

# Verwaltungsgericht Berlin

## BESCHLUSS

Art 12 Abs 1 S 2 GG, § 28a Abs 1 Nr 8 IfSG, § 38 Abs 2 S 1 CoronaV3V BE

- 1. Nach § 38 Abs. 2 Satz 1 3. InfSchMV darf bei Veranstaltungen an Veranstaltungsorten, die zum Stichtag 13. März 2020 eine Höchstkapazität aufweisen, die Zulassung nach § 38 Abs. 1 3. InfSchMV bei Veranstaltungen mit mehr als 2.000 zeitgleich anwesenden Personen höchstens eine Auslastung von 50 % dieser Höchstkapazität umfassen. Der Veranstaltungsort, das Stadion „An der Alten Försterei“, bietet nach den Angaben des Antragstellers 22.012 Zuschauenden Platz.**
- 2. Es besteht bei bis zu 24 Stunden alten Testergebnissen die Gefahr, dass sich die getestete Person nach Durchführung des Tests vor dem Zutritt zur Großveranstaltung noch infiziert. Im Falle einer eingeschleppten Infektion verfügen getestete Personen des Weiteren nicht über einen mit Genesenen und Geimpften vergleichbaren Schutz weder vor einer Infektion noch vor einem schwerwiegenden Krankheitsverlauf.**
- 3. Gleichzeitig dürften sie ihrerseits im Fall einer Ansteckung verglichen mit Geimpften und Genesenen eine höhere Infektiosität aufweisen. Hinzu kommt, dass bei „nur“ Getesteten – anders als im Regelfall bei Geimpften und Genesenen – die Absonderungspflicht im Fall einer Infektion auch für enge Kontaktpersonen besteht, so dass dann die zuständigen Gesundheitsämter aufwändige Maßnahmen zur Kontaktnachverfolgung ergreifen müssen.**

VG Berlin, Beschluss vom 14.10.2021, Az.: 14 L 565/21

### **Tenor:**

Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes wird abgelehnt.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Wert des Verfahrensgegenstands wird auf 150.000,- € festgesetzt.

### **Gründe:**

Der nach den §§ 88, 122 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) sachdienlich dahin auszulegende Antrag des Antragstellers,

den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihm eine Ausnahmezulassung nach § 38 Abs. 4 Satz 1 der Dritten Verordnung über erforderliche Maßnahmen zum Schutz der Bevölkerung vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (Dritte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung - 3. InfSchMV -, vom

15. Juni 2021, GVBl. S. 634, zuletzt geändert durch Verordnung vom 5. Oktober 2021, GVBl. S. 1189) für die Durchführung des Bundesligafußballspiels im Stadion „An der Alten Försterei“ am 16. Oktober 2021 mit mindestens 18.000 zeitgleich anwesenden Personen zu erteilen,

ist zulässig (dazu unter I.), aber unbegründet (dazu unter II.).

I.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Regulationsanordnung ist nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO statthaft. In der Hauptsache wäre eine Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO die statthafte Klageart. Im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes kann daher ein korrespondierender Antrag auf Erlass einer Regulationsanordnung gestellt werden.

Der Antragsteller ist insoweit auch entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO antragsbefugt. Es erscheint zumindest als möglich, dass nach § 38 Abs. 4 Satz 1 3. InfSchMV ein Anspruch auf Erlass der begehrten Ausnahmezulassung besteht.

II.

Der Antrag ist jedoch unbegründet.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn die begehrte Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Nach § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2, § 294 der Zivilprozessordnung (ZPO) sind dabei die tatsächlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs (Anordnungsanspruch) in gleicher Weise glaubhaft zu machen wie die Gründe, welche die Eilbedürftigkeit der gerichtlichen Entscheidung bedingen (Anordnungsgrund).

Dem Wesen und Zweck des Verfahrens nach § 123 Abs. 1 VwGO entsprechend, kann das Gericht im Wege der einstweiligen Anordnung grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen und nicht schon das gewähren, was Ziel eines entsprechenden Hauptsacheverfahrens wäre. Wird, wie hier, die Vorwegnahme der Hauptsache begehrt, kommt die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nur dann in Betracht, wenn ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und andernfalls schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (vgl. u.a. OVG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 17. Oktober 2017 – OVG 3 S 84.17 – und – OVG 3 M 105.17 –, juris Rn. 2, und vom 28. April 2017 – OVG 3 S 23.17 u.a. –, juris Rn. 1; ferner: Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 123 Rn. 13 ff. m.w.N.).

Vorliegend hat der Antragsteller bereits einen Anordnungsanspruch nicht in einer die Vorwegnahme der Hauptsache rechtfertigenden Weise glaubhaft gemacht. Ein Obsiegen des Antragstellers in einem etwaigen Hauptsacheverfahren ist bei der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung nicht mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit zu erwarten.

Ein Anspruch auf Erlass der begehrten Ausnahmezulassung ergibt sich nicht aus § 38 Abs. 4 Satz 1 3. InfSchMV. Danach kann die jeweils fachlich zuständige Senatsverwaltung über § 38 Abs. 1 3. InfSchMV hinaus im Einvernehmen mit der für Gesundheit zuständigen Senatsverwaltung in begründeten Einzelfällen Ausnahmen von den Bestimmungen dieser Verordnung zulassen.

1. Eine derartige Ausnahmezulassung ist hier zur Durchführung der in Rede stehenden Veranstaltung mit 18.000 Personen erforderlich.

Nach § 38 Abs. 2 Satz 1 3. InfSchMV darf bei Veranstaltungen an Veranstaltungsorten, die zum Stichtag 13. März 2020 eine Höchstkapazität aufweisen, die Zulassung nach § 38 Abs. 1 3. InfSchMV bei Veranstaltungen mit mehr als 2.000 zeitgleich anwesenden Personen höchstens eine Auslastung von 50 % dieser Höchstkapazität umfassen. Der Veranstaltungsort, das Stadion „An der Alten Försterei“, bietet nach den Angaben des Antragstellers 22.012 Zuschauenden Platz.

2. Die Regelung des § 38 Abs. 2 Satz 1 3. InfSchMV erweist sich derzeit noch als verfassungsgemäß und verletzt den Antragsteller nicht in seiner Berufsausübungsfreiheit aus Artikel 12 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Artikel 19 Abs. 3 des Grundgesetzes (GG).

a. Rechtsgrundlage der in Form einer Rechtsverordnung durch die Berliner Landesregierung erlassenen seuchenrechtlichen Maßnahme ist § 32 Satz 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 28a Abs. 1 Nr. 8 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG).

b. Der Tatbestand der genannten Rechtsgrundlage ist unter Berücksichtigung des aktuellen Infektionsgeschehens (vgl. hierzu die Angaben im täglichen Lagebericht des Robert Koch-Instituts zu COVID-19 unter [www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html](http://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html)) auch weiterhin erfüllt. Der Bundestag hat mit Beschluss vom 25. August 2021 (vgl. BGBl. I, S. 4072) das Fortbestehen der für Maßnahmen nach § 28a Abs. 1 IfSG vorausgesetzten epidemischen Lage von nationaler Tragweite festgestellt. Die Kapazitätsbegrenzung stellt (auch) eine Beschränkung von Sportveranstaltungen dar, die nach § 28a Abs. 1 Nr. 8 IfSG zu den notwendigen Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG gehören kann.

c. Die Maßnahme erweist sich derzeit nicht als unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Antragstellers nach Artikel 12 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Artikel 19 Abs. 3 GG.

(1) Mit der Maßnahme verfolgt der Antragsgegner ein legitimes Ziel. Übergreifendes Ziel der Verordnung ist nach ihrer Präambel die weiterhin notwendige Eindämmung der Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 und der hierdurch verursachten Krankheit COVID-19 durch Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und zur Bewältigung der Auswirkungen auf das Gesundheitswesen. Ausweislich der Verordnungsbegründung geht der Ordnungsgeber dabei davon aus, dass die gegenwärtige Durchimpfungsrate noch nicht ausreicht, um eine Überlastung des Gesundheitssystems durch einen unkontrollierten Wiederanstieg der Infektionszahlen und Krankenhauseinweisungen im Herbst zu vermeiden (vgl. AbgHS-Drs. 18/4206, S. 7 ff.). Diese Prognoseentscheidung erscheint gegenwärtig angesichts des witterungsbedingt nach der Erfahrung aus dem letzten Jahr demnächst zu erwartenden Anstiegs der Infektionszahlen zur Vermeidung einer „Pandemie der Ungeimpften“, die zu einer Überlastung des Gesundheitssystems und damit zu Einschränkungen der gesundheitlichen Versorgung der gesamten Bevölkerung führen könnte, noch nicht als offenkundig verfehlt.

Sie steht auch im Einklang mit der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, nach der sich die Entscheidungen über Schutzmaßnahmen insbesondere an dem Schutz von Leben und Gesundheit und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems auszurichten haben (vgl. § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG). Dem liegt wiederum die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates für Leben und Gesundheit aus Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 GG

zugrunde (vgl. z.B. BVerfG, Beschlüsse vom 13. Mai 2020 – 1 BvR 1021/20 –, juris Rn. 8, vom 12. Mai 2020 – 1 BvR 1027/20 –, juris Rn. 6, und vom 1. Mai 2020 – 1 BvR 1003/20 –, juris Rn. 7).

(2) Zur Erreichung der dargelegten Zielsetzung dürfte die in Rede stehende Maßnahme auch noch als geeignet anzusehen sein. Dafür genügt es, wenn der verfolgte Zweck durch die Maßnahmen gefördert werden kann, ohne dass die vollständige Zweckerreichung gesichert sein muss (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 26. April 1995 – 1 BvL 19/94 und 1 BvR 1454/94 –, juris Rn. 52, sowie Beschluss vom 9. Februar 2001 – 1 BvR 781/98 –, juris Rn. 22).

Angesichts der vorliegenden Erkenntnisse zu den Übertragungswegen des Coronavirus (vgl. etwa „Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19“, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html), Stand 14.7.2021, abgerufen am 14. Oktober 2021) ist es nicht zu beanstanden, dass der Verordnungsgeber bei Großveranstaltungen bei der gebotenen pauschalierenden Betrachtung davon ausgeht, dass Hygienemaßnahmen, insbesondere das Abstandsgebot eher eingehalten und infektionsträchtige Situationen damit eher vermieden werden können, wenn der in Rede stehende Veranstaltungsort nur zur Hälfte ausgelastet ist. Dem steht nicht entgegen, dass es nach Angaben des Antragstellers keine Erkenntnisse dazu gebe, dass die Teilnahme konkret an seinen Heimspielen zu „weiteren Infektionswellen“ geführt hätte. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die bisherigen Heimspiele der nunmehr angegriffenen Kapazitätshöchstgrenze unterlagen.

(3) Die Kapazitätshöchstgrenze dürfte auch noch erforderlich im Rechtssinne sein. Die Möglichkeit der Zulassung aller Großveranstaltungen ohne Kapazitätsgrenze unter 3G-Bedingung – und damit auch für negativ Getestete – statt nur unter 2G-Bedingung ist zwar ein milderer, zur Erreichung des verfolgten legitimen Zwecks aber nicht vollumfänglich in gleicher Weise geeignetes Mittel.

Insoweit kommt zum Tragen, dass ein negatives Testergebnis nur eine Momentaufnahme darstellt. So besteht bei bis zu 24 Stunden alten Testergebnissen – neben der realen Gefahr eines von vornherein falsch-negativen Tests – die weitere Gefahr, dass sich die getestete Person nach Durchführung des Tests vor dem Zutritt zur Großveranstaltung noch infiziert. Im Falle einer eingeschleppten Infektion verfügen getestete Personen des Weiteren nicht über einen mit Genesenen und Geimpften vergleichbaren Schutz weder vor einer Infektion noch vor einem schwerwiegenden Krankheitsverlauf. Gleichzeitig dürften sie ihrerseits im Fall einer Ansteckung verglichen mit Geimpften und Genesenen eine höhere Infektiosität aufweisen. Hinzu kommt, dass bei „nur“ Getesteten – anders als im Regelfall bei Geimpften und Genesenen – die Absonderungspflicht im Fall einer Infektion auch für enge Kontaktpersonen besteht, so dass dann die zuständigen Gesundheitsämter aufwändige Maßnahmen zur Kontaktnachverfolgung ergreifen müssen (vgl. zum Ganzen auch VG Berlin, Beschluss vom 20. August 2021 – 14 L 467/21 –, juris Rn. 32). Diese Ausführungen werden auch durch die vom Antragsteller selbst vorgelegten Hinweise des RKI gestützt, die von einem erhöhten Risiko bei 3G-Veranstaltungen ausgehen (vgl. RKI, Flyer zu 2G und 3G, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Co-ronavirus/Downloads/Flyer-2G3G.pdf](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Co-ronavirus/Downloads/Flyer-2G3G.pdf), abgerufen am 14. Oktober 2021).

(4) Die Maßnahme erscheint gegenwärtig auch noch als verhältnismäßig im engeren Sinne. Das Gericht sieht bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der sie rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch als gewahrt an.

Hierbei erscheint als entscheidend, dass zwar mit der Maßnahme in nicht unerheblicher Weise in die Berufsausübungsfreiheit der betroffenen Veranstalter eingegriffen, die

Eingriffsintensität jedoch durch die Regelungen des § 38 Abs. 3 und 4 3. InfSchMV erheblich entschärft wird. Nach § 38 Abs. 3 Satz 1 3. InfSchMV gilt bei Großveranstaltungen mit der 2G-Bedingung keine Personenobergrenze und damit – wovon auch der Antragsgegner ausweislich seiner Antragserwiderung ausgeht – auch keine Höchstkapazitätsgrenze. Es erscheint danach – auch konkret für den Antragsteller – ohne erheblichen Mehraufwand möglich, finanzielle Verluste infolge der Höchstkapazitätsgrenze für 3G-Veranstaltungen zu vermeiden. Soweit der Antragsteller die Möglichkeit der Durchführung seiner Veranstaltung unter der 2G-Bedingung mit Hinweis auf etwaige nicht geimpfte oder genesene Spieler und Mannschaftsbetreuende in Abrede stellt, dringt er damit nicht durch. Er verkennt bereits, dass nach § 33a Satz 2 3. InfSchMV Personen, die an sportlichen Wettkämpfen teilnehmen, nicht geimpft oder genesen, sondern nur PCR-getestet sein müssen. Hinsichtlich der nicht vollständig geimpften Mannschaftsbetreuenden, den sonstigen eigenen Mitarbeitenden oder dem Personal von Dienstleistenden müssen diese nach § 8a Abs. 2 Nr. 2 3. InfSchMV nur dann selbst geimpft oder genesen sein, wenn sie „mit Kundinnen und Kunden oder Zuschauenden in unmittelbarem Kontakt“ kommen. Der Antragsteller trägt selber vor, dass es „in der Regel“ keinen unmittelbaren Kontakt zwischen den eingesetzten Ordnungskräften und Zuschauenden gibt. Warum insofern eine Aufteilung der Ordnungskräfte dahingehend, dass in Bereichen mit Kontakt zu Zuschauenden geimpftes oder genesenes Personal und in anderen Bereichen getestetes Personal eingesetzt wird, nicht möglich sein soll, erschließt sich nicht. Der Antragsteller mag im Übrigen zwar – wie er geltend macht – arbeitsrechtlich eine Impfung seiner eigenen Mitarbeitenden nicht anweisen können, er hat aber durchaus die Möglichkeit, den Einsatz des Personals bei seinen Veranstaltungen von der 2G-Bedingung abhängig zu machen. Angesichts der hohen Impfquote ist nicht substantiiert dargelegt, dass dem Antragsteller die Durchführung der Veranstaltung unter diesen Bedingungen nicht möglich wäre. Weiter entschärft wird die Eingriffsintensität zudem durch die mit § 38 Abs. 4 Satz 1 3. InfSchMV eröffnete Möglichkeit, in begründeten Einzelfällen Ausnahmen von den Bestimmungen der Verordnung zuzulassen.

Die Maßnahme dient demgegenüber, wie bereits erörtert, dem Schutz des Lebens und der Gesundheit des/der Einzelnen und dem Erhalt der Bevölkerungsgesundheit insgesamt und damit Individual- und Gemeinschaftsrechtsgütern von höchstem verfassungsrechtlichem Rang. Trotz des aktuell vergleichsweise entspannten Infektionsgeschehens geht das fachkundige Robert Koch-Institut in seiner aktuellen Risikobewertung weiterhin von einer ernst zu nehmenden Situation in Deutschland aus und schätzt die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland insgesamt weiterhin als hoch und nur für Geimpfte als moderat ein (vgl. RKI, Risikobewertung zu COVID-19, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html), abgerufen am 14. Oktober 2021). Ziel der Anstrengungen sei es, einen nachhaltigen Rückgang der Fallzahlen zu erreichen. Zwar weist der Antragsteller mit Recht darauf hin, dass bei der derzeitigen Infektionslage ein sog. „superspreading event“ bei unter 3G-Bedingung durchgeführten Veranstaltungen nicht überwiegend wahrscheinlich sein dürfte. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass es sich bei der Maßnahme lediglich um einen Bestandteil des in der Dritten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung enthaltenen Gesamtpakets handelt, dessen Effizienz von der Funktionsfähigkeit aller Bestandteile, mithin auch der hier angegriffenen Maßnahme abhängt. Angesichts der jahreszeitlich zu erwartenden (Re-)Dynamisierung des Infektionsgeschehens erscheint es bei summarischer Prüfung gerechtfertigt, dass der Ordnungsgeber noch nicht sämtliche Beschränkungen lockert.

3. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer danach erforderlichen Ausnahmezulassung nach § 38 Abs. 4 Satz 1 3. InfSchMV liegen nicht vor.

Soweit der Antragsgegner geltend macht, hiernach könne niemals eine Ausnahme von den Vorgaben des § 38 Abs. 2 3. InfSchMV zugelassen werden, überzeugt dies allerdings nicht. Nach dem Wortlaut der Vorschrift sind keine Bestimmungen der Verordnung von der Zulassungsfähigkeit in begründeten Einzelfällen grundsätzlich ausgenommen. Das entspricht auch dem Sinn und Zweck der Bestimmung als „Experimentierklausel“.

Dem Antragsgegner ist jedoch in der Bewertung zu folgen, dass es sich bei der in Rede stehenden Veranstaltung nicht um einen „begründeten Einzelfall“ im Sinne der Vorschrift handelt. Punktspiele in der Fußball-Bundesliga finden regelmäßig jede zweite Woche statt. Eine besondere Singularität des Heimspiels am 16. Oktober 2021 gegen den VfL Wolfsburg ist nicht dargetan. Der Hinweis auf ein „bewährtes Hygienekonzept“ vermag einen zulassungsfähigen Einzelfall von vornherein nicht zu begründen.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Werts des Verfahrensgegenstands beruht auf § 52 Abs. 1 und 2, § 53 Abs. 2 Nr. 1 des Gerichtskostengesetzes (GKG). Nach § 52 Abs. 1 GKG ist in Verfahren vor den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit, soweit – wie hier – nichts anderes bestimmt ist, der Streitwert nach der sich aus dem Antrag für den Antragsteller ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen. Der Antragsteller geht hier für das Gericht nachvollziehbar von Mehreinnahmen von 150.000,- € aus, die sich bei der gewünschten Erhöhung der Kapazität von 50 % auf 80 % ergeben würden. Das Gericht setzt diesen Wert wegen der begehrten Vorwegnahme der Hauptsache in voller Höhe an (vgl. Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ-Beilage 2013, 57, Punkt 1.5 Satz 2).