



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 1 B 89/21

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

1. der

2. der

– Antragstellerinnen –

Prozessbevollmächtigte:
zu 1-2:

g e g e n

die Freie Hansestadt Bremen, vertreten durch die Senatorin für Gesundheit, Frauen und Verbraucherschutz,
Contrescarpe 72, 28195 Bremen

– Antragsgegnerin –

Prozessbevollmächtigte:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Prof. Sperlich, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Koch und den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Kiesow am 23. März 2021 beschlossen:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

Die Antragstellerinnen tragen die Kosten des Verfahrens gesamtschuldnerisch.

Der Streitwert wird zum Zwecke der Kostenberechnung auf 10.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragstellerinnen betreiben bundesweit Einzelhandel im Filialbetrieb und vertreiben hierüber Produkte aus einem Mischsortiment.

Mit ihrem Eilantrag nach § 47 Abs. 6 VwGO verfolgen sie das Ziel, den Vollzug der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung einstweilen auszusetzen, soweit nach deren § 4 Abs. 2 Nr. 11 die Schließung von Geschäften des Einzelhandels für den Publikumsverkehr bis zum 28.03.2021 angeordnet wird.

Die angegriffene Regelung lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 4 Schließung von Einrichtungen, Betriebs- und Dienstleistungsbeschränkungen
(...)

(2) Bis zum 28. März 2021 werden folgende Einrichtungen wie folgt geschlossen:
(...)

11. Geschäfte des Einzelhandels für den Publikumsverkehr, soweit deren Öffnung nach Absatz 3 nicht ausdrücklich zugelassen ist; zulässig ist

- a) der Versandhandel und die Auslieferung bestellter Waren;
- b) die Abholung bestellter Waren und der Besuch des Ladengeschäftes zum Zwecke einer Einkaufsberatung nach vorheriger telefonischer oder elektronischer Terminvereinbarung für

aa) Einzelpersonen oder

bb) Angehörige eines Hausstandes oder einer Person mit einer Begleitperson, soweit aufgrund von Minderjährigkeit, Krankheit, Pflegebedürftigkeit oder Behinderung eine Begleitung notwendig ist,

die verantwortliche Person hat über die Anforderungen des § 5 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 hinaus sicherzustellen, dass

aa) alle Kundinnen und Kunden in Namenslisten zum Zweck der Infektionskettenverfolgung nach § 8 erfasst werden,

- bb) mehrere Kunden oder Kundengemeinschaften sich gleichzeitig im Geschäftsraum nur aufhalten dürfen, soweit pro Kundin oder Kundengemeinschaft 40 Quadratmeter Verkaufsfläche zur Verfügung stehen.

(...)

(3) Folgende Einrichtungen des Einzelhandels sind zur Deckung des täglichen Bedarfs und der Grundversorgung beschränkt auf ein entsprechendes Sortiment des täglichen Bedarfs sowie der Grundversorgung abweichend von Absatz 2 Nummer 11 nicht für den Publikumsverkehr geschlossen:

(...)

6a. Buchhandlungen,

(...)

12a. Verkaufsstellen für Schnittblumen, Topfblumen und Topfpflanzen sowie für Blumen- gestecke und Grabschmuck sowie des gärtnerischen Facheinzelhandels wie Gärtnereien, Gartencenter und Gartenmärkte,

(...)

16. Gemischtwarenläden, sofern sie im Schwerpunkt Waren des täglichen Bedarfs oder der Grundversorgung nach den Nummern 1 bis 14 anbieten; bilden die betreffenden Waren nicht den Schwerpunkt des Sortiments, so ist der Verkauf nur dieser Waren zulässig.

Die Ausweitung der regelmäßigen Randsortimente durch die Betriebe und Einrichtungen nach Nummer 1 bis 16 ist nicht zulässig.“

Die Antragstellerinnen betreiben unstreitig Gemischtwarenläden, deren Sortiment im Schwerpunkt nicht auf Waren des täglichen Bedarfs oder der Grundversorgung liegt und die deshalb nicht von der Privilegierung des § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 16 der Vierundzwanzigten Coronaverordnung erfasst werden. Sie halten die Beschränkung des Einzelhandels auf Terminvereinbarungen für unverhältnismäßig und machen außerdem Verstöße gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz geltend.

II.

Der zulässige Normenkontrolleilantrag ist unbegründet.

Der Erlass der von den Antragstellerinnen beantragten einstweiligen Anordnung ist bei summarischer Prüfung nicht gemäß § 47 Abs. 6 VwGO zur Abwendung ihnen drohender schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten.

1. Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 - 4 VR 5.14, juris Rn. 12). Dabei erlangen die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Eilverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Normen befristet und je geringer damit die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag noch vor dem Außerkrafttreten der Normen ergehen kann. Das muss insbesondere dann gelten, wenn – wie hier – die in der Hauptsache angegriffene Norm in quantitativer und qualitativer Hinsicht erhebliche Grundrechtseingriffe enthält oder begründet, so dass sich das Normenkontrollverfahren (ausnahmsweise) als zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG geboten erweisen dürfte (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 09.04.2020 - 1 B 97/20, Rn. 18 m.w.N.).

Ergibt demnach die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist. Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens im Zeitpunkt der Entscheidung über den Eilantrag nicht (hinreichend) abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden: Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, das Normenkontrollverfahren aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung – trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache – dringend geboten ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 - 4 VR 5.14, juris Rn. 12).

2. Nach diesen Maßstäben kommt eine vorläufige Außervollzugssetzung des mit dem Normenkontrollantrag der Antragstellerinnen angegriffenen § 4 Abs. 2 Nr. 11 der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung nicht in Betracht. Bei summarischer Prüfung bestehen gegen diese Vorschrift keine durchgreifenden Bedenken. Dabei verkennt der Senat nicht, dass die angegriffene Norm einen zeitlich befristeten Eingriff in das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit der betroffenen Geschäfte des Einzelhandels und den bei ihnen beschäftigten Personen begründet. Dieser Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist aber von einer verfassungskonformen gesetzlichen Grundlage getragen (**a**). Zudem ist § 4 Abs. 2 Nr. 11 der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung formell (**b**) und materiell (**c**) rechtmäßig.

a) Die von den Antragstellerinnen angegriffene Verordnung findet in den § 32 Sätze 1, 2 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG eine hinreichende Rechtsgrundlage. Die Verordnungsermächtigung hiernach ist jedenfalls im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht zu beanstanden. Sie verstößt nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere nicht gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 80 Abs. 1 Satz GG, gegen den Parlamentsvorbehalt bzw. das Wesentlichkeitsprinzip oder gegen das Zitiergebot gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG (st. Rspr. des Senats, vgl. zuletzt Beschl. v. 10.03.2021 - 1 B 104/21, juris Rn. 8 m.w.N.).

b) Die Vierundzwanzigste Coronaverordnung in der Fassung der Zweiten Verordnung zur Änderung der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung ist auch formell rechtmäßig (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 10.03.2021 - 1 B 104/21, juris Rn. 9).

c) Auch in materieller Hinsicht erweist sich das in § 4 Abs. 2 Nr. 11 der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung geregelte Verbot, Geschäfte des Einzelhandels für den Publikumsverkehr zu öffnen, bei summarischer Prüfung als nicht erkennbar rechtswidrig.

aa) Für den Senat ergeben sich keine Zweifel daran, dass der Anwendungsbereich der genannten Rechtsgrundlage eröffnet ist und deren besondere Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. Infolge der Corona-Pandemie, der vom Bundestag festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite und des derzeit erheblichen Infektionsgeschehens ist die Antragsgegnerin grundsätzlich verpflichtet, infektionsschutzrechtliche Maßnahmen zu ergreifen, die auch die Schließung oder Beschränkung von Betrieben, Gewerben, Einzel- oder Großhandel umfassen können (§ 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG). Als eine wesentliche Grundlage zur Einschätzung der Risikolage dient nach der Entscheidung des Gesetzgebers die sog. 7-Tage-Inzidenz nach Maßgabe der vom Robert-Koch-Institut veröffentlichten Fallzahlen (vgl. § 28a Abs. 3 Satz 4 ff. IfSG). Die 7-Tage-Inzidenz liegt derzeit bundesweit bei 107 (Stand: 22.03.2021) und in Bremen bei 103 (vgl. Situationsbericht des RKI

vom 22.03.2021, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-22-de.pdf), so dass der Schwellenwert von über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen, bei dessen Überschreiten gemäß § 28a Abs. 3 Satz 5 IfSG umfassende Schutzmaßnahmen, die eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens erwarten lassen, zu ergreifen sind, sowohl bundesweit als auch im Land Bremen deutlich überschritten ist. Dies stellen die Antragstellerinnen mit ihrem Vorbringen auch nicht in Frage.

bb) Hinsichtlich Art und Umfang ihres Eingreifens verfügt die zuständige Behörde über Ermessen, welches dadurch beschränkt ist, dass es sich nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG um „notwendige Schutzmaßnahmen“ handeln muss, nämlich um Maßnahmen, die zur Verhinderung der (Weiter-)Verbreitung der Krankheit geboten sind. Darüber hinaus sind dem Ermessen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Grenzen gesetzt (vgl. BVerwG, Urt. v. 22.03.2012 - 3 C 16.11, juris Rn. 24). Das mit § 4 Abs. 2 Nr. 11 der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung angeordnete Verbot, Geschäfte des Einzelhandels für den Publikumsverkehr zu öffnen, überschreitet bei der hier nur möglichen summarischen Prüfung nicht erkennbar die sich aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit ergebenden Grenzen des der Verordnungsgeberin zustehenden Gestaltungsspielraums.

(1) Die Maßnahme verfolgt einen legitimen Zweck. Ausweislich der amtlich bekanntgemachten Begründung soll mit den weitreichenden Beschränkungen für Einrichtungen mit Publikumsverkehr die weitere Verbreitung des Virus und vor allem die Verbreitungsgeschwindigkeit eingedämmt werden. Hierdurch werde die Ansammlung von Personen am konkreten Angebotsort sowie die Interaktion zwischen Kundinnen und Kunden und Personal vermieden. Im Ergebnis könnten auf diese Weise soziale Kontakte reduziert werden. Damit dienen die Regelungen der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung in Ansehung der aktuellen Coronavirus-Pandemie dem in § 1 Abs. 1 IfSG umschriebenen Zweck, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern und damit dem „Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit“, zu dem der Staat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kraft seiner grundrechtlichen Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht nur berechtigt, sondern auch verfassungsrechtlich verpflichtet ist (vgl. z.B. BVerfG, Beschl. v. 13.05.2020 - 1 BvR 1021/20, juris Rn. 8 f.; Beschl. v. 12.05.2020 - 1 BvR 1027/20, juris Rn. 6; Beschl. v. 01.05.2020 - 1 BvR 1003/20, juris Rn. 7). Die Regelung dient also dem Schutz der überragend wichtigen Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit gerade auch der stärker gefährdeten Risikogruppen angehörenden Bürger.

Die Vermeidung der Überforderung des Gesundheitswesens ist lediglich ein – wenn auch wesentliches – Mittel zur Erreichung dieses überragenden Ziels.

Bei der Wahrnehmung seiner Pflicht, sich schützend und fördernd vor das Leben des Einzelnen zu stellen sowie vor Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit zu schützen, kommt dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (BVerfG, Beschl. v. 12.05.2020 - 1 BvR 1027/20, juris Rn. 6). Denn es hängt von vielen Faktoren, insbesondere von der Eigenart des Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter ab, was konkret zu tun ist. Auch wenn Freiheits- und Schutzbedarfe der verschiedenen Grundrechtsträger in unterschiedliche Richtungen weisen, haben der Gesetzgeber und die von ihm zum Verordnungserlass ermächtigte Exekutive von Verfassung wegen einen Spielraum für den Ausgleich dieser widerstreitenden Grundrechte. Im Fall der hier in Rede stehenden Schutzmaßnahmen wegen der Corona-Pandemie besteht wegen der im fachwissenschaftlichen Diskurs auftretenden Ungewissheiten und der damit unsicheren Entscheidungsgrundlage auch ein tatsächlicher Einschätzungsspielraum (BVerfG, Beschl. v. 13.05.2020 - 1 BvR 1021/20, juris Rn. 10). Dieser Spielraum kann zwar mit der Zeit – etwa wegen besonders schwerer Grundrechtsbelastungen und wegen der Möglichkeit zunehmender Erkenntnis – geringer werden. Dem kann aber grundsätzlich dadurch Rechnung getragen werden, dass der Ordnungsgeber Freiheitsbeschränkungen von vornherein befristet und durch wiederholte Änderungen jeweils lockert (OVG Bremen, Beschl. v. 05.03.2021 - 1 B 81/21, juris Rn. 16 m.w.N.).

(2) Bei summarischer Prüfung ist die Schließung von Geschäften des Einzelhandels – als Teil eines Gesamtkonzeptes – zur Erreichung der hier konkret verfolgten Verordnungsziele geeignet.

Dafür genügt es, wenn der verfolgte Zweck durch die Maßnahme gefördert werden kann, ohne dass die vollständige Zweckerreichung gesichert sein muss (vgl. BVerfG, Beschl. v. 09.02.2001 - 1 BvR 781/98, juris Rn. 22; Beschl. v. 26.04.1995 - 1 BvL 19/94 und 1 BvR 1454/94, juris Rn. 52). Die Regelung bewirkt – wie auch die weiteren Einschränkungen – eine Reduzierung der Kontakte in der Bevölkerung und trägt damit zu einer Reduzierung des Infektionsgeschehens bei.

Der Vortrag der Antragstellerinnen, die Schließung der Einzelhandelsgeschäfte sei ohne epidemiologischen Nutzen und die Anzahl ihrer seit Beginn der Pandemie infizierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter liege sogar unter dem Bevölkerungsdurchschnitt, stellt die

Eignung der angegriffenen Maßnahme nicht durchgreifend in Frage. Denn zu Ansteckungen kann es auch bei Kundinnen und Kunden gekommen sein. Hinzu kommt, dass die Ursache von Infektionen mit dem Coronavirus derzeit nach wie vor in einer Vielzahl der Fälle nicht feststellbar ist (vgl. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-22-de.pdf („diffuses Geschehen“). Da die Tatsachengrundlage daher nach wie vor unklar ist, hat die Antragsgegnerin mit der Annahme, umfassend angelegte Maßnahmen zur Reduzierung von Kontakten seien zur Pandemiebekämpfung geeignet (vgl. auch die Begründung zur Vierundzwanzigsten Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vom 12.02.2021, Allgemeiner Teil), den ihr zustehenden Einschätzungsspielraum aller Voraussicht nach nicht überschritten (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 03.03.2021 - 11 S 22/21, juris Rn 39). Auch bezogen auf die Vierundzwanzigste Coronaverordnung ist insofern zu berücksichtigen, dass es sich hierbei um ein Gesamtpaket handelt, dessen Effizienz von der Funktionsfähigkeit aller Bestandteile, mithin auch der hier angegriffenen Maßnahme abhängt (vgl. hierzu bereits BVerfG, Beschl. v. 11.11.2020 - 1 BvR 2530/20, juris Rn. 16).

Der Einwand, die Regelung des § 4 Abs. 2 Nr. 11 der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung führe zu einer Umleitung der Kundenströme, was den mit der Schließungsanordnung beabsichtigten Infektionsschutz konterkariere, stellt die Eignung der Maßnahme ebenfalls nicht in Frage. Denn auch mit Blick auf die Regelung des § 4 Abs. 3 Nr. 16 der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung bleibt es dabei, dass die Schließungsanordnung des § 4 Abs. 2 Nr. 11 der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung zusätzliche Wege der Bevölkerung zum nicht-privilegierten Einzelhandel, mithin zusätzliche Kontakte verhindert (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 03.03.2021 - 11 S 22/21, juris Rn 39).

(3) Die angegriffene Schließungsanordnung ist voraussichtlich auch erforderlich.

Eine gesetzliche Regelung ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können, wobei der Verordnungsgeberin auch insoweit ein Einschätzungsspielraum zusteht (vgl. BVerfG, Beschl. v. 09.03.1994 - 2 BvL 43/92, juris Rn. 122).

Die Möglichkeit, dass die Antragstellerinnen ihr vollständiges Warensortiment unter Einhaltung strenger Hygienekonzepte verkaufen, stellt sich zwar als ein milderes, aber nicht als ein gleich geeignetes Mittel dar. Zwar tragen auch Hygienemaßnahmen zur Reduzierung des Infektionsgeschehens bei. Die Wirksamkeit von Hygienemaßnahmen reicht jedoch nicht an die der Unterbindung von Kontakten und damit die sichere Verhinderung

einer Infektion heran. Hygienemaßnahmen stellen somit zwar ein milderes, jedoch nicht gleich geeignetes Mittel dar (vgl. zuletzt OVG Bremen, Beschl. v. 10.03.2021 - 1 B 104/21, juris Rn. 22).

(4) Die in der angefochtenen Vorschrift normierte Schließung von Geschäften des Einzelhandels dürfte derzeit auch noch verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

Die Maßnahme führt zwar unverkennbar zu – mittlerweile länger andauernden – Grundrechtseinschränkungen von erheblicher Intensität, namentlich in Bezug auf das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Diese Grundrechtsposition wird jedoch nicht unbeschränkt gewährt, sondern unterliegt einem Gesetzesvorbehalt. Dass diesem Recht im Ergebnis ein unbedingter Vorrang gegenüber dem mit der Verordnung bezweckten Schutz von Leib und Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) gebührt, ist nicht festzustellen. Zwar führen die Antragstellerinnen – sehr nachvollziehbar – zu den wirtschaftlichen Folgen der Maßnahmen aus; der Vortrag zeigt jedoch angesichts einer in Deutschland und in Bremen weiterhin bestehenden pandemischen Lage mit hohen Infektions-, Krankheits- und Todesraten den unbedingten Vorrang dieser Beeinträchtigungen vor dem staatlichen Auftrag zum Schutz von Leib, Leben und Gesundheit der Bevölkerung nicht auf. Das Robert Koch-Institut schätzt aufgrund der anhaltend hohen Fallzahlen die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland weiterhin insgesamt als sehr hoch ein und verweist darauf, dass seit Mitte Dezember 2020 über die zunehmende Verbreitung neuer Virusvarianten berichtet wird, die möglicherweise zu höherer Ansteckungsfähigkeit mit schnellerer Ausbreitung oder zu begrenzter Wirksamkeit einer Komponente der Immunantwort führen können. Die anhaltende Viruszirkulation in der Bevölkerung (Community Transmission) mit zahlreichen Ausbrüchen in Privathaushalten, Kitas und zunehmend auch in Schulen sowie dem beruflichen Umfeld erfordere die konsequente Umsetzung kontaktreduzierender Maßnahmen und Schutzmaßnahmen sowie massive Anstrengungen zur Eindämmung von Ausbrüchen und Infektionsketten. Dies sei vor dem Hintergrund der raschen Ausbreitung leichter übertragbarer besorgniserregender Varianten (VOC) von entscheidender Bedeutung, um die Zahl der neu Infizierten deutlich zu senken, damit auch Risikogruppen zuverlässig geschützt werden können (vgl. Situationsbericht Robert-Koch-Institut vom 01.03.2021, S. 1 f., https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-18-de.pdf).

Angesichts der gravierenden und teils irreversiblen Folgen, die ein weiterer unkontrollierter Anstieg der Zahl von Neuinfektionen für Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen hätte, muss in einer Güterabwägung das Interesse der Antragstellerinnen an einem ungehinderten Geschäftsbetrieb hinter dem überragenden öffentlichen Interesse an der

Eindämmung der Ausbreitung der Corona-Pandemie zurückstehen. Der Senat verkennt dabei nicht, dass die angegriffene Regelung für den Geschäftsbetrieb der Antragstellerinnen (zeitweise) schwerwiegende Folgen hat.

Zur Angemessenheit der angefochtenen Regelung trägt überdies bei, dass der Betrieb nicht-privilegierter Einzelhandelsgeschäfte nicht vollständig untersagt ist, die Betriebsinhaber ihre Waren vielmehr im Rahmen eines Online-Handels anbieten, Abhol- und Lieferdienste einrichten und – seit dem 08.03.2021 nunmehr auch – im Rahmen des sog. „click and meet“ Kunden(gruppen) den Besuch eines Ladengeschäftes (Terminshopping) ermöglichen dürfen und damit andernfalls drohende Umsatzeinbußen in gewissem Umfang abfedern können (vgl. hierzu auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 03.03.2021 - 11 S 22/21, juris Rn. 32 m.w.N.). Zudem bietet § 4 Abs. 3 Nr. 16 der Vierungszwanzigsten Coronaverordnung den Antragstellerinnen die Möglichkeit, zumindest die privilegierten Warensortimente auch über die bereits genannten Möglichkeiten des § 4 Abs. 2 Nr. 11 der Vierungszwanzigsten Coronaverordnung hinaus zu verkaufen. Dem steht der Vortrag der Antragstellerinnen, dass diese Maßnahmen wirtschaftlich nicht vertretbar und nicht annähernd dazu geeignet seien, die durch die Schließung der Verkaufsstellen entstandenen finanziellen Verluste zu kompensieren, nicht entgegen.

Dem können die Antragstellerinnen jedenfalls im Rahmen des vorliegenden Eilverfahrens auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, bei der angegriffenen Schließungsanordnung handle es sich um eine ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Art. 14 GG, der weder die Antragsgegnerin in der angegriffenen Verordnung noch der Bundesgesetzgeber im Infektionsschutzgesetz Rechnung getragen habe. Die angegriffenen Betriebsschließungen nach § 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG führen im Regelfall noch nicht zu einem Eingriff in die Substanz der geschlossenen Betriebe und damit auch nicht zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung des Eigentumsgrundrechts oder des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Auch Letzteres schützt nur den konkreten Bestand an Rechten und Gütern und keine bloßen Umsatz- und Gewinnchancen; der Schutz geht, jedenfalls nicht über die Gewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG hinaus (vgl. BVerfG Urt. v. 06.12.2016 - 1 BvR 2821/11 u.a., juris Rn. 258 ff.). Bei der Beurteilung der Eingriffsintensität und der Frage, ob im jeweiligen Einzelfall ein eigentumsrelevanter Eingriff in die Substanz eines Gewerbebetriebs im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG vorliegt, sind insbesondere die Dauer der Maßnahme und die Auswirkungen auf den konkreten Betrieb zu beurteilen (vgl. zum vorstehenden insgesamt: BayVGh, Beschl. v. 23.02.2021 - 20 NE 21.367, juris Rn. 13 m.w.N.). Aufgrund des Vorbringens der Antragstellerinnen vermag der Senat gegenwärtig jedenfalls noch keinen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG von

einem solchen Ausmaß zu erkennen, der nur durch einen vorab normierten finanziellen Ausgleich verhältnismäßig sein könnte.

Das Vorbringen stellt nicht in Frage, dass für eine Vielzahl der von der angegriffenen Schließungsanordnung betroffenen Gewerbebetriebe ein Teil der finanziellen Einbußen durch staatliche Mittel abgedeckt wird und hierdurch der für den nicht-privilegierten Einzelhandel entstehende Schaden – wenn auch nicht voll ausgeglichen – so doch abgemildert wird. Die Verordnungsgeberin hat in ihrer Begründung zur Vierundzwanzigsten Coronaverordnung ausgeführt, dass die getroffenen Maßnahmen auch angesichts der von der Bundeskanzlerin und den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder in Aussicht gestellten umfangreichen Ausgleichszahlungen in Form von Unterstützungsprogrammen für die von den temporären Schließungen erfassten Unternehmen angemessen sind. Damit nimmt sie Bezug auf die Überbrückungshilfe III des Bundes. Auch wenn sich die Bewilligung einzelner Hilfen hinausgezögert hat, werden diese dadurch jedoch nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Zwar machen die Antragstellerinnen geltend, für die Überbrückungshilfe III nicht antragsberechtigt zu sein, weil sie als Schwestergesellschaften einem verbundenen Unternehmen angehörten, das den als Obergrenze vorgesehenen Jahresumsatz von 750 Millionen Euro im Jahr 2020 überschreite. Sie zeigen aber nicht auf, dass sie die noch immer temporären Betriebsschließungen trotz des genannten Umsatzvolumens bereits in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedrohen würden. Schließlich muss im Hinblick auf die finanziellen Einbußen auch in Rechnung gestellt werden, dass ein Teil potentieller Kundinnen und Kunden voraussichtlich ohnehin auf einen Einkauf in Verkaufsstellen des nicht-privilegierten Einzelhandels verzichten würde, um einem vermeidbaren Infektionsrisiko zu entgehen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 03.03.2021 - 11 S 22/21, juris Rn. 32).

(5) Die angegriffene Vorschrift erweist sich voraussichtlich auch nicht mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG als rechtswidrig.

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Das hieraus folgende Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, gilt für ungleiche Belastungen und ungleiche Begünstigungen. Dabei verwehrt Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Die sich aus dem Gleichheitssatz ergebenden Grenzen sind für die Infektionsschutzbehörde weniger streng (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.04.2020 - OVG 11 S 22/20, juris Rn. 25) und die strikte Beachtung des Gebots innerer Folgerichtigkeit kann nicht eingefordert werden (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 26.03.2020 - 5 Bs 48/20, juris Rn. 13). Der Normgeber hat auch bei den notwendigerweise

schrittweise vorzunehmenden Lockerungen einen Gestaltungsspielraum (OVG Bremen, Beschl. v. 10.03.2021 - 1 B 104/21, juris Rn. 24). Dabei können neben dem infektionsschutzrechtlichen Gefahrengrad auch alle sonstigen relevanten Belange berücksichtigt werden, etwa die Auswirkungen der Ge- und Verbote für die betroffenen Unternehmen und Dritte und auch öffentliche Interessen an der Aufrechterhaltung bestimmter unternehmerischer Tätigkeiten (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 10.03.2021 - 1 B 104/21, juris Rn. 24 m.w.N.). Auch die Überprüfbarkeit der Einhaltung von Ge- und Verboten kann berücksichtigt werden (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 10.03.2021 - 1 B 104/21, juris Rn. 24 m.w.N.).

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG ist ausgehend hiervon zunächst nicht anzunehmen, soweit Friseurinnen und Friseure die Ausübung ihrer Dienstleistung unter Auflagen seit dem 01.03.2021 wieder gestattet ist und weitere körpernahe Dienstleistungen seit dem 08.03.2021 wieder angeboten werden dürfen. Insofern liegt bei summarischer Prüfung bereits kein wesensgleicher Sachverhalt vor. Der Einzelhandel zählt unstreitig nicht zu den körpernahen Dienstleistungen. Der Umstand allein, dass es bei körpernahen Dienstleistungen wie im nicht-privilegierten Einzelhandel typischerweise Publikumsverkehr gibt, reicht für die Annahme eines wesensgleichen Sachverhalts nicht aus (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 03.03.2021 - 11 S 23/21, juris Rn. 45). Aber auch unterstellt, ein wesensgleicher Sachverhalt läge vor, überschreitet die Verordnungsgeberin mit Blick auf durchaus bestehende Unterschiede hinsichtlich der jeweiligen epidemiologischen Rahmenbedingungen, der zu berücksichtigenden Bedürfnisse größerer Teile der Bevölkerung sowie der wirtschaftlichen, sozialen und psychologischen Auswirkungen von Verboten in unterschiedlichen Bereichen ihren Gestaltungsspielraum nicht, wenn sie körpernahe Dienstleistungen vor dem nicht-privilegierten Einzelhandel wieder zulässt. Insbesondere ist die Zahl der Kontakte im Rahmen der körpernahen Dienstleistungen geringer, damit ist insbesondere auch eine bessere Nachverfolgbarkeit im Falle einer Infektion gewährleistet.

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG ist nach dem vorgenannten Maßstab auch nicht anzunehmen, soweit die Antragstellerinnen geltend machen, dass großflächige Lebensmittelmärkte geöffnet seien und – im Rahmen eines Mischsortimentes – insbesondere auch Elektronikartikel oder sonstige Konsumgüter jenseits der elementaren Grundversorgung anbieten könnten, während sie selbst auch mit ihrem non-food Sortiment zur Grundversorgung beitragen und dennoch von jeder wirtschaftlich sinnvollen Öffnungsmöglichkeit ausgeschlossen seien.

Gemäß § 28a Abs. 6 Satz 2 sind bei Entscheidungen über Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 soziale, gesellschaftliche und wirtschaftliche Auswirkungen auf den Einzelnen und die Allgemeinheit einzubeziehen und

zu berücksichtigen, soweit dies mit dem Ziel einer wirksamen Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vereinbar ist. Einzelne soziale, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Bereiche, die für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind, können gemäß § 28a Abs. 6 Satz 3 IfSG von den Schutzmaßnahmen ausgenommen werden, soweit ihre Einbeziehung zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) nicht zwingend erforderlich ist. Für die in § 4 Abs. 3 der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung genannten, privilegierten Gewerbebetriebe ist die Verordnungsgeberin pauschalierend davon ausgegangen, dass diese Bereiche besonders wichtig für die Deckung des Grundbedarfs der Bevölkerung sind sowie der Bedarfsdeckung von Handwerkerinnen und Handwerkern sowie Gewerbetreibenden dienen (in den Begründungen zu den Verordnungen wird von „Einrichtungen mit Waren (oder Angeboten) des täglichen Bedarfs“ gesprochen).

Ein Gleichheitsverstoß drängt sich auch nicht insoweit auf, als es § 4 Abs. 3 Nr. 16 der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung denjenigen Einzelhandelsbetrieben, die überwiegend privilegierte Warensortimente anbieten, gestattet, nicht nur diese Warensortimente, sondern auch nicht privilegierte Warensortimente zu verkaufen, während den Antragstellerinnen, deren Warensortiment seinen Schwerpunkt nicht im privilegierten Bereich hat, der Verkauf des nicht privilegierten Sortiments generell untersagt ist. Denn mit der Beschränkung des zulässigen Verkaufs auf diejenigen Stellen, die überwiegend privilegierte Warensortimente anbieten, beschränkt sich auch der Kundenstrom und damit die Gefahr einer Übertragung des Virus auf diejenigen Verkaufsstellen, die zur Deckung des täglichen Bedarfs, etwa mit Lebensmitteln, ohnehin aufgesucht werden. Dann aber führt der dortige zusätzliche Verkauf von (nicht überwiegenden) nicht privilegierten Warensortimenten, etwa von Non-Food Artikeln in Lebensmittelmärkten, nicht notwendig zu einer Erhöhung des Ansteckungsrisikos, der der Verordnungsgeber gesondert hätte Rechnung tragen müssen. Denn auch wenn derartige Angebote dazu führen, dass in den privilegierten Verkaufsstellen nicht nur notwendige Besorgungen erledigt werden, kommt es prinzipiell nicht zu einer Erhöhung der Kontakte, wie sie anzunehmen wäre, wenn für derartige Besorgungen eine weitere Verkaufsstelle aufgesucht würde (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 03.03.2021 - 11 S 19/21, juris Rn. 34; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 03.03.2021 - 11 S 22/21, juris Rn. 49). Hinzu kommt, dass die Verordnungsgeberin eine Ausweitung der „Nebensortimente“ in § 4 Abs. 3 Nr. 16 Satz 2 der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung ausdrücklich untersagt hat. Ausweislich der Begründung zur Vierundzwanzigsten Coronaverordnung dient dieses Verbot zum einen gerade „zur Sicherung des Wettbewerbs“. Zum anderen soll verhindert werden, dass aufgrund eines erweiterten Angebots zusätzliche Anreize zum Besuch der Verkaufsstellen geschaffen werden.

Schließlich verstößt es auch nicht offensichtlich gegen Art. 3 Abs. 1 GG, dass seit dem 01.03.2021 Blumenläden sowie Gärtnereien, Gartencenter und Gartenmärkte, und seit dem 08.03.2021 auch Buchhandlungen wieder öffnen dürfen. Hinsichtlich der Verkaufsstellen, in denen Blumen und andere Gartenartikel angeboten werden, dürfte bereits kein wesensgleicher Sachverhalt vorliegen. Denn wie auch die Antragsgegnerin in ihrer Begründung zur Ersten Verordnung zur Änderung der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung ausgeführt hat, werden diese Angebote häufig unter freiem Himmel erbracht. Davon abgesehen ist aber auch die Annahme der Antragsgegnerin, dass die dort angebotenen Waren „in der beginnenden Frühjahrszeit“ zu den Angeboten des täglichen Bedarfs gehören, unter Berücksichtigung des ihr zustehenden Gestaltungsspielraums bei den schrittweisen Lockerungen nicht zu beanstanden.

Zur Privilegierung von Buchhandlungen hat der Senat bereits mit Beschluss vom 07.05.2020 (1 B 129/20, juris Rn. 46) ausgeführt:

„Für den Buchhandel ist die vom Verordnungsgeber vorgenommene Privilegierung wegen seines besonderen Versorgungsauftrags gerechtfertigt (ebenso OVG Hamburg, Beschl. v. 30.04.2020 - 5 Bs 64/20, S. 18; Nds. OVG, Beschl. v. 29.04.2020 - 13 MN 117/20, juris Rn. 53; VGH Hessen, Beschl. v. 28.04.2020 - 8 B 1039/20.N, juris Rn. 59; a.A. VGH Bayern, Beschl. v. 27.04.2020 - 20 NE 20.793, juris Rn. 38; VGH B-W, Beschl. v. 30.04.2020 – 1 S 1101/20, juris Rn. 59). Dieser besteht im Hinblick auf die Informations-, Presse- und Wissenschaftsfreiheit sowie die Deckung des schulischen Bedarfs. Der Versorgungsauftrag wird aktuell dadurch verstärkt, dass Kinder und Jugendliche teilweise seit Wochen nicht in die Schule oder den Kindergarten gehen und nur sehr eingeschränkt persönlichen Kontakt mit Gleichaltrigen haben dürfen. Die Möglichkeit, Produkte des Buchhandels auch im Online-Buchhandel bzw. im kleinflächigen stationären Buchhandel zu erwerben, ändert an diesem gesteigerten Versorgungsauftrag nichts (ebenso OVG Hamburg, Beschl. v. 30.04.2020 - 5 Bs 64/20, juris Rn. 59).“

Daran hält der Senat weiterhin fest.

3. Der damit zur Entscheidung anfallende Hilfsantrag, mit dem sich die Antragstellerinnen gegen die Einschränkungen in der Regelung des § 4 Abs. 3 Nr. 16 der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung richten, hat gegenüber dem Hauptantrag keinen eigenständigen Gehalt. In der Sache begehren die Antragstellerinnen mit dem Hilfsantrag, dass Gemischtwarenläden unbeschränkt den privilegierten Einzelhandelsbetrieben zuzurechnen wären, sie also auch dann ihr gesamtes Sortiment verkaufen dürfen, wenn der Schwerpunkt des angebotenen Sortiments nicht im privilegierten Bereich liegt. Eine vorläufige Außervollzugsetzung lediglich der Beschränkungen des § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 16 der Vierundzwanzigsten Coronaverordnung käme damit dem schon mit dem Hauptantrag verfolgten Rechtsschutzziel, einer unbeschränkten Öffnung der Geschäfte der Antragstellerinnen für

den Publikumsverkehr gleich. Insoweit kann auf die obenstehenden Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit des § 4 Abs. 2 Nr. 11 der Vierungszwanzigsten Coronaverordnung und zur Vereinbarkeit des § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 16 der Vierungszwanzigsten Coronaverordnung mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verwiesen werden, aus denen auch der Hilfsantrag keinen Erfolg hat.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, 159 Satz 2 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG. Da die von den Antragstellerinnen angegriffenen Regelungen nach derzeitiger Verordnungslage nur bis zum 28.03.2021 gelten, zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Streitwerts auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit hier nicht angebracht erscheint.

Dieser Beschluss ist gemäß § 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG unanfechtbar.

gez. Prof. Sperlich

gez. Dr. Koch

gez. Dr. Kiesow