



Verwaltungsgericht Osnabrück

Beschluss

3 B 23/20

In der Verwaltungsrechtssache

Der Firma A.,

,
A-Straße, A-Stadt

– Antragstellerin –

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte B.,
B-Straße, A-Stadt - -

gegen

Land Niedersachsen, vertreten durch das Niedersächsische Ministerium für Soziales,
Gesundheit und Gleichstellung, Hannah-Arendt-Platz 2, 301549 Hannover – -

– Antragsgegner –

wegen infektionsrechtlicher Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Coronavirus

hat das Verwaltungsgericht Osnabrück - 3. Kammer - am 11. Mai 2020 beschlossen:

Der Antragstellerin wird aufgegeben, binnen einer Frist von zwei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses einen Rechtsbehelf in der Hauptsache zu erheben.

Es wird vorläufig bis zu einem fruchtlosen Ablauf der erstgenannten Frist, im Falle einer Klageerhebung bis zur Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache festgestellt, dass die Antragstellerin berechtigt

ist, unter Einhaltung des mit Schriftsatz vom 7. Mai 2020 zu den Gerichtsakten gereichten Abstands-, Höchstnutzungs- und Hygienekonzepts nebst Anlagen in dem Gebäude und auf dem Außengelände mit der Postanschrift A-Straße, A-Stadt ein Fitnessstudio zu betreiben.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 5000 € festgesetzt.

Gründe

I.

Die Niedersächsische Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Corona-Virus (vom 17. April 2020, Nds. GVBl. 2020, 74, letzte berücksichtigte Änderung durch Verordnung vom 08. Mai 2020, <https://www.niedersachsen.de/Coronavirus/vorschriften-der-landesregierung-185856.html> [CoronaVO]) bestimmt in ihrem § 1 Abs. 3 Nr. 5, dass unter anderem öffentliche und private Sportanlagen, Schwimm- und Spaßbäder, Fitnessstudios, Saunen und ähnliche Einrichtungen für den Publikumsverkehr und Besuche geschlossen sind. Demgegenüber lässt diese Neufassung der Verordnung – anders als ihre Vorgängerfassungen – wieder den Betrieb von Friseurläden (Aufhebung des § 7 Abs. 2 Nr. 1 CoronaVO a.F.), kontaktlosen Sport auf Anlagen unter Einhaltung von Abstands- und Hygieneregeln (§ 1 Abs. 8 CoronaVO), Leistungssport unter Einhaltung von Abstands- und Hygieneregeln (§ 1 Abs. 9 CoronaVO), Zoobesuche und Freilichtmuseen unter Einhaltung von Abstands- und Hygieneregeln (§ 2d CoronaVO) und Spielplatzbesuche (§ 2f CoronaVO) zu. Nach § 12 Abs. 2 CoronaVO sind die nach dem Infektionsschutzgesetz zuständigen Behörden und die Polizei gehalten, die Bestimmungen dieser Verordnung durchzusetzen und Verstöße zu ahnden.

Ferner sieht der Stufenplan der Niedersächsischen Landesregierung „Niedersächsischer Weg hin zu einem neuen Alltag mit Corona“ vom 4. Mai 2020 (<https://www.niedersachsen.de/Coronavirus/neuer-alltag-mit-dem-coronavirus-188010.html>, zuletzt aufgerufen am 11. Mai 2020) eine Wiederöffnung der Gastronomie (außen und innen), allerdings beschränkt auf Restaurants, Gaststätten, Cafés, Biergärten und mit maximal 50 vom Hundert der Kapazität vor. Dieses Ziel hat die Landesregierung durch Änderungsverordnung vom 8. Mai 2020 mit Wirkung vom 11. Mai 2020 in § 6 CoronaVO umgesetzt (<https://www.niedersachsen.de/Coronavirus/vorschriften-der-landesregierung-185856.html>).

Die Antragstellerin betreibt unter der Adresse A-Straße A-Stadt ein Fitnessstudio mit den Schwerpunkten Fitness, Rehasport und Physiotherapie (D.). Im Zuge der Corona-Pandemie ruhte der Betrieb seit Anfang März 2020.

Die Antragstellerin hat ein auf ihren Betrieb zugeschnittenes Hygienekonzept erstellt (Blatt 28-37 der Gerichtsakte), das insbesondere vorsieht eine Maskenpflicht, eine gesonderte Risikobewertung für Risikogruppen der Corona-Pandemie, eine Begrenzung der Anzahl der Trainierenden auf eine Person pro 8 m² Innenfläche bei insgesamt 108 m² Haupttrainingsfläche (also maximal zwölf Personen gleichzeitig), die Schaffung eines großen Outdoor-Trainingsplatzes für insgesamt maximal 8 Mitglieder, ein Trainieren nur nach vorab reservierten Trainingszeiten für maximal zehn Mitglieder Indoor und acht Mitglieder Outdoor, die Einhaltung des Mindestabstandes, die Zurverfügungstellung von Desinfektionsmitteln, die Sperrung der Bereiche Umkleide, Duschen und Sauna, besondere Hygieneregeln für die Toiletten, die Einstellung des Getränkes-Services, die Verpflichtung, nur selbst mitgebrachte Handtücher zu nutzen, die Verlagerung des Cardio-Raums in den Außenbereich, die Durchführung von Trainingseinheiten nur mit Mindestabstand und eine besondere Hygieneschulung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.

Unter Bezugnahme auf dieses Konzept beehrte die Antragstellerin zunächst vom Landkreis Osnabrück eine Genehmigung zur Wiedereröffnung.

Durch Schreiben vom 29. April 2020 (Blatt zehn und elf der Gerichtsakte) teilte der Landkreis Osnabrück der Antragstellerin mit, dass das Fitnessstudio auch weiterhin geschlossen zu halten sei unabhängig von einem besonderen Hygiene- und Abstandskonzept, da dies durch die Niedersächsische Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Corona-Virus so vorgesehen sei und die Verordnung keine Ausnahmeregelung vorsehe. Zwar setze er - der Landkreis Osnabrück - sich gerade im Bereich des individuellen Sports für eine Lockerung ein, soweit Mindestabstände gewährleistet werden könnten, er – der Landkreis Osnabrück – habe aber keine rechtlichen Möglichkeiten, hier regelnd einzugreifen.

Durch Schriftsatz vom 30. April 2020 hat die Antragstellerin um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nachgesucht, zunächst gegen den Landkreis Osnabrück. Sie ist der Ansicht, dass aus ihren grundgesetzlichen Freiheitsrechten und dort insbesondere aus Art. 12 Abs. 1 GG ein Anspruch auf eine Ausnahmegenehmigung folge. Der Landkreis Osnabrück sei zu einer einzelfallgerechten Entscheidung verpflichtet. Es bedürfe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung und die pauschale Ablehnung einer Regelung unter Hinweis auf die Verordnung trage nicht. Das von ihr – der Antragstellerin – erarbeitete Hy-

gienekonzept bleibe vollkommen unberücksichtigt. Die Maßnahme sei auch nicht erforderlich, da das von ihr – der Antragstellerin – vorgelegte Hygienekonzept eine mildere Maßnahme sei, die denselben Erfolg mit vergleichbarer Sicherheit in Bezug auf das Ziel der Eindämmung der Virus-Verbreitung erreiche. Die mit der sportlichen Betätigung verbundene Stärkung des Immunsystems und der gesellschaftlichen Ertüchtigung der Einzelmitglieder sei nicht zu unterschätzen. Ferner sei die getroffene Maßnahme nicht angemessen und stehe außer Verhältnis zur Schwere des Eingriffs. Es sei nicht erkennbar, warum Tierparks, Glaubensstätten der Weltreligionen und Ähnliches wiedereröffnet werden könnten, aber ein Fitnessstudio mit einem entsprechenden Hygienekonzept nicht. Sie – die Antragstellerin – sei massiv und schwer durch die Schließung ihres Gewerbebetriebes auf unbestimmte Zeit betroffen.

Nachdem die Kammer am 7. Mai 2020 einen Hinweis in Bezug auf die Passivlegitimation des Normgebers gegeben hat, hat die Antragstellerin ihr Begehren gegen das Niedersächsische Ministerium für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung gerichtet.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

wie erkannt.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Er ist der Ansicht, dass der Antrag unzulässig sei, da in der Verordnung eine Ausnahmeregelung nicht vorgesehen sei und der Sache nach ein Normenkontrollantrag vorliege. In der Sache trägt der Antragsgegner vor, dass ein erhöhtes Infektionsrisiko bei dem Betrieb einer Indoor- und Outdoorsportanlage bestehe. Nur mit der Schließung unter anderem von Fitnessstudios seien Infektionsketten zu verlangsamen. Das Trainieren von Personen, die zu einer Risikogruppe gehörten, könne nicht ausgeschlossen werden. Sport führe zu erhöhter Transpiration und erhöhtem Risiko einer Tröpfcheninfektion.

II.

Der zulässige Antrag hat auch in der Sache Erfolg.

1. Die örtliche Zuständigkeit der Kammer ergibt sich aus § 52 Nr. 1 VwGO, da sich der Rechtsstreit auf ein ortsgebundenes Recht oder Rechtsverhältnis bezieht. Erfasst werden hiervon Rechte, „die zu einem bestimmten Territorium in besonderer Beziehung stehen“ (BVerwG, Beschluss vom 10. Dezember 1996, -

BVerwG 7 AV 11/96 -, NJW 1997, 1022 [1023]), wozu auch alle gewerberechtl-chen Genehmigungen gehören, bei deren Erteilung die örtlichen Gegebenheiten berücksichtigt werden müssen (Ziekow in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichts-ordnung, 5. Aufl. 2018, § 52 Rn. 11 ff.). Eine solche örtliche Bindung erfolgt vor- liegend durch die Notwendigkeit eines spezifischen, die örtlichen, baulichen und räumlichen Gegebenheiten berücksichtigenden Abstands-, Hygiene- und Bele- gungskonzepts, das denklogisch die Prüfung der Beschaffenheit bestimmter Räume und Örtlichkeiten voraussetzt. Ohne Würdigung der örtlichen Gegeben- heiten lässt sich die Rechtmäßigkeit des Verbots nicht abschließend beurteilen; dies trägt die örtliche Zuständigkeit nach § 52 Nr. 1 VwGO.

2. Die Kammer bestimmt bei verständiger Würdigung im Lichte des Rechtsschutz- ziels der Antragstellerin (§ 122 Abs. 1 i.V.m. § 88 VwGO) das Antragsbegehren der Antragstellerin dahingehend, dass diese schnellstmöglich ihr Fitnessstudio unter Einhaltung des von ihr zu den Gerichtsakten gereichten Hygiene- Bele- gungs- und Abstandskonzepts betreiben möchte. Da der materielle Vortrag der Antragstellerin dahingehend zusammenzufassen ist, dass die dieses Begehren formalrechtlich ausschließende Vorschrift des § 1 Abs. 3 Nummer 5 CoronaVO jedenfalls im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung nichtig sei, ist Ziel ihres Antragsbegehrens nicht der Ausspruch einer vorläufigen Verpflichtung des An- tragsgegners bzw. der hierzu berufenen Behörde, im Gesetzesvollzug einen ent- sprechenden genehmigenden Verwaltungsakt zu erlassen, sondern die Feststel- lung, dass § 1 Abs. 3 Nummer 5 CoronaVO dem geplanten Betrieb des Fitness- studios unter Einhaltung des genannten Konzepts nicht entgegensteht.
3. Die Antragstellerin kann ihr auf vorläufige Feststellung gerichtetes Begehren in zulässiger Weise im Wege des Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Anord- nung nach § 123 Abs. 1 VwGO verfolgen.

Nach § 123 Abs. 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anord- nung treffen, wenn in Bezug auf den Streitgegenstand die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (sog. Sicherungsanordnung, § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO), oder wenn in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis eine vorläufige Regelung zur Abwendung we- sentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint (sog. Regelungsanordnung, § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO).

Zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) kann auch der Erlass einer einstweiligen Anordnung in Gestalt einer vorläufigen Feststellung zur vorläufigen Sicherung des in der Hauptsache im Wege der allgemeinen Feststellungsklage nach § 43 VwGO geltend gemachten sachlichen Begehrens geboten sein (BVerfG, Beschluss vom 5. Mai 1987, - 2 BvR 104/87 -, juris, Rn. 41 ; BVerfG, Beschluss vom 18. Dezember 1985, - 2 BvR 1167/84, u.a. ., juris, Rn 77; Nordrhein-Westfälisches OVG, Beschluss vom 22. Juni 2017, - 13 B 238/17 -, juris, Rn. 13; SaarIOVG, Beschluss vom 23. November 2016, - 1 D 308/16 –, juris Rn. 13; ThürOVG, Beschluss vom 5. Juni 2014, - 1 EO 106/14 -, juris Rn. 39; Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 4. April 2012, - 8 ME 49/12 -, juris Rn. 21; Bayerischer VGH, Beschluss vom 12. März 2010, - 11 CE 09.2712 -, juris, Rn. 28; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 27. Oktober 2005, - 4 S 1830/05 -, juris, Rn. 2; Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 123 Rn. 9). Grundsätzlich garantiert Art. 19 Abs. 4 GG zumindest bei behauptetem - untergesetzlichem normativem Unrecht (wie der hier fraglichen Rechtsverordnung) gerichtlichen Rechtsschutz. Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu aus, dass die Notwendigkeit der Anerkennung einer fachgerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeit gegen untergesetzliche Rechtssätze aus Art. 19 Abs. 4 GG folgt. Auch die Rechtsetzung der Exekutive in der Form von Rechtsverordnungen und Satzungen ist Ausübung öffentlicher Gewalt und daher in die Rechtsschutzgarantie einzubeziehen. Dieser Rechtsschutz wird in der Regel durch die inzidente Überprüfung der Rechtmäßigkeit der untergesetzlichen Rechtssätze im Rahmen von Verfahren gegen deren Anwendung im Einzelfall erfolgen. Ist dies nicht möglich oder führt eine inzidente Prüfung allein nicht zur Beseitigung der Grundrechtsverletzung, so kommt außerhalb des Anwendungsbereichs von § 47 VwGO insbesondere die Feststellungsklage als Rechtsschutzmittel in Betracht. Die Anerkennung einer solchen Feststellungsklage mit einem derartigen Klageziel stellt keinen Bruch mit dem System des Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsordnung dar und führt insbesondere nicht zur Einführung einer der Verwaltungsgerichtsordnung bisher nicht bekannten Klageart. Sie rechtfertigt sich im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG daraus, dass Streitgegenstand die Anwendung der Rechtsnorm auf einen bestimmten Sachverhalt ist, so dass die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Norm lediglich als - wenn auch streitentscheidende - Vorfrage aufgeworfen wird. Es handelt sich daher bei einer solchen, auf Feststellung einer Rechtsverletzung gerichteten Klage gegen den Normgeber - entgegen der Ansicht des Antragsgegners - nicht um eine Umgehung des § 47 VwGO. Diese Vorschrift entfaltet gegenüber der Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Rechtsverordnung im Wege der Feststellungsklage

keine Sperrwirkung. Dem System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes kann nämlich nicht entnommen werden, dass außerhalb des § 47 VwGO die Überprüfung von Rechtssetzungsakten ausgeschlossen sein soll (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 17. Januar 2006 - 1 BvR 541/02 -, juris, Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 28. Januar 2010, - BVerG 8 C 19/09 -, juris, Rn. 25). Dem schließt sich die Kammer überzeugt an.

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt damit zunächst voraus, dass ein - noch zu erhebender - Rechtsbehelf in der Hauptsache statthaft wäre. Dies ist der Fall. Zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner als verordnungsetzender Behörde steht ein hinreichend konkretes feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO im Streit. Als solches werden die rechtlichen Beziehungen angesehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer diesen betreffenden öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis mehrerer Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben. Zwischen den Beteiligten des Rechtsverhältnisses muss zudem ein Meinungsstreit bestehen, aus dem heraus sich eine Seite berührt, ein bestimmtes Tun oder Unterlassen der anderen Seite verlangen zu können (BVerwG, Urteil vom 25. März 2009, - 8 C 1.09 -, juris, Rn. 15). Dies ist vorliegend der Fall, denn zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Antragsgegner auch im Zeitpunkt der Entscheidung der Kammer das Verbot des § 1 Abs. 3 CoronaVO aufrechterhalten kann.

Für dieses Begehren ist der Antragsgegner auch passivlegitimiert. Wird - wie vorliegend - im Rahmen einer - noch zu erhebenden - Feststellungsklage geltend gemacht, eine Norm sei wegen eines Verstoßes gegen Verfassungsrecht unwirksam oder wegen entgegenstehenden vorrangigen Unionsrechts unanwendbar, so ist bei Normen, die nicht "self-executing" sind, d. h. aus sich heraus ohne jeden behördlichen Vollzug unmittelbar Rechte und Pflichten begründen, eine Feststellungsklage gegen die für den Normvollzug zuständige Verwaltungsbehörde zu richten, anderenfalls unmittelbar gegen den Normgeber (BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010, - BVerwG 8 C 19.09 -, juris; BVerwG, Urteil vom 23. August 2007, - BVerwG 7 C 13.06 -, NVwZ 2007, 1311 ff.; Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 07. Juni 2010, - 11 LB 473/09 -, Rn. 31, juris). Um eine derartige self-executing-Norm handelt es sich bei § 1 Abs. 3 Nr. 5 CoronaVO, sodass der Normgeber für einen Hauptsacherechtsstreit und damit auch für das vorgelagerte Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes passivlegitimiert ist.

Eine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO gegen den Antragsgegner wäre damit statthaft und zulässig, sodass vorliegend gemäß § 123 Abs. 5 VwGO vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO zu gewähren ist.

4. Die beantragte einstweilige Anordnung ist in dem sich aus dem Tenor ergebenden Umfang zu erlassen.

Gemäß § 123 Abs. 1 und 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung bezogen auf den Streitgegenstand treffen, wenn der Antragsteller das Vorliegen eines Anordnungsgrundes (a.) und eines Anordnungsanspruchs (b.) glaubhaft gemacht hat.

- a. Die für den Anordnungsgrund erforderliche Eilbedürftigkeit ergibt sich glaubhaft aufgrund der Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit in dem Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG durch die Norm und der hiermit verbundenen wirtschaftlichen Einbußen der Antragstellerin.
- b. Der Antragstellerin steht auch ein für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erforderlicher Anordnungsanspruch zu.

(aa) In der Sache geht die Kammer indes zunächst in grundsätzlicher Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts (Beschluss vom 16. April 2020, - 13 MN 77/20 -, juris) davon aus, dass die Niedersächsische Verordnung über die Beschränkung sozialer Kontakte zur Eindämmung der Corona-Pandemie mit § 32 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG -) vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045) auf einer hinreichenden und verfassungsgemäßen und insbesondere hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage beruht, dass das handelnde Ministerium für Gesundheit, Soziales und Gleichstellung zum Erlass der Verordnung zuständig war und diese Verordnung formell ordnungsgemäß zustande gekommen ist.

(bb) Weiter geht die Kammer in Übereinstimmung mit dem Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht ebenfalls davon aus, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der Rechtsgrundlage des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG im Zeitpunkt des Erlasses der Verordnung erfüllt waren.

(cc) Demgegenüber ist in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung der Kammer ein Verstoß des immer noch unbeschränkt geltenden Verbots des § 1 Abs. 3 Nummer 5 CoronaVO gegen Art. 3 Abs. 1 GG festzustellen. Die Fortgeltung dieser Regelung widerspricht den Bindungen, die sich aus der verfassungsrechtlichen Stellung des Verordnungsgebers ergeben und die nicht mit den – weiteren – Bindungen des demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgebers vergleichbar, sondern diesen gegenüber enger sind. Denn es ist in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass der Verordnungsgeber nicht den identischen, durch eine Einschätzungsprärogative gekennzeichneten Gestaltungsspielraum des parlamentarisch legitimierten Gesetzgebers hat (BVerfG, Urteil vom 13. Dezember 1961, - 1 BvR 1137/59 und 1 BvR 178/60, BVerfGE 13, 248 - 261): Während der Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Spielraum für seine Gestaltung besitzt und dabei auch Gleich- wie Ungleichstellungen anordnen kann, wenn sie sachgerecht sind, ist der Verordnungsgeber enger gebunden. Er kann verfassungsrechtlich von vornherein einen Gestaltungsraum nur innerhalb der ihm jeweils auf Grund des Art. 80 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen haben. Das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG bedeutet dann für den Verordnungsgeber, dass er im wohlverstandenen Sinne der ihm erteilten Ermächtigung zu handeln hat. Art. 3 Abs. 1 GG stellt insoweit eine Regelungspflicht des Verordnungsgebers dar (Remmert, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Loseblattsammlung, Stand: 89. Lieferung Oktober 2019, Art. 80 Rn. 119), die auch impliziert, dass der Verordnungsgeber im grundrechtlich relevanten Bereich tatsächliche Entwicklungen zu beobachten und seine Verordnungen entsprechend Art. 3 Abs. 1 GG anzupassen hat. Nur so wird die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gerade auch im Verhältnis zum Verordnungsgeber gewahrt. Soweit demgegenüber in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung teilweise vertreten wird, dass dem Verordnungsgeber im Rahmen der Ausübung seines Verordnungsermessens im Hinblick auf die volatile tatsächliche Lage ein erheblicher Spielraum eingeräumt sei, der nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegen könne (OVG Hamburg, Beschl. v. 30.4.2020, 5 Bs 64/20, abzurufen unter <https://justiz.hamburg.de/content-blob/13889120/76b3ce734c587bb1e3b13f50c6f7dbb1/data/5bs64-20a.pdf>, S. 9; VG Hamburg, Beschluss vom 05. Mai 2020 – 7 E 1804/20

–, Rn. 97, juris), überträgt dies unzulässig unter Verkenning der genannten verfassungsrechtlichen Implikationen die (allein diesem zustehende) Einschätzungsprärogative des parlamentarisch legitimierten Gesetzgebers auf die lediglich mittelbar demokratisch legitimierte Exekutive. Dementsprechend ist mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil vom 22. März 2012, - BVerwG 3 C 16.11 -, juris, Rn. 94) davon auszugehen, dass der Exekutive ein verwaltungsgerichtlich überprüfbares Ermessen eingeräumt ist (Art. 19 Abs. 4 GG), das materiell dadurch beschränkt ist, dass die getroffenen Maßnahmen „notwendige Schutzmaßnahmen“ in dem Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 InfSG sein müssen, als auch dadurch, dass das Ermessen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt wird.

Von der damit gebotenen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle ausgehend ist im Zeitpunkt der Entscheidung der Kammer ein Gleichheitsverstoß (Art. 3 Abs. 1 GG) durch den Ordnungsgeber festzustellen.

Der Gleichheitssatz gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (BVerfG, Urteil vom 23. Oktober 1951, - 2 BvG 1/51 -, juris Rn. 18; BVerfG, Beschluss vom 15. Juli 1988, - 1 BvR 1554/89 u.a. -, juris, Rn. 63). Eine derartige Ungleichbehandlung liegt jedoch vor, wenn Fitnessstudios auch im Zeitpunkt der Entscheidung der Kammer ausnahmslos nicht betrieben werden dürfen, aber gleichzeitig Friseur- und Restaurantbesuche zulässig sind.

Mit dem Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht geht die Kammer zwar insoweit ebenfalls davon aus, dass die sachliche Rechtfertigung eines Verbotstatbestandes im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG nicht allein anhand des infektionsschutzrechtlichen Gefahrengrades der betroffenen Tätigkeit zu beurteilen ist, sondern dass vielmehr auch alle sonstigen relevanten Belange zu berücksichtigen sind, etwa die Auswirkungen der Ge- und Verbote für die betroffenen Unternehmen und Dritte und auch öffentliche Interessen an der uneingeschränkten Aufrechterhaltung bestimmter unternehmerischer Tätigkeiten (Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 16. April 2020, - 13 MN 77/20 -, Rn. 31, juris). Ein öffentliches Interesse an der Durchführung von Friseur- oder Restaurantbesuchen vermag die Kammer jedoch nicht zu erkennen. Auch die Infektionsrisikobehaftetheit der letztgenannten Betätigun-

gen ist nicht geringer als bei dem Besuch eines mit einem Hygienekonzept wie dem Vorliegenden ausgestatteten Fitnessstudios, sondern sogar höher: Während denklogisch den Abstand unterschreitende Verhaltensweisen wie Friseur- und Gaststättenbesuche - wie sollte man Haare schneiden oder Speisen und Getränke auf einen Tisch bringen können ohne Unterschreitung des Mindestabstandes - in der nunmehr geltenden Fassung der Verordnung als zulässig angesehen werden, wird die gewerbliche Betätigung der Antragstellerin weiter kategorisch ausgeschlossen, obwohl durch das dargetane Schutzkonzept ein wesentlich höherer Schutz gewährleistet werden kann als bei den vorgenannten Betätigungen. Vielmehr hätte es sogar nahegelegen, eine sportliche Betätigung, die zur Stärkung des Immunsystems führt, und die damit letztendlich ebenso dem Ziel der Wahrung der Volksgesundheit und der Prävention gegen Viruserkrankungen dient, rein optisch-kosmetischen oder unterhaltenden Tätigkeiten wie Friseur- und Gaststättenbesuchen vorzuziehen. Dass es ein spezifisch erhöhtes Risiko in Fitnessstudios trotz eines umfassenden Schutzkonzeptes geben könnte, ist durch den Antragsgegner nur *behauptet*, nicht jedoch *belegt* worden. Hiergegen spricht entscheidend, dass auch im unmittelbar angrenzenden Nordrhein-Westfalen der Betrieb eines Fitnessstudios seit dem 9. Mai 2020 problemlos wieder möglich ist (§ 9 der Vierten Verordnung zur Änderung von Rechtsverordnungen zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2, vom 8. Mai 2020, https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/2020-05-08_vierte_mantelverordnung.pdf). Ein spezifisch höheres Risiko in Niedersachsen vermag die Kammer nicht zu erkennen, solange insoweit nicht wissenschaftlich belegte Fakten vorgetragen werden.

Es liegt auf der Hand, dass der Ordnungsgeber diese Ungleichbehandlung auch im Rahmen einer der zahlreichen Korrekturen der Verordnung, teilweise während einiger Tage, kurzfristig hätte vornehmen können.

- (dd) Begründungsalternativ und insoweit selbstständig tragend ist das vollständige und ausnahmslose Verbot des Betriebs von Fitnessstudios jedenfalls in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung der Kammer wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der rechtsdogmatisch unmittelbar aus den Grundrechten folgt (Ep-

ping, Grundrechte, 5. Auflage, Rn. 48) rechtswidrig (geworden). Die Berufsausübungsfreiheit des Antragstellers aus Art. 12 Abs. 1 GG wird jedenfalls im Entscheidungszeitpunkt der Kammer unverhältnismäßig eingeschränkt. Es ist nichts dafür erkennbar oder vom Antragsgegner vorgebracht, dass es nicht ausreichen würde, ein Hygiene-, Abstands- und Belegungskonzept, wie es der Antragsteller vorgelegt hat, und wie es ja auch bei anderen Dienstleistungen wie Friseur- und Restaurantbesuchen in der Verordnung vorgeschrieben wurde, bei dem Betrieb eines Fitnessstudios als Betriebsvoraussetzung anzusehen.

5. Die Anordnung der Hauptsacheklageerhebung beruht auf § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 926 ZPO. Hiernach ist dann, wenn - wie hier - die Hauptsache nicht anhängig ist, durch die Kammer anzuordnen, dass die Partei, die die einstweilige Anordnung erwirkt hat, binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben hat. Aus der lediglich entsprechenden Anwendung der Norm folgt für den nach dem Amtsgrundsatz zu gestaltenden Verwaltungsprozess ein entsprechender Ausspruch von Amts wegen (Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Auflage Baden-Baden 2018, § 123 Rn. 116). Die gesetzte Frist gibt der Antragstellerin unter Berücksichtigung der ihr vorliegenden Gründe dieses Beschlusses hinreichend Zeit zur Klageerhebung.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung erfolgt gemäß §§ 53 Abs. 2, 52 Abs. 1 GKG. Von einer Streitwerthalbierung hat die Kammer aufgrund der faktischen Vorwegnahme der Hauptsache unter Berücksichtigung der Befristung der CoonaVO und der Dynamik ihrer Änderungen abgesehen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist zur Hauptsache die Beschwerde an das Niedersächsische Obergerverwaltungsgericht statthaft. Sie ist innerhalb von 2 Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses bei dem

Verwaltungsgericht Osnabrück,
Hakenstraße 15,
49074 Osnabrück,
schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, schriftlich oder in elektronischer Form bei dem

Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht,
Uelzener Straße 40,
21335 Lüneburg,
einzureichen.

Der Antragsteller muss sich von einer zur Vertretung berechtigten Person oder Organisation als Bevollmächtigten vertreten lassen.

Gegen die Streitwertfestsetzung ist die Beschwerde statthaft, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200 € übersteigt oder das Gericht die Beschwerde zugelassen hat. Sie ist nur zulässig, wenn sie innerhalb von 6 Monaten nach Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache oder nach anderweitiger Erledigung des Verfahrens bei dem

Verwaltungsgericht Osnabrück,
Hakenstraße 15,
49074 Osnabrück,
schriftlich, zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form eingelegt wird.

Hinweis:

Näheres zum Kreis der vertretungsberechtigten Personen und zu den Anforderungen an die Beschwerdebegründung entnehmen Sie bitte §§ 67, 146 Abs. 4 VwGO.

Bei der Verwendung der elektronischen Form sind besondere Voraussetzungen zu beachten (§ 55 a VwGO i. V. m. Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach - Elektronischer Rechtsverkehr-Verordnung).

Prof. Dr. Neuhäuser

Schweer

Claaßen