

2 B 295/21



# OBERVERWALTUNGSGERICHT DES SAARLANDES

## BESCHLUSS

In dem Verfahren

1. der A. , A-Straße, A-Stadt,
2. der B., , B-Straße, A-Stadt,
3. der C. , C-Straße, C-Stadt,
4. der D. , D-Straße, D-Stadt,
5. der E. , E-Straße, E-Stadt,
6. der F. , F-Straße, A-Stadt,

- Antragstellerinnen-

Prozessbevollmächtigte zu 1-6: G. , G-Straße, G-Stadt, - -

gegen

das Saarland, vertreten durch die Landesregierung, Staatskanzlei, Am Ludwigsplatz 14, 66117 Saarbrücken,

- Antragsgegner -

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

w e g e n vorläufiger Außervollzugsetzung (Rechtsverordnung Corona; Beschränkung des Einzelhandels durch die sogenannte „2G-Regelung“)

hat der 2. Senat des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes in D-Stadt durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Bitz, den Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Kiefer und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Vohl

am 21. Januar 2022 beschlossen:

**Der § 6 Abs. 1 Nr. 6 der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) in der Fassung vom 13. Januar 2022 wird vorläufig außer Vollzug gesetzt.**

**Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner.**

**Der Streitwert wird auf 50.000,- Euro festgesetzt.**

## **G r ü n d e**

### **I.**

Die Antragstellerinnen betreiben an verschiedenen Orten im Saarland jeweils einen Elektronikfachmarkt. Dort vertreiben sie u.a. Waren aus den Bereichen Radio, TV, Hi-Fi, Entertainment, Telekommunikation, Computer-Hardware sowie Haushaltswaren und Haushaltsgroßgeräte nebst Zubehör. Für den Betrieb ihrer Geschäfte wenden die Antragstellerinnen ein Hygienekonzept an, das in Zusammenarbeit mit dem TÜV Süd entwickelt wurde und über eine App kontrolliert wird. Zusätzlich bieten die Antragstellerinnen allen Angestellten die Möglichkeit täglicher kostenloser Tests an.

Mit dem am 30.12.2021 bei Gericht eingegangenen Normenkontrollantrag (AZ. 2 C 294/21) wenden sich die Antragstellerinnen gegen die Beschränkung des Zugangs zu ihren Filialen durch die sogenannte 2G-Regelung. Zugleich wenden sie sich im vorliegenden Eilverfahren gem. § 47 Abs. 6 VwGO (nunmehr) gegen die aktuelle Regelung des § 6 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. Abs. 3 der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) in der ab dem 14.1.2022 gültigen Fassung.

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 14.1.2022 nach ihrem § 17 Abs. 2 bis 27.1.2022 geltenden Fassung<sup>1</sup>:

*„(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 (...)*

*6. der Besuch von Ladenlokalen; davon ausgenommen sind Abholangebote und Lieferdienste, einschließlich solcher des Online-Handels, sowie Ladenlokale, deren Waren- und Dienstleistungsangebot der Deckung des täglichen Bedarfs dient. Zur Deckung des täglichen Bedarfs gehören insbesondere*

- a) der Lebensmitteleinzelhandel, einschließlich Wochenmärkten, Getränkehandel, Direktvermarktern, Metzgereien, Bäckereien, Konditoreien und Ausgabestellen der Tafeln,*
- b) Apotheken, Reformhäuser, Drogerien, Sanitätshäuser,*
- c) Orthopädieschuhtechniker, Orthopädietechniker, Zahntechniker, Hörgerätekustiker, Optiker,*
- d) Babyfachmärkte,*
- e) Tankstellen,*
- f) Reise- und Kundenzentren des öffentlichen Personennahverkehrs,*
- g) der Zeitungs- und Zeitschriftenverkauf,*
- h) Poststellen, Paketdienste,*

---

<sup>1</sup> Amtsblatt des Saarlandes Teil I vom 13.1.2022, Seite 14 f

- i) Banken und Sparkassen,
- j) Reinigungen, Waschsalons,
- k) Sozialkaufhäuser,
- l) Bau- und Raiffeisenmärkte,
- m) Blumengeschäfte, Gärtnereien, Gartenmärkte und Baumschulen,
- n) Futtermittel und Tierbedarf,
- o) Haushaltswaren.“

In der im Amtsblatt des Saarlandes Teil I vom 13.1.2022 veröffentlichten Begründung zu § 6 Abs. 1 VO-CP heißt es u.a.: *„Soweit Waren des täglichen Bedarfs nach § 6 Abs. 1 Nr. 6 in Mischformen angeboten werden, werden die Betriebe nicht danach behandelt, wo ihr Schwerpunkt liegt. Stattdessen gilt: Soweit in Mischbetrieben auch Waren verkauft oder Dienstleistungen angeboten werden, die nicht der Deckung des täglichen Bedarfs zuzurechnen sind, gilt für diese Betriebe gleichwohl insgesamt keine 2G-Regelung, wenn das Waren- oder Dienstleistungssortiment insgesamt zu mindestens 85 % aus Waren zur Deckung des täglichen Bedarfs besteht, die sonstigen Angebote demnach von ganz untergeordneter Bedeutung sind (Bagatellgrenze). ... Das Angebot an Waren, die nicht der Deckung des täglichen Bedarfs dienen, ist dann von untergeordneter Bedeutung und liegt unterhalb der Bagatellgrenze, wenn die Fläche, die das nicht-privilegierte Sortiment oder Dienstleistungsangebot einnimmt, 15 % der dem Kundenverkehr zugänglichen Gesamtfläche, alternativ der mit dem nicht-privilegierten Sortiment erzielte Umsatz einen Anteil von 15. % am Gesamtumsatz des entsprechenden Ladenlokals des Betriebs nicht übersteigt (bezogen auf den Abschluss des abgelaufenen Geschäftsjahres). ... Wird die Bagatellgrenze nicht eingehalten, kann entweder eine räumliche Trennung in einen „Nicht-2G-Bereich“ und einen „2G-Bereich“ mit gesonderter Zugangskontrolle erfolgen oder der Zugang zum gesamten Bereich nur nach der 2G-Regelung gestattet werden. ... „*

Die Antragstellerinnen machen zur Begründung ihres Eilantrages zusammenfassend unter Hinweis auf die Entscheidungen des VGH München vom 17.12.2021 - 20 NE 21.3012 – und vom 19.1.2022 - 20 NE 21.3119 – geltend, sie unterfielen

aufgrund ihrer Bedeutung als unbenanntes Regelbeispiel dem Ausnahmekatalog des § 6 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 VO-CP. Der Bedarf an Elektronikartikeln decke einen individuellen Bedarf ab, der jederzeit und damit täglich eintreten könne und dem keine geringere Gewichtigkeit oder Dringlichkeit zukomme als etwa dem Warenangebot von Blumengeschäften, Gärtnereien, Gartenmärkten und Baumschulen oder der Versorgung mit dem neuerdings in Buchstabe o aufgeführten Haushaltswaren. Bei Elektronikartikeln könne sich ebenso wie bei anderen Gütern ein kurzfristiger Versorgungsbedarf ergeben, etwa wenn ein vorhandenes Gerät nicht mehr funktioniere. Das Bedürfnis nach einem Ersatzgerät zur Aufrechterhaltung der Arbeitsfähigkeit im Homeoffice oder aber die Ersatzanschaffung beispielsweise für eine defekte Waschmaschine sei in der Regel deutlich dringlicher als der reine Freizeit-/Luxus-Bedarf nach „Kekschen und Torten aus der Konditorei“. Falls nach dem Verständnis des Senats für die Elektronikmärkte der Antragstellerinnen weiterhin das 2G-Zugangsmodell gelten sollte, werde an dem Rechtsschutzbegehren festgehalten. Darüber hinaus sei die Rechtslage im Hinblick auf Mischsortimenter infolge der Verordnungsänderung in der aktuellen Fassung nunmehr völlig unklar. Finde sich - wie hier - im Wortlaut nicht einmal der entfernte Hinweis auf eine Regelungsabsicht des Ordnungsgebers, könne dieser nicht einfach über die Verordnungsbegründung differenzierte Regelungen aufstellen, die noch dazu exakt festgelegte Schwellenwerte für die Anwendbarkeit einer Vorschrift enthielten. Daher führe die jetzige Ausgestaltung der Verordnung zu erheblichen Rechtsunsicherheiten. In der Vollzugspraxis bestünden erhebliche Auslegungsschwierigkeiten. Denn es sei unklar, welche Vorgaben nun für Mischsortimente greifen würden. Die Konstellation, dass ein Geschäft sowohl Waren des täglichen Bedarfs als auch Waren aus Randsortimenten im Sortiment habe, adressiere die Verordnung nicht. Insoweit bestehe eine Regelungslücke, da praktisch jeder größere Supermarkt entsprechende Randsortimente führe. Diese Lücke nun in der Form zu füllen, dass ein Mischbetrieb sein gesamtes Sortiment anbieten dürfe, wenn der Anteil der Randsortimente am letzten Jahresumsatz oder alternativ an der Verkaufsfläche nicht mehr als 15 % übersteige, stelle angesichts des unergiebigem Wortlauts schon eine recht kühne Auslegung dar, die den Rahmen einer rechtsstaatskonformen Rechtsanwendung verlasse. Wesentlich näher läge es im Hinblick auf

das Fehlen einer ausdrücklichen Mischsortimentsregelung - gerade im Hinblick auf die infektionsschutzrechtliche Zielsetzung der VO-CP -, dass im Fall von Mischsortimenten sämtliche nicht der Deckung des täglichen Bedarfs dienenden Waren ebenfalls nur nach Maßgabe von 2G verkauft werden dürfen. Selbst wenn man davon ausginge, die alleinige Ausformulierung in der Verordnungsbegründung ohne jeglichen Anhaltspunkt im Verordnungstext könne eine wirksame Regelung darstellen, bestünden hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Vorgaben erhebliche Bedenken, denn die in der Begründung vorgesehene Bagatellgrenze sei mit 15 % deutlich zu hoch angesetzt. Dies führe dazu, dass eine erhebliche Zahl der Mischbetriebe insgesamt ohne 2G öffnen dürfe. Denn häufig dürfte der Umfang von Randsortimenten die 15 %-Schwelle nicht überschreiten. Dies gelte umso mehr vor dem Hintergrund, dass der Verordnungsgeber einen alternativen Bezugspunkt für die Bestimmung des Umfangs der Randsortimente vorgesehen habe. So könnten sich die 15 % entweder auf die Verkaufsfläche, die das nicht-privilegierte Sortiment oder Dienstleistungsangebot einnehme, oder auf den jeweiligen Anteil am Gesamtumsatz beziehen. Insgesamt dürfte die in der Verordnungsbegründung angelegte Regelung daher dazu führen, dass insbesondere große Supermärkte nach wie vor auch Randsortimente ohne die Zugangsbeschränkung anbieten dürften. Es sei nicht ersichtlich, weshalb der Verordnungsgeber, wenn er sich schon ganz offensichtlich am bayrischen Vorbild orientiere, nicht auch die dortige niedrige Bagatellgrenze von höchstens 10 % Anteil der Randsortimente an der Verkaufsfläche zugrunde gelegt habe. Des Weiteren tragen die Antragstellerinnen unter ausführlicher Darlegung im Einzelnen vor, sie hätten einen unmittelbar aus den Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG folgenden Anspruch auf eine Öffnung ihrer Ladengeschäfte für alle Kunden unter Einsatz geeigneter Hygienekonzepte. Die Regelung des § 6 Abs. 1 Nr. 6 VO-CP sei weder geeignet noch erforderlich noch angemessen. Der Beitrag des kontrollpflichtigen Zutrittsverbots zur Eindämmung des Infektionsgeschehens sei sachlich nicht belegt und es stehe mit der einheitlichen FFP2-Maskenpflicht für den Einzelhandel eine weniger eingriffsintensive Maßnahme zur Verfügung, die nicht nur gleich wirksam sei, sondern sogar ein insgesamt besseres Schutzniveau ermögliche. Dem gegenüber führe die 2G-Regelung zu einer einseitigen Lastenauflegung für

den nicht-privilegierten Einzelhandel, welche durch die inkonsistente Mischsortimentsregelung nochmals verschärft werde. Ein solches Regelungskonzept sei - gerade in der Konstellation eines noch beherrschbaren Infektionsgeschehens - unverhältnismäßig. Ein Anspruch folge auch aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Die Anforderungen an die Rechtfertigung gesetzlicher Differenzierungen stiegen, wenn durch die Ungleichbehandlung von Sachverhalten wie hier zugleich in die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten eingegriffen werde. Wegen ihrer Betroffenheit in ihren Grundrechten aus Art. 12 und 14 GG sei für die Beurteilung im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung geboten und nicht nur das Willkürverbot einschlägig. Die Ungleichbehandlung gegenüber privilegierten Geschäften wie Blumenläden und Gärtnereien sei nicht gerechtfertigt. Die Differenzierung lasse sich insbesondere nicht mit dem höheren Infektionsrisiko nicht-immunisierter Kunden rechtfertigen. Der Impfdruck als eine zumindest mitbeabsichtigte Regelungsfolge des Zutrittsverbots könne die vorgenommene Differenzierung ebenfalls nicht rechtfertigen. Die Stärkung der Impfbereitschaft sei eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, die nicht einseitig dem nicht-privilegierten Einzelhandel auferlegt werden dürfe. Auch die (teilweise) Übereinstimmung der privilegierten Geschäfte mit dem Ausnahmekatalog der Bundesnotbremse (§ 28b IfSG a.F.) könne keine sachliche Rechtfertigung für die landesrechtliche Ausgestaltung bieten. In seinen Eilbeschlüssen habe das Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 20.5.2021, Az: 1 BvR 968/21) hervorgehoben, dass die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG einen zentralen und in der Rechtsprechung bislang nicht abschließend geklärten Aspekt darstelle. Eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung liege darüber hinaus darin, dass Geschäfte mit Mischsortiment, die im Schwerpunkt Waren der Grundversorgung anböten, auch sämtliche nicht-privilegierten Randsortimente verkaufen dürften, ohne dass für diese Waren eine 2G-Zutrittsbeschränkung greife. Darin liege eine erhebliche Wettbewerbsverzerrung, die nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar sei. Selbst wenn man anstatt auf die Erfolgsaussichten der Hauptsache auf eine Folgenabschätzung abstellen würde, würde sich an diesem Ergebnis nichts ändern. Würde die angegriffene Vorschrift einstweilen außer Vollzug gesetzt, müsse der Staat nicht ohnmächtig zusehen,

sondern könne reagieren - etwa, indem er in einer überarbeiteten Fassung der Schutzverordnung Vorgaben für den Verkauf von Randsortimenten durch Betriebe mit Mischsortimenten setze.

Die Antragstellerinnen beantragen,

§ 6 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. Abs. 3 der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie im Saarland vorläufig bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache außer Vollzug zu setzen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Der Antragsgegner macht im Wesentlichen geltend, die Verordnung sei formell rechtmäßig zustande gekommen. In materieller Hinsicht erweise sich die angegriffene Regelung ebenfalls als rechtmäßig. Die in § 6 Abs. 1 Nr. 6 VO-CP geregelte Zugangsbeschränkung halte die sich aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit ergebenden Grenzen des dem Ordnungsgebers zustehenden Gestaltungsspielraum ein. Ausweislich der amtlichen Begründung diene sie dem Zweck, die erheblich gestiegenen Infektionszahlen zu senken und das vielerorts bis an die Grenze belastete Gesundheitssystem zu entlasten. Das Saarland sei einem starken Infektionsgeschehen ausgesetzt, das die Kapazitäten der Krankenhäuser an ihre Grenzen bringe. Es zeichne sich ab, dass wegen der Omikron-Variante ein exponentieller Anstieg an Neuinfektionen zu erwarten sei. Da das Infektionsgeschehen insbesondere von ungeimpften Menschen ausgehe, seien die Einschränkungen beizubehalten, um die Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern. Die Zugangsbeschränkung zu Ladenlokalen sei geeignet, um im verfassungsrechtlichen Sinn das verfolgte Ordnungsziel zu erreichen. Soweit die Antragstellerinnen geltend machten, das Infektionsrisiko im Einzelhandel sei vergleichsweise gering, führe dies zu keiner anderen Beurteilung. Gerade die Kunden in den Elektrofachmärkten der Antragstellerinnen hielten sich regelmäßig für einen längeren Zeit-



raum in den Verkaufsräumen auf. In der Regel finde eine Beratung von Kundinnen und Kunden durch das Servicepersonal statt, auch vor dem Hintergrund, dass nicht selten Anschaffungen mit einer nicht unerheblichen Investition verbunden seien. Es sei insoweit festzustellen, dass über einen längeren Zeitraum als in anderen Ladenlokalen eine Infektionsgefahr bestehe. Zudem sei die Ursache von Infektionen nach wie vor in einer Vielzahl der Fälle nicht feststellbar. Das RKI empfehle in diesem Zusammenhang, dass Zugangsbeschränkungen zu Ladengeschäften, die nicht der Deckung des täglichen Bedarfs dienen, sofort eingeführt oder kontrolliert werden sollten. Die angegriffene Regelung sei auch erforderlich. Das RKI empfehle zum einen mit Blick auf die Omikron-Variante derzeit maximale Kontaktbeschränkungen und maximale infektionspräventive Maßnahmen, insbesondere für noch nicht geimpfte Personen. Die FFP2-Maskenpflicht wäre insoweit nicht ausreichend, da sie zum einen den Kontakt zu nicht Geimpften nicht beschränken und zum anderen auch nicht ausreichend vor einer Infektion, gerade ungeimpfter Personen schützen würde. Der Ordnungsgeber sei nicht darauf beschränkt, nur in Bereichen Infektionsschutzmaßnahmen zu treffen, die in der Vergangenheit bereits eindeutig als typische Treiber der Pandemie identifiziert worden seien. Auch der Senat habe anerkannt, dass die beim 2G-Modell vorgenommene Differenzierung zwischen vollständig Geimpften und Genesenen einerseits und noch nicht vollständig geimpften bzw. ungeimpften Personen andererseits nicht willkürlich sei (z.B. Beschluss vom 20.12.2021 - 2 B 278/21 -). Das 2G-Modell sei auch angemessen, weil ungeimpfte Personen nicht völlig von einem Zugang zu lebenswichtigen und unaufschiebbaren Angeboten ausgeschlossen würden. Es sei auch zu berücksichtigen, dass den Antragstellerinnen nicht ihre Geschäftstätigkeit vollständig entzogen sei, sondern ihre Besucher lediglich aufgefordert seien, einen Nachweis über die Immunisierung zu erbringen. Die Klärung der Frage der Legitimität der angesprochenen Ungleichbehandlung müsse dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Die angegriffene Vorschrift erweise sich auch mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG als rechtmäßig. Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen verstoße es nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, dass Blumengeschäfte, Gärtnereien, Gartenmärkte und Baumschulen den Zugangsbeschränkungen nicht unterfielen. Hinsichtlich solcher

Verkaufsstellen, in denen Blumen und andere Gartenartikel angeboten würden, dürfte bereits kein wesensgleicher Sachverhalt vorliegen, denn diese Angebote würden häufig unter freiem Himmel erbracht und nicht, wie bei den Antragstellerinnen, in geschlossenen Räumen. Auch handele es sich insoweit um verderbliche Waren, für die ein unbeschränkter Verkauf zu gewährleisten sei. Blumengeschäfte seien darüber hinaus auch erforderlich, um Grabschmuck u.ä. erwerben zu können. Die von der Beschränkung ausgenommenen Ladengeschäfte dienten einerseits der Deckung eines häufiger auftretenden und in der Regel durch schnellen Einkauf zu deckenden Bedarfs und damit der Grundversorgung im weiteren Sinne. Dies gelte insbesondere für den Lebensmitteleinzelhandel. Andererseits erfüllten Baumärkte mit Blick auf Wartung und Reparatur bei Privatpersonen und Materialversorgung von Gewerbetreibenden einen besonderen Versorgungsbedarf der Bevölkerung. Der Zeitungshandel diene der Deckung des Grundbedarfs der Bevölkerung an Information. Apotheken, Reformhäuser, Drogerien und Sanitätshäuser dienten der unmittelbaren Versorgung mit erforderlichen Medikamenten u.ä.. Der Betrieb der Antragstellerinnen sei dagegen nicht darauf ausgerichtet, vorrangig der Deckung des Grundbedarfs der Bevölkerung nach dem Willen des Verordnungsgebers zu dienen. Abgrenzungskriterium für den Verordnungsgeber sei insbesondere die Dauer des Aufenthalts in den entsprechenden Ladenlokalen. Gerade für die Produkte TV und Audio, Smartphone und Tarife, Haushaltsgroßgeräte sowie Computer und Büro gehe dem Erwerb regelmäßig eine Beratung voraus, so dass es zu längeren Aufenthaltszeiten und längerem Kontakt komme als bei den übrigen privilegierten Ladenlokalen. Insoweit sei es nicht zu beanstanden, wenn der Verordnungsgeber für einen gewissen Zeitraum den Zugang zu Elektrofachmärkten aus infektionsschutzrechtlichen Gründen beschränke. Soweit die Antragstellerinnen die Regelung zu Mischsortimenten rügten, könnten ihre Ausführungen der Wirksamkeit der angegriffenen Regelung nicht entgegen gehalten werden. Selbst wenn die Begründung der Verordnung insoweit einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten würde, hätte dies keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Regelung des § 6 Abs. 1 Nr. 6 VO-CP. Für die Elektrofachmärkte der Antragstellerinnen würde weiterhin die 2G-Zugangsregelung gelten. Bei offenen Erfolgsaussichten in der Hauptsache führte eine Folgenabwägung ebenfalls dazu, dass

der Eilantrag keinen Erfolg habe. Angesichts der nach wie vor hohen Zahl der Neuinfektionen und der drohenden Auswirkungen einer nicht ausreichend kontrollierten Entwicklung des Infektionsgeschehens fielen die zu erwartenden Folgen bei uneingeschränkter Öffnung der Elektrofachmärkte deutlich schwerer ins Gewicht als die Folgen der befristeten Anwendung des 2G-Zugangsmodells für die Antragstellerinnen.

## II.

Der gemäß den §§ 47 Abs. 6 und Abs. 1 Nr. 2 VwGO, 18 AGVwGO Saar der Sache nach auf die vorläufige Außervollzugsetzung der ihnen aufgrund des § 6 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. Abs. 3 VO-CP auferlegten Zutrittsbeschränkung im Vorgriff auf eine Entscheidung in dem Normenkontrollverfahren (Az. 2 C 294/21) gerichtete Antrag der Antragstellerinnen ist zulässig und begründet.

Die Antragstellerinnen sind antragsbefugt im Sinne des § 47 Abs. 2 Satz 1, Abs. 6 VwGO. Die Elektronikfachmärkte der Antragstellerinnen fallen nicht unter die in § 6 Abs. 1 Buchstabe a) bis o) VO-CP genannten Einzelhandelsgeschäfte, die nach dem Willen des Verordnungsgebers als Ladengeschäfte zur Deckung des täglichen Bedarfs beispielhaft („insbesondere“) von der 2G-Regelung ausgenommen sind. Der Antragsgegner ist dem vorliegenden Eilrechtsschutzbegehren entgegengetreten und hat dadurch zu erkennen gegeben, dass er die Fachgeschäfte der Antragstellerinnen auch nicht ausnahmsweise als mit den beispielhaft genannten Einzelhandelsverkaufsstellen vergleichbar erachtet. Durch die Vorgabe des sogenannten 2-G-Konzepts für nicht privilegierte Betriebe in § 6 Abs. 1 Satz 1 VO-CP und die sich dadurch ergebenden Einschränkungen für den Kundenverkehr sind die Antragstellerinnen daher 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 unstreitigen Vorbringen zu gravie-

renden wirtschaftlichen Auswirkungen der Maßnahme und aus der Befristung der Geltung der Verordnung bis zum 27.1.2022.

Dem Antrag auf Erlass der begehrten Vorabregelung ist in der Sache zu entsprechen. Die von den Antragstellerinnen beantragte vorläufige Außervollzugsetzung des § 6 Abs. 1 Satz 2 VO-CP ist im Rechtssinne zur Abwendung schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen „dringend geboten“ (§ 47 Abs. 6 VwGO). Anordnungen auf dieser Grundlage dienen nach der Rechtsprechung des Senats ungeachtet des objektiven Charakters des Normenkontrollverfahrens vor allem dem Individualrechtsschutz beziehungsweise einer Sicherstellung seiner Effektivität (Art. 19 Abs. 4 GG). Daher kann das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 47 Abs. 6 VwGO sich nur aus einer negativen Betroffenheit eigener Interessen – konkret des jeweiligen Antragstellers oder der jeweiligen Antragstellerin – ergeben, hingegen nicht aus der Beeinträchtigung sonstiger Belange oder von Interessen Dritter mit Blick auf deren mögliche Betroffenheit durch die Rechtsverordnung hergeleitet werden.

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 eines Normenkontrollantrags, abzustellen. Lassen sie sich nicht – auch nicht in der Tendenz – verlässlich abschätzen, so ist wegen der wortlautmäßigen Anlehnung an § 32 BVerfGG wie bei verfassungsgerichtlichen Vorabentscheidungen eine Folgenbetrachtung vorzunehmen. Vorliegend spricht bei der im zur Verfügung stehenden Zeitfenster allein möglichen überschlägigen Abschätzung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass der auf die Überprüfung der Wirksamkeit des § 6 Abs. 1 Nr. 6 VO-CP beschränkte Normenkontrollantrag der Antragstellerinnen in der Hauptsache erfolgreich sein wird. Eine abschließende Beurteilung kann nur in dem beim Senat unter dem Aktenzeichen 2 C 294/21 anhängigen Normenkontrollverfahren erfolgen (§ 47 Abs. 5 VwGO).

Der Senat geht aufgrund summarischer Prüfung auch für das vorliegende Eilverfahren davon aus, dass die angegriffene Regelung auf einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage beruht. Nach § 28a Abs. 7 Nr. 2, 4 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG in Verbindung mit § 32 Satz 1 und 2 IfSG sind die Landesregierungen bzw. die von ihnen bestimmten Stellen – unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite – ermächtigt, zur Bekämpfung der Corona-Pandemie die notwendigen Schutzmaßnahmen zu erlassen, wozu nach dem Willen des Gesetzgebers die Verpflichtung zur Vorlage von Impf-, Genesenen- oder Testnachweisen sowie an die Vorlage solcher Nachweise anknüpfende Beschränkungen des Zugangs in den oder bei den in § 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG genannten Betrieben gehören können.

Bei der im vorliegenden Verfahren möglichen Überprüfung lässt sich vielmehr unter inhaltlichen Gesichtspunkten ein voraussichtlicher Verstoß der angegriffenen Bestimmung des § 6 Abs. 1 Nr. 6 VO-CP gegen höherrangiges Recht feststellen, weil sich aus der Regelung wegen der nicht abschließend gemeinten („insbesondere“) Aufzählung von Ausnahmen nicht mit hinreichender Klarheit ergibt, welche sonstigen Ladenlokale darüber hinaus von der Zugangsbeschränkung nach 2-G ausgenommen sind.<sup>2</sup>

Die Regelung verstößt damit gegen das aus § 20 Abs. 3 GG abgeleitete Gebot der Bestimmtheit von Normen.<sup>3</sup> Welche Bestimmtheitsanforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, ist von den Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes sowie der Intensität der Maßnahme abhängig. Der Gesetz- wie auch der Verordnungsgeber ist gehalten, seine Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Zwar macht die Auslegungsbedürftigkeit eine Norm nicht unbestimmt. Allerdings sind die Anforderungen umso strenger, je intensiver

---

<sup>2</sup> So im Ergebnis auch VGH München, Beschluss vom 19.1.2022 - 20 NE 21.3119 - hinsichtlich der im wesentlichen gleichlautenden Regelung des § 10 Abs. 1 Satz 1 und 2 BayIfSMV

<sup>3</sup>vgl. BVerfG, Urteil vom 9.5.1989 - 1 BvL 35/86 -, BVerfGE 80, 103; juris

der Eingriff ist.<sup>4</sup> Ein Verstoß gegen das aus Art. 20 Abs. 3 GG herzuleitende Erfordernis angemessener Bestimmtheit einer Norm bei Verwendung sogenannter unbestimmter Rechtsbegriffe liegt dann vor, wenn es wegen der Unbestimmtheit nicht mehr möglich sei, objektive Kriterien zu gewinnen, die eine willkürliche Handhabung durch die Behörden und die Gerichte ausschließen.<sup>5</sup>

Diesen Anforderungen genügt § 6 Abs. 1 Nr. 6 VO-CP nicht. Von der Zugangsbeschränkung ausgenommen sind Ladenlokale, deren Waren- oder Dienstleistungsangebot der Deckung des täglichen Bedarfs dient (Satz 1). In Satz 2 der Regelung wird diese Formulierung durch eine nicht abschließende („insbesondere“) beispielhafte Aufzählung von Ladengeschäften und Einrichtungen unter den Buchst. a) bis o) erläutert. Der Verordnungsgeber zieht für die Klärung der Frage, welche Ladenlokale von der Zutrittsbeschränkung befreit sind, den unbestimmten Rechtsbegriff „zur Deckung des täglichen Bedarfes“ heran. Hierzu heißt es in der Begründung zu § 6 VO-CP<sup>6</sup>, Ladenlokale zur Deckung des täglichen Bedarfs seien aufgrund ihrer großen Bedeutung für jeden Menschen (beispielsweise Nahrungsmittelleinkauf und Bankgeschäfte) ohne Einschränkung auf 2G, 2G-plus oder 3G unter Einhaltung der speziellen Hygieneregulungen zulässig zu betreten. Zur Konkretisierung dessen sind dann in einem Ausnahmekatalog beispielhaft („insbesondere“) verschiedene Einzelhandelsbetriebe aufgezählt, die aber nicht alle einheitlich das vom Verordnungsgeber zugrunde gelegte Abgrenzungsmerkmal „Deckung des täglichen Bedarfes“ erfüllen. Einige der genannten Läden dienen zwar eindeutig der (all)täglichen Bedarfsdeckung (Lebensmitteleinzelhandel, Tankstellen, Poststellen und Banken) bzw. sind im weitesten Sinne der notwendigen medizinischen Versorgung zuzuordnen (Apotheken, Optiker, Zahntechniker). Bei den anderen aufgezählten Regelbeispielen geht der Verordnungsgeber aber selbst davon aus, dass das angebotene Warenangebot nicht zur Deckung des täglichen Bedarfes zählt. Denn in der Begründung zu § 6 VO-CP heißt es in Bezug auf Blumengeschäfte, Gartenmärkte, Gärtnereien und Baumschulen, diese würden ver-

---

<sup>4</sup> vgl. BVerfG, Beschluss vom 20.10.1981 - 1 BvR 640/80 -, BVerfGE 58, 257 und Beschluss vom 9.8.1995 - 1 BvR 2263/94 -; juris

<sup>5</sup> BVerfG, Beschluss vom 12.1.1967 - 1 BvR 169/63 -, BVerfGE 21, 73; juris

<sup>6</sup> Amtsblatt des Saarlandes Teil I vom 13.1.2022, S. 36 linke Spalte letzter Absatz ff.

derbliche Ware anbieten, deren unbeschränkter Verkauf existenzsichernd gewährleistet sein müsse. Bau- und Raiffeisenmärkte erfüllten eine Versorgungsfunktion auch im Hinblick auf Kundinnen und Kunden, die dort verfügbaren Waren im Rahmen ihrer Gewerbeausübung benötigten und seien deshalb von einer Zugangsbeschränkung ausgenommen. Die einzelnen im Ausnahmekatalog genannten Ladenlokale und die Ausführungen in der Begründung der Regelung lassen den Schluss zu, dass der Begriff der Deckung des täglichen Bedarfs nicht alleiniges Abgrenzungsmerkmal für die Befreiung von der Zutrittsbeschränkung ist, Durch die nicht abschließend, sondern nur beispielhaft erfolgte Aufzählung verschiedener Betriebe, deren Warenangebot nicht einheitlich der „Deckung des täglichen Bedarfes“ zuzuordnen ist, ermöglicht die Regelung dem Willen des Verordnungsgebers zufolge auch anderen Ladenlokalen des Einzelhandels den Zugang ohne Beschränkung. Nach welchen konkreten Kriterien sonstige Einzelhandelsbetriebe, die ebenfalls nicht bedarfsdeckend sind, von der Ausnahmeregelung erfasst werden sollen, bleibt indessen unklar, denn weder aus dem Ausnahmekatalog noch aus der amtlichen Begründung ergeben sich einheitliche, objektivierbare Kriterien für den erweiterten Geltungsbereich der Regelung. Der Verordnungsgeber hat es vielmehr unterlassen, den Anwendungsbereich der Regelung hinreichend anhand objektiver Kriterien zu konkretisieren, die eine willkürliche Vollzugspraxis der Ausnahmeregelung verhindern. Es ist aber nicht Aufgabe der Gerichte, an Stelle des Verordnungsgebers eigene Vorgaben festzulegen, die in der angegriffenen Regelung selbst keinen Ursprung haben. Bereits Im Hinblick darauf wird die Regelung des § 6 Abs. 1 Nr. 6 VO-CP dem Bestimmtheitserfordernis nicht gerecht.

Abgesehen davon ergeben sich weitere durchgreifende Bedenken im Hinblick auf die angegriffene Regelung, weil aus ihr nicht hervorgeht, wie mit sog. Mischbetrieben, die auch Waren verkaufen, die nicht der Deckung oder nicht überwiegend der Deckung des täglichen Bedarfs zuzurechnen sind, zu verfahren ist. Fallbezogen lässt sich aufgrund der Vorgaben in dem Verordnungstext nicht eindeutig einordnen, unter welche Kategorie die Antragstellerinnen fallen, denn diese vertreiben neben Elektronikgeräten auch Haushaltswaren und Haushaltsgroßgeräte samt

deren Zubehör, was insoweit eine Einordnung unter den Ausnahmekatalog in § 6 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. o VO-CP nahelegt. Der Verordnungstext selbst enthält in seiner aktuellen Fassung keine Regelung, wie Mischsortimenter einzuordnen sind. Lediglich in der amtlichen Begründung zu § 6 VO-CP<sup>7</sup> ist ausgeführt, soweit in Mischbetrieben auch Waren verkauft oder Dienstleistungen angeboten würden, die nicht der Deckung des täglichen Bedarfs zuzurechnen seien, gelte für diese Regelung gleichwohl insgesamt keine 2G-Regelung, wenn das Waren- oder Dienstleistungssortiment insgesamt zu mindestens 85 % aus Waren zur Deckung des täglichen Bedarfs bestehe, die sonstigen Angebote danach von ganz untergeordneter Bedeutung seien (Bagatellgrenze). Das Angebot an Waren, die nicht der Deckung des täglichen Bedarfs dienen, sei dann von untergeordneter Bedeutung und liege unterhalb der Bagatellgrenze, wenn die Fläche, die das nicht-privilegierte Sortiment oder Dienstleistungsangebot einnehme, 15 % der dem Kundenverkehr zugänglichen Gesamtfläche, alternativ der mit dem nicht-privilegierten Sortiment erzielte Umsatz einen Anteil von 15 % am Gesamtumsatz des entsprechenden Ladenlokals des Betriebs nicht übersteige (bezogen auf den Abschluss des abgelaufenen Geschäftsjahres). Letztlich komme es - insbesondere, wenn es um Dienstleistungen gehe - auf den Gesamteindruck des Betriebes anhand einer ganzheitlichen Betrachtung individueller Natur an. Die konkrete Einordnung obliege dabei den nach § 16 zuständigen Behörden vor Ort. Dies begegnet unter mehreren Gesichtspunkten erheblichen Bedenken. Zwar gehört die Verordnungsbegründung grundsätzlich zu den Erkenntnisquellen, auf die zur Auslegung der Verordnung abgestellt werden kann. Die Hinzuziehung der Begründung setzt allerdings denklogisch notwendigerweise das Vorhanden einer Regelung voraus, die erläutert wird. Vorliegend erfüllt aber die Begründung bezüglich der Mischsortimenter selbständig die Funktion einer verbindlich geltenden Regelung und stellt damit einen Ersatz der Norm dar. Bedenken begegnet weiterhin, dass der Begründung des Ordnungsgebers zufolge die konkrete Einordnung des Sortiments bei Mischbetrieben den zuständigen Behörden vor Ort obliegt und es letztlich auf den Gesamteindruck des Betriebs anhand einer ganzheitlichen Betrachtung individueller Natur ankommen soll, was letztlich zu einer uneinheitlichen

---

<sup>7</sup> Amtsblatt des Saarlandes Teil I vom 13.1.2022, S. 36 ff.



Vollzugspraxis führen dürfte. Auch unter diesem Gesichtspunkt fehlt es an hinreichend konkreten Vorgaben des Ordnungsgebers.

Von einer Tenorierung im Hinblick auf den § 6 Abs. 3 VO-CP, wonach die Betreiber oder sonstigen Verantwortlichen der in Absatz 1 und 2 genannten Einrichtungen für die Einhaltung der Nachweispflichten in ihrem jeweiligen Verantwortungsbereich sicherzustellen haben, sieht der Senat ab, da aufgrund der vorläufigen Außervollzugsetzung des § 6 Abs. 1 Nr. 6 VO-CP zwangsläufig auch für die dort nicht aufgeführten Ladenlokale die Kontrollverpflichtung der Einhaltung der 2G-Regelung entfällt.

Abschließend ist zu betonen, dass ungeachtet der vorläufigen Außervollzugsetzung der Zutrittsbeschränkungen nach der 2 G-Regelung im Einzelhandel generell die vom Ordnungsgeber beziehungsweise in einschlägigen Hygienekonzepten übergreifend vorgegebenen allgemeinen Maßnahmen und Vorkehrungen der Kontaktvermeidung zur Verhinderung einer weiteren Ausbreitung der Infektion mit dem SARS-CoV2-Virus immer eingehalten werden müssen.

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

Die Streitwertfestsetzung findet ihre Grundlage in den §§ 63 Abs. 2, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG. Da die der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache zielt, ist die Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht angebracht.

Der Beschluss ist unanfechtbar.

gez. Bitz

Dr. Kiefer

Vohl

Beglaubigt:

D-Stadt, den 21. Januar 2022

***-elektronisch signiert-***

Schirra, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle