



OBERVERWALTUNGSGERICHT DES SAARLANDES

BESCHLUSS

In dem Verfahren

der A. , A-Straße, A-Stadt

Antragstellerin,

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

g e g e n

das Saarland, vertreten durch die Landesregierung, diese vertreten durch den Ministerpräsidenten des Saarlandes, Am Ludwigsplatz 14, 66117 Saarbrücken,

Antragsgegner,

Prozessbevollmächtigte: C. Rechtsanwälte, C-Straße, C-Stadt,

wegen vorläufiger Außervollzugsetzung (**Corona-VO, Einzelhandel, 2-G-Konzept**)

hat der 2. Senat des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes in Saarlouis durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Bitz und die Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Kiefer und Körner am 27. Dezember 2021 beschlossen:

Der Artikel 1, § 6 Abs. 1 Nr. 7 Satz 2, Buchstabe o), 2. Halbsatz der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) in der Fassung vom 22. Dezember 2021 wird bezogen auf die

Antragstellerin des vorliegenden Verfahrens vorläufig außer Vollzug gesetzt.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner.

Der Streitwert wird auf 25.000,- € festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Die Antragstellerin betreibt bundesweit, auch im Saarland, Einzelhandelsgeschäfte und bietet dort Produkte im Mischsortiment an. Sie wendet sich mit ihrem Eilantrag (§ 47 Abs. 6 VwGO) gegen die ihre Filialen erfassende Einschränkung der Möglichkeit des Besuchs der Ladenlokale in Anknüpfung an den individuellen Immunisierungsstatus der Kundinnen und Kunden in der Rechtsverordnung der Landesregierung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP).¹

Die einschlägigen Bestimmungen im § 6 Abs. 1 VO-CP betreffend die *Nachweispflicht über das Nichtvorliegen einer Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus* lauten aktuell in der seit dem 23.12.2021 nach ihrem § 17 Abs. 2 bis 30.12.2021 geltenden Fassung:

„(1) Ausschließlich für Kundinnen und Kunden, Besucherinnen und Besucher sowie Teilnehmerinnen und Teilnehmer, die einen 2G-Nachweis vorlegen, sowie für Personen, die aufgrund einer medizinischen Kontraindikation, insbesondere einer Schwangerschaft im ersten Schwangerschaftsdrittel, nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft werden können oder in den letzten drei Monaten aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft werden konnten, die einen Nachweis im Sinne des § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 dieser Verordnung führen, sind zulässig (...)

¹ vgl. dazu nunmehr die aktualisierte Fassung der Verordnung zur Änderung infektionsrechtlicher Verordnungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 22.12.2021, dort Art. 1 § 6 Abs. 1 VO-CP, Amtsblatt des Saarlandes 2021, Teil I, Seiten 2740, 2743

7. der Besuch von Ladenlokalen,² Abholangebote und Lieferdienste einschließlich solcher des Online-Handels und Ladenlokale der Grundversorgung sind ohne Einschränkung zulässig. Zur Grundversorgung zählen

a) der Lebensmitteleinzelhandel, einschließlich Wochenmärkten, Getränkehandel, Direktvermarktern, Metzgereien, Bäckereien, Konditoreien und Ausgabestellen der Tafeln,

b) Apotheken, Reformhäuser, Drogerien, Sanitätshäuser,

c) Orthopädienschuhtechniker, Orthopädietechniker, Zahntechniker, Hörgeräteakustiker, Optiker,

d) Babyfachmärkte,

e) Tankstellen,

f) Reise- und Kundenzentren des öffentlichen Personennahverkehrs,

g) der Zeitungs- und Zeitschriftenverkauf,

h) Poststellen, Paketdienste,

i) Banken und Sparkassen,

j) Reinigungen, Waschsalons,

k) Sozialkaufhäuser,

l) Bau- und Raiffeisenmärkte,

m) Blumengeschäfte, Gärtnereien, Gartenmärkte,

Baumschulen sowie Verkaufsstätten für Weihnachtsbäume,

n) Futtermittel und Tierbedarf,

o) Mischsortimenter, in deren gesamtem Warenangebot der von der 2G-Regelung ausgenommene Sortimentsteil wesentlich überwiegt.“

Die Antragstellerin, deren Produkte überwiegend nicht nach dieser Vorschrift als Grundversorgungsangebot anerkannt und privilegiert sind, macht unter anderem geltend, unabhängig von der jeweiligen Größe der Verkaufsfläche gingen von keiner ihrer Verkaufsstellen besondere Anziehungs- oder Sogwirkungen aus, die zu einer Erhöhung von Mobilität und

² In der Neufassung wurde der – wohl sprachlich korrektere – Punkt an dieser Stelle durch ein Komma ersetzt, so dass die Aufzählung der privilegierten Einzelhandelsgeschäfte nunmehr im Satz 2 (vorher Satz 3) enthalten ist. Der Vortrag der Antragstellerin bezieht sich auf die Vorgängerfassung vom 16.12.2021 (Satz 3), die ansonsten lediglich in einem unbedeutenden Punkt (zu lit. a „des Getränkehandels“) abweicht.

sozialen Kontakten führten. Sie müsse nach der erwähnten Regelung die Kundinnen und Kunden in ihren Filialen vor Zugangsgewährung darauf kontrollieren, ob diese als immunisierte Personen im Sinne des § 2 Abs. 1 VO-CP gelten. Hierdurch werde sie in ihrer unternehmerischen Tätigkeit empfindlich behindert. Ihr Sortiment bestehe zu rund 40 % aus Textilien mit im Wesentlichen Basic-Sortimenten. Die übrigen rund 60 % ihres Sortiments bestünden aus nahezu allen Produktgruppen des Haushaltsbedarfs mit sehr breitem Sortiment und niedrigen Verkaufspreisen. Da sich praktisch das gesamte Sortiment auch in Geschäften erwerben lasse, die nach den Ausnahmen in § 6 Abs. 1 Nr. 7 Satz 3 lit. a) bis m) VO-CP von der Pflicht zur Einhaltung der 2G-Regelung ausgenommen seien, werde eine große Zahl ihrer Kundinnen und Kunden die Möglichkeit nutzen, die Artikel, die ansonsten bei ihr erworben worden wären, im privilegierten Einzelhandel zu erwerben. Hinzu komme, dass sie zusätzliches Personal vorhalten müsse, um die verordnungsrechtlichen Anforderungen in jedem Einzelfall zu prüfen. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter würden auf diese Weise ohne eine finanzielle Kompensation mit „ordnungsbehördlichen Aufgaben“ belastet und seien zudem täglich erheblichen Anfeindungen von Personen ausgesetzt, die ihren Unmut über die Anordnungen der Landesregierung äußerten. Bemerkenswerterweise hätten die Bundeskanzlerin und die Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder im Rahmen ihrer Videoschaltkonferenz am 18.11.2021 die Kontrolle der lediglich sog. 3G-Regelung im Öffentlichen Personennahverkehr und in den Zügen des Regional- und Fernverkehrs nur für verhältnismäßig gehalten, wenn der hierdurch entstehende Personal- und Sachmittelaufwand durch finanzielle Kompensationen ausgeglichen werde. Für den Einzelhandel sehe das Saarland entsprechende Ausgleichsmechanismen allerdings in keiner Form vor. Durch die angegriffene Vorschrift erleide sie erhebliche wirtschaftliche Einbußen, während der privilegierte Einzelhandel erneut mit einem klaren Wettbewerbsvorteil ausgestattet werde. Die Straf- und bußgeldbewehrte Regelung im § 6 Abs. 1 Nr. 7 VO-CP greife in verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Weise in ihre Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG ein. Der Verordnungsgeber habe bereits gegen die Vorgaben der Begründungspflicht aus § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG verstoßen. Danach seien Rechtsverordnungen wie die VO-CP mit

einer allgemeinen Begründung zu versehen und zeitlich zu befristen. Diesen Anforderungen genüge die derzeitige Fassung vom „1.12.2021“ nicht. Bei der im Amtsblatt veröffentlichten Begründung handele es sich lediglich um die Wiedergabe allgemeiner infektionsschutzrechtlicher Regulationsanliegen und um eine Wiederholung des groben Norminhalts. Es werde nicht einmal ansatzweise klar, welcher der genannten Gesichtspunkte die Einführung der 2G-Regelungen für Unternehmen des Einzelhandels wie das ihre notwendig machen sollte. Die Verordnung solle nach § 1 VO-CP insbesondere der weiteren Gewährleistung ausreichender medizinischer Versorgungskapazitäten dienen. Ziel sei im Kern der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit jedes Einzelnen wie auch der Bevölkerung insgesamt. Wie der Senat wiederholt zutreffend entschieden habe, handele es sich hierbei zweifelsohne um ein wichtiges und legitimes Anliegen. Zweifel bestünden allerdings bereits an der Eignung der in § 6 Abs. 1 Nr. 7 VO-CP ergriffenen Maßnahme. Das Robert-Koch-Institut (RKI), dem der Gesetzgeber besondere wissenschaftliche Relevanz und Maßgeblichkeit im Bereich des Infektionsschutzes zuweise, habe klargestellt, dass von Einzelhandelsbetrieben keine signifikanten Infektionsgefahren ausgingen. Die in seinem Papier zur Strategie und Handreichung zur Entwicklung von Stufenkonzepten bis Frühjahr 2021 (Stand 18.02.2021) enthaltene „Toolbox“ weise für den Einzelhandel lediglich die Einstufungen „niedrig“ aus. Dass es sich bei der Einführung der 2G-Regelung im nichtprivilegierten Einzelhandel um eine unhaltbare Maßnahme handele, ergebe sich beispielsweise auch aus der Stellungnahme von Kai Nagel und Sebastian A. Müller, die dem Bundesverfassungsgericht auf dessen Anforderung hin in mehreren Verfassungsbeschwerdeverfahren betreffend § 28b Abs. 1 IfSG vorliege. Danach leiste der Einzelhandel einen Beitrag von 0,1 zum R-Wert, der sich bei durchgehend eingehaltener FFP2-Maskenpflicht auf 0,01 % reduziere. Die Autoren gingen von einer „Irrelevanz“ des Einzelhandels für das pandemische Geschehen aus. Die Maßnahme im § 6 Abs. 1 Nr. 7 VO-CP könne daher das legitime Schutzanliegen des Ordnungsgebers nicht einmal fördern. Dies gelte umso mehr, weil man sich auf einen unzutreffenden Ausschnitt des Handels beschränkt habe. Von über 50 Millionen täglichen Kundenkontakten fänden 40 Millionen im Lebensmitteleinzelhandel statt. Da der Verkauf

bestimmter Produkte nicht untersagt werde, sondern in Lebensmitteleinzelhandel, Verbrauchermärkten und den übrigen privilegierten Geschäften ohne Einhaltung der 2G-Regelung erlaubt bleibe, würden die Kundenkontakte nicht reduziert, sondern in den Lebensmitteleinzelhandel verlagert. Zu keinem Zeitpunkt der Pandemie sei bekannt geworden, dass es dort mit der mit Abstand größten Frequenz und der geringsten Möglichkeit des Abstandshaltens an Fleisch-, Wurst-, Käsetheken und in Warteschlangen an den Kassen Ausbruchsgeschehen gegeben habe. § 6 Abs. 1 Nr. 7 VO-CP sei auch nicht erforderlich. Sie habe in ihren Einzelhandelsverkaufsstellen seit Beginn der Pandemie bewährte und bekannte Hygienekonzepte angewandt. Weshalb diese Maßnahmen nicht länger ausgereicht hätten um berechtigten Belangen des Infektionsschutzes Genüge zu tun, habe der Verordnungsgeber nicht dargetan. Insoweit kämen mildere Mittel in Form etwa einer konsequenten Maskenpflicht auch bei Einhaltung des Mindestabstands oder dem Aufstellen von Plexiglasscheiben, Kontaktbeschränkungen, Betretungsverboten beliebter Treffpunkte sowie eine stärkere Durchsetzung der bereits geltenden Maßnahmen in Betracht. Insbesondere in ihren Filialen seien die Infektionsgefahren gänzlich zu vernachlässigen. Kundinnen und Kunden nähmen angesichts der Sortimentsstruktur mit Waren des täglichen Gebrauchs keine Beratung oder Hilfe durch das Personal in Anspruch. Der einzige Kontakt finde im Kassensbereich statt, der allerdings mit entsprechenden Schutzvorkehrungen wie einem Spuckschutz aus Plexiglas versehen sei. Die Frequenz in den Filialen sei ebenfalls niedrig im Verhältnis zur Fläche. Anhand der Daten der Monate Mai bis Dezember 2020 habe sie unter Berücksichtigung der verschiedenen Filialgrößen ermittelt, dass selbst in den kleinen Filialen mit geringem Flächenangebot durchschnittlich mindestens 17 qm je Kunde zur Verfügung gestanden hätten. Bei den größeren Filialen habe das Verhältnis durchgängig bei mehr als 21 qm je Kunde gelegen. Dass in solchen Fällen zusätzlich die Einhaltung der 2G-Regelung eine notwendige Schutzmaßnahme sein könnte, sei fernliegend. Der Eingriff sei überdies nicht angemessen. Es erschließe sich beispielsweise nicht, weshalb die Beschaffung von Waren und Gütern des von ihr vorgehaltenen Mischsortiments für die Bürgerinnen und Bürger „infrastrukturell“ weniger bedeutsam sein sollte als etwa die privilegierten Blumenläden, die noch nicht

einmal auf den Verkauf eines bestimmten Sortimentsausschnitts beschränkt würden. Einzelhandel mit Mischsortimenten sei für viele Bereiche des täglichen Lebens system- und grundversorgungsrelevant. Von den Verkaufsstellen gingen weder besondere Sogwirkungen aus noch fänden intensive Begegnungen statt, durch die besondere infektiologische Gefahrenlagen geschaffen würden. Sie könne belegen, dass ihre Verkaufsstellen angesichts der bei ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern festgestellten Infektionszahlen keinen Beitrag zu einer Dynamisierung des pandemischen Geschehens leisteten. Durch die als kumulative Grundrechtseingriffe zu bewertenden Betriebsschließungen und -beschränkungen seien ihr wirtschaftliche Schäden von mindestens 124 Millionen € entstanden. Staatliche Billigkeitsentschädigungen hätten selbst im Fall ihrer vollständigen Zubilligung lediglich maximal 14,5 % der eingetretenen Schäden kompensieren können. Darüber hinaus liege eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung vor. Es sei nicht plausibel, weshalb ihre Verkaufsstellen nur unter Einhaltung der 2G-Regelung infektiologisch betreibbar sein sollten, während gleichzeitig großflächige Verbrauchermärkte ohne derartige Beschränkungen geöffnet seien und etwa Elektronikartikel und sonstige Konsumgüter jenseits der elementaren Grundversorgung mit Hygieneartikeln und Lebensmitteln vollumfänglich frei anbieten könnten. Von derartigen Verkaufsstellen gingen ungleich größere Sogwirkungen und Anziehungskräfte aus. Der Antragsgegner blende aus, dass ihre Betriebe in ländlichen Bereichen des Saarlandes mit ihrem Mischsortiment ebenfalls zur Grundversorgung der Bevölkerung beitragen. Der Antragsgegner verfolge das Ziel, allein Verkaufsstellen mit Relevanz für die Grundversorgung offenzuhalten, nur unvollkommen. So sei es nicht erklärlich, inwieweit etwa Blumenläden zur Grundversorgung beitragen sollten, ihr Mischsortiment indes nicht. Die Öffnungsmöglichkeit vom zufälligen Umstand prozentualer Umsatzanteile abhängig zu machen, stelle zudem auch insoweit keinen sachlichen Differenzierungsgrund dar. Zusätzlich sei zu berücksichtigen, dass die Kontakte im Bereich des Handels und der Dienstleistung zwischen den Anbietenden und Nachfragenden in aller Regel kürzerer Natur seien. Der Aufenthalt in Ladengeschäften zum Einkaufen dauere meist nur kurz und finde in ihren Verkaufsstellen praktisch ohne jeden weiteren sozialen Kontakt statt, weil es sich nicht

um großflächige und zum längeren Verweilen dienende Verbrauchermärkte handele. Unterstelle man, die Erfolgsaussichten ihres Normenkontrollantrags wären entgegen der vorherigen Darlegungen „lediglich“ offen, führe eine Abwägung der sich ergebenden Vollzugsfolgen nicht zu einem anderen Ergebnis. Die einstweilige Anordnung wäre auch in diesem Fall zu erlassen. Bei dieser Folgenabwägung seien auch die Auswirkungen auf alle von den angegriffenen Regelungen Betroffenen zu berücksichtigen, nicht nur die Folgen für sie. Ihr drohten irreversible wirtschaftliche Einbußen, ohne dass ein erkennbarer Nutzen für die zweifelsohne hochwertigen Schutzgüter des Art. 2 Abs. 2 GG ersichtlich würde. Die ihr entgehenden Umsätze könnten nicht nachgeholt werden.

Der Antragsgegner ist dem Antrag entgegengetreten und macht im Wesentlichen geltend, die aktuell geltende VO-CP unterliege keinen rechtlichen Bedenken, insbesondere sei diese vom Verordnungsgeber ausreichend begründet worden im Sinne des § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG. Aus der Begründung gehe insbesondere hervor, welche Gesichtspunkte für die Einführung der sogenannten 2G-Regelung im Einzelhandel maßgebend gewesen seien. Die hier angegriffenen Bestimmungen der VO-CP stünden außerdem mit der Ermächtigungsgrundlage im Einklang und erwiesen sich auch im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG derzeit nicht als erkennbar unverhältnismäßig. Das Bundesverfassungsgericht habe bekräftigt, dass Gegenstand verfassungsrechtlicher Überprüfung zwar sowohl die Einschätzung des Gesetzgebers zum Vorliegen einer Gefahrenlage als auch die Zuverlässigkeit der Grundlagen, aus denen er diese abgeleitet habe, sei. Allerdings verbleibe dem Normgeber für beides ein Spielraum, der lediglich in begrenztem Umfang gerichtlich überprüft werden dürfe. Seien wegen Unwägbarkeiten der wissenschaftlichen Erkenntnislage die Möglichkeiten des Gesetzgebers begrenzt, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, genüge es, wenn er sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiere. Auf der Grundlage der bestehenden Erkenntnislage habe der Verordnungsgeber danach annehmen dürfen, mit den von der Antragstellerin angegriffenen Regelungen dazu beizutragen, das Infektionsgeschehen zu reduzieren und damit sowohl das

Leben und die Gesundheit der Menschen zu schützen, als auch das Gesundheitssystem vor Überlastung zu bewahren. Die Regelungen seien auch nicht unverhältnismäßig. Ziel der Maßnahmen sei es, die Bevölkerung vor der Infektion mit dem SARS-CoV-2 Virus zu schützen, dadurch die Verbreitung der Krankheit Covid-19 zu verhindern und eine Überlastung des Gesundheitssystems infolge eines ungehemmten Anstiegs von Infektionen und Krankheitsfällen zu vermeiden. Aktuell (Stand 15.12.2021) seien im Saarland 8.996 Personen aktiv an Covid-19 erkrankt. Derzeit würden 340 Personen stationär und davon 74 intensivmedizinisch behandelt, wobei 61 Personen beatmet werden müssten. Die Zahl der Neuinfektionen sei in den vergangenen Wochen exponentiell angestiegen und lasse auch im Saarland eine Überlastung der Krankenhäuser innerhalb der nächsten Wochen befürchten. Die angegriffene 2-G-Regelung sei notwendig, um die Verbreitungsmöglichkeiten des Virus nachhaltig in erforderlichem Maß zu reduzieren. Der § 6 der VO-CP sei auch verhältnismäßig. Die Regelung sei geeignet, Ansteckungen in geschlossenen Räumen zu verhindern oder zumindest auf immunisierte Personen zu beschränken, damit einer Verbreitung von Covid-19 entgegenzuwirken und das Risiko schwerer Krankheitsverläufe zu verringern und auch erforderlich. Es sei nicht ersichtlich, dass dem Verordnungsgeber derzeit mildere Mittel zur Verfügung stünden. Insbesondere ein Testfordernis für nicht immunisierte Personen sei nicht gleichermaßen geeignet, da nur getestete Personen vor schwerwiegenden Krankheitsverläufen bei einer Infektion überhaupt nicht geschützt seien und nach derzeitigem Kenntnisstand die Infektion auch in stärkerem Ausmaß weiterverbreiten könnten. Durchgreifende Zweifel an der Angemessenheit der Maßnahme habe die Antragstellerin nicht begründet. Solche seien auch nicht erkennbar. Auch in Deutschland sei die Virusvariante „Omikron“ (B.1.1.529) festgestellt worden, die am 26.11.2021 von der WHO zu einer „besorgniserregenden“ SARS-CoV-2-Virusvariante (VOC) erklärt worden sei. Sie besitze im Vergleich zum ursprünglichen SARS-CoV-2 aus Wuhan eine ungewöhnlich hohe Zahl von etwa 30 Aminosäureänderungen im Spike-Protein, darunter solche mit phänotypischem Einfluss. Dies führe zur Erhöhung der Transmission, der Immunevasion und der Übertragbarkeit. Es gebe aber auch viele Mutationen, deren Bedeutung noch unklar sei.

Das Auftreten dieser Variante gehe mit einem starken Anstieg der COVID-19-Fälle einher. Seit Ende November sei die Omikron-Variante in 18 europäischen Ländern nachgewiesen worden. Die Beispiele in Dänemark und Großbritannien belegten eine sehr rasche Ausbreitung. Nach „Modellierungsstudien“ sei eine entsprechende Entwicklung für Deutschland mit exponentiellem Anstieg der Fallzahlen zu erwarten. Ohne die verordneten Kontakt- und Zugangsbeschränkungen käme es zu einer Vielzahl von Ansteckungen mit einer entsprechenden Hospitalisierungsrate. Auch wenn in dieser frühen Phase der Omikronwelle die Krankheitsschwere nicht abschließend beurteilt werden könne, steige die Hospitalisierung in Hotspots wie London bereits deutlich an. Nationale und internationale Modellierungen der Infektionsdynamik und möglicher Spitzen-Inzidenzen zeigten eine neue Qualität der Pandemie auf. Die in Deutschland angenommene Verdoppelungszeit der Omikron-Inzidenz liege aktuell im Bereich von etwa 2-4 Tagen. Sollte sich die Ausbreitung der Omikron-Variante in Deutschland so fortsetzen, wäre ein relevanter Teil der Bevölkerung zeitgleich erkrankt und/oder in Quarantäne. Dadurch würden das Gesundheitssystem und die gesamte kritische Infrastruktur extrem belastet. Aus dem Szenario ergebe sich ein akuter Handlungsbedarf. Hierzu gehörten insbesondere Kontaktbeschränkungen von ungeimpften Personen. Bedenke man darüber hinaus, dass durch die 2G-Regelung gerade im Saarland aufgrund der vorhandenen Impfquote die wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Antragstellerin nicht in dem Maße aufträten, wie in anderen Bundesländern, müssten deren Interessen zurückstehen. In der für die Kaufkraft maßgeblichen Altersgruppe ab 18 Jahren betrage die Impfquote im Saarland für die vollständig Geimpften 86,7 %. Die Entscheidung des OVG Lüneburg vom 16.12.2021 – 13 MN 477/21 – sei auf das Saarland nicht übertragbar. Zu diesem Zeitpunkt habe die 7-Tage-Inzidenz in Niedersachsen lediglich 176,4, die Hospitalisierungsrate 3,22 betragen. Das sei mit der Lage im Saarland nicht vergleichbar. Das OVG Lüneburg stütze seine Auffassung im Wesentlichen darauf, dass bei summarischer Prüfung zweifelhaft sei, ob das Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für ungeimpfte Kunden zur Zielerreichung unangemessen sei, da jedenfalls von einem „beherrschbaren“ Infektionsgeschehen in Niedersachsen auszugehen sei. Auch im Hinblick auf die

Omikronvariante seien die Erwägungen auf das Saarland nicht übertragbar.

II.

Der auf Außervollzugsetzung des § 6 Abs. 1 Nr. 7 VO-CP in der aktuellen Fassung im Wege der vorläufigen Anordnung (§§ 47 Abs. 6 und Abs. 1 Nr. 2 VwGO, 18 AGVwGO Saar) zielende Antrag der Antragstellerin ist zulässig (B.), insbesondere bereits vor Stellung des Normenkontrollantrags statthaft,³ und mit dem aus dem Tenor ersichtlichen Inhalt auch begründet (C.). Er richtet sich gegen die Rechtsverordnung der Landesregierung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) in der im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung geltenden Fassung.⁴

A.

Die von der Antragstellerin wörtlich beantragte vorläufige Außervollzugsetzung des § 6 Abs. 1 Nr. 7 VO-CP hätte nach der einleitenden einschränkenden Formulierung („ausschließlich“) zur Konsequenz, dass alle dort im Satz 1 allgemein bezeichneten „Ladenlokale“ – bis zu einer für den Fall dann sicher zu erwartenden Nachsteuerung des saarländischen Verordnungsgebers – über den Kreis des sogenannten privilegierten Einzelhandels (Grundversorgung) hinaus ohne einen Immunisierungsnachweis (dort „2G“), also der gesamte Einzelhandel, uneingeschränkt von (allen) Kundinnen und Kunden aufgesucht werden dürften. Durch eine generelle Suspendierung des § 6 Abs. 1 Nr. 7 VO-CP entfielen insoweit die Nachweispflicht über das Nichtvorliegen einer Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus auch außerhalb des Bereichs der Grundversorgung. Dem Vorbringen der Antragstellerin, die auf ihre Eigenschaft als „Mischsortimenter“ unter Angabe der konkret angebotenen Produktpalette von etwa 40 % Textilien im „Basic-Sortiment“ und 60 % verschiedenster Artikel des Haushaltsbe-

³ vgl. dazu OVG des Saarlandes, Beschluss vom 21.9.2011 - 2 B 307/11 -, juris, ebenso etwa Beschlüsse vom 6.8.2020 - 2 B 255/20 -, zu Beschränkungen des Besuchsrechts in Alten- und Pflegeheimen <Corona>, PflR 2020, 651, und auf der Homepage des Gerichts und vom 6.11.2020 - 2 B 306/20 -, Juris <Tattoo-Studio>

⁴ vgl. dazu nunmehr die aktualisierte Fassung der Verordnung zur Änderung infektionsrechtlicher Verordnungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 22.12.2021, dort Art. 1 § 6 Abs. 1 VO-CP, Amtsblatt des Saarlandes 2021, Teil I, Seiten 2740, 2743

darfs hinweist, lässt sich indes nach Maßgabe des § 88 VwGO unschwer das Begehren entnehmen, wie die übrigen in dem neuen Satz 2 der Bestimmung vom Verordnungsgeber bezeichneten „privilegierten“ Einzelhandelsunternehmen behandelt zu werden, in denen jedenfalls nach geltender Verordnungslage mit Blick auf die Versorgung der Bevölkerung im Grundbedarf bisher ein Betreten für alle „ohne Einschränkungen“ (Satz 2) zulässig ist.

Diesem Begehren lässt sich durch eine einzelfallbezogene Außervollzugsetzung der den Zutritt nur für bestimmte „Mischsortimenter“ begünstigenden Regelungen nach der Schwerpunktklausel speziell bezogen auf die Antragstellerin Rechnung tragen. Wie die Formulierung im § 47 Abs. 6 VwGO, speziell der Verweis auf den Ausspruch gebietende „schwere Nachteile“ unschwer erkennen lässt, dienen Entscheidungen in diesem einstweiligen Anordnungsverfahren ungeachtet des objektiven Charakters des Normenkontrollverfahrens vor allem dem Individualrechtsschutz beziehungsweise einer Sicherstellung seiner Effektivität (Art. 19 Abs. 4 GG). Das rechtfertigt nach der Rechtsprechung des Senats⁵ neben einer generellen vorläufigen Außervollzugsetzung der streitgegenständlichen Normen erforderlichenfalls auch eine individuelle, das heißt auf den konkreten Antragsteller oder – hier – die konkrete Antragstellerin beschränkte Aussetzung des Normenvollzugs, um insoweit speziell feststellbaren „schweren Nachteilen“ Rechnung zu tragen beziehungsweise diese zu verhindern.⁶ Weitergehende Anordnungen gegenüber dem Verordnungsgeber, etwa zur Änderung der Rechtsnorm, fallen nicht in den Kompetenzbereich des Normenkontrollgerichts.⁷ Dieses ist insbesondere kein „Ersatznormgeber“. Ob und welche Konsequenzen der Verordnungsgeber aus einer Entscheidung über die teilweise Außervollzugsetzung im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO zieht, ist allein seine Sache.

B.

⁵ vgl. ebenso bereits OVG des Saarlandes, Beschluss vom 27.4.2020 – 2 B 143/20 –, bei Juris <Möbeleinzelhandel/Corona/Betriebsuntersagung>

⁶ ebenso etwa *Schenke/Schenke* in Kopp/Schenke, VwGO, 27. Auflage 2021, § 47 Rn 154 m.w.N.

⁷ vgl. VGH Mannheim, Beschluss vom 27.9.1999 – 1 S 2122/99 –, VBIBW 2000, 120

Die Antragstellerin ist antragsbefugt im Sinne des § 47 Abs. 2 Satz 1, Abs. 6 VwGO. Sie ist als Betreiberin nicht durch § 6 Abs. 1 Satz 2 VO-CP privilegierter Einzelhandelsverkaufsstellen durch die Vorgabe des sogenannten 2-G-Konzepts und die sich dadurch ergebenden Einschränkungen für den Kundenverkehr in ihren Grundrechten (Art. 3, 12 und 14 GG) betroffen. Das besondere Regelungsinteresse des § 47 Abs. 6 VwGO im Sinne erheblich gesteigerter „Dringlichkeit“ ergibt sich aus ihrem unstrittigen Vorbringen zu gravierenden wirtschaftlichen Auswirkungen der Maßnahme und aus der Befristung der Geltung der Verordnung bis zum 30.12.2021.

Bedenken gegen die Zulässigkeit des Anordnungsantrags (§ 47 Abs. 6 VwGO) bestehen auch ansonsten nicht.

C.

Dem Antrag auf Erlass der begehrten Vorabregelung ist auch in der Sache mit dem sich aus dem Tenor der Entscheidung ergebenden Inhalt (dazu oben A.) zu entsprechen. Diese vorläufige Außervollzugsetzung der ihr aufgrund des § 6 Abs. 1 Nr. 7 VO-CP auferlegten Betriebseinschränkungen ist zur Abwendung schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen „dringend geboten“ (§ 47 Abs. 6 VwGO). Im Rahmen der Entscheidung gemäß § 47 Abs. 6 VwGO ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wie bei sonstigen verwaltungsprozessualen Eilrechtsschutzersuchen (§§ 80 Abs. 5, 80a oder 123 Abs. 1 VwGO) in erster Linie auf die prognostische Beurteilung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache, hier des noch zulässigerweise einleitbaren Normenkontrollverfahrens, abzustellen.⁸ Das Vorbringen der Antragstellerin rechtfertigt nach diesem Maßstab die teilweise vorläufige Aussetzung der Vollziehung des § 6 Abs. 1 Nr. 7 VO-CP. Einem in der Hauptsache gestellten

⁸ vgl. hierzu etwa BVerwG, Beschluss vom 25.2.2015 – 4 VR 5.14 –, BRS 83 Nr. 190, wonach Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO jedenfalls bei Bebauungsplänen zunächst die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags sind, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen, ständige Rechtsprechung des Senats auch in sog. „Corona-Eilverfahren“

Normenkontrollantrag wäre nach gegenwärtiger Erkenntnislage voraussichtlich stattzugeben.

1. Das ergibt sich indes nicht aus dem von der Antragstellerin reklamierten Verstoß gegen den § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG, wonach derartige Rechtsverordnungen der Landesregierungen (§ 32 Satz 1 IfSG) mit einer allgemeinen Begründung zu versehen⁹ und zeitlich zu befristen sind. Die Befristung ergibt sich – wie erwähnt – aus dem § 17 Abs. 2 VO-CP. Die Begründung speziell für die in § 6 Abs. 1 Nr. 7 VO-CP enthaltene grundsätzliche Vorgabe des sogenannten „2-G-Modells“ für den Einzelhandel lässt sich den unzweifelhaft den Anforderungen an eine „allgemeine“ Begründung genügenden Passagen im Amtsblatt des Saarlandes vom 22.12.2021 (dort Seiten 2762) entnehmen.

2. Bei der vorliegend nur möglichen summarischen Überprüfung spricht gegenwärtig zunächst entgegen der Ansicht der Antragstellerin alles dafür, dass sich aus dem § 6 Abs. 1 VO-CP im Ergebnis keine Verletzung der von der Antragstellerin reklamierten Freiheitsgrundrechte der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) beziehungsweise aus Art. 14 GG entnehmen lassen wird. Der Senat hat zuletzt in zwei grundlegenden Entscheidungen – dort bezogen auf das individuelle Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG – für die in den §§ 4a, 4b Abs. 1 Satz 3 und 5, 6 VO-CP enthaltenen Grundrechtseinschränkungen entschieden, dass die Landesregierung mit der auch darin enthaltenen Anknüpfung an die „2-G-Reglung“ beziehungsweise den Immunsierungsstatus in geeigneter, erforderlicher und bei Abwägung der beteiligten Interessen in der gegenwärtigen Situation der Pandemie angemessener Weise das legitime Ziel verfolgt, Leben und Gesundheit der Bevölkerung vor einer Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus zu schützen, die Verbreitung der Krankheit COVID-19 zu verhindern und eine Überlastung des Gesundheitssystems im Saarland zu vermeiden. Diesbezüglich kann wegen der

⁹ vgl. dazu etwa OVG Bautzen, Beschluss vom 06.12.2021 – 3 B 419/21 –, Juris, wonach sich diesem formalen Begründungserfordernis keine Anforderungen zu dessen Umfang und Detailtiefe hinsichtlich einzelner Regelungen entnehmen lassen

Einzelheiten auf die einschlägigen Beschlüsse Bezug genommen werden.¹⁰ Insoweit spricht alles dafür, dass dies hinsichtlich der Rechtspositionen der Antragstellerin, die grundsätzlich ihre Läden – wenn auch für einen eingeschränkten Personenkreis – öffnen darf, in der derzeitigen Situation bezogen auf die genannten Freiheitsgrundrechte nicht anders zu beurteilen sein wird. Soweit sich die Antragstellerin auf die Entscheidung des Niedersächsischen Obergerverwaltungsgerichts aus jüngerer Vergangenheit beruft,¹¹ mit der ihr vorläufiger Rechtsschutz in Bezug auf eine sogenannte 2-G Regelung in der niedersächsischen Verordnung gewährt wurde, führt das im Hauptsacheverfahren voraussichtlich nicht zu einem anderen Ergebnis. Die dortige Beurteilung, dass ein Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für Kunden, die weder über einen Impfnachweis noch über einen Genesenennachweis verfügen, in der dortigen konkreten Ausgestaltung „derzeit keine notwendige Schutzmaßnahme im Sinne des § 28 Abs. 1 IfSG“ sei, weil diese „bloß nützlich“, aber nicht erforderlich, vielmehr in der gegenwärtigen Situation das Tragen von Atemschutzmasken des Schutzniveaus FFP2 oder KN 95 ausreichend sei, teilt der Senat nicht. Daher kann hier dahinstehen, inwieweit die „gestuften“ Regelungen in Niedersachsen überhaupt mit den saarländischen vergleichbar sind. Soweit darauf abgestellt wird, dass auch das RKI in einer von ihm entworfenen ControlCOVID-Strategie für den Einzelhandel selbst in der dort höchsten Stufe 3 nicht den vollständigen Ausschluss ungeimpfter Kunden empfehle, sondern für diese einen negativen Testnachweis für ausreichend erachte (sog. 3-G-Regelung), ist dies bezogen auf den Entscheidungszeitpunkt des Senats jedenfalls nicht mehr aktuell. Nach der ControlCOVID – Strategie-Ergänzung des RKI vom 21.12.2021 zur Bewältigung der beginnenden pandemischen Welle durch die SARS-CoV-2-

¹⁰ vgl. OVG des Saarlandes, Beschlüsse vom 20.12.2021 – 2 B 278/21 und 2 B 280/21 –, beide im Volltext auf der Homepage des Gerichts

¹¹ vgl. dazu OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.12.2021 – 13 MN 477/21 –, bei Juris zu der in der Entscheidung wörtlich wiedergegebenen, an eine „Warnstufe 1“ anknüpfenden Vorschriften in den §§ 9a Abs. 1 und Abs. 2 der dortigen Verordnung über infektionspräventive Schutzmaßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus SARS-CoV-2 und dessen Varianten (Niedersächsische Corona-Verordnung, Nds. GVBl. Seite 770 in der Fassung der Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Corona-Verordnung vom 11.12.2021 Nds. GVBl. Seite 838); anders bereits OVG Schleswig, Beschluss vom 14.12.2021 – 3 MR 31/21 –, wohl ebenfalls zu einem – dort erfolglosen – Antrag der Antragstellerin

Variante Omikron und zu den aus fachlicher Sicht zu implementierenden Maßnahmen wird allgemein eine „maximale Kontaktbeschränkung“ für geboten erachtet, mit der „sofort begonnen“ und die „zunächst bis Mitte Januar beibehalten“ werden sollte. Unter Punkt 2.1.4 werden mit Blick auf die auch von der Antragsgegnerin hinsichtlich ihrer rasanten Ausbreitung in anderen europäischen Ländern nachvollziehbar und zutreffend beschriebene Virusvariante Omikron als sofortige Schutzmaßnahmen für den Einzelhandel („Ladengeschäfte“) hinsichtlich des Zugangs die Anwendung der „2-G Regeln“ sogar mit zusätzlichem Mund-Nasen-Schutz des Niveaus FFP2 und für den Zugang zu den Geschäften des täglichen Bedarfs (Grundversorgung), der derzeit im Saarland uneingeschränkt möglich ist, eine 3-G-Regelung als „sofort zu implementierend“ für erforderlich erachtet. Inwieweit dies in Zukunft Eingang in die politischen Entscheidungen finden wird, bleibt abzuwarten. Jedenfalls ist die Bezugnahme des OVG Lüneburg auf die nicht mehr aktuelle Einschätzung des RKI in dem Punkt überholt.

3. Ein Verstoß der Bestimmungen des § 6 Abs. 1 Nr. 7 VO-CP gegen höherrangiges Recht ergibt sich allerdings bei der allein möglichen summarischen Überprüfung voraussichtlich aus einer Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots nach Art. 3 Abs. 1 GG. Mit dieser Frage hat sich der Senat im Zusammenhang mit den sogenannten Grundbedarfskatalogen¹² bereits im März 2021 aus Anlass der Eilanträge mehrerer Gewerbetreibender, unter anderem der Antragstellerin, befasst und deren Begehren auch entsprochen.¹³ Auf den entsprechenden Vortrag in der Antragsbegründung geht der Antragsgegner in der Antragserwiderung nicht ein. Zwar dürfte der Ansatz des Ordnungsgebers, Betriebe und Einrichtungen des Einzelhandels, die Güter zur „Grundversorgung“, also des täglichen Bedarfs, von der 2-G-Regelung auszunehmen und zu diesen Betrieben und Einrichtungen des Einzelhandels auch Ungeimpften weiterhin

¹² vgl. die seinerzeit einschlägige, 19 Ausnahmetatbestände betreffende Fassung der Verordnung zur Änderung infektionsrechtlicher Verordnungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 6.3.2021, dort Art. 2 § 7 VO-CP, Amtsblatt des Saarlandes 2021, Teil I, Seiten 558, 561

¹³ vgl. dazu etwa OVG des Saarlandes, Beschluss vom 9.3.2021 – 2 B 58/21 –, Juris, vom 10.3.2021 – 2 B 65/21 –, und den das damalige Verfahren der Antragstellerin betreffenden Einstellungsbeschluss vom 11.3.2021 – 2 B 60/21 –

den „unkontrollierten“ Zutritt zu gewähren, nicht zu beanstanden sein. Das lässt sich so auch den beiden vom Antragsgegner angesprochenen, auf entsprechenden Pressemitteilungen basierenden beiden „Nachrichten“ der Rechtsprechungsdatenbank von Juris über Entscheidungen des OVG B-Stadt¹⁴ und des VG Hamburg¹⁵ entnehmen. Inwieweit hier allerdings eine Befassung dieser Gerichte mit sogenannten Begünstigungsklauseln für Mischsortimenter im Grundbedarfskatalog nach den dortigen jeweiligen Landesrechten erfolgt ist, erschließt sich aus den genannten Veröffentlichungen nicht.

Gerade in dem Punkt unterliegt indes die konkrete Umsetzung dieses Regelungsziels im § 6 Abs. 1 Nr. 7 Satz 2 VO-CP nach wie vor erheblichen Bedenken am Maßstab des Gleichbehandlungsgebots.¹⁶

Der Privilegierungskatalog für die ohne jede Anforderungen an Nachweispflichten hinsichtlich einer Immunisierung („G“) unterliegenden „Ladenlokale“ umfasst in der eingangs wiedergegebenen aktuellen Fassung wiederum zahlreiche von den Vorgaben ausgenommene Geschäfte des Einzelhandels und ihre „Ladenlokale“, hier nur beispielhaft auch Blumen Geschäfte, Gärtnereien, Gartenmärkte und Baumschulen (lit. m) sowie Reinigungen (lit. j) oder „Reformhäuser“ (lit. b). Insoweit ergeben sich bereits erhebliche Bedenken, womit die Nichtaufnahme der Läden der Antragstellerin, die nach eigenen, von dem Antragsgegner nicht in Abrede gestellten Angaben im sogenannten *low budget* Segment Waren im Bereich von Kleidung (40 %) und Bedarfsgegenständen für den Haushalt (60 %) – bei Einhaltung aller allgemeinen Hygienevorgaben und mit Blick auf die Verkaufsflächen – anbietet, gerechtfertigt werden kann. Dabei ist indes davon auszugehen, dass der Normgeber im Anwendungsbereich des Satzes 3 den normunterworfenen Bürgerinnen und Bürgern (und den Gewerbetreibenden) bei Beachtung allgemeiner Hygienevorgaben und der Pflicht zum Tragen einer „medizinischen MNB“ (§ 4 VO-CP) einen Freiraum erhal-

¹⁴ vgl. OVG Münster, Beschluss vom 22.12.2021 – 13 B 1858/21.NE –

¹⁵ vgl. den Beschluss vom 22.12.2021 – 21 E 5155/21 –

¹⁶ verneint etwa von OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.12.2021 – 13 MN 477/21 –, Juris, unter Verweis auf das Fehlen sachlich nachvollziehbarer Gründe für die Bestimmung des Privilegierungskatalogs nach der dortigen Regelung (§ 9a Abs. 1 Nieders. Corona-Verordnung)

ten wollte und dass es – belegt durch ihr Antragsvorbringen – nicht die Intention der Antragstellerin ist, mit ihrem Antrag zusätzliche Einschränkungen bei den Zutrittsvoraussetzungen auch in dem Bereich zu erreichen. Der Senat lässt daher insoweit die in der Beantwortung durchaus Zweifeln unterliegende Frage ausdrücklich offen, ob diese Differenzierungen, etwa zwischen „frei“ erwerbbaaren Produkten im Tierbedarf oder bei Gartenartikeln einerseits und den von der Antragstellerin angebotenen Gegenständen des Haushaltsbedarfs andererseits, noch als von dem Regelungsspielraum des Ordnungsgebers gedeckt angesehen werden kann und ob es gerechtfertigt ist, demgegenüber ihre nach der Entscheidung des Normgebers hinsichtlich der Zugangsbeschränkungen nicht privilegierten Verkaufsstellen einem vergleichsweise strengen und mit eigenem Personal zu kontrollierenden Zugangsregime nach der 2-G-Regelung zu unterwerfen. Zur Beantwortung dieser Frage gibt auch die Begründung der Verordnung keine Aufschlüsse. Dort heißt es lediglich ganz allgemein, ausgenommen von der Nachweispflicht („2-G“) seien „Ladenlokale der Grundversorgung“, die aufgrund ihrer „großen Bedeutung für den Menschen (beispielsweise Nahrungsmittelerwerb und Bankgeschäfte)“ ohne Einschränkung zulässig betreten werden könnten.¹⁷ Mit Blick auf den Differenzierungsgrund der „Grundbedarfsrelevanz“ und auf das zuvor beschriebene normative Anliegen der Bekämpfung beziehungsweise einer Verhinderung der weiteren Ausbreitung der Covid-19 Krankheit, hinsichtlich dessen Betroffenheit dem Ordnungsgeber sicherlich ein der gerichtlichen Kontrolle entzogener Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum zuzubilligen ist, ergeben sich allerdings bereits Bedenken gegen die gewählten Differenzierungen (allein) nach dem Warenangebot zu Lasten der Antragstellerin.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind dem Normgeber nicht jegliche Differenzierungen verwehrt. Allerdings bedürfen sie einer Rechtfertigung durch sachliche Gründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen reichen die Grenzen für die Normsetzung vom bloßen Willkürverbot bis zu einer

¹⁷ vgl. Seite 2723 des Amtsblatts I, 2021, rechte Spalte im 6. Absatz des Textes

strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse.¹⁸ Bezogen auf den „Regelungsgegenstand“ ist dabei auch in Rechnung zu stellen, dass es im vorliegenden Zusammenhang angesichts der besonders an wechselnde Aktualitäten hinsichtlich des Pandemieverlaufs anknüpfenden Einschränkungen um Regelungen geht, die mit sofortiger Wirkung für den Betrieb der Ladenlokale der Antragstellerin für die Geltungszeit der Einschränkungen vollendete Tatsachen schaffen beziehungsweise irreversibel sind.

Bei der Ermittlung der Gleichheits- oder Ungleichheitskriterien im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG kommt es nach der Rechtsprechung des Senats¹⁹ zudem primär auf seuchenrechtlich relevante Tatbestände, Umstände und Gesichtspunkte am Maßstab des Ziels an, mit den streitgegenständlichen – befristeten – Zutrittsbeschränkungen eine weitere Ausbreitung des Corona-Virus (SARS-CoV-2) zu verhindern.²⁰ Insbesondere beim allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG soll verhindert werden, dass einzelne oder auch ganze Gruppen von Grundrechtinhabern im Vergleich zu anderen ohne inhaltliche Rechtfertigung anders – also „ungleich“ – behandelt werden, sodass im Ergebnis der Normgeber selbst den Beurteilungsrahmen vorgibt. Dabei geht es im Ansatz nicht um eine inhaltliche Abstufung nach einer „Wertigkeit“ der jeweils zur Rede stehenden, sehr unterschiedlichen grundsätzlich erlaubten Betätigungen der Rechtsschutz Suchenden, hier der Antragstellerin, oder auch – bezogen auf das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG – der „Vergleichsgruppe“. Eine solche seuchenrechtlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung enthält aller Voraussicht nach die erwähnte Mischsortimentsklausel des § 6 Abs. 1 Satz 2 lit. o) VO-CP auch für die Antragstellerin, deren Warensortiment in den unter diese Klausel fallenden „Mischsortimentern“ nach heutigem Stand anderweitig, nämlich in den privilegierten Supermärkten

¹⁸ vgl. dazu etwa BVerfG, Beschlüsse vom 18.7.2012 – 1 BvL 16/11 –, NVwZ 2012, 1310, 188 –, vom 21.6.2011 – 1 BvR 2035/07 –, NVwZ 2011, 1316, und vom 21.7.2010 – 1 BvR 2464/07 –, wonach insoweit ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab gilt, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen

¹⁹ vgl. dazu etwa OVG des Saarlandes, Beschluss vom 9.3.2021 – 2 B 58/21 –, Juris

²⁰ vgl. hierzu im Einzelnen OVG des Saarlandes, Beschlüsse vom 6.11.2020 – 2 B 306/20 – und vom 9.11.2020 – 2 B 323/20 –, beide bei Juris und auf der Homepage des Gerichts

und Einkaufszentren ohne Zugangsbeschränkungen an alle verkauft werden darf.²¹

Zumindest die ergänzende Vorgabe in § 6 Abs. 1 Nr. 7 Satz 2 VO-CP über die Zulässigkeit des Verkaufs von Mischsortimenten („o“) beinhaltet vor dem Hintergrund voraussichtlich aus Sicht der Antragstellerin einen Verstoß gegen den Art. 3 Abs. 1 GG. Insoweit ergeben sich keine wesentlichen Änderungen zu der vom Senat im März 2021 in mehreren, zuvor erwähnten Eilverfahren vorgenommenen Bewertung. In der Begründung für die Regelung (vgl. dazu a.a.O. Seiten 2762) wird auf die sogenannte „Schwerpunkttheorie“ verwiesen, die hier einen Verkauf aller von diesen Geschäften „gewöhnlich“ vorgehaltener Sortimente erlaube und zwar ausdrücklich „auch in Form von Aktionsangeboten“, was im Übrigen bei ganz großen „Ladenlokalen“ in Einkaufszentren regelmäßig wegen der relativen Betrachtungsweise nach dem Schwerpunkt oftmals einen erheblichen im Zugang uneingeschränkten Verkauf von insoweit „untergeordneten“ Beisortimenten jenseits des privilegierten Schwerpunkts erlaubt. Wo insoweit ein zur Erreichung des Ziels der Pandemiebekämpfung dienlicher Vorteil liegen sollte, ist hier, wo es um die verfassungsrechtliche Beurteilung einer Gleich- oder Ungleichbehandlung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG geht, nicht zu erkennen. Vielmehr ließe sich sogar die Frage aufwerfen, ob in der Kombination nicht sogar ein größerer Sog- und Anziehungseffekt zu verzeichnen ist, der wesentlich durch Waren und Güter ausgelöst wird, die der Normgeber nach seiner Einschätzung – im Umkehrschluss – gerade nicht als essentiell für die tägliche Grundversorgung der Bevölkerung ansieht. Dies gilt insbesondere, wenn man die diesen Großmärkten nach der Begründung der Verordnung ausdrücklich zugestandenen „Aktionsangebote“ berücksichtigt und zudem in Rechnung stellt, dass vielen Kundinnen und Kunden – bei Interesse am selben Sortiment – die Kontrollen im Bereich der nicht privilegierten Geschäfte einfach zu „lästig“ sein werden, so dass sie schon deswegen regelmäßig auf die „ergänzenden“ Angebote bei den privilegierten Mischsortimentern zurückgreifen werden.

²¹ vgl. in dem Zusammenhang auch OVG Weimar, Beschluss vom 25.2.2021 – 3 EN 88/21 –, bei Juris

D.

Insgesamt war daher dem Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin durch die aus dem Tenor ersichtliche – einzelfallbezogene – partielle Anordnung der Außervollzugsetzung des § 6 Abs. 1 Nr. 7 Satz 2 VO-CP in ihrem Fall Rechnung zu tragen (dazu unter A.). Dies bedeutet, dass speziell die Antragstellerin für den voraussichtlichen Geltungszeitraum der Vorschrift bis zum 30.12.2021 oder bis zu einer vorherigen Neuregelung hinsichtlich der Zugangsanforderungen wie ein „Ladenlokal“ des Grundbedarfs im Sinne dieser Bestimmung zu behandeln ist.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf dem § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung findet ihre Grundlage in den §§ 63 Abs. 2, 52 Abs. 1, 47 GKG. Da der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache zielte, ist die Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht veranlasst. Dabei war indes zu berücksichtigen, dass sich die Antragstellerin vorliegend nicht wie in früheren Phasen der Pandemie gegen ein umfassendes Öffnungsverbot wandte,²² sondern gegen den Betrieb ihrer saarländischen Filialen im Vollzug reglementierende Vorgaben („2-G-Regelung“).

Der Beschluss ist nicht anfechtbar.

ROVG Dr. Kiefer ist
wegen Urlaubs gehindert
seine Unterschrift beizufügen.

gez. Bitz

Bitz

Körner

Beglaubigt

²² vgl. dazu OVG des Saarlandes, Beschluss vom 16.3.2021 – 2 B 60/21 – (Einstellung nach Erledigung)

Saarlouis, den 28. Dezember 2021

-elektronisch signiert-

Schirra, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle