

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof



Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Montgelaßplatz 1, 91522 Ansbach
Vorab per Telefax: 0941 698 44-20

Prof. Dr. Schörnig & Schimmel Rechtsanwälte
 Ziegetsdorfer Str. 109
 93051 Regensburg

Ihr Zeichen	Bei Antwort bitte immer angeben Unser Zeichen	Tel.	Ansbach,
2020/10553	20 NE 20.1208	0981 9096-40	25.05.2020

Normenkontrollsache
 Dr. Thomas Grund
 DANCEIMPERIAL GmbH
 gegen Freistaat Bayern
 wegen Infektionsschutzgesetz / Tanzschule
 (Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO)

In Abdruck: (2-fach)

mit der Bitte um Kenntnisnahme.

Im richterlichen Auftrag

die Geschäftsstelle

Dienstgebäude
 Montgelaßplatz 1
 91522 Ansbach

Partelverkehrszeiten
 Mo. - Do. 8.00 Uhr - 12.00 Uhr
 13.00 Uhr - 16.00 Uhr
 Fr. 8.00 Uhr - 12.00 Uhr
 13.00 Uhr - 14.00 Uhr

Telefon: 0981 9096-0
Telefax: 0981 9096-99

E-Mail: poststelle@vgh.bayern.de
Internet: <http://www.vgh.bayern.de>

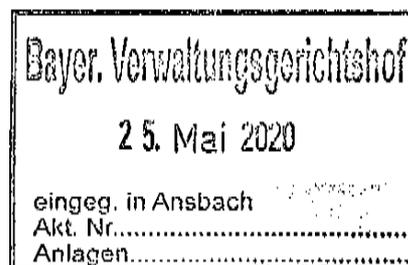
Akteneinsicht nach vorheriger Vereinbarung

Kopie

LANDESANWALTSCHAFT BAYERN



Landes-anwaltschaft Bayern • Montgelasplatz 1 • 91522 Ansbach



Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
– Dienststelle Ansbach –
Montgelasplatz 1
91522 Ansbach

Ihr Zeichen /
Ihre Nachricht vom
20 NE 20.1208
20.05.2020

Bitte bei Antwort angeben
Unser Zeichen
LAB 21 P 20 NE 20.1208

Telefon
0981 9096-
48

Telefax
0981 9096 –
98 Ansbach,
25.05.2020

Normenkontrollsache (Normenkontrolle § 47 Abs. 6 VwGO)

Dr. Thomas Grund
DANCEIMPERIAL GmbH
gegen **Freistaat Bayern**
wegen Infektionsschutzgesetz / Tanzschule
(Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO)

Anlagen

1 DFB/DFL-Konzept „Sonderspielbetrieb im Profifußball“ (3-fach)
2 Kopien dieses Schriftsatzes

Wir beantragen,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO abzulehnen.

- Der Antrag ist darauf gerichtet, § 11 Satz 1 der Vierten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (4. BayIfSMV) vom 05.05.2020, BayMBl. Nr. 240, Nrn. 245, 247, 269, 287) vorläufig außer Vollzug zu setzen, soweit danach Tanzschulen nach dem 25. Mai 2020 noch geschlossen sind.

Nach § 11 Satz 1 4. BayIfSMV sind Tanzschulen neben anderen, ausdrücklich als Freizeiteinrichtungen eingestuften Einrichtungen wie Clubs, Diskotheken, Wellnesszentren oder Fit-

- 2 -

nessstudios sowie neben „vergleichbaren Freizeiteinrichtungen“ als Infektionsschutzmaßnahme i.S.d. § 32 Satz 1 und 2 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG geschlossen.

2. Der Antragsteller beklagt, beim Ordnungsgeber, dem Bayerischen Staatsministerium für Gesundheit und Pflege, kein Gehör für sein Anliegen gefunden zu haben. Er erläutert die Betriebszweige einer Tanzschule als grundsätzlich in sogenannten Privatstunden, Tanzkreisen, Tanzkursen und Getränkeverkauf mit gaststättenrechtlicher Erlaubnis bestehend, und trägt zur wirtschaftlichen Situation von Tanzschulen nach deren Schließung vor, ferner zu den Möglichkeiten, unter Beachtung eines Hygienekonzepts wenigstens einen eingeschränkten Betrieb wieder zu eröffnen.

An rechtlichen Aspekten wird vor allem ein Vergleich mit dem Innenbereich von Gaststätten gezogen, der gem. § 2, § 3 Satz 2 der *Verordnung zur Änderung der Vierten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung* vom 14.05.2020 (BayMBl. Nr. 269) nach dem am 25. Mai 2020 in Kraft tretenden § 13 Abs. 5 4. BayIfSMV unter hygienischen Auflagen wieder betrieben werden darf. In Regensburg, dem Standort der Tanzschule, gebe es 5 Tanzschulen und etwa 900 Gaststätten. Mit der Öffnung der Innengastronomie habe die bayerische Staatsregierung einen rechtmäßigen Bezugsfall für die Minderheit der Tanzschulen geschaffen, für die nicht ersichtlich sei, warum sie das mit den Maßnahmen der 4. BayIfSMV zu schützende Gesundheitssystem zu Fall bringen könnte.

Das Bundesverfassungsgericht habe in der sogenannten Brokdorf-Entscheidung von 1985 klare Vorgaben für die Vorgehensweise bei sogenannten prognostisch bedingten präventiven Grundrechtseingriffen gemacht. Danach sei der Eingriff in ein Grundrecht ultima ratio und setze voraus, dass weniger eingreifende Maßnahmen nicht möglich seien. Einen Eingriff auf der Basis einer prognostischen Gefahrenbewertung müssten Fakten rechtfertigen, die es zum Beweis dafür, warum zwei Haushalte gemeinsam an einem Gasthaustisch sitzen, aber zwei Tanzpaare nicht auf einer Tanzfläche tanzen dürften, nicht gebe. Die mittlerweile 8-wöchige Schließung von Tanzschulen wirkte sich wie ein temporäres Berufsverbot aus und bedeute wegen der Gefahr, einen geschäftlichen Neuanfang nach ihrem Ende finanziell nicht bewältigen zu können, einen massiven Grundrechtseingriff.

In der politischen Diskussion werde verkürzt davon gesprochen, dass man die Ausbreitung des Virus verhindern müsse. Das sei „verfassungsmäßig (...) nicht der konkret zutreffende alleinige Ansatz“. Die Rechtfertigung für die massiven staatlichen Vorgaben liege vielmehr in der Schutzfunktion des Staates für das staatliche Gesundheitswesen, das jedoch mittlerweile

aus Anlass der Corona-Krise durch die Bereitstellung von Intensivbetten, Beatmungsgeräten und Schutzausrüstung für das Krankenhauspersonal nachhaltig aufgerüstet worden sei. Die Notwendigkeit von Grundrechtseinschränkungen sei deshalb neu zu beurteilen.

3. a) Um bei einer Erwiderung mit diesem letzten Argument des Antrags nach § 47 Abs. 6 VWGO zu beginnen, ist darauf hinzuweisen, dass die in der öffentlichen Diskussion häufig als Ziel von „Corona-Maßnahmen“ genannte Verhütung eines Zusammenbruchs des Gesundheitssystems zwar vorerst gelungen zu sein scheint.

Mit Beschluss vom 08.05.2020, Az. Vf. 34-VII-20, hat jedoch zum einen der Bayerische Verfassungsgerichtshof die Notwendigkeit betont, auf dieses Ziel weiterhin hinzuwirken, und ausgeführt, dass nicht ersichtlich sei, dass die Zahl der Neuinfizierten und der gegenwärtig infektiösen Personen bereits so klein sei, dass das Pandemiegeschehen allein durch individuelle Kontrollmaßnahmen beherrschbar wäre. Damit stehe weiterhin außer Frage, dass die Zahl der Ansteckungen – mit den entsprechenden Gefahren für die Gesundheit und das Leben von Menschen, auch angesichts einer nach wie vor möglichen Überlastung des Gesundheitssystems – bei ungehinderten persönlichen Kontakten wieder erheblich zunehmen könnte. Die Gefahr einer „zweiten Infektionswelle“ sei noch nicht gebannt. Sie sei nicht zuletzt deshalb schwer fassbar, weil die Wirkung von Eindämmungsmaßnahmen und die Auswirkungen ihrer Lockerungen auf die Infektions-, Erkrankungs- und Todeszahlen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie erst mit einiger Verzögerung abgeschätzt werden könnten (BayVerfGH, E.v. 8.5.2020 – Vf. 34-VII-20 – juris Rn. 106 f.).

Zum anderen ist gerade der Verfassung wegen nicht nur geboten, für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens Sorge zu tragen, sondern auch, Leben und Gesundheit der Menschen zu schützen. Eine dahingehende staatliche Verpflichtung, die im konkreten Fall der Corona-Pandemie auch bedeutet, auf eine Eindämmung von Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 hinzuwirken, ergibt sich aus (Art. 1 Abs. 3 i.V.m.) Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (BVerfG, B.v. 16.4.2020 – 1 BvQ 33/20 – juris Rn. 8; B.v. 13.5.2020 – 1 BvR 1021/20 – juris Rn. 8), und auf einfach-gesetzlicher Ebene aus § 1 Abs. 1 IfSG sowie, nachdem es angesichts des bisherigen epidemischen Geschehens nicht mehr nur um Prävention nach §§ 16 ff. IfSG geht, sondern um die Bekämpfung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit i.S.d. § 2 Nrn. 3 und 3a IfSG (OVG Lüneburg, B.v. 29.4.2020 – 13 MN 120/20 – juris Rn. 27), aus § 28 IfSG. Danach trifft die zuständige Behörde, nämlich bei einer Verordnung auf Landesebene nach § 32 Satz 1 und 2 IfSG das Bayerische

- 4 -

Staatsministerium für Gesundheit und Pflege, die notwendigen Schutzmaßnahmen, d.h. es besteht eine dahingehende Verpflichtung.

- b) Das deshalb vom Ordnungsgeber erarbeitete Schutzkonzept, das unter anderem in Gestalt mehrerer grundlegender Allgemeinverfügungen und Verordnungen seit Mitte März 2020 zur Wirkung gebracht wurde, wurde im Laufe dieser Wochen entgegen dem Eindruck des Antragstellers auch ständig evaluiert und angepasst. So erfolgte ein Übergang von einem Konzept, das Ausnahmen von grundsätzlichen Verboten für Notwendigkeiten des täglichen Bedarfs vorsah, hin zu einem Konzept, dass sich vorwiegend an der Infektionsgefahr orientiert, die von einem bestimmten Verhalten ausgeht (VG München, B.v. 11.5.2020 – M 26 E 20.1850 – juris Rn. 36). Im Verlauf dieses Übergangs war der Ordnungsgeber zugleich stets darum besorgt, eine zur Grundrechtsgewährleistung gebotene „Lockerung“ vorsichtig (und deshalb „zögernd“) zu gestalten.

Dieses politisch – und in Tat auch öffentlich – diskutierte Vorgehen unterliegt der einem Normgeber zustehenden Entscheidungsprärogative, zu der das Bundesverfassungsgericht eben in Bezug auf Corona-Maßnahmen Folgendes ausgeführt hat:

„Wenn wie hier die Freiheits- und Schutzbedarfe der verschiedenen Grundrechtsträger in unterschiedliche Richtung weisen, haben der Gesetzgeber und auch die von ihm zum Verordnungserlass ermächtigte Exekutive nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von Verfassungswegen einen Spielraum für den Ausgleich dieser widerstreitenden Grundrechte. Im vorliegenden Fall besteht dabei wegen der im fachwissenschaftlichen Diskurs auftretenden Ungewissheiten und der damit unsicheren Entscheidungsgrundlage auch ein tatsächlicher Einschätzungsspielraum. Freilich kann dieser Spielraum mit der Zeit – etwa wegen besonders schwerer Grundrechtsbelastungen und wegen der Möglichkeit zunehmender Erkenntnis – geringer werden. Dem bemüht sich der Ordnungsgeber hier dadurch Rechnung zu tragen, dass die Freiheitsbeschränkungen von vornherein befristet sind und durch wiederholte Änderungen der Verordnung stetig gelockert werden.“ (BVerfG, B.v. 13.5.2020 – 1 BvR 1021/20 – juris Rn. 10)

- c) Diesen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum hat der bayerische Ordnungsgeber mit dem Belassen der vorläufigen Schließung unter anderem von Tanzschulen in § 11 Satz 1 der noch bis 29.05.2020 geltenden 4. BayIfSMV nicht verlassen. Im Wege eines bei der Normsetzung grundsätzlich erlaubten typisierenden Vorgehens konnte er bei der Unterbindung von – mit dem Zusammentreffen von Menschen verbundenen – Freizeitaktivitäten gerade solche einbeziehen, die ein geselliges Moment haben wie das Angebot

- 5 -

von Tanzschulen oder bis vor kurzem den Amateurgolf sport auf Golfanlagen im Freien (vgl. dazu BayVGH, B.v. 22.4.2020 – 20 NE 20.837 – BeckRS 2020, 6779; OVG Lüneburg, B.v. 13 MN 90/20, 13 MN 116/20 – juris), sowie nach wie vor Fitnessstudios.

Die voraussichtliche Rechtmäßigkeit des untersagten Betriebs von Fitnessstudios als Infektionsschutzmaßnahme haben mehrere oberverwaltungsgerichtliche Entscheidungen bestätigt (ThürOVG, B.v. 8.4.2020 – 3 EN 245-20 – juris; VGH Mannheim, B.v. 9.4.2020 – 1 S 925-20 – juris unter Diskussion von pro und contra hinsichtlich des Parlamentsvorbehalts; HessVGH – B.v. 8.4.2020 – 8 B 913/20.N – BeckRS 2020, 5639; BayVGH, B.v. 14.4.2020 – 20 NE 20.735 – juris; OVG Münster, B.v. 24.4.2020 – 13 B 520/20. NE – juris; OVG Bremen, B.v. 12.5.2020 – 1 B 144/20 – Pressemitteilung v. 12.5.2020; OVG Lüneburg, B.v. 14.5.2020 – 13 MN 162/20 – juris; OVG Magdeburg, B.v. 20.5.2020 – 3 R 86/20 – Pressemitteilung Nr. 12/2020). Zumindest soweit an Tanzschulen Tanzsport betrieben wird, kommt es durch die körperliche Anstrengung in ähnlicher Weise wie bei anderen sportlichen Betätigungen zu einer verstärkten Atmung. Damit ist ein weiterer reichender Ausstoß von möglicherweise infektiösen Aerosolen zu befürchten. Auch die typischerweise längere Dauer des Aufenthalts in einem geschlossenen Raum bei Tanzabenden von Tanzkreisen und bei Tanzkursen vergrößert die Infektionsgefahr. Zugleich kann bei Tanzkreisen und bei Tanzkursen realistischere Weise wohl ein Mindestabstand nicht zuverlässig eingehalten werden, auch wenn das Hygienekonzept einer Tanzschule ihn vorsieht. Diese Umstände haben den Ordnungsgeber jedenfalls nicht dazu gezwungen, Tanzschulen von der in § 11 Satz 1 4. BayIfSMV noch bis 29.05.2020 angeordneten Schließung von Freizeiteinrichtungen auszunehmen.

- d) Dabei sind Tanzschulen nicht allein mit der im Antrag besonders angesprochenen Gastronomie und der Fußball-Bundesliga zu vergleichen.

Als „Schulen“ mit beaufsichtigtem Unterricht, wie der Antrag selbst hervorhebt, sind sie vielleicht mit Hundeschulen zu vergleichen (vgl. dazu HessVGH, B.v. 30.4.2020 – 8 B 1057/20.N – BeckRS 2020, 8846), vor allem aber mit dem in Teil 6 (§§ 15 ff.) der 4. BayIfSMV geregelten Bereich *Bildung und Kultur*. Nach § 16 Abs. 1 4. BayIfSMV dürfen Angebote der Erwachsenenbildung (Art. 1 Abs. 1 BayEbFöG), d.h. insbesondere Veranstaltungen von Volkshochschulen, derzeit nicht als Präsenzveranstaltung stattfinden. Nach § 16 Abs. 2 4. BayIfSMV darf an Musikschulen derzeit nur Einzelunterricht erteilt werden. Auch für Fahrschulen und Hochschulen gelten nach §§ 17, 18 4. BayIfSMV weitgehende Beschränkungen. Der Unterricht an den allgemeinen Schulen wurde mit Allge-

- 6 -

meinverfügungen vom 16.04.2020, 24.04.2020 und 08.05.2020 (BayMBl. Nrn. 207, 224 und 251) weitestgehend ausgesetzt bzw. erst in sehr geringem Umfang wieder begonnen.

Für die im Antrag vom 19.05.2020 erwähnte Fußball-Bundesliga haben der Deutsche Fußballbund (DFB) und die Deutsche Fußball-Liga (DFL) mit Hilfe einer „Task Force Sportmedizin“ ein Konzept für den in Bayern mit § 9 Abs. 3 4. BayLfSMV (geändert durch Verordnung vom 20.05.2020, BayMBl.Nr. 287) erlaubten „Sonderspielbetrieb“ vorgelegt, das in einer Weise in das Privatleben der Akteure eingreift, wie eine Tanzschule es nicht vor ihren Kunden verlangen kann (Anlage, verlinkt bei www.sportschau.de >Fußball >Bundesliga)

Unter diesen Umständen sind Tanzschulen ohne Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG noch bis 29.05.2020 geschlossen.

- e) Konkrete und nachprüfbare Angaben zur tatsächlichen wirtschaftlichen Belastung der Tanzschule sind der Antragsbegründung nicht zu entnehmen. Es droht ihr weder eine Abwanderung der Kunden zu online-Angeboten noch zu derzeit ebenfalls geschlossenen Konkurrenzunternehmen. Der Antrag erwähnt selbst die Inanspruchnahme staatlicher Hilfsprogramme und Hilfeleistungen. Der am 14.05.2020 im Deutschen Bundestag beschlossene Entwurf eines *Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsvertragsrecht* (BT-Drs. 19/18697) sieht in einem neu zu schaffenden § 5 EGBGB für wegen der Corona-Pandemie nicht stattfindende Freizeitveranstaltungen bzw. geschlossene Freizeiteinrichtungen die Berechtigung des Veranstalters bzw. der Einrichtung vor, anstelle einer Erstattung des Entgelts Gutscheine zu übergeben. Der Bundesrat hat dem Gesetzentwurf am 15.05.2020 zugestimmt (BR-Drs. 248/20 vom 15.05.2020). Das Gesetz wurde am 19.05.2020 im Bundesgesetzblatt Teil I Nr. 22, Seite 948 verkündet und trat demzufolge am 20.05.2020 in Kraft. Davon profitieren auch Tanzschulen.

Kaiser
Oberlandesanwältin