

LANDESANWALTSCHAFT BAYERN

Bayer. Verwaltungsgerichtshof		
08. April 2021		
eingeg. in Ansbach		
Akt. Nr.		
Anlagen.....		

Landes-anwaltschaft Bayern • Montgelasplatz 1 • 91522 Ansbach

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
 – Dienststelle Ansbach –
 Montgelasplatz 1
 91522 Ansbach

Ihr Zeichen /
 Ihre Nachricht vom
 20 NE 21.919
 30.03.2021

Bitte bei Antwort angeben
 Unser Zeichen
 LAB 21 P 20 NE 21.919

Telefon
 0981 9096-
 748

Telefax
 0981 9096 –
 798

Ansbach,
 08.04.2021

Normenkontrollsache (Normenkontrolle § 47 Abs. 6 VwGO)

Wolfgang Ablinger-Sperrhacke
 und 22 andere

gegen **Freistaat Bayern**

wegen Infektionsschutzgesetz / Kultur
 (Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO)

Anlagen

2 Kopien dieses Schriftsatzes

Wir beantragen,

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

I.

1. Die Antragsteller wenden sich gegen § 23 Abs. 1 und § 5 Satz 1 der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (12. BayIfSMV) vom 05.03.2021, BayMBI. 2021 Nr. 171, die zuletzt durch Verordnung zur Änderung der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung und der Einreise-Quarantäneverordnung vom 25.03.2021, BayMBI. 2021 Nr. 224, geändert wurde. Gemäß § 23 Abs. 1 12. BayIfSMV sind Theater, Opern, Konzerthäuser, Bühnen, Kinos und ähnliche Einrichtungen geschlossen. § 5 Satz 1

- 2 -

12. BayIfSMV untersagt vorbehaltlich speziellerer Regelungen in der 12. BayIfSMV Veranstaltungen, Versammlungen, soweit es sich nicht um Versammlungen nach § 7 12. BayIfSMV handelt, Ansammlungen sowie öffentliche Festivitäten landesweit.

2. Die Antragsteller tragen vor, Berufsmusiker zu sein und in nächster Zeit die Mitwirkung an unter die oben genannten Verbote fallenden Veranstaltungen (Opern in der Bayerischen Staatsoper und eine Aufführung der Matthäus-Passion von J.S. Bach in der Philharmonie im Gasteig) geplant zu haben. Das Infektionsrisiko hierbei halten sie für gering, wozu sie auf mehrere Studienergebnisse und ein für die genannten Häuser erarbeitetes, mit dem Rahmenhygienekonzept der Bayerischen Staatsministerien für Gesundheit und Pflege und für Wissenschaft und Kunst vom 02.07.2020, BayMBl. 2020 Nr. 386, abgestimmtes Hygienekonzept hinweisen.

Die Antragsteller gehen in rechtlicher Hinsicht davon aus, dass § 28a Abs. 1 Nr. 7 IfSG keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für Kulturveranstaltungsverbote darstelle, da der Gesetzgeber hier den Stellenwert der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) übersehen habe. Eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage sei in § 28a Abs. 1 Nr. 7 IfSG allenfalls dann zu erblicken, wenn man in einer verfassungskonformen Auslegung den Subsidiaritätsvorbehalt des § 28a Abs. 2 IfSG hinzu lese. Dessen Anforderungen seien allerdings nicht erfüllt. Unabhängig hiervon seien aber auch die einfach-gesetzlichen Anforderungen insbesondere des § 28 Abs. 1 Satz 1 und des § 28a Abs. 3 Satz 5 IfSG nicht erfüllt. Die Maßnahme sei weder geeignet noch erforderlich und auch nicht verhältnismäßig im engeren Sinne, da sie den grundrechtlichen Stellenwert der Kunst(-freiheit) verkenne. Schließlich verstoße die Regelung im Hinblick auf die Regelungen zu Gottesdiensten, Versammlungen und den Einzelhandel jedenfalls gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

II.

Ausgehend vom Prüfungsmaßstab einer Entscheidung nach § 47 Abs. 6 VwGO, wie ihn der Senat in ständiger Rechtsprechung, zuletzt etwa mit Beschluss vom 29.03.2021, Az. 20 NE 21.784, vertreten hat, ist nicht feststellbar, dass eine vorläufige Außervollzugsetzung von § 23 Abs. 1 und § 5 Satz 1 12. BayIfSMV unabweisbar erscheint, um „schwere Nachteile“ abzuwehren oder „anderen wichtigen Gründen“ Rechnung zu tragen.

- 3 -

1. Die Zulässigkeit des Antrags ist nicht offensichtlich, nachdem die Antragsteller nicht Normadressaten des § 23 Abs. 1 Nr. 12. BayIfSMV sind. § 23 Abs. 1 Nr. 12. BayIfSMV wendet sich mit der dort ausgesprochenen Schließung von Theatern, Opern, Konzerthäusern, Bühnen, Kinos und ähnlichen Einrichtungen jedenfalls nicht unmittelbar an die dort auftretenden Künstler, sondern vorrangig an die Betreiber dieser Einrichtungen. Auch § 5 Satz 1 Nr. 12. BayIfSMV wendet sich mit einem allgemeinen Veranstaltungsverbot vorrangig an die Veranstalter, zu denen die Antragsteller als von diesen engagierte Künstler nicht unbedingt gehören. Allerdings betrifft die Schließung von Opern und Konzerthäusern die Antragsteller möglicherweise in ausreichendem Maße, um antragsbefugt nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO zu sein, mittelbar-faktisch (vgl. OVG NRW, B.v. 12.02.2021 – 13 B 1782/20:NE – juris Rn. 16 ff.; BayVGH, B.v. 06.11.2020 – 20 NE 20.2466 – BeckRS 2020, 30425; offen gelassen bei BayVerfGH, E.v. 22.03.2021 – Vf. 23-VII-21 – Rn. 42).

2. Der Antrag ist jedenfalls nicht begründet.
 - a) Die Argumentation der Antragsteller zur fehlenden hinreichenden Ermächtigungsgrundlage verfährt nicht. Mit der Aufnahme der Untersagung und Beschränkung von Kulturveranstaltungen und des Betriebs von Kultureinrichtungen (§ 28a Abs. 1 Nr. 7 IfSG) in den Maßnahmenkatalog des § 28a Abs. 1 IfSG hat der Bundesgesetzgeber die Entscheidung, dass es sich dabei grundsätzlich um eine notwendige Schutzmaßnahme i.S.v. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG in der Corona-Pandemie handeln kann, auch unter Abwägung mit der Kunstfreiheit vorweggenommen (vgl. BayVGH, B.v. 29.01.2021 – 20 NE 21.201 – BeckRS 2021, 791 Rn. 29; B.v. 15.02.2021 – 20 NE 21.411 – juris Rn. 23; B.v. 15.02.2021 – 20 NE 21.406 – BeckRS 2021, 2694; B.v. 25.02.2021 – 20 NE 21.475 – BeckRS 2021, 3810; B.v. 16.03.2021 – 20 NE 21.634 – BeckRS 2021, 4747 Rn. 20; B.v. 19.03.2021 – 20 NE 21.806 – Rn. 30; B.v. 30.03.2021 – 20 NE 21.805 – [https://www.vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/21-00805b_anonymisiert_002 .pdf](https://www.vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/21-00805b_anonymisiert_002.pdf) Rn. 49 für Versammlungsbeschränkungen, § 28a Abs. 1 Nr. 10 IfSG). Gerade darin, dass der Bundesgesetzgeber einzelne Infektionsschutzmaßnahmen nach § 28a Abs. 1 IfSG in § 28a Abs. 2 IfSG einem Subsidiaritätserfordernis unterworfen hat, andere nach § 28a Abs. 1 IfSG ermöglichte Maßnahmen aber nicht, kommt das von ihm für richtig gehaltene (Abwägungs-)Ergebnis zum Ausdruck. Davon, dass der Bundesgesetzgeber übersehen hätte, dass die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG vorbehaltlos gewährleistet ist und Einschränkungen nur deshalb nicht den besonderen Anforderungen des § 28a Abs. 2 IfSG unterworfen hätte, ist nicht auszugehen. Bei der Schaffung des

- 4 -

§ 28a Abs. 2 IfSG stand nicht allein im Vordergrund, dass es um vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte geht, die mit bestimmten Maßnahmen nach § 28a Abs. 1 IfSG eingeschränkt werden. So ist das Versammlungsgrundrecht nach Art. 8 GG, dem § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 IfSG besondere Geltung verschafft, in Art. 8 Abs. 2 GG für Versammlungen unter freiem Himmel durchaus nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden. Die mit § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG bedachte Ausgangsbeschränkung betrifft mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG ihrerseits ein Grundrecht, in das aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden darf (Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG).

Bei der Entstehung des § 28a Abs. 1 Nr. 7 IfSG stand die Kunstfreiheit auch durchaus im Blickfeld des Gesetzgebers, vgl. hierzu insbesondere BT-Drs. 19/24334, S. 72. Das Abwägungsergebnis, Eingriffe in die Kunstfreiheit nicht den besonderen Anforderungen des § 28a Abs. 2 IfSG zu unterwerfen, hat der Verordnungsgeber beim Normerlass zu respektieren. Eine Verwerfungskompetenz steht ihm insoweit nicht zu. Deshalb ist er auch nicht gehalten, die Anforderungen des § 28a Abs. 2 IfSG beim Normerlass hinzuzunehmen, wenn er Maßnahmen nach § 28a Abs. 1 Nr. 7 IfSG trifft.

Die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) ist zwar vorbehaltlos gewährleistet, dies bedeutet aber nicht, dass sie schrankenlos gewährleistet wäre (vgl. BVerfG, U.v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13 – BVerfGE 142, 74 – juris Rn. 84). Wie jedes Freiheitsrecht, das in die Rechtsordnung eingebunden ist und den von der Freiheit Gebrauch Machenden in Kontakt mit anderen bringt, bedarf auch die Kunstfreiheit der Beschränkung. Das Bundesverfassungsgericht hat darum einen – gelegentlich auch als immanenten Schrankenvorbehalt bezeichneten – Verfassungsvorbehalt statuiert: (Nur) kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter können vorbehaltlose Grundrechte wirksam begrenzen (seit BVerfG, B.v. 24.05.1970 – 1 BvR 83, 244, 345/69 – BVerfGE 28, 243 st. Rspr.; für Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG speziell B.v. 24.02.1971 – 1 BvR 435/68 – BVerfGE 30, 173 (Mephisto), zuletzt U.v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13 – BVerfGE 142, 74 – juris Rn. 84; Sachs/Bethge, 8. Aufl. 2018, GG Art. 5 Rn. 198 m.w.N. zu Rechtsprechung und Literatur). In der durch das SARS-CoV-2-Virus ausgelösten Epidemie stellt das Zusammenkommen vieler Menschen, in noch gesteigertem Maße in geschlossenen Räumen, eine ernst zu nehmende Gefahr für Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen dar. So wie es dem Antragsgegner obliegt, den Wert der Kunstfreiheit zu achten und zu schützen, so obliegt es ihm gleichermaßen, das Grundrecht der Allgemeinbevölkerung auf Leben

und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu achten und zu schützen. In Verbindung mit Art. 1 Abs. 3 GG ergibt sich hieraus für ihn der Auftrag, die Bevölkerung aktiv vor ernststen Gefahren für Leben und Gesundheit zu schützen. Im Rahmen der Abwägung hält es der Antragsgegner für wesentlich, dass er mit seinen Maßnahmen zum Schutz der Allgemeinbevölkerung den sog. Werkbereich der Kunstfreiheit gar nicht, und den sog. Wirkbereich der Kunstfreiheit nur zum Teil beschneidet. Die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG betrifft wesentlich zunächst den Inhalt künstlerischen Schaffens und künstlerischer Darbietungen (vgl. BeckOK/Kempen, Art. 5 GG Rn. 171; BVerfG, B.v. 24.02.1971 – 1 BvR 435/68 – BVerfGE 30, 173 – NJW 1971, 1645 (1646)). Dass sie vorbehaltlos gewährleistet ist, ist historisch auch dadurch begründet, dass im Nationalsozialismus etwa der Begriff der „entarteten Kunst“ geprägt worden war, der gerade den Inhalt der (erlaubten) Kunst nicht freigestellt hat. Untersagt ist durch § 23 Abs. 1 12. BaylFSMV kein bestimmter künstlerischer Inhalt, sondern lediglich als Form der Kunst die Bühnenaufführung vor Publikum. Auch wenn hierin sicher, was auch dem Antragsgegner bewusst ist, ein wesentlicher Aspekt der musikalisch-künstlerischen Betätigung liegt, so bleiben damit doch alle Entstehungsmöglichkeiten (Werkbereich) und wesentliche Verbreitungsmöglichkeiten (Wirkbereich) übrig. Insbesondere kann die eigene künstlerische Leistung entgeltlich oder unentgeltlich per Livestream oder im Download gespeicherter Inhalte im Internet angeboten werden, wie es einige Bühnen schon während des ersten Lockdowns im Frühjahr 2020 getan haben. In Abwägung des hiernach begrenzten Eingriffs in die Kunstfreiheit mit der Bedeutung von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geht der Antragsgegner davon aus, dass die getroffene, streitgegenständliche Maßnahme verhältnismäßig ist.

- b) Mit Beschluss vom 16.03.2021, Az. 20 NE 21.634, BeckRS 2021, 4747 Rn. 19 ff., hat der Senat es abgelehnt, § 23 Abs. 1 12. BaylFSMV vorläufig außer Vollzug zu setzen, und dazu festgestellt, dass die Schließung der dort genannten Kultureinrichtungen geeignet sei, menschliche Kontakte zu reduzieren und damit zu einer Verlangsamung des Infektionsgeschehens beizutragen. Der Besuch kultureller Einrichtungen dient danach auch in besonderer Weise dem Austausch und der Kommunikation zwischen den Besuchern. Diese Ansicht teilt der Bayerische Verfassungsgerichtshof in der Entscheidung vom 22.03.2021, Az. Vf. 23-VII-21, juris, und geht aufgrund der beim Besuch von Kulturveranstaltungen regelmäßig entstehenden Menschenansammlungen auch von einem erhöhten Infektionsrisiko aus. Ausdrücklich „trotz vereinzelt vorliegender Studien“ bezweifelt der Bayerische Verfassungsgerichtshof eindeutig gesicherte Erkenntnisse zur verringerten Infektionsgefahr. Er berücksichtigt, dass es bei Veranstaltungen in den

- 6 -

von § 23 Abs. 1 12. BayIfSMV erfassten Kultureinrichtungen typischerweise zur längeren Anwesenheit eines größeren Personenkreises in einem begrenzten räumlichen Umfeld kommt, sodass schon von einem einzelnen infizierten Besucher eine erhebliche Ansteckungsgefahr ausgehen kann (vgl. auch OVG NRW, B.v. 19.03.2021 – 13 B 252/21.NE – BeckRS 2021, 4912 – Rn. 24 zu „Clustersituationen“ bei Kino und Theater). Die Antragsteller begegnen diesen Bedenken zwar für die Bayerische Staatsoper und die Philharmonie im Gasteig mit Verweis auf deren Hygienekonzepte, die u.a. eine stark beschränkte Zuschauerzahl vorsehen, und deren moderne raumluftechnische Anlagen; ferner tragen sie vor, dass die Besucher von Kulturveranstaltungen als besonen gelten und sich bei Pilotprojekten als sehr diszipliniert in Bezug auf den Infektionsschutz erwiesen hätten. Diese Aspekte können aber nicht widerlegen, dass der Verordnungsgeber mit § 23 Abs. 1 12. BayIfSMV in erlaubter Weise typisierend vorgegangen ist (vgl. auch BayVGH, B.v. 19.03.2021 – 20 NE 21.806 – Rn. 31). Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird insoweit hinreichend Rechnung getragen, als nach § 28 Abs. 2 12. BayIfSMV Ausnahmegenehmigungen auch von § 23 Abs. 1 12. BayIfSMV auf Antrag erteilt werden können. Zu verweisen ist hier zudem auf den Beschluss des Senats vom 16.11.2020, Az. 20 NE 20.2561, BeckRS 2020, 32249 zu § 23 Nr. 2 der Achten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (8. BayIfSMV). Die in dieser Vorschrift enthaltene Schließung von Kulturstätten wurde als nicht offensichtlich unverhältnismäßig erachtet, eine speziell für Kulturstätten geltende Ausnahmeregelung wurde insoweit nicht für erforderlich gehalten. Zum damaligen Entscheidungszeitpunkt wurde – ebenso wie mit dem Senatsbeschluss vom 16.11.2020, Az. 20 NE 20.2601, BeckRS 2020, 32245 ebenfalls zu § 23 Nr. 2 8. BayIfSMV sowie der Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 16.11.2020, Az. Vf. 90-VII-20, BeckRS 2020, 31088 – ein sich verschärfendes Infektionsgeschehen betrachtet, wie es auch derzeit zu beobachten ist. Zumindest die im Prüfungsmaßstab des § 47 Abs. 6 VwGO regelmäßig inbegriffene Folgenabwägung müsste angesichts dessen dazu führen, den Antrag abzulehnen.

Im Hinblick auf die antragstellerseitig angeführten Studien ist allgemein zu beachten, dass ein Teil dieser Studien – namentlich die Studie des Klinikums rechts der Isar und der Technischen Universität München sowie jene des Fraunhofer Heinrich-Hertz-Instituts am Konzerthaus Dortmund – noch nicht abgeschlossen ist. Eine finale Bewertung ist daher aus fachlicher Sicht nicht möglich und somit auch nicht die Schlussfolgerung, dass die Infektionsgefahr bei den entsprechenden Veranstaltungen so niedrig ist, dass

- 7 -

eine Schließung nicht zu rechtfertigen wäre. Für ein gesichertes wissenschaftliches Urteil sind vielmehr die Abschlussergebnisse mehrerer qualitativ hochwertiger Studien abzuwarten.

Hinsichtlich der antragstellerseitig angeführten Evaluation des Pilotprojekts an der Bayerischen Staatsoper ist zudem zu bemerken, dass die Situation der Lüftung sowie die Belegung in den einzelnen Sälen vor Ort sehr unterschiedlich sind. Die Wirksamkeit von Belüftungssystemen wurde zwar in einzelnen Studien dargestellt, jedoch können bauliche Gegebenheiten die zu- und abströmende Luft beeinflussen. Pauschale Angaben können zur Konzeption von Lüftungsanlagen aus fachlicher Sicht daher nicht gemacht werden. Unabhängig davon, dass die Studie des Fraunhofer Heinrich-Hertz-Instituts am Konzerthaus Dortmund aktuell noch nicht abgeschlossen ist, können deren Ergebnisse ohnehin allein auf Einrichtungen angewandt werden, die eine ähnliche technische Ausstattung bieten. Die in der Stellungnahme der Berliner Charité schlägt zwar einen Maßnahmenkatalog vor, der dazu dienen soll, einen normalisierten Publikumsbetrieb in Kulturstätten wiederherzustellen. Allerdings sind bezüglich dieser Bedingungen in der Stellungnahme keine detaillierteren Angaben enthalten, der Katalog ist vielmehr zur Individualisierung vorgesehen.

Zudem ist immer zu berücksichtigen, dass nicht nur während der Veranstaltung selbst, sondern auch bei Anreise, Einlass, Pausen, Toilettengängen sowie bei Auslass und Abreise eine Infektionsgefahr besteht.

Insbesondere im Hinblick auf die steigenden Infektionszahlen und die in Deutschland inzwischen vorherrschende besorgniserregende Virusvariante B.1.1.7 (VOC), die über ein deutlich erhöhtes Ansteckungspotential verfügt, ist die Frage aufzuwerfen, inwiefern die (vorläufigen) Erkenntnisse aus den antragstellerseitig zitierten Studien noch Gültigkeit beanspruchen können und es ist bezüglich der Öffnung von Kulturveranstaltungen große Zurückhaltung geboten, bis fundierte wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen, die das aktuelle Pandemiegeschehen berücksichtigen.

Nach den Ausführungen des Robert Koch-Instituts in dessen Lagebericht vom 07.04.2021

(https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/2021-04-07-de.pdf?__blob=publicationFile, S. 3) vermindert die zunehmende

- 8 -

Verbreitung und Dominanz der VOC 1.1.7, welche vermutlich auch schwerere Krankheitsverläufe verursacht als andere Varianten, die Wirksamkeit der bislang erprobten Infektionsschutzmaßnahmen erheblich.

Eine Übertragung von (Zwischen-)Erkenntnissen aus Studien auf das jetzige pandemische Geschehen ist damit nach Einschätzung des Verordnungsgebers nicht ohne weiteres möglich.

- c) Auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liegt nicht vor. Die regelmäßige Auslastung von Gottesdiensten kann mit der von Konzertsälen nicht verglichen werden. Die insoweit tangierte Religionsfreiheit schreibt den Gläubigen bestimmte Rituale und Gottesdienste zudem regelmäßig (z.B. mit der Sonntagspflicht) oder zu bestimmten Zeiten (z.B. mit den Gottesdiensten des Triduum paschale) vor. Diese können nach den Überzeugungssätzen der jeweiligen Religion auch nicht ohne weiteres und manchmal gar nicht nachgeholt werden. Dies unterscheidet sie insoweit von der Kunstfreiheit. Ebenso wie bei der Religionsfreiheit verhält es sich auch mit Versammlungen. Das Recht auf Teilhabe am demokratischen Meinungsbildungsprozess durch eine Versammlung im Sinne von Art. 8 GG erfordert die Durchführung der Versammlung zu dem Zeitpunkt, in dem ein bestimmter Meinungsbildungsprozess stattfindet oder nach Vorstellung der Versammlungsteilnehmer stattfinden sollte. Dies kann nicht einfach nachgeholt werden. Der Kunstgenuss – so sehr er auch vielen Menschen fehlen mag – kann demgegenüber schon nachgeholt werden. Opern, aber auch an sich auf bestimmte Ereignisse im Kirchenjahr bezogene Oratorien wie die mit dem Antrag genannte Matthäus-Passion können ganzjährig aufgeführt werden und werden ganzjährig aufgeführt.

Auch mit dem Einzelhandel ist die Durchführung von Konzerten nicht vergleichbar. Der Einzelhandel, in dem sich Personen in der Regel kürzer aufhalten werden als in Kultursälen, dient – soweit er zulässigerweise inzidenzunabhängig geöffnet ist – der unabweisbaren Versorgung der Bevölkerung mit den Gütern des täglichen Bedarfs. Zwar wurde die Reichweite dieses Bedarfs zum Teil durch die Rechtsprechung (BayVGh, B.v. 03.03.2021 – 20 NE 21.391 – juris; B.v. 31.03.2021 – 20 NE 21.540 – https://www.vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/21a00540b.pdf_anonym_002_.pdf), zum Teil in Ansehung zeitweise sinkender Infektionszahlen zuletzt stark erweitert, jedoch wird diese Entwicklung mit Blick auf das pandemische Geschehen sowie um der Rechtsprechung des erkennenden Senats (vgl. BayVGh, B.v. 31.03.2021 – 20 NE

21.540 – a.a.O. Rn. 17) Rechnung zu tragen, nunmehr, wie vom Bayerischen Ministerrat am 07.04.2021 beschlossen, wieder zurückgefahren werden. Unabhängig hiervon kann aus einer Lockerung in einem Bereich nicht abgeleitet werden, dass dies auch für den eigenen Bereich gelten müsse. Andernfalls könnte der Ordnungsgeber nur alle Beschränkungen auf einmal lockern, oder gar keine. Die reine infektiologische Vergleichbarkeit ist schon gem. § 28a Abs. 6 Satz 2 und 3 IfSG nicht alleiniger Maßstab für den Ordnungsgeber (vgl. vgl. BT-Drs. 19/24334, S. 74; OVG NRW, B.v. 19.03.2021 – 13 B 252/21.NE – BeckRS 2021, 4912 Rn. 48). Jedenfalls erschließt sich nicht, weshalb die teilweise Aufhebung einzelner Infektionsschutzmaßnahmen mit dem Fortbestand wesensverschiedener Sachverhalte unvereinbar sein sollte (BayVGH, B.v. 16.03.2021 – 20 NE 21.627 – BeckRS 2021, 4746 Rn. 23; B.v. 25.02.2021 – 20 NE 21.519 – BeckRS 2021, 3813 Rn. 26). Dabei sind uns Gerichtsentscheidungen, die andeuten könnten, dass bei Öffnungen Betriebe bevorzugt werden sollten, die am längsten geschlossen waren, bekannt (VGH Baden-Württemberg, B.v. 18.12.2020 – 1 S 4080/20 – juris; OVG Niedersachsen, B.v. 05.01.2021 – 13 MN 582/20). Gleichwohl hat zunächst der Ordnungsgeber zu entscheiden, welche Infektionsschutzmaßnahmen er zu welchem Zeitpunkt für richtig hält, und dabei mit sozialen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Einzelnen und die Allgemeinheit nach § 28a Abs. 6 Satz 2 IfSG abzuwägen. Der Aspekt der (vorübergehenden) „Verzichtbarkeit“ kultureller Live-Angebote ist insoweit nicht etwa unsachlich.

- d) Vor diesem Hintergrund ist der von den Antragstellern erhobene Vorwurf, dass in der Begründung der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (BayMBl. 2021 Nr. 172) das Wort „Kunsthfreiheit“ nicht vorkomme und Kunst und Kultur vom Ordnungsgeber wie jede andere Tätigkeit behandelt würden, die nicht unter dem Schutz des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG stünde, nicht berechtigt. Zum einen weisen manche der in der (in Bezug genommenen) Begründung der Neunten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung, BayMBl. 2020 Nr. 684, „in einem Atemzug“ genannten Bereiche wie Gastronomie, außerschulische Bildung, Amateursport und sog. körpernahe Dienstleistungen wenngleich nicht im Schwerpunkt, so doch am Rande, auch künstlerische Aspekte auf. Das gilt für die Gastronomie und dort geübte Kochkunst jedenfalls im Fall der Spitzengastronomie, für das Styling bei Friseuren und für Tätowierungen, insbesondere aber für solche außerschulischen Bildungsangebote, die Kunst im klassischen Sinne (Musik, Malerei, Literatur) vermitteln. Auch manche Sportarten haben künstlerische Elemente (Dressurreiten, Eiskunstlauf, Tanz, insb. Ballett).

- 10 -

Umgekehrt sind Opern, Konzerte und Theater für die Besucher durchaus Freizeitgestaltung und gehören damit aus deren Sicht mehr oder weniger zu den vom Verordnungsgeber in diesem Zusammenhang genannten Freizeiteinrichtungen. Der Freizeitbereich wird vom Verordnungsgeber in der Begründung der Verordnung zur Änderung der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung und der Einreise-Quarantäneverordnung vom 25.03.2021, BayMBl. 2021 Nr. 225, S. 4, dort im Zusammenhang mit dem Verbot von Beherbergungen zu touristischen Zwecken nach § 14 Abs. 1 12. BayIfSMV, als kontaktintensiver Bereich eingeschätzt, der typischerweise vielfach mit geselligen Anlässen verbunden sei, bei denen notwendige Schutz- und Hygienevorkehrungen nicht mit gleicher Zuverlässigkeit beachtet würden wie im Berufsleben. Insofern ist wohl auch anzunehmen, dass das disziplinierte Verhalten der Besucher von Konzerten im Rahmen von Pilotprojekten jedenfalls zum Teil der besonderen Situation und dem Interesse dieser Konzertbesucher an einer Öffnung des Konzertbetriebs geschuldet, aber nicht automatisch allgemein typisch ist.



Kaiser
Oberlandesanwältin