschulen ist nur für die in Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 genannten Zwecke zulässig.

(4) Der Betrieb von Fitnessstudios ist untersagt.

**Infektionsschutzgesetz (IfSG)**

§ 32 – *Erlass von Rechtsverordnungen*

<sup>1</sup>Die Landesregierungen werden ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. <sup>2</sup>Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen.

§ 28 – *Schutzmaßnahmen (Stand 18.11.2020)*

(1) <sup>1</sup>Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, [...] soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur zu bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder

öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten.

**Bearbeitungsvermerk**

Andere als die abgedruckten Bestimmungen des Infektionsschutzgesetzes (insbesondere die jetzt geltenden §§ 28a und 28b IfSG) und der 8. BayIfSMV bleiben bei der Bearbeitung der Klausur außer Betracht.

**Frage 1**

Hat ein verwaltungsgerichtliches Hauptsacheverfahren der M-GmbH gegen § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV Aussicht auf Erfolg?

**Frage 2**

Welcher Antrag wäre im einstweiligen Rechtsschutz statthaft?

**Lösungsvorschlag zu Frage 1**

Für ein Vorgehen gegen § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV kommt in der Hauptsache insbesondere ein Normenkontrollverfahren gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO in Betracht. Im Falle seines Erfolges würde die Bestimmung gem. § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO für ungültig erklärt. Ein Normenkontrollverfahren gem. § 47 Abs. 1 VwGO hat Aussicht auf Erfolg, wenn es zulässig und begründet ist.

**A. Zulässigkeit**

**I. Entscheidung „im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“**

Nach § 47 Abs. 1 VwGO entscheidet das Oberverwaltungsgericht (hier: der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in München, § 184 VwGO, Art. 1 Abs. S. 1, S. 2 AGVwGO) über den Normenkontrollantrag „im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“. Diese Voraussetzung liegt nach allgemeiner Auffassung vor, wenn der Vollzug der zur Prüfung gestellten Vorschrift zu öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten i.S.v. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO führt, die von der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu entscheiden sind.<sup>1</sup> § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV ist eine Verbotsvorschrift, deren Nichtbefolgung jedenfalls (auch) polizei- und ordnungsrechtliche Eingriffsmaßnahmen gegen angetroffene Personen im Fitnessstudio nach sich ziehen würde (z.B. Identitätsfeststellung nach Art. 13 Abs. 2 BayPAG<sup>2</sup> und Platzverweis nach Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayPAG<sup>3</sup>), die dann vor dem Verwaltungsgericht überprüft werden könnten. Unschädlich ist, dass die Befolgung von § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV durch eine Bußgeldbestimmung gesichert wird

<sup>1</sup> Ziekow, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 41.

<sup>2</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: § 12 BbgPolG, § 18 HSOG, § 181 LVwG SH, § 14 PAG Th, § 27 PolG BW, § 10 POG RPF, § 12 PolG NRW, § 13 NPOG, § 15 Sächs-PVDG, § 20 SOG LSA, § 29 SOG M-V.

<sup>3</sup> Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: § 16 BbgPolG, § 31 HSOG, § 201 LVwG SH, § 17 PAG Th., § 30 PolG BW, § 13 POG RPF, § 34 PolG NRW, § 17 NPOG, § 18 Sächs-PVDG, § 36 SOG LSA, § 52 SOG M-V.

(§ 27 Nr. 7 der 8. BayIfSMV), da dies nur neben den Vollzug durch Maßnahmen tritt, die vor den Verwaltungsgerichten zu überprüfen sind.<sup>4</sup>

## II. Statthaftigkeit

Ein Normenkontrollverfahren ist nur in den in § 47 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VwGO genannten Fällen statthaft. Im vorliegenden Fall ist eine vom Bayerischen Staatsministerium für Gesundheit und Pflege erlassene infektionsschutzrechtliche Rechtsverordnung Verfahrensgegenstand, womit § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ausscheidet. Es handelt sich bei ihr jedoch um eine „im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift“ gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO<sup>5</sup>, die gem. Art. 5 S. 1 AGVwGO<sup>6</sup> auch im Normenkontrollverfahren überprüft werden kann.

## III. Antragsbefugnis

Der Antrag ist nur zulässig, wenn von der Antragstellerin geltend gemacht wird, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein (§ 47 Abs. 2 S. 1 VwGO). Vorliegend erscheint es jedenfalls möglich, dass die Antragstellerin durch die von § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV angeordnete Schließung der Fitnessstudios in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt ist. Auch eine Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG erscheint nicht von vorneherein ausgeschlossen. Beide Grundrechte finden gem. Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen Anwendung.

## IV. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Antragstellerin kann gem. § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO auch eine juristische Person sein,<sup>7</sup> also damit auch die M-GmbH. Die M-GmbH ist nicht nach § 62 Abs. 1 VwGO prozessfähig und muss daher gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 35 Abs. 3 GmbHG durch ihren Geschäftsführer G vertreten werden.

<sup>4</sup> Ziekow (Fn. 1), § 47 Rn. 44. Diese Ausführung ist nicht von den Bearbeitern zu erwarten.

<sup>5</sup> Voraussetzung für die Einschlägigkeit von Nr. 2 ist, dass die Rechtsverordnung dem Landesrecht zuzuordnen ist. Dafür ist maßgeblich, wer die Rechtsverordnung erlassen hat; dass sich ihre Ermächtigungsgrundlage in einem Bundesgesetz findet, ist unschädlich. Da die 8. BayIfSMV durch die bayerische Exekutive erlassen wurde, ist diese Voraussetzung erfüllt.

<sup>6</sup> Die meisten übrigen Länder lassen die Normenkontrolle gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ebenfalls zu, siehe § 4 BW-AGVwGO, § 4 Abs. 1 BbgVwGG, Art. 7 Abs. 1 BremAG-VwGO, § 15 HessAGVwGO, § 13 M-V AGGerStrG, § 75 NdsJustizG, § 18 SaarLAGVwGO, § 24 Abs. 1 SächsJG, § 10 AGVwGO LSA, § 67 LJustizG SH, § 4 ThürAGVwGO (uneingeschränkt), § 4 Abs. 1 AGVwGO RhPf (geringfügig einschränkt). Nur die Länder Berlin, Hamburg und Nordrhein-Westfalen haben von der Ermächtigung in § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO keinen Gebrauch gemacht.

<sup>7</sup> § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO entspricht insofern § 62 Nr. 1 VwGO.

Antragsgegner ist gem. § 47 Abs. 2 S. 2 VwGO der Rechtsträger der handelnden Behörde (Staatsministerium für Gesundheit und Pflege), also der Freistaat Bayern. Er wird gem. § 62 Abs. 3 VwGO, Art. 16 S. 1, S. 2 AGVwGO, § 3 Abs. 3 S. 1 LABV durch die Landesadvokatur vertreten.<sup>8</sup>

## V. Ordnungsgemäße Antragstellung

Der Antrag muss die Formvorschriften aus §§ 81 f. VwGO einhalten. Zusätzlich muss der in § 67 Abs. 4 VwGO angeordnete Vertretungszwang als Prozesshandlungsvoraussetzung vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof beachtet werden.<sup>9</sup>

## VI. Frist

Der Normenkontrollantrag ist gem. § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO binnen einer Jahresfrist beim Normenkontrollgericht einzureichen. Diese Frist kann hier unproblematisch eingehalten werden, allerdings ist zu beachten, dass die 8. BayIfSMV hinsichtlich ihrer Geltung bis zum 30.11.2020 befristet ist. Ein nach diesem Datum eingereichter Antrag ginge demnach ins Leere.

## B. Begründetheit

Der Normenkontrollantrag ist begründet, wenn die zur Prüfung gestellte Rechtsvorschrift gegen höherrangiges Recht verstößt, das zum Prüfprogramm im Normenkontrollverfahren gehört (siehe dazu § 47 Abs. 3 VwGO<sup>10</sup>), und deshalb ungültig ist (§ 47 Abs. 5 S. 2 VwGO).

## I. Formelle Rechtmäßigkeit

Mit dem Bayerischen Staatsministerium für Gesundheit und Pflege hat die gem. § 32 S. 2 IfSG i.V.m. § 9 Nr. 5 der Bayerischen Verordnung über die Zuständigkeit zum Erlass von Rechtsverordnungen<sup>11</sup> zuständige Stelle gehandelt. Auch im

<sup>8</sup> Eine Übertragung der Vertretung von der Landesadvokatur auf die Ausgangsbehörde ist möglich, § 3 Abs. 3 S. 2 LABV.

<sup>9</sup> Diese sog. „Postulationsfähigkeit“ ist keine Zulässigkeitsvoraussetzung des Normenkontrollverfahrens, sondern Voraussetzung für die Vornahme wirksamer Prozesshandlungen vor dem OVG bzw. VGH. Sie ist deshalb unter dem Prüfungspunkt „Ordnungsgemäße Antragstellung“ anzusprechen.

<sup>10</sup> In Bayern wird aus § 47 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 98 S. 4 BayVerf abgeleitet, dass die Grundrechte und grundrechtsähnlichen Rechte der BayVerf nicht zum Prüfungsmaßstab des BayVGH im Normenkontrollverfahren gehören, siehe BayVerfGH BayVBl. 1984, 460; BayVerfGHE 64, 177 (180). Näher zum Zusammenwirken von § 47 Abs. 3 VwGO mit bayerischem Landesverfassungsrecht *Lohse*, in: Huber/Wollenschläger, Landesrecht Bayern, 2019, Rn. 214 m.w.N.

<sup>11</sup> Bayerische Delegationsverordnung vom 28.1.2014 (GVBl. S. 22, BayRS 103-2-V), zuletzt geändert durch § 2 des Gesetzes vom 24.3.2021 (GVBl. S. 94). Diese Ausführung kann von den Bearbeitern nicht erwartet werden.

Übrigen sind Bedenken gegen die formelle Rechtmäßigkeit der 8. BayIfSMV nicht ersichtlich.<sup>12</sup>

## II. Materielle Rechtmäßigkeit

§ 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV ist materiell rechtmäßig, wenn er auf eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage gestützt werden kann, und auch im Übrigen nicht gegen höherrangiges Recht verstößt.

### 1. Ermächtigungsgrundlage

Es ist in zweifacher Hinsicht problematisch, ob § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV auf §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 IfSG gestützt werden kann. Fraglich ist, ob diese Vorschriften insofern eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV sein können, als sie mit dem im Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot wurzelnden Vorbehalt des (Parlaments)Gesetzes<sup>13</sup> („Wesentlichkeitstheorie“) vereinbar sind, sowie dem in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG geregelten rechtsverordnungsspezifischen Bestimmtheitsgebot genügen.

#### a) Vereinbarkeit mit dem Vorbehalt des Gesetzes („Wesentlichkeitstheorie“)

Fraglich ist zunächst, ob § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV im maßgeblichen Zeitpunkt (hier Mitte November) noch dem Vorbehalt des Gesetzes im Sinne der „Wesentlichkeitstheorie“ genügt. Der durch das BVerfG durch die sog. „Wesentlichkeitstheorie“ konkretisierte Vorbehalt des Gesetzes gebietet, dass jedenfalls alle Eingriffe in Grundrechte einer hinreichend bestimmten Grundlage in einem Parlamentsgesetz bedürfen,<sup>14</sup> wobei der parlamentarische Gesetzgeber „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung „[...] alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“ hat.<sup>15</sup> „Wesentlich“ sind danach jedenfalls alle Entscheidungen, die „wesentlich für die Verwirklichung der

Grundrechte“ sind. Wann und inwieweit es einer Regelung durch den Gesetzgeber bedarf, bestimmt sich nach dem jeweiligen Sachbereich und der Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes. Vorliegend geht es um vielfältige und weitreichende Grundrechtseingriffe zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie, es handelt sich also um wesentliche Fragen der Grundrechtsausübung, die von § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV betroffen sind. Die Qualifikation einer Regelung als „wesentlich“ hat demnach grundsätzlich ein Verbot der Normdelegation und ein Gebot größerer Regelungsdichte durch den parlamentarischen Gesetzgeber zur Folge, auch wenn ergänzende Regelungen durch Rechtsverordnungen nicht völlig ausgeschlossen sind.<sup>16</sup>

Die entscheidende Frage, die sich in diesem Zusammenhang also stellt ist, ob die in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG angelegte Aufgabenverteilung zwischen parlamentarischem Gesetzgeber und normkonkretisierender Ausgestaltung durch den ausführenden Ordnungsgeber noch den oben dargestellten verfassungsrechtlichen Maßstäben genügt.

Es ist nicht zu verkennen, dass es gerade im Hinblick auf die dynamische Entwicklung eines Pandemiegeschehens ein Bedürfnis für flexible Reaktionsmöglichkeiten von Seiten der Behörden gibt, um die Verbreitung des Virus effektiv und gleichzeitig möglichst grundrechtsschonend einzudämmen. Der weit gefasste Tatbestand von § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG [„notwendige Schutzmaßnahmen“] ermöglicht dies gerade.<sup>17</sup> Aus diesem Grund ist die Ermächtigung der Behörden durch eine gesetzliche Generalklausel für sich genommen nicht zu beanstanden. Auch dass neuartige Maßnahmen in einer bisher unbekanntem Gefährdungslage auf die Generalklausel gestützt werden, ist im Grundsatz nicht zu beanstanden, sondern gerade Rechtfertigung für deren Existenz.<sup>18</sup>

*Exkurs:* Dass dies im Grundsatz so sein muss, zeigt auch die Existenz von Generalklauseln im allgemeinen Polizei- und Sicherheitsrecht.<sup>19</sup> Gleichwohl hängt die Anwendbarkeit dieser Generalklauseln davon ab, dass nicht eine spezielle Rechtsgrundlage (z.B. eine Ermächtigung zu Standardmaßnahmen nach Art. 12 ff. BayPAG, Art. 16 ff. BayLStVG bzw. den entsprechenden Bestimmungen der Polizei – bzw. Ordnungsgesetze der übrigen Länder) anwendbar ist. Auch wenn es an einer solchen speziellen

<sup>12</sup> Exkurs: Bei der 2. BayIfSMV waren Rechtsfragen in Bezug auf die Bekanntmachung aufgeworfen, insbesondere ob die Notbekanntmachung im Ministerialblatt gem. Art. 51 Abs. 4 S. 1 LStVG a.F. (jetzt Art. 51 Abs. 3 S. 1 LStVG) vor der späteren amtlichen Verkündung im Gesetz- und Verordnungsblatt (Art. 51 Abs. 3 S. 2 LStVG) zulässig war. Der BayVGh hat diese Frage in einem Eilverfahren offengelassen, vgl. BayVGh, Beschl. v. 9.4.2020 – 20 NE 20.663, Rn. 28 (juris).

<sup>13</sup> Hinweis zur Terminologie: Es ist gleichermaßen begrifflich vertretbar, vom „Parlamentvorbehalt“ zu sprechen, vgl. hierzu nur die Verwendung der Terminologie in den in Fn. 21–22 zitierten Gerichtsentscheidungen.

<sup>14</sup> Näher siehe nur *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 105 ff., 107; *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 46. Ed., Stand: 15.2.2021, Art. 20 Rn. 172 ff.; *Maurer*, Staatsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Rn. 19 ff.; *Morlok*, Staatsorganisationsrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 343 ff. (Kurzzusammenfassung).

<sup>15</sup> Vgl. nur BVerfGE 49, 89 (126); 98, 218 (251 Rn. 136). Näher dazu u.a. *Schulze-Fielitz* (Fn. 14), Art. 20 Rn. 113 ff.

<sup>16</sup> Vergleiche zum Ganzen wortwörtlich BVerfG, Urt. v. 19.9.2018 – 2 BvF 1/15, Rn. 192–195 (juris).

<sup>17</sup> So etwa die Argumentation des OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020 – 5 Bs 209/20, Rn. 19–20 (juris).

<sup>18</sup> So hat das BVerfG anerkannt, dass es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, wenn die polizeiliche Generalklausel dahingehend ausgelegt wird, dass sie es „den Behörden ermöglicht, auf unvorhergesehene Gefahrensituationen auch mit im Grunde genommen näher regelungsbedürftigen Maßnahmen vorläufig zu reagieren“, siehe BVerfGK 20, 128, Rn. 25 (juris), um dem Gesetzgeber die erforderliche Zeit zu verschaffen, erkannte Regelungslücken sachgerecht zu füllen.

<sup>19</sup> Siehe z.B. Art. 11 Abs. 1 BayPAG, Art. 7 Abs. 2 BayLStVG; § 3 BWPoIG, § 8 PoIG NRW, § 14 NRWOBG, § 11 Nds SOG, § 12 SächsPVDG.

Ermächtigungsgrundlage fehlt, kann ein Rückgriff auf die Generalklausel ausgeschlossen sein, vor allem bei schwerwiegenden Eingriffen in Grundrechte, die nur unter qualifizierten formellen und materiellen Voraussetzungen in Betracht kommen, deren Definition nach der „Wesentlichkeitstheorie“ der Gesetzgeber vornehmen muss.<sup>20</sup> Da die Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie mit schwerwiegenden Grundrechtseingriffen einhergehen, stellte sich insbesondere die Frage, ob sie überhaupt und falls ja, wie lange sie auf die infektionsschutzrechtliche Generalklausel in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG gestützt werden konnten, zumal sie im Herbst 2020 bereits längerfristig angewendet worden waren und der Gesetzgeber die nötige Zeit und Lagekenntnis hatte, um konkretisierende Gesetzesbestimmungen zu erlassen. Näher dazu sogleich.

Vor diesem Hintergrund leuchtet es ein, dass gerade zu Beginn der Pandemie in Deutschland im Frühjahr ein besonderes Bedürfnis nach solchen flexiblen Reaktionsmöglichkeiten bestand, als der Gesetzgeber von den stark steigenden Infektionszahlen überrascht wurde und kaum Wissen über das neuartige Virus (seine Verbreitung, die von ihm ausgehenden Gefahren etc.) vorhanden war. Gleichwohl ist nicht von der Hand zu weisen, dass auf § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG i.V.m. § 32 IfSG in seiner Offenheit nun schon seit mehr als einem halben Jahr zurückgegriffen wird, um weitreichende Grundrechtseingriffe per Verordnung zu regeln, ohne dass der Gesetzgeber bisher konkretisierende Vorschriften erlassen hätte. Anders als noch im Frühjahr lässt sich inzwischen nicht mehr argumentieren, dass der Gesetzgeber von steigenden Infektionszahlen überrascht wurde. Vielmehr hatte er zwischenzeitlich mehrere Monate Zeit, auf die erwartbare „zweite Welle“ im Herbst und Winter zu reagieren. Insofern lässt sich durchaus kritisieren, dass es der parlamentarische Gesetzgeber unterlassen hat, nach mehr als einem halben Jahr Erfahrung in der Bekämpfung der Pandemie und rechtzeitig vor der „zweiten Welle“ gesetzgeberisch aktiv zu werden und konkretere Vorgaben im Infektionsschutzgesetz aufzustellen.<sup>21</sup> Folgt man dieser Ansicht, stellte die Generalklausel in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG Mitte November 2020 keine hinreichende Ermächtigungsgrundlage mehr dafür da, um schwerwiegendere Grundrechtseingriffe zur Pandemiebekämpfung, wie hier den Eingriff in Art. 12 GG, darauf zu stützen.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Näher *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, Rn. 49–50.

<sup>21</sup> So das VG Hamburg, Beschl. v. 10.11.2020 – 13 E 4550/20, Rn. 13 (juris).

<sup>22</sup> VG Hamburg, Beschl. v. 10.11.2020 – 13 E 4550/20, Rn. 13 (juris). Generell lässt sich sagen, dass auch wenn die zitierte Entscheidung des VG Hamburg sicherlich in ihren Äußerungen zur Verfassungswidrigkeit von auf der Grundlage von §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 IfSG getroffenen Maßnahmen am weitesten geht, auch sonst in der Literatur (etwa *Papier*, DRiZ 2020, 180 ff.) und obergerichtlicher Rechtsprechung deutliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit geäußert wurden. Siehe etwa auch BayVGh, Beschl. v. 29.10.

*Hinweis:* Eine andere Ansicht ist vor dem Hintergrund der Schwierigkeiten, in der Dynamik einer Pandemie und angesichts der beständigen Weiterentwicklung geeigneter Bekämpfungsstrategien, der jeweiligen Situation angemessene, verhältnismäßige Grundrechtseingriffe unmittelbar in einem grundsätzlich langwierigen parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren vorzugeben, gut vertretbar.

#### b) Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG

Fraglich ist außerdem, ob §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 IfSG als Ermächtigungsgrundlage noch dem ordnungsspezifischen Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG genügen.

Nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung in der Ermächtigungsnorm hinreichend bestimmt sein. Damit ergänzt und konkretisiert er den Gesetzesvorbehalt sowie den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.<sup>23</sup> Das Bestimmtheitsgebot bezweckt, das Parlament zu verpflichten, die Grenzen der übertragenen Kompetenzen zu bedenken und diese nach Tendenz und Programm so genau zu umreißen, dass schon aus der Ermächtigung selbst erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll. Nicht erforderlich ist hingegen, dass die Ermächtigung in ihrem Wortlaut so genau wie möglich gefasst ist, sondern es genügt, wenn Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung im Wege der Auslegung bestimmbar sind. Dem Gesetzgeber ist es hierbei grundsätzlich auch nicht verwehrt, die Exekutive im Rahmen von Generalklauseln zu ermächtigen. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verbietet es ihm jedoch, sich seiner Verantwortung als gesetzgebender Körperschaft zu entäußern, indem es der Exekutive eine „Blankoermächtigung“ oder „Globalermächtigung“ gewährt.<sup>24</sup>

Im konkreten Fall könnte der Tatbestand des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG als noch verfassungsrechtlich zulässige, hinreichend konkretisierte Generalklausel anzusehen sein. Dafür spricht neben der Tatsache, dass sich der Zweck der Ermächtigung aus § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG eindeutig ergibt, dass § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 IfSG die Anwendungsmöglichkeiten durch ein Fallbeispiel konkretisiert und dass § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG seine im Infektionsschutzrecht (angesichts der dort drohenden überraschenden, unverstandenen Gefahrenlagen) unverzichtbare Rolle als Generalklausel (näher dazu oben) ohne eine gewisse tatbestandliche Weite nicht erfüllen kann. Da im Hinblick auf § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 IfSG der Anwendungsbereich der Ermächtigungsnorm jedenfalls bestimmbar ist, liegt keine unzulässige Globalermächtigung vor.<sup>25</sup>

2020 – 20 NE 20.2360, Rn. 28–37 (juris): „Nach Auffassung des Senats bestehen erhebliche Zweifel, ob die mit dem Eilantrag angegriffenen Maßnahmen noch mit den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts [...] vereinbar sind.“

<sup>23</sup> Siehe im Kontext der COVID-19-Pandemie OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020 – 5 Bs 209/20, Rn. 14 (juris); BayVGh, Beschl. v. 9.4.2020 – 20 NE 20.663, Rn. 32 (juris).

<sup>24</sup> BVerfG, Urt. v. 19.9.2018 – 2 BvF 1/15, Rn. 199 (juris); OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020 – 5 Bs 209/20, Rn. 14 (juris).

<sup>25</sup> So jedenfalls (wohl) durchgehend die obergerichtliche Rechtsprechung, kritischer zum Teil die Literatur.

*Hinweis:* Es ist nicht leicht, die soeben in a) und b) geprüften Aspekte trennscharf auseinanderzuhalten, zumal nach der Rechtsprechung des BVerfG die Anforderungen der Wesentlichkeitsdoktrin durch Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG „konkretisiert“ werden. Zweifellos weisen die Wesentlichkeitstheorie bzw. der Vorbehalt des Parlamentsgesetzes an sich und die Frage der hinreichenden Bestimmtheit nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG Überschneidungspunkte auf. So geht etwa die Entscheidung des BayVGH vom 9.4.2020<sup>26</sup> nur auf den Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots ein, während die zitierte Entscheidung des OVG Hamburg<sup>27</sup> und auch die spätere Entscheidung des BayVGH v. 29.10.2020 – 20 NE 20.2360<sup>28</sup> zwischen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und dem Vorbehalt des Parlamentsgesetzes differenzieren.

Es ist daher vertretbar, wenn die oben angesprochenen Probleme zur Wesentlichkeitstheorie als solche im Rahmen von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG erörtert werden.

### c) Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsnorm

Je nachdem, welcher Auffassung man im Rahmen der Diskussion zum Gesetzesvorbehalt folgt, wäre noch (kurz) zu prüfen, ob § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV tatbestandlich von §§ 32 S. 1, 28 Abs. 1 S. 1 IfSG gedeckt ist. Dies ist im Hinblick auf § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 IfSG relativ unproblematisch zu bejahen, da die Schließung von Fitnessstudios als eine „Verpflichtung“ einen „bestimmten Ort nicht zu betreten“ anzusehen ist.

### 2. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Fraglich ist weiter, ob § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Der Prüfungsmaßstab des Normenkontrollgerichts erstreckt sich nicht nur auf diejenigen Normen, die Rechte des Klägers schützen, sondern auf sämtliches höherrangiges Recht, da das Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 1 VwGO ein objektives Rechtsbeanstandungsverfahren ist. Prüfungsmaßstab sind, abgesehen von Grundrechten der Bayerischen Verfassung (vgl. § 47 Abs. 3 VwGO, Art. 98 S. 4 BV),<sup>29</sup> daher sämtliche im Rang über § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV stehende Rechtsvorschriften, also insbesondere die Grundrechte des Grundgesetzes.

*Exkurs:* Nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ist auch das primäre und sekundäre europäische Unionsrecht Teil des Prüfungsmaßstabs.<sup>30</sup> Dies ist zweifelsfrei insofern der Fall, als ein Verstoß gegen Unionsrecht die erforderliche Ermächtigungsgrundlage der zu überprüfenden Norm unanwendbar machen kann, mit der Folge, dass der zu prüfenden Norm die

Rechtsgrundlage fehlen würde. Fraglich ist dagegen, ob es für die Entscheidung des VGH eine Rolle spielt, wenn die untergesetzliche Norm selbst gegen Unionsrecht verstößt. Dies ist deshalb nicht unproblematisch, weil die Entscheidung nach § 47 VwGO auf die Feststellung der „Gültigkeit“ einer untergesetzlichen Norm gerichtet ist. Ein etwaiger Verstoß gegen Unionsrecht macht eine untergesetzliche Norm aber nicht ungültig, sondern nur unanwendbar (Anwendungsvorrang, nicht Geltungsvorrang des Unionsrechts). Ebenso sind die konventionsrechtlich verbürgten Menschenrechte der EMRK Teil des Prüfungsmaßstabs, da diese nach Art. 59 Abs. 2 GG im Rang eines einfachen Bundesgesetzes stehen.

### a) Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

§ 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV könnte gegen die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit verstoßen.

#### (aa) Schutzbereich

##### (1) Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit müsste in Bezug auf die M-GmbH als Antragstellerin eröffnet sein. Dies ist unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG der Fall, wonach die Grundrechte auch für inländische juristische Personen gelten, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Dies ist bei der Berufsfreiheit jedenfalls insoweit der Fall, als die Berufstätigkeit natürlicher Personen durch und mit Hilfe juristischer Personen geschieht.<sup>31</sup>

##### (2) Sachlicher Schutzbereich

Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet als einheitliches Grundrecht sowohl die freie Berufswahl als auch die freie Berufsausübung.<sup>32</sup> Beruf ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage.<sup>33</sup> Das Betreiben einer Fitnessstudiokette durch G – hier mithilfe der Rechtsform einer GmbH – dient bei lebensnaher Betrachtung zumindest auch der Erzielung von Gewinn zur Erhaltung seiner Lebensgrundlage.

##### (bb) Eingriff

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit liegt (nur) vor, wenn eine Regelung gerade die Berufsausübung tangiert, also subjektiv oder zumindest objektiv berufsregelnde Tendenz hat.<sup>34</sup> Erforderlich ist in Abgrenzung zu lediglich reflexhaften Berührungspunkten die Feststellung, dass durch die Regelung gerade die Rahmenbedingungen der beruflichen Tätigkeit verändert werden oder aufgrund ihrer Gestaltung ein enger Zusammenhang zur Ausübung eines Berufes besteht.<sup>35</sup> § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV betrifft mit der angeordneten Schließung der Fitnessstudios direkt die Rahmenbedingung einer

<sup>26</sup> Siehe Fn. 12.

<sup>27</sup> Siehe Fn. 17.

<sup>28</sup> Siehe Fn. 22.

<sup>29</sup> Siehe dazu bereits oben Fn. 10 sowie *Giesberts*, in: Posser/Wolff, Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, 57. Ed., Stand: 1.4.2021, § 47 Rn. 67.1.

<sup>30</sup> *Giesberts* (Fn. 29), § 47 Rn. 69 f.

<sup>31</sup> *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 323.

<sup>32</sup> *Manssen* (Fn. 31), Art. 12 Rn. 2 m.w.N.

<sup>33</sup> *Manssen* (Fn. 31), Art. 12 Rn. 37.

<sup>34</sup> *Manssen*, Staatsrecht, Bd. 2, 17. Aufl. 2020, § 26 Rn. 641 ff.

<sup>35</sup> *Manssen* (Fn. 34), § 26 Rn. 644.

Berufsausübung. Ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG liegt damit vor.

*(cc) Rechtfertigung*

Fraglich ist, ob der Eingriff in die Berufsfreiheit gerechtfertigt werden kann. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG enthält einen einfachen Gesetzesvorbehalt. Dieser verlangt, dass überhaupt eine gesetzliche Grundlage vorhanden sein muss,<sup>36</sup> sagt aber nichts darüber aus, ob der eigentliche Eingriff in den Schutzbereich nicht auch durch Rechtsverordnung oder Satzung erfolgen kann.<sup>37</sup> Mithin kann die Berufsfreiheit auch durch § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV eingeschränkt werden.

Problematisch erscheint aber die Frage der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, also ob § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV gegen das Übermaßverbot verstößt.

*(1) Verhältnismäßigkeit*

Die angeordnete Schließung in § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV müsste ein legitimes Ziel verfolgen und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sein. Des Weiteren müsste § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV auch angemessen sein, also nicht außer Verhältnis zur Erreichung des gesetzten Ziels stehen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).

*(aa) Legitimer Zweck*

§ 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV dient der Eindämmung der Infektionszahlen der COVID-19-Pandemie und damit dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens, unter anderem durch Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).

*(bb) Geeignetheit*

§ 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV ist geeignet, wenn seine Vorgabe der Zielerreichung wenigstens förderlich ist. Da es durch die Schließung der Fitnessstudios zwangsläufig zu einer Reduzierung der Kontakte im privaten Bereich kommt, kann davon ausgegangen werden, dass dies der Fall ist.

*(cc) Erforderlichkeit*

Fraglich ist jedoch, ob § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV zur Zielerreichung erforderlich ist. Die Erforderlichkeit einer grundrechtsbeschränkenden Maßnahme liegt nur dann vor, wenn es kein milderes Mittel gibt, das zur Erreichung des Zwecks gleichermaßen geeignet ist. Denkbar wäre es, bereits an dieser Stelle zu argumentieren, ob nicht ein genereller (ggf. stark) eingeschränkter Weiterbetrieb der Fitnessstudios ein milderes, gleich geeignetes Mittel ist. Ein solcher dürfte jedoch nicht mit Sicherheit gleich geeignet sein, da es selbst bei Einhaltung der allgemeinen Hygieneregeln auf der Trainingsfläche aufgrund des Publikumsverkehrs im Eingangsbereich und in den Umkleiden (weniger Platz) immer noch zu Infektionsrisiken kommen kann. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass nach allgemeiner Meinung dem Ordnungsgeber hinsichtlich der Erforderlichkeit ein gewisser Einschätzungs-

spielraum zukommt und er hierbei in gewissen Grenzen typisieren und generalisieren darf.<sup>38</sup>

*(dd) Angemessenheit*

Jedoch könnte die vollständige Untersagung des Weiterbetriebs der Fitnessstudios in § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV in Ermangelung eines Ausnahmetatbestandes für atypische Fälle außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen, also nicht mehr angemessen sein.

Der vorliegende Fall zeigt anschaulich, dass die Unterscheidung zwischen Berufsausübungsregeln, subjektiven und objektiven Berufswahlregeln zur Bestimmung der Eingriffsintensität schnell an ihre Grenzen stoßen kann. Zwar ist die Anordnung der Schließung der Fitnessstudios durchaus noch als Berufsausübungsregel qualifizierbar, da zwar Präsenzbetrieb in den Studios unmöglich ist, aber Online-Alternativangebote zulässig sind, die in der Praxis auch stattfinden. Hinsichtlich der Intensität des Eingriffs wirkt § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV jedoch ähnlich wie eine objektive Berufszulassungsschranke. Dies bedeutet, dass hinsichtlich der Rechtfertigung des Eingriffs nur der Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter in Betracht kommt. Da die Maßnahme jedoch dem Schutz von Leben und Gesundheit und damit der Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dient, ist diese Voraussetzung erfüllt.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn ist anerkannt, dass besonders intensive Grundrechtseingriffe wenn möglich durch Übergangs-, Befreiungs-, Ausnahme- oder Kompensationsregeln abgemildert werden sollen.<sup>39</sup> Auf diesen Grundsatz nimmt das Bundesverfassungsgericht regelmäßig Bezug, wenn es um die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von „Komplettverboten“ geht.<sup>40</sup> Daher könnte § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV unangemessen sein, da es keine Ausnahmeregelung für solche Fitnessstudios gibt, die ihre Indoor-Flächen mit modernen Luftfiltersystemen nachgerüstet haben. Diese Luftfiltersysteme haben gerade den Zweck, die durch die Sportausübung auf der Trainingsfläche entstehenden Aerosole aus der Luft herauszufiltern, um so Gesundheitsgefahren für die Trainierenden zu beseitigen.<sup>41</sup>

*Hinweis:* Die Angaben zum Sachverhalt mit der 90 %-Ausfilterung sind einer aktuellen Studie entnommen, die sich auf ein volles Klassenzimmer mit Schülern bezieht,

<sup>38</sup> Siehe nur die Auffassung der Staatsregierung in BayVGH, Beschl. v. 12.11.2020 – 20 NE 20.2463, Rn 18 (juris).

<sup>39</sup> *Manssen* (Fn. 34), § 8 Rn. 214.

<sup>40</sup> Siehe beispielhaft die Entscheidung des BVerfG zum Fehlen einer Ausnahmeregelung bei der Ausgestaltung des Karfreitags als stillen Feiertag durch den bayerischen Feiertagsgesetzgeber, BVerfG, Beschl. v. 27.10.2016 – 1 BvR 458/10, Rn. 74.

<sup>41</sup> Vgl. BayVGH, Beschl. v. 12.11.2020 – 20 NE 20.2463, Rn. 18 (juris), wo die Staatsregierung maßgeblich auf die Gefahr durch Aerosole durch den Trainingsbetrieb abstellt.

<sup>36</sup> Siehe dazu oben Fn. 14.

<sup>37</sup> *Manssen* (Fn. 31), Art. 12 Rn. 117.

in dem genau solche Luftfilteranlagen erfolgreich getestet wurden.<sup>42</sup>

Vorstellbar wäre damit durchaus eine Ausnahmeregelung in § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV, wonach z.B. die örtlich zuständigen unteren Verwaltungsbehörden auf Antrag einen eingeschränkten Weiterbetrieb gestatten können, wenn durch den Betreiber (z.B. durch Einreichen entsprechender Unterlagen und Nachweise) glaubhaft gemacht wird, dass sein Fitnessstudio mit einem solchen Luftfiltersystem ausgerüstet ist. Flankierende Schutzmaßnahmen wie der Einsatz von CO<sup>2</sup>-Warngeräten usw. könnten ebenfalls zur Bedingung für eine Ausnahmeregelung gemacht werden. In jedem Falle müsste sichergestellt werden, dass es auch außerhalb der Trainingsfläche nicht zu Menschenansammlungen kommt.

Andererseits ist aber auch nicht zu verkennen, dass die Möglichkeit der Erteilung von Ausnahmegenehmigungen der Konzeption des Ordnungsgebers zuwiderläuft, Kontakte im Freizeitbereich insgesamt unterbinden zu wollen.<sup>43</sup> Auch wenn ein solcher Ausnahmetatbestand dafür gedacht ist, atypische Fälle zu erfassen, um Einzelfallgerechtigkeit herzustellen, droht dabei doch grundsätzlich auch die Gefahr, dass diese Zielsetzung durch die Gewährleistung zu vieler Ausnahmen unterlaufen wird, also eine Verkehrung von Regel- und Ausnahmeverhältnis ins Gegenteil droht. Wie gesehen, dient die vollständige Schließung der Fitnessstudios dem Schutz wichtiger Rechtsgüter, namentlich dem Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Auch wenn auf der Seite der Antragstellerin mit der Berufsfreiheit gleichfalls gewichtige Rechtspositionen betroffen sind, muss in der Abwägung berücksichtigt werden, dass finanzielle Unterstützungsleistungen für die durch die Schließung betroffenen Unternehmen vorgesehen sind, was den Grundrechtseingriff kompensatorisch abmildert.

Dennoch sprechen (auf der Grundlage der laut Sachverhalt zutreffenden Ausgangsannahmen über die Wirksamkeit der Luftfilteranlagen) gute Gründe für die Notwendigkeit einer Ausnahmeregelung in § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV. Knüpft man eine Ausnahme von § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV an entsprechend enge Voraussetzungen, die ein Infektionsrisiko weitestgehend ausschließen (was laut Sachverhalt möglich ist), ist fraglich, ob tatsächlich eine Umkehrung des Regel-/Ausnahmeverhältnisses droht. Gleichzeitig ermöglich-

te sie es den örtlich zuständigen unteren Verwaltungsbehörden, im Einzelfall verantwortungsvolle Entscheidungen zu treffen. Dass eine solche Regelung dem Gesamtkonzept der Staatsregierung zur Eindämmung der Infektionszahlen nicht generell widerspricht, zeigt § 5 S. 2 der 8. BayIfSMV, wonach Ausnahmegenehmigungen z.B. für Veranstaltungen des öffentlichen Lebens durch die Kreisverwaltungsbehörde erteilt werden können.

Schlussendlich wird der hier vertretene Lösungsweg auch nicht durchgreifend von dem Argument infrage gestellt, dass die Geltung der Verordnung bis zum 30.11.2020 befristet und der Ordnungsgeber ohnehin zur fortlaufenden Evaluierung der Verhältnismäßigkeit verpflichtet ist. Denn gibt es Fälle, in denen – was hier unterstellt wird – für das Schutzgut des Eingriffs von der Grundrechtsausübung keine oder jedenfalls kaum eine Gefahr ausgeht, kann auch die vorübergehende Dauer des Eingriffs seine Verhältnismäßigkeit nicht begründen.

Nach alledem ist daher § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV nicht verhältnismäßig im engeren Sinne und verstößt damit gegen die Berufsfreiheit.<sup>44</sup>

*Hinweis:* Eine andere Ansicht ist im Hinblick auf Aspekte der Verwaltungspraktikabilität in Pandemiezeiten (Eilbedürftigkeit und Kurzfristigkeit sämtlicher Maßnahmen) gut vertretbar.

*b) Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG*  
Art. 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV könnte darüber hinaus gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, indem Fitnessstudios gegenüber anderen Indoor-Sportstätten i.S.v. § 10 Abs. 3, Abs. 1 der 8. BayIfSMV benachteiligt werden.

*(aa) Ungleichbehandlung zwischen § 10 Abs. 3, Abs. 1 und Abs. 4 BayIfSMV*

Der Allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verbietet es, wesentlich Ungleiches gleich und wesentlich Gleiches ungleich zu behandeln.<sup>45</sup> In § 10 Abs. 4 BayIfSMV und § 10 Abs. 3, Abs. 1 der 8. BayIfSMV könnte der Ordnungsgeber vergleichbare Sachverhalte in gleichheitswidriger Weise ungleich behandelt haben. Diese Vergleichbarkeit setzt hierbei voraus, dass das Training in Fitnessstudios und Sport-

<sup>42</sup> Näher dazu *Curtius/Granzin/Schrod*, *Aerosol Science and Technology* 55 (2021), 586 ff. (<https://doi.org/10.1080/02786826.2021.1877257>).

<sup>43</sup> Vgl. BayVGH, *Beschl. v. 16.11.2020 – 20 NE 20.2561*, Rn. 21 (juris), zur Schließung von Theatern: „Im Übrigen würde sich ein von ihr geforderter Befreiungsvorbehalt für den Regelbetrieb kultureller Veranstaltungen nicht mehr in das Schutzkonzept des Antragsgegners einfügen, das auf Grundlage einer gegenwärtigen Bewertung der Pandemielage vorsieht, die Angebote in den Bereichen Freizeit, Kultur und Gastronomie grundsätzlich zu schließen. Stattdessen würde das vom Ordnungsgeber u.a. im Bereich Kultur angewandte Regel-Ausnahme-Verhältnis in sein Gegenteil verkehrt.“

<sup>44</sup> Nicht ganz klar verhält sich hinsichtlich des Ergebnisses zu Art. 12 Abs. 1 GG die Entscheidung des BayVGH vom 12.11.2020 – 20 NE 20.2463. Der BayVGH spricht in Rn. 26 des Beschlusses lediglich von einem „unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG“, ohne dies jedoch nachgehend näher zu prüfen. Vielmehr lesen sich die weiteren Ausführungen des BayVGH, die maßgeblich auf Art. 3 Abs. 1 GG abzielen, so, dass aufgrund der Ungleichbehandlung von Fitnessstudios zu Indoor-Sportanlagen (dazu sogleich im Fall) auch eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG resultiere.

<sup>45</sup> *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 31), Art. 3 Rn. 40 m.w.N.

arten i.S.v. § 10 Abs. 3, Abs. 1 der 8. BayIfSMV unter einer Obergruppe zusammengefasst werden können. Naheliegend ist hier eine Zusammenfassung unter der Obergruppe „Indoor-Individualsport“. Gegen diese Zusammenfassung spricht nicht, dass die Trainingsfläche eines Fitnessstudios typischerweise von mehreren Personen genutzt wird. Denn im Hinblick auf die Beschränkungen aus § 10 Abs. 1 der 8. BayIfSMV für jede Art von (Individual-)Sportausübung ist dieser Einwand letztlich nicht durchgreifend:<sup>46</sup> Würde Kraftsport in einem Fitnessstudio genauso wie die von § 10 Abs. 3 der BayIfSMV erfassten Sportarten nach Maßgabe von § 10 Abs. 1 der 8. BayIfSMV betrieben, was genauso wie bei diesen grundsätzlich denkbar ist, lägen im „wesentlichen vergleichbare Sachverhalte“<sup>47</sup> vor,<sup>48</sup> deren Ungleichbehandlung deshalb im Folgenden auf ihre Rechtfertigbarkeit überprüft werden muss.

#### *(bb) Rechtfertigung*

Während in früheren Entscheidungen des BVerfG auf der Rechtfertigungsebene noch strikt zwischen „Willkürformel“ und „Neuer Formel“ differenziert wurde, wird in der Rechtsprechung mittlerweile zunehmend ein „gleitender Maßstab“ herangezogen. Hiernach müssen für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen notwendigerweise hinreichend gewichtige Sachgründe für die Differenzierung vorliegen, wobei je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter Prüfungsmaßstab zur Anwendung kommen kann.<sup>49</sup> Bei § 10 Abs. 1, Abs. 3 der 8. BayIfSMV hat sich der Verordnungsgeber als milderes Mittel dafür entschieden, den im Hinblick auf das Infektionsrisiko weniger gefährlichen Individualsport im Amateur- und Freizeitbereich (in Abgrenzung zum Mannschaftssport) gerade nicht vollständig zu verbieten. Es ist nicht ersichtlich, weshalb für Fitnessstudios hierbei andere Maßstäbe gelten sollten als für Sporteinrichtungen i.S.v. § 10 Abs. 3 der 8. BayIfSMV. Insofern fehlt ein sachlicher Grund für die Schlechterstellung von Fitnessstudios. Wenn der Verordnungsgeber im Rahmen von § 10 der 8. BayIfSMV offensichtlich auf die Infektionsgefahren eines bestimmten Freizeitverhaltens abstellt und nicht ausschließlich darauf, private Kontakte im Freizeitbereich möglichst umfassend zu unterbinden, durchbricht er mit § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV sein eigenes Regelungskonzept und wird dadurch den Anforderungen des Gleichheitssatzes nicht gerecht.<sup>50</sup>

Demnach verstößt § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV auch gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.

*Hinweis:* Eine andere Ansicht ist im Hinblick auf die realen praktischen Unterschiede zwischen einem Fitnessstudiobetrieb und den unter § 10 Abs. 3 der 8. BayIfSMV denkbaren Sportarten wie z.B. Tennis vertretbar.

#### **C. Ergebnis**

Der Normenkontrollantrag nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ist zulässig und begründet und hat daher Aussicht auf Erfolg.

*Hinweis:* Eine andere Ansicht ist vertretbar (siehe oben).

#### **Lösungsvorschlag zu Frage 2**

Die M-GmbH könnte – und sollte – auch ein Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gem. § 47 Abs. 6 VwGO anstrengen. Hiernach kann das für die Hauptsache zuständige Normenkontrollgericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen Gründen geboten ist.

Der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO wäre hier der statthafte Eilrechtsschutzbehelf. Eine allgemeine Subsidiarität des Normenkontroll-Eilantrags gegenüber vorläufigem Rechtsschutz nach §§ 80 Abs. 5, 80a, 123 VwGO gibt es nach h.M. nicht. Prinzipiell stehen daher die Eilverfahren nach §§ 80 Abs. 5, 123 und 47 Abs. 6 VwGO gleichberechtigt nebeneinander. Letztendlich bestimmt sich das Verhältnis der verschiedenen Eilrechtsschutzverfahren aber nach dem Angriffsgegenstand und daher der Rechtsschutzform in der Hauptsache.<sup>51</sup>

Da sich die Hauptsache gegen § 10 Abs. 4 der 8. BayIfSMV richtet, der nach dem Begehren der Antragstellerin vom Normenkontrollgericht außer Vollzug gesetzt werden soll (§ 47 Abs. 5 S. 2 VwGO), kommt daher Eilrechtsschutz hier nur nach § 47 Abs. 6 VwGO (und nicht nach § 80 Abs. 5 oder § 123 Abs. 1 VwGO) in Betracht.

<sup>46</sup> So jedenfalls der BayVGh, Beschl. v. 12.11.2020 – 20 NE 20.2463, Rn. 27 (juris).

<sup>47</sup> Dies fordert das BVerfG, siehe BVerfGE 130, 151 (175).

<sup>48</sup> BayVGh, Beschl. v. 12.11.2020 – 20 NE 20.2463, Rn. 27 (juris).

<sup>49</sup> Siehe hierzu insgesamt *Wollenschläger* (Fn. 45), Art. 3 Rn. 99.

<sup>50</sup> So der BayVGh, Beschl. v. 12.11.2020 – 20 NE 20.2463, Rn. 27 (juris).

<sup>51</sup> *Panzer*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsgerichtsordnung, 39. Lfg., Stand: Juli 2020, § 47 Rn. 141.