

2 C 121/20



OBERVERWALTUNGSGERICHT DES SAARLANDES

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Normenkontrollverfahren

der A. , A-Straße, A-Stadt,

- Antragstellerin -

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

gegen

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

- Antragsgegner -

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

w e g e n Seuchenrechts (Rechtsverordnung Corona/Einzelhandel)

hat der 2. Senat des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes in Saarlouis durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Bitz, den Richter am Oberverwal-

tungsgericht Dr. Kiefer und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Vohl aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. September 2022

für R e c h t erkannt:

Der Normenkontrollantrag wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird zugelassen.

T a t b e s t a n d

Die Antragstellerin ist im Einzelhandel tätig und betreibt nach eigenen Angaben mehr als 170 Warenhäuser im gesamten Bundesgebiet, drei davon im Gebiet des Antragsgegners (C-Stadt und ...). Sie beschäftigte zum Zeitpunkt der Geltung der angegriffenen Rechtsverordnung ca. 23.000 Mitarbeiter (im Saarland ca. 277 Personen). Durchschnittlich weisen die Warenhäuser ca. 12.500 m² Verkaufsfläche auf. Das Sortiment umfasst zum einen verschiedene Güter des täglichen Bedarfs, wie Lebensmittel und Drogerieartikel und zum anderen die für diese Verkaufsstätten üblichen weiteren Konsumgüter.

Mit ihrem am 16.4.2020 bei Gericht eingegangenen Normenkontrollantrag wandte sich die Antragstellerin gegen die aufgrund § 5 Abs. 4 und 5 der Verordnung des Antragsgegners zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) vom 30.3.2020¹, zuletzt geändert durch die Verordnung vom 16.4.2020², in der Fassung vom

¹ Vgl. die Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 30.3.2020, Amtsbl. I 2020, 196 B vom 31.3.2020, geändert durch die Änderungsverordnung vom 7.4.2020, Amtsbl. I 2020, 206 B vom 8.4.2020

² Vgl. die Zweite Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 16.4.2020, Amtsbl. I 2020, 258 vom 17.4.2020

17.4.2020³ angeordnete Schließung von Ladengeschäften des Einzelhandels jeder Art mit mehr als 800 m² Verkaufsfläche mit entsprechenden Ausnahmen. Zugleich beantragte die Antragstellerin auf der Grundlage von § 47 Abs. 6 VwGO die Außervollzugsetzung von § 5 Abs. 4 VO-CP im Wege einer einstweiligen Anordnung (2 B 122/20).

Die Vorschrift hatte in der hier maßgeblichen Fassung folgenden Wortlaut:

§ 5 Betriebsuntersagungen und Schließung von Einrichtungen

....

(4) Untersagt ist die Öffnung von Ladengeschäften des Einzelhandels jeder Art mit mehr als 800 Quadratmeter Verkaufsfläche, soweit nicht Abs. 5 etwas anderes bestimmt. Die Öffnung von räumlich abgetrennten Ladenlokalen in Einkaufszentren unterhalb dieser Größenordnung ist nur zulässig, wenn die Gesamtfläche aller Ladenlokale innerhalb des Einkaufszentrums nicht mehr als 800 m² beträgt oder soweit es sich um Ladenlokale nach Abs. 5 handelt.

(5) Von den Verboten der Abs. 3 und 4 ausgenommen sind

1. Lebensmittelhandel, auch Getränke- und Wochenmärkte,
2. Abhol- und Lieferdienste,
3. Garten- und Baumärkte sowie Tierbedarfshandel,
4. Banken,
5. Apotheken, Drogeriemärkte und Sanitätshäuser,
6. Optiker und Hörgeräteakustiker,
7. Post- und sonstige Annahmestellen des Versandhandels,
8. Tankstellen, Autowaschanlagen und SB-Waschanlagen,
9. Reinigungen und Waschsalons,
10. Zeitungskioske,
11. Online-Handel,

³ Amtsblatt des Saarlandes Teil I vom 20.4.2020, 262B – 262F

12. Grüngutsammelstellen und Wertstoffzentren,
13. Kraftfahrzeughändler,
14. Fahrradhändler,
15. Buchhandlungen,
16. Archive und Bibliotheken,
17. Großhandel.

Werden Mischsortimente angeboten, dürfen die Sortimentsteile, deren Verkauf nicht nach Satz 1 gestattet ist, verkauft werden, wenn der erlaubte Sortimentsteil im gesamten Warenangebot wesentlich überwiegt (Schwerpunktprinzip). Diese Betriebe dürfen alle Sortimente vertreiben, die sie gewöhnlich – auch in Form von Aktionsangeboten – verkaufen.

....

Zur Begründung trug die Antragstellerin vor, durch die Verordnung bzw. durch die der Verordnung vorausgegangene Allgemeinverfügung zu Betriebsuntersagungen anlässlich der Corona-Pandemie⁴ sei sie verpflichtet worden, den Betrieb sämtlicher Warenhäuser im Landesgebiet ab dem 18.3.2020 vollständig einzustellen. Da sowohl Liefervereinbarungen als auch Arbeits- und Mietverträge uneingeschränkt fortgelten würden, sei ihr insbesondere durch den massiven Verlust von Umsatzerlösen allein in den vergangenen vier Wochen ein finanzieller Schaden von insgesamt 150 Millionen Euro entstanden. Der Umfang des Schadens manifestiere sich an der Tatsache, dass von den ca. 28.000 Mitarbeitern wegen der Schließung der Warenhäuser etwa 27.000 derzeit nicht arbeiteten und der Unternehmensumsatz auf unter 5 % des budgetierten Niveaus gefallen sei. Sämtliche getroffenen Maßnahmen zur Schadensreduzierung, insbesondere die Beantragung von Kurzarbeit sowie Vereinbarungen zur Aussetzung von Vertrags- und Lieferbeziehungen, hätten zu keiner nennenswerten Abfederung des existenzvernichtenden Schadens geführt. Es stehe zu erwarten, dass der bereits eingetretene finanzielle

⁴ Vgl. die Allgemeinverfügung zum Vollzug des Infektionsschutzgesetzes und Vollzug des Ladenöffnungsgesetzes vom 16.3.2020, Amtsbl. I 2020, 170 B, dort unter 4.

Schaden bei einer Aufrechterhaltung der Maßnahmen von beispielsweise allein vier weiteren Wochen mehr als verdoppelt werde. Die Verluste könnten hierbei nicht - wie in anderen Vertriebsstrukturen - durch Onlinehandel oder die Lieferung von Waren kompensiert oder abgemildert werden, da die gesamte Vertriebsstruktur im Kerngeschäft auf den stationären Verkauf ausgerichtet sei. Ihre finanzielle Lage habe sich durch die Schließungsanordnung bereits derart zugespitzt, dass am 1.4.2020 ein Antrag auf Einleitung eines Schutzschirmverfahrens gestellt worden sei. Zudem gehe sie von erheblichen Anlaufschwierigkeiten bei der Wiederaufnahme ihres Kerngeschäfts aus, da damit gerechnet werden müsse, dass der Betrieb nur unter Auflagen und Beschränkungen zugelassen werde, der Vermarktungszeitraum für die Frühjahrs- und Sommerware, insbesondere im Fashion-Bereich erheblich verkürzt sei, zu erwarten sei, dass die Kunden beim Konsumverhalten nach den Erfahrungen der letzten Wochen zurückhaltend sein würden und durch die Ermöglichung des fortgesetzten Betriebs von Wettbewerbern eine Abwanderung von Kunden erfolgt sei. Mit jeder Woche reduzierten sich die Erfolgsaussichten für die mit dem Schutzschirmverfahren angestrebte Sanierung des Unternehmens drastisch.

Die Antragstellerin hatte beantragt,

den § 5 Abs. 4 und 5 VO-CP in der Fassung vom 17.4.2020 für unwirksam zu erklären.

Mit Beschluss vom 24.4.2020 – 2 B 122/20 – hat der Senat den Eilantrag der Antragstellerin mit der Begründung zurückgewiesen, die nach dem § 5 Abs. 4 Satz 1 VO-CP geltende Untersagung der Öffnung von Einzelhandelsgeschäften mit mehr als 800 m² Verkaufsfläche wegen Bekämpfung der Corona-Pandemie erweise sich bei summarischer Prüfung nicht als offensichtlich rechtswidrig.

Mit Ablauf des 3.5.2020 ist die Verordnung vom 17.4.2020 außer Kraft getreten (§ 17 VO-CP). Die vom 2.5.2020 datierende, am 4.5.2020 in Kraft getretene Ände-

nung der Verordnung⁵ enthielt die in § 5 Abs. 4 und 5 der (angegriffenen) Vorgänger-Verordnung angeordnete Untersagung der Öffnung von Einzelhandelsgeschäften mit mehr als 800 m² Verkaufsfläche nicht mehr, ebenso wenig wie spätere Novellierungen der Verordnung.

Auf die entsprechende Anfrage des Gerichts vom 25.5.2020 erklärte die Antragstellerin am 28.5.2020, das Verfahren werde fortgesetzt und behielt sich eine weitere Stellungnahme vor.

Mit Schreiben vom 15.7.2020 teilte die Antragstellerin mit, dass aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen das vorliegende Verfahren von Gesetzes wegen unterbrochen sei, nachdem das Amtsgericht A-Stadt mit Beschluss vom 1.7.2020 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beschlossen hatte. Am 27.10.2020 informierte die Antragstellerin, dass das Insolvenzverfahren zwischenzeitlich beendet worden sei und das vorliegende Verfahren fortgeführt werde.

Die Antragstellerin führt unter ausführlicher Darlegung im Einzelnen im Wesentlichen aus, ihr berechtigtes Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit der außer Kraft getretenen Schließungsanordnung ergebe sich daraus, dass die Gültigkeit der Norm für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über Sekundäransprüche von Bedeutung sei. Ein Rückgriff auf die Entschädigungsregelungen des saarländischen Polizeigesetzes sei nicht durch die spezifischen Regelungen des Infektionsschutzgesetzes ausgeschlossen. In Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung im IfSG für die hier geltend gemachten Entschädigungsansprüche und angesichts der Regelung zur parallelen Geltung von Entschädigungsansprüchen im saarländischen Polizeigesetz könnten diese in zulässiger Weise auf die allgemeinen Regelungen des § 68 Abs. 1 Satz 2 SPolG gestützt werden. Die Antragstellerin legt eine Schadensübersicht und auch eine in dem Entschädigungsantrag vom 9.12.2020 beigefügte Schadensdarstellung vor. Wegen der Einzelheiten wird darauf Bezug genommen. Sie trägt vor, während der Schließung der Warenhäuser

⁵ Amtsblatt des Saarlandes Teil I vom 3.5. 2020, S. 284f.

sei ihr ein finanzieller Schaden von insgesamt 177 Millionen Euro entstanden. Im Saarland sei ihr nach den vorliegenden Informationen ein Schaden in Höhe von ca. rund 2,6 Millionen Euro entstanden. Die eingeschränkten Öffnungsmöglichkeiten ab dem 20.4.2020 mit 800 m² Verkaufsfläche habe zu keiner nennenswerten Abfederung des existenzvernichtenden Schadens geführt. Hierbei habe es sich lediglich um einen sehr geringen Bruchteil der Verkaufsfläche gehandelt und es sei auch aus faktischen Gründen nicht möglich gewesen, ihr Sortiment etwa in verkleinertem Umfang auf dieser Fläche zu präsentieren. Ihre Verluste hätten hierbei nicht durch Online-Handel oder die Lieferung von Waren kompensiert werden können, da die gesamte Vertriebsstruktur auf den stationären Verkauf ausgerichtet sei. Es habe sich herausgestellt, dass aufgrund der fortgesetzten Schließung der Warenhäuser eine Sanierung des vollständigen Unternehmens nicht mehr möglich sei, sondern allenfalls nur noch mit einem reduzierten Unternehmensumfang erreicht werden könne. Auch nach der Öffnungsmöglichkeit seit dem 4.5.2020 habe sie sich mit erheblichen Anlaufschwierigkeiten in ihrem Kerngeschäft konfrontiert gesehen, die im Wesentlichen auf die Wettbewerbsverzerrungen der vorangegangenen Wochen und Monate zurückzuführen seien. Sie habe bereits wegen der ihr durch die Corona-Maßnahmen entstandenen Vermögens-einbußen einen Antrag auf Entschädigung bei der zuständigen Stelle des Antragsgegners gestellt, der mit anwaltlichem Schreiben vom 4.2.2021 abgelehnt worden sei. Sie beabsichtige, vor dem zuständigen Zivilgericht eine Klage auf Zahlung einer Entschädigung wegen der Geschäftsschließungen zu erheben. Den hier gestellten Antrag verfolge sie u.a. zur Vorbereitung dieses Staatshaftungsprozesses weiter. Darüber hinaus seien weitere Entschädigungsansprüche gegen den Antragsgegner jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen. Hierzu gehörten Entschädigungsansprüche in analoger Anwendung von § 65 IfSG und Ansprüche aus dem Rechtsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs. Ebenso habe sie ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung, um eine Wiederholung der belastenden Schließungsanordnung vorzubeugen und um die fortdauernd diskriminierende Wirkung der angegriffen Schließungsanordnung zu beseitigen. Öffentlichkeitswirksam sei der Eindruck erweckt worden, dass ein Warenhausbesuch einerseits mit einer besonderen Gefahr für Gesundheit und Leben der Kunden und

andererseits mit einer überproportionalen Steigerung der Infektionslage im gesamten Bundesgebiet einhergehe. Bei der Schließungsanordnung handele es sich um erhebliche Eingriffe in ihre Grundrechte, zudem habe sich gezeigt, dass eine solche oder ähnliche Schließungsanordnung von dem Antragsgegner erneut erlassen werden könnte. Ihr Antrag sei auch begründet, da die Schließungsanordnung wegen eines Verstoßes gegen Verfassungsrecht, insbesondere gegen ihre Grundrechte, unwirksam gewesen sei. Bei der Schließungsanordnung habe es sich um eine wesentliche Angelegenheit im Sinne des Wesentlichkeitsgrundsatzes gehandelt, die nicht aufgrund einer pauschalen und generalklauselartigen Ermächtigung wie der des § 32 Satz 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG hätte angeordnet werden dürfen. Dass eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage problemlos und kurzfristig hätte geschaffen werden können, zeige nicht zuletzt die zügige Schaffung einer bereichsspezifischen Ermächtigungsgrundlage in einem neuen § 28a IfSG. Darüber hinaus habe die Regelung des § 5 Abs. 5 Satz 2 VO-CP gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Bestimmtheitsgebot verstoßen. Für die gesamte Einzelhandelsbranche mit gemischtem Warensortiment sei ein auch unter Anwendung der Auslegungsgrundsätze nicht mehr bestimmbarer Regelungsinhalt aufgestellt worden, der dazu geführt habe, von einer ggf. erlaubten Teilöffnung aufgrund der befürchteten erheblichen Repressalien abzusehen. Die Norm habe weder einen deutlichen Grenzwert noch nachvollziehbare Berechnungsvorgaben zur Bestimmung der Sortimentsgröße enthalten. Die Schließungsanordnung habe zudem aufgrund der fehlenden Möglichkeit, eine Befreiung oder Ausnahmegenehmigung für den Weiterbetrieb der Warenhäuser zu erhalten, einen unverhältnismäßigen Eingriff in ihre Grundrechte dargestellt. Betroffen hiervon seien Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG. Die Schließungsanordnung sei den Anforderungen an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gerecht geworden. Sie habe mit dem Schutz von Leben und Gesundheit zwar ein legitimes Ziel verfolgt, jedoch seien die Regelungen weder geeignet noch erforderlich gewesen, um die Infektionsrate zu verlangsamen. Angesichts der andauernden „Hamsterkäufe“ sei es kontraproduktiv gewesen, Versorgungsquellen für die Bevölkerung zusätzlich zu verknappen. Hierdurch sei eine Konzentration von Menschenansammlungen und damit eine gesteigerte Ansteckungsrate provoziert worden. Sehenden Auges sei provoziert

worden, dass sich das gesamte Kundenaufkommen auf eine wesentlich geringere Verkaufsfläche als regulär konzentriert habe. Die Schließungsanordnung sei auch nicht erforderlich gewesen, da der großflächige Einzelhandel eine perfekte Umgebung dargestellt hätte, damit auch eine größere Anzahl an Personen zur gleichen Zeit sicher auf Distanz einkaufen gehen könnten. Einzelhandelsgeschäfte mit größerer Verkaufsfläche seien per se besser geeignet, die erforderlichen Hygienemaßnahmen zur Verlangsamung der Infektionsrate einzuhalten. Es habe ein milderes Mittel, die „Komplett-Öffnung unter Hygieneauflagen“ bestanden, das gleich geeignet gewesen sei, den verfolgten Zweck zu erfüllen. Die konkrete Ausgestaltung der Schließungsanordnung habe zudem in nicht zu rechtfertigender Weise den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. Die Anordnung habe eine un gerechtfertigte Differenzierung zwischen Spezialisten und Generalisten bewirkt. Generalisten, also Verkaufsstellen mit Mischsortiment wie ihre Warenhäuser, die zum einen verschiedene Güter des täglichen Bedarfs wie Lebensmittel und Drogerieartikel und zum anderen darüber hinaus auch weitere Güter anböten, seien von der Ausnahmeregelung nicht berücksichtigt worden. Neben Spezialisten von Gütern des täglichen Bedarfs, wie Lebensmittelläden und Drogerien, seien auch Einzelhandels-Spezialisten, die gerade keine Güter des täglichen Bedarfs anböten, wie Garten- und Baumärkten, Kfz- und Fahrradhändlern sowie Buchhandlungen unabhängig von ihrer Verkaufsfläche der uneingeschränkte Weiterverkauf gestattet worden. Diese Differenzierung sei willkürlich und durch keinen sachlichen Grund gerechtfertigt gewesen. Der Senat habe mit Beschluss vom 9.3.2021 - 2 B 58/21 - in der Aufnahme von Buchhandlungen und Blumenläden in den Privilegierungskatalog einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG gesehen. Darüber hinaus habe die Schließungsanordnung vorgesehen, dass Einzelhandelsgeschäfte, die bis zu diesem Zeitpunkt ebenso wie die Warenhäuser geschlossen gewesen seien, bis zu einer objektiven baulichen Verkaufsfläche von 800 m² unabhängig von ihrem Sortiment wieder öffnen durften. Während kleinflächige Geschäfte ihren Betrieb durch die angefochtene Verordnung vollständig hätten wieder aufnehmen dürfen, seien großflächige Betriebe insoweit stark benachteiligt worden, als sie weiterhin nur mit einem Bruchteil ihrer Verkaufsfläche hätten öffnen dürfen. Mit der aus dem Bauplanungsrecht entnommenen Grenze der Verkaufsfläche von 800 m² sei darüber

hinaus ein offensichtlich sachwidriges Differenzierungskriterium verwendet worden. Es habe keine infektionsschutzrechtlichen Gründe für diese Grenzziehung gegeben. Darüber hinaus verletze die pauschale Festlegung der Grenzmarke auf 800 m², ohne die Möglichkeit einer Ausnahme, den Gleichheitssatz. Als Nachweis, dass die Verkaufsfläche kein tauglicher Maßstab für eine Entscheidung über die Öffnung des Einzelhandels sei, wurde eine gutachterliche Kurzstellungnahme von Prof. Martin Exner „zur Frage der Nichtöffnung von Geschäften größer als 800 m² Verkehrsfläche aus infektiös-hygienischer Sicht“ vom 22.4.2020 vorgelegt. Zudem habe kein Zusammenhang zwischen Kundenaufkommen und Verkehrsfläche bestanden. Aus der beigefügten Studie „Frequenzstudie Warenhäuser“ von ... vom April 2020 ergebe sich, dass schon vor der Schließung des Einzelhandels Besucherzahlen in den Innenstädten um ca. 20 % gesunken seien. Diese abgeflachte Besucherfrequenz habe sich auch nach der Wiederöffnung vieler Geschäfte seit dem 20.4.2020 fortgesetzt. Es habe bei den Warenhäusern also konkret belegbar gerade keine Gefahr bestanden, Menschenansammlungen in den Innenstädten zu verursachen. Weiter sei in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen gewesen, dass die Warenhäuser zu einem beachtlichen Teil nicht im Stadtzentrum, sondern in den einzelnen Stadtteilen und Randgebieten angesiedelt seien.

Die Antragstellerin beantragt nunmehr,

festzustellen, dass § 5 Abs. 4 und 5 der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) in der im Amtsblatt des Saarlandes vom 20.4.2020 veröffentlichten Fassung vom 17.4.2020 im Zeitpunkt seines Erlasses unwirksam war.

Der Antragsgegner beantragt,

den Normenkontrollantrag zurückzuweisen.

Er macht geltend, die Anträge seien unzulässig. Es fehle bereits an ausreichenden Darlegungen, ob und ggf. in welcher Höhe ein Schaden der Antragstellerin ent-

standen sei. Richtig sei, dass diese mit Schreiben vom 9.12.2020 den Antragsgegner zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 3.347.828,00 Euro aufgefordert habe. Im Schreiben vom 27.9.2021 beziffere die Antragstellerin die begehrte Entschädigungssumme nunmehr mit 2.586.000,00 Euro. Dieser Umstand lasse nicht erkennen, dass die Antragstellerin ernsthaft einen Entschädigungsanspruch verfolge und auch beabsichtige, diesen ggf. gerichtlich geltend zu machen. Hinzu komme, dass sie, nachdem die Zahlung einer Entschädigung durch den Antragsgegner mit Schreiben vom 4.2.2021 abgelehnt worden sei, hierauf keine weitere Reaktion gezeigt habe. Ferner wäre ein Entschädigungsprozess von vornherein aussichtslos. Ein Zahlungsanspruch aus § 56 Abs. 1 IfSG oder § 56 Abs. 1a IfSG scheide offensichtlich aus. Es sei unstrittig, dass die Antragstellerin nicht zu dem in § 2 IfSG definierten Personenkreis gehöre. Der Antragstellerin stehe auch kein Anspruch auf Zahlung von Entschädigung aus § 65 Abs. 1 IfSG zu. Anspruchsbe gründende Maßnahmen seien nur solche gemäß den §§ 16 oder 17 IfSG, während die hier streitgegenständliche Verordnung jeweils auf § 28 Abs. 1 und § 32 IfSG gestützt worden seien, so dass § 65 Abs. 1 IfSG nicht zur Anwendung komme. Der Antragstellerin stehe auch kein Zahlungs- oder Entschädigungsanspruch aus dem Rechtsinstitut des enteignenden Eingriffs bzw. aus Amtshaftung oder enteignungsgleichem Eingriff zu. Der Bundesgerichtshof habe entschieden, dass der Entschädigungsanspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs nicht die Fälle legislativen Unrechts, in den durch eine rechtswidrige bzw. verfassungswidrige gesetzliche Norm oder auf ihrer Grundlage durch Verwaltungsakt oder eine untergesetzliche Norm in eine durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition eingegriffen werde, erfasse. Darüber hinaus habe der BGH entschieden, dass auch Amtshaftungsansprüche ausscheiden würden. Das Bundesverfassungsgericht habe die sog. „Bundesnotbremse“ als verfassungsgemäß gebilligt. Die Voraussetzungen für ein Feststellungsinteresse wegen Wiederholungsgefahr seien ebenfalls nicht dargelegt. Dagegen spreche die stetig steigende Impfquote in Deutschland. Zuletzt begründe auch das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) kein Feststellungsinteresse der Antragstellerin. Ihr sei es möglich gewesen, um Eilrechtsschutz nachzusuchen und somit eine gerichtliche Überprüfung einzuleiten. Die Anträge seien im Übrigen auch unbegründet. Ein Verstoß gegen die Wesent-

lichkeitstheorie liege nicht vor. Rechtsgrundlage für den Erlass der Verordnung sei § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG. Die Regelung sei als offene Generalklausel ausgestaltet gewesen, um den Infektionsschutzbehörden ein möglichst weites Spektrum an geeigneten Schutzmaßnahmen zu eröffnen. Die angegriffene Verordnung sei keine Schließungsanordnung im eigentlichen Sinne gewesen, sondern habe lediglich die Öffnung von Ladengeschäften beschränkt. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei die Norm nicht deswegen unbestimmt gewesen, weil der Ordnungsgeber für den zu ermittelnden „Schwerpunkt des Sortiments“ keine weiteren Kriterien gebildet habe. Es liege in der dem Normgeber bei der Normsetzung eingeräumten Gestaltungsfreiheit, auch unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden. Dies könne gerade dann notwendig werden, um einer sonst nicht zu bewältigenden Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden, was sich gerade in der Vielfalt von Verkaufsstellen des Einzelhandels zeige. Eine Unverhältnismäßigkeit der angegriffenen, außer Kraft getretenen Regelungen könne nicht festgestellt werden. Im März/April habe die Gefahr der Verbreitung der Infektion und die daran anknüpfende Gefahr der mangelnden hinreichenden Behandelbarkeit schwer verlaufender Erkrankungen wegen fehlender spezifischer Behandlungsmöglichkeiten und nicht verfügbarer Krankenhausbehandlungsplätze bestanden. Zur Erreichung der infektionsschutzrechtlich legitimen Ziele sei die angegriffene Flächenbegrenzung geeignet gewesen, weil dadurch auch die Größe der Ansammlung von Personen in der Verkaufsstelle selbst reduziert worden seien. Zum anderen habe die Beschränkung der tatsächlichen Verkaufsfläche eine Reduzierung des Warenangebots bewirkt und nahezu zwangsläufig auch eine Reduzierung der Attraktivität des Warenangebots und auch der besonderen Anziehungskraft großflächiger Einzelhandelsgeschäfte für eine Vielzahl von Kunden aus einem großen Einzugsbereich. Der BGH erachte die Verkaufsfläche als geeignetes Maß, um die Attraktivität und damit die Wettbewerbsfähigkeit eines Betriebes typisierend zu erfassen (vgl. auch die Regelvermutung des § 11 Abs. 3 Satz 3 BauNVO). Die in der angegriffenen Regelung getroffene Flächenbegrenzung sei zur Erreichung der infektionsschutzrechtlichen Ziele auch erforderlich gewesen. Sie habe gewährleistet, dass der Inhaber der Verkaufsstelle und das von diesem eingesetzte Personal die Beachtung des Abstandsgebots durch die Kunden über-

wachen und die Hygieneregeln einhalten können. Der Vorhalt der Antragstellerin, als milderer Mittel sei die weitere Öffnung der Einrichtungen unter Beachtung strenger Hygienepläne in Betracht gekommen, verkenne die grundsätzliche Zielrichtung der Maßnahme. Diese sei darauf gerichtet gewesen, grundsätzlich Kontakte zwischen Personen zu vermeiden. Diesem Ziel habe die Schließung von Geschäften des Einzelhandels als Begegnungsorte von Menschen ersichtlich dienen können. Dem habe nicht entgegengestanden, dass ein wesentliches Infektionsgeschehen in Bereichen des Einzelhandels nicht nachweisbar gewesen sei. Valide aktuelle Untersuchungen hätten zum damaligen Zeitpunkt wie auch heute dazu nicht vorgelegen. Hinzu gekommen sei die Diffusität des Infektionsgeschehens. Dem Eingriff in Art. 12 und 14 GG hätten überwiegende öffentliche Interessen gegenüber gestanden. Die betroffenen Grundrechte der Berufsfreiheit und des Eigentums hätten keinen unbedingten Vorrang gegenüber dem mit der Verordnung bezweckten Schutz von Leib und Leben genossen. Hinzu gekommen sei, dass insbesondere auf Bundesebene im Zusammenhang mit den Maßnahmen Hilfsprogramme angelegt worden seien um die von den Schließungen erfassten Betriebe für die finanziellen Ausfälle zu entschädigen. Es sei auch keine nach Art. 3 Abs. 1 GG ungerechtfertigte Gleichbehandlung innerhalb des Einzelhandels zu erkennen. Bei der Ordnung von Massenerscheinungen wie vorliegend, die sich auf eine Vielzahl von Lebensbereichen auswirkten, sei der Normgeber berechtigt, generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen zu treffen, ohne wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstoßen. Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung innerhalb des Einzelhandels sei nicht zu sehen. Es liege in der Natur der Sache, dass bei einer sukzessiven Lockerung einzelner Betriebsbeschränkungen eine Differenzierung von Betrieben sowohl nach der Betriebsart als auch nach der Betriebsgröße habe erfolgen müssen, da andernfalls allein die Aufhebung sämtlicher Beeinträchtigungen mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar gewesen wäre. Dies hätte allerdings dazu geführt, dass dem Gesundheitsschutz nicht weiter Rechnung hätte getragen werden können. Die 800 m² Verkaufsfläche hätten sich an der Abgrenzung zur Großflächigkeit eines Einzelhandelsbetriebes orientiert. Der Antragstellerin habe die Mög-

lichkeit offen gestanden, ihr auch vor der Anordnung der beanstandeten Regelung bereits betriebenes Online-Angebot zu betreiben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichtsakte des vorliegenden Verfahrens und des Verfahrens 2 B 122/20 Bezug genommen, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung war.

Entscheidungsgründe

Der Normenkontrollantrag der Antragstellerin ist zulässig (I.), aber unbegründet (II.).

I.

Die Antragstellerin hat ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass der § 5 Abs. 4 und 5 der Verordnung des Antragsgegners zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) in der Fassung vom 17.4.2020 rechtswidrig gewesen ist.

Ein Antrag auf Kontrolle einer außer Kraft getretenen Rechtsnorm ist nur in engen Grenzen zulässig⁶. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁷ lässt das Außerkrafttreten der Norm allein den - wie hier - zulässig gestellten Normenkontrollantrag nicht ohne weiteres zu einem unzulässigen Antrag werden, wenn die Voraussetzung der Zulässigkeit nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO fortbesteht, nämlich dass der Antragsteller durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung einen Nachteil erlitten hat. Das beruhe darauf, dass das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO nicht nur der objektiven Rechtskontrolle diene, sondern - wenngleich von der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich nicht geboten - auch dem individuellen Rechtsschutz. Die Rechtsschutz-

⁶ für ausnahmslose Unzulässigkeit: Hahn, Normenkontrolle von Satzungen nach dem Bundesbaugesetz, Kurzreferat, in JuS 1983, 678; differenzierend: Ziekow, in Sodan/Ziekow, VwGO, Großkommentar, 3. Aufl. 2010, § 47 Rdnr.71 ff.

⁷ vgl. Beschlüsse vom 2.9.1983 – 4 N 1/83 –, BVerwGE 68, 12; und vom 26.5.2005 - 4 BN 22/05 -; zitiert nach juris

funktion des § 47 VwGO würde erheblich beeinträchtigt, wenn die Umstellung des Antrags auf Feststellung, dass die Verordnung unwirksam war, nach Außerkrafttreten generell ausgeschlossen wäre.

Die Zulässigkeit des Normenkontrollantrags nach Außerkrafttreten einer Norm entfällt allerdings dann, wenn der Antragsteller trotz des erlittenen Nachteils kein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat, dass die Norm ungültig war⁸. Davon kann jedoch keine Rede sein, wenn die begehrte Feststellung präjudizielle Wirkung für die Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines auf die Norm gestützten behördlichen Verhaltens und damit für in Aussicht genommene Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche haben kann.⁹ Voraussetzung ist allerdings, dass ein Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozess tatsächlich beabsichtigt wird und dieser nicht offensichtlich aussichtslos ist.¹⁰ Daher ist darzutun, was konkret angestrebt wird; hierzu gehört auch eine zumindest annähernde Angabe der Schadenshöhe. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, denn die Antragstellerin hat glaubhaft vorgetragen, Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche gegenüber dem Antragsgegner für die von ihm ergriffenen Maßnahmen geltend zu machen. In der mündlichen Verhandlung hat die Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin erklärt, es seien bereits in drei Bundesländern Klagen auf Entschädigung eingereicht worden und dies sei auch im Saarland beabsichtigt. Zum Schadensausmaß hat die Antragstellerin mit ihrem Schriftsatz vom 27.9.2021 eine – vorläufige - (nicht datierte) Schadensberechnung unter Nennung einzelner Schadenspositionen vorgelegt und hierzu im Einzelnen umfassend vorgetragen. Bei dem von der Antragstellerin ermittelten Betrag handelt es sich um die Differenz der Ergebnisbeiträge zwischen der Budgetplanung der von den Schließungsregelungen betroffenen Warenhäuser und den infolge der Schließungsregelungen tatsächlich erzielten Ergebnisbeträgen. Den Angaben der Antragstellerin zufolge

⁸ vgl. BVerwG, Beschluss vom 2.9.1983, aaO.

⁹ vgl. BGH, Urteil vom 17.3.2022 – III ZR 79/21 –, wonach der Staat nicht für Einnahmeausfälle haftet, die durch flächendeckende vorübergehende Betriebsschließungen aufgrund von staatlichen Maßnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus entstanden sind; juris

¹⁰ Bayerischer VGH, Urteil vom 26.4.2022 – 22 B 21.860 - und Beschluss vom 24.10.2011 – 8 ZB 10.957 –; Sächsisches OVG, Urteil vom 22.9.2015 – 4 A 577/13 –; OVG Lüneburg, Beschluss vom 12.11.2007 – 2 LA 423/07 –

beruhen die Schadenspositionen auf einer Schadensermittlung, die vereinzelte Umstände, wie beispielsweise gewährtes Kurzarbeitergeld und Gerichtsverfolgungskosten noch nicht abschließend wiedergeben würde. Der finanzielle Folgeschaden, der sich im Nachgang zu dem Schließungszeitraum manifestiert habe, sei bis zum Monatsende Mai 2020 ermittelt worden. Insoweit hat die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass die mitgeteilten Schadenspositionen vor Festsetzung der zu gewährenden Entschädigungssumme noch einer Aktualisierung bedürften. Zudem hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 9.12.2020 bereits außergerichtlich Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche gegenüber dem Antragsgegner geltend gemacht. Die Anerkennung solcher Ansprüche hat der Antragsgegner indes mit Schreiben vom 4.2.2022 abgelehnt. Die Ausführungen der Antragstellerin genügen für eine – für die Annahme eines berechtigten Interesses notwendige – substantiierte Darlegung, dass die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen oder einer Entschädigung ernsthaft beabsichtigt ist. Der Antragsgegner kann dagegen nicht mit Erfolg einwenden, die Schadensberechnung sei nicht hinreichend substantiiert. Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Antragstellerin ihren Schaden für den hier relevanten Zeitraum zwischen dem Inkrafttreten der Norm und ihrem Außerkrafttreten im Einzelnen beziffern kann. Unter Zugrundelegung des hier gebotenen Maßstabs lässt sich nicht feststellen, dass ein Entschädigungsanspruch der Antragstellerin aus enteignungsgleichem Eingriff bereits jetzt als offensichtlich aussichtslos zu bewerten ist.¹¹ Die Haftung des Antragsgegners ist nicht schon deshalb offensichtlich ausgeschlossen, weil der Erlass einer rechtswidrigen Verordnung „normatives“ Unrecht ist. Der BGH hat in der erwähnten Entscheidung zwar festgestellt, dass der Entschädigungsanspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs nicht die Fälle legislativen Unrechts, in denen durch eine rechtswidrige bzw. verfassungswidrige gesetzliche Norm oder auf ihrer

¹¹ vgl. auch VGH Bad.-Württemberg, Beschluss vom 2.6.2022 – 1 S 926/20 – der ein „Rechtsschutzbedürfnis“ der dortigen Antragstellerin, eines Fitnessstudios – wegen beabsichtigter Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen wegen der Betriebsschließung bejaht hat, da eine weitergehende verfassungsgerichtliche Rechtsverfolgung insoweit nicht offensichtlich aussichtslos sei, als das Bundesverfassungsgericht eine abschließende verfassungsrechtliche Prüfung der Entschädigungsfrage im Hinblick auf die zunächst zu erfolgende fachgerichtliche Klärung wegen des Grundsatzes der Subsidiarität noch nicht vorgenommen habe (BVerfG, Beschluss vom 10.2.2022 – 1 BvR 1073/21 -); juris, Rdnr. 79

Grundlage durch Verwaltungsakt oder eine untergesetzliche Norm in eine durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition eingegriffen wird, erfasst.¹² Aus der weiteren Rechtsprechung des BGH¹³ geht aber hervor, dass dies nur die Haftung für verfassungswidrige formelle Gesetze und darauf gestützte Maßnahmen betrifft, nicht aber die Haftung für untergesetzliche Normen, die aufgrund rechtswirksamer Gesetze ergangen sind. Inwieweit - was zwischen den Beteiligten umstritten ist - in der Entscheidung des BGH vom März dieses Jahres eine Aufgabe der älteren Rechtsprechung gesehen werden kann oder muss, lässt sich in dem vorliegenden Verwaltungsstreitverfahren nicht abschließend klären. Auch die von den Beteiligten dieses, aber auch zahlreicher anderer Verfahren mit vergleichbarer Sachverhaltskonstellation äußerst kontrovers diskutierte Frage, inwieweit der Entscheidung des BGH vom 17.3.2022 zu entnehmen ist, dass Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche in derartigen Fällen vom Verordnungsgeber aus Gründen der Pandemiebekämpfung angeordneter Betriebsschließungen generell nicht in Betracht kommen, kann abschließend nur von den nach der Rechtswegzuständigkeit dazu berufenen ordentlichen Gerichten beantwortet werden. Demnach ist hier von einem Feststellungsinteresse der Antragstellerin auszugehen, da die beabsichtigte Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen wegen der streitgegenständlichen Betriebsschließung gegenwärtig jedenfalls nicht von vornherein als offensichtlich aussichtslos angesehen werden kann.

II.

Der Antrag ist unbegründet. Die Antragstellerin hat keinen Anspruch auf die begehrte Feststellung, dass der § 5 Abs. 4 und 5 VO-CP in der Fassung vom 17.4.2020 unwirksam war.

Die angefochtene Regelung verstieß nicht gegen höherrangiges Recht.

¹² vgl. BGH aaO. unter Hinweis auf Urteile vom 12.3.1987 - III ZR 216/85, BGHZ 100, 136, 145 f; vom 10.12.1987 aaO S. 358 f; vom 24.10.1996 - III ZR 127/91, BGHZ 134, 30, 32 f und vom 16.4.2015 - III ZR 204/13, juris Rn. 30

¹³ vgl. Urteil vom 7.6.1990 – III ZR 74/88 -; juris, Rdnr. 9

Die Ermächtigungsgrundlage des § 28 Abs. 1 i. V. m. § 32 IfSG entsprach zum hier maßgeblichen Zeitpunkt (April 2020) den rechtlichen Anforderungen an den Parlamentsvorbehalt und den Wesentlichkeitsgrundsatz und damit an den Vorbehalt des Gesetzes. Die Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung standen gerade erst am Anfang. Typisierende Standards für die in Betracht kommenden Maßnahmen hatten sich zu diesem frühen Zeitpunkt der Pandemie noch nicht entwickelt. Die weltweite Ausbreitung von COVID-19 war erst wenige Wochen zuvor – am 11.03.2020 – von der WHO zu einer Pandemie erklärt worden. Die Entwicklung und Verbreitung des Virus gestaltete sich dynamisch und unvorhersehbar. Bis zum Erlass und selbst bis zum Auslaufen der streitgegenständlichen Rechtsverordnung waren nur wenige Wochen vergangen, in denen noch kein signifikanter Erkenntnisgewinn der Infektionsschutzbehörden und des Gesetzgebers verzeichnet werden konnte. Von dem Bundesgesetzgeber konnte daher nicht erwartet werden, in diesem kurzen Zeitraum bereits eine spezielle Ermächtigungsgrundlage für Maßnahmen wie die streitgegenständliche geschaffen zu haben, so dass ein Rückgriff auf die Generalklausel in § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG gerechtfertigt war.¹⁴

Der Antragsgegner verfolgte mit der beanstandeten Beschränkung der Verkaufsflächen im Einzelhandel einen legitimen Zweck, die Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 zu begrenzen und kam damit der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG nach. Dies wird von der Antragstellerin nicht in Abrede gestellt.

Der Senat hält auch weiterhin an seiner Auffassung fest, dass das Differenzierungskriterium für die Begrenzung der zulässigen Verkaufsfläche von 800 m² rechtlich nicht zu beanstanden war.¹⁵ Für die Entscheidung, welcher Teil des nicht dem täglichen Bedarf dienenden Einzelhandels in einem ersten Lockerungsschritt wieder eröffnet wird, bedurfte es eines Abgrenzungskriteriums, das zu einer hin-

¹⁴ Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Urteil vom 19.4.2022 – 1 D 104/20 – m.w.Nw.; juris

¹⁵ vgl. Beschluss des Senats vom 24.4.2020 - 2 B 122/20 - im vorläufigen Rechtsschutzverfahren der Beteiligten

reichenden Eingrenzung führte und sich sachlich rechtfertigen ließ. Dem wurde die angegriffene Verkaufsflächenbegrenzung gerecht. Es erscheint nicht sachwidrig, dass der Antragsgegner zur Abgrenzung der in einem ersten Lockerungsschritt zu öffnenden Geschäfte des Einzelhandels nach dem vorangegangenen Lockdown auf die Größe der Verkaufsfläche abgestellt hatte. Das Aufgreifen einer Quadratmeterzahl von 800 als Maßstab war nicht „aus der Luft gegriffen“, sondern ein in der Rechtsprechung¹⁶ anerkanntes Kriterium, um einen bestimmten Typ von Einzelhandelsbetrieben zu definieren. Großflächige Einzelhandelsbetriebe, die aufgrund ihrer Größe regelmäßig ein breites Warensortiment oft zu günstigen Preisen anbieten und entsprechend präsentieren können, sind für viele Kundinnen und Kunden als Einkaufsort besonders attraktiv. Dieser auch der baurechtlichen Bewertung zugrunde liegende Gesichtspunkt war - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - auch unter den hier maßgeblichen infektionsrechtlichen Gesichtspunkten von Bedeutung, da ein vergleichsweise deutlich vermehrter Besucherzustrom gleichzeitig eine erhöhte Ansteckungsgefahr mit dem besonders leicht von Mensch zu Mensch übertragbaren Corona-Virus in sich barg. Die Antragstellerin kann dem nicht mit Erfolg entgegenhalten, es habe keine infektionsschutzrechtlichen Gründe für diese Grenzziehung gegeben. Ihr Hinweis auf eine gutachterliche Kurzstellungnahme, die belege, dass die Verkaufsfläche kein tauglicher Maßstab für eine Entscheidung über die Öffnung des Einzelhandels sei, überzeugt nicht. Dem ist entgegenzuhalten, dass eine geringere Verkaufsfläche in der Regel leichter zu überwachen ist und die Einhaltung der infektionsschutzrechtlichen Vorgaben besser gewährleistet werden kann als auf größeren Verkaufsflächen.¹⁷ Mit der Begrenzung der Verkaufsfläche von Warenhäusern konnte insbesondere vermieden werden, dass es im Zuge der Wiedereröffnung des ab Mitte März 2020 geschlossenen Einzelhandels zu Menschenansammlungen in den Geschäften und zu einer intensiven Nutzung der öffentlichen Verkehrsmittel für Fahrten zum Einkaufen kam. Die beiden Warenhäuser der Antragstellerin in C-Stadt und das Warenhaus in ... befinden sich jeweils in den Innenstädten und stellen die mit Abstand größten dortigen Einzelhandelsgeschäfte dar, die eine erhebliche Anzie-

¹⁶ vgl. BVerwG, Urteil vom 24.11.2005 - 4 C 10.04 -; juris

¹⁷ vgl. OVG Bremen, Urteil vom 19.4.2022 - 1 D 104/20 - m.w.N.; juris

hungskraft auf die Kundschaft haben. Mit der Festlegung einer Verkaufsfläche von maximal 800 m² sollte nach dem Willen des Ordnungsgebers zunächst dem (kleinflächigen) Einzelhandel die Wiederaufnahme seiner Wirtschaftstätigkeit unter Beachtung der Hygienevorschriften ermöglicht werden.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sieht der Senat unverändert¹⁸ auch keine Anhaltspunkte dafür, dass § 5 Abs. 5 letzter Absatz VO-CP schon deshalb nicht hinreichend bestimmt sein könnte, weil der Ordnungsgeber für den danach zu ermittelnden „Schwerpunkt des Sortiments“ keine weiteren Kriterien gebildet hat. Denn das Gebot hinreichender Bestimmtheit zwingt den Normgeber nicht dazu, den Tatbestand einer Norm mit genau fassbaren Maßstäben zu umschreiben. Es liegt in der ihm bei der Normsetzung eingeräumten Gestaltungsfreiheit, auch unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden.¹⁹ Dies kann gerade dann notwendig werden, um einer sonst nicht zu bewältigenden Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden,²⁰ wie sie sich gerade in der Vielfalt von Verkaufsstellen des Einzelhandels zeigt.

Die vom Antragsgegner erlassene Beschränkung der Verkaufsfläche auf 800 m² war zur Erreichung der infektionsschutzrechtlich legitimen Ziele auch geeignet gewesen, um die Verbreitung der Infektion einzudämmen, weil dies zwangsläufig zu einer Reduzierung von Kontakten führte und damit das Risiko einer Ansteckung mit dem leicht von Mensch zu Mensch übertragbaren Virus vermieden wurde. Dem Vorwurf der Antragstellerin, angesichts der andauernden „Hamsterkäufe“ sei es kontraproduktiv gewesen, Versorgungsquellen für die Bevölkerung zusätzlich zu verknappen und damit eine Konzentration von Menschenansammlungen zu provozieren, ist entgegenzuhalten, dass im maßgeblichen Zeitraum die Versorgung der Bevölkerung sichergestellt war, da aufgrund der angegriffenen Verordnung keine Betriebsuntersagungen mehr vorgesehen waren. Für „Hamsterkäufe“ bestand daher keine Veranlassung.

¹⁸ vgl. den Beschluss des Senats vom 24.4.2020 - 2 B 122/20 -

¹⁹ vgl. BVerfG, Beschluss vom 9.5.1989 - 1 BvR 35/86; juris

²⁰ vgl. BVerwG, Urteil vom 24.1.2019 - 3 C 7.17 -, BVerwGE. 164, 253, 260; zitiert nach juris

Zur Erreichung der infektionsschutzrechtlich legitimen Ziele war die Maßnahme erforderlich. Ein milderer, gleich wirksames Mittel war nicht ersichtlich. Der Vorhalt der Antragstellerin, als milderer Mittel sei die weitere Öffnung ihrer Warenhäuser unter Beachtung strenger Hygienepläne in Betracht grundsätzlich Kontakte zwischen Personen zu vermeiden. Aufgrund des vielfältigen Warenangebots auf einer Gesamtverkaufsfläche der Filialen der Antragstellerin bestand ein erhöhter Anreiz für eine Vielzahl von Menschen, in die Innenstadt zu kommen und Besorgungen zu erledigen. Die Reichhaltigkeit des Warenangebotes in einem einzigen Warenhaus lockt im Verhältnis zu demselben Angebot in mehreren spezialisierten kleinen Ladengeschäften mehr Käufer an, was gleichzeitig einen größeren Anreiz bietet, die Innenstadt zum „Bummeln“ zu besuchen und dort zu verweilen, wodurch es zu häufigen und wechselnden Begegnungen gekommen wäre. Der Kundenkreis der Antragstellerin ist überregional geprägt, da sie im Saarland lediglich drei Filialen ihrer Warenhäuser betreibt. In den Filialen in C-Stadt hält die Antragstellerin zudem Parkhäuser vor, die ebenfalls einen längeren Aufenthalt ermöglichen. Eine Reduzierung des Warenangebots durch Verkleinerung der Verkaufsfläche und die dadurch bewirkte Leerung der Innenstädte war daher ein erforderliches Mittel um die Ansteckungsgefahr zu verringern. Dem kann die Antragstellerin nicht mit Erfolg entgegenhalten, ein wesentliches Infektionsgeschehen in dem Setting „Einzelhandel“ sei nicht nachweisbar gewesen. Zu dem damaligen Zeitpunkt kurz nach Ausbrechen der Pandemie haben noch keine aussagekräftigen Untersuchungen vorgelegen, daher konnte nicht sicher eingeschätzt werden, in welchen Bereichen sich das Infektionsgeschehen manifestiert. Nach Einschätzung des Robert-Koch-Instituts war das Infektionsgeschehen als „diffus“ zu bezeichnen. Das Argument der Antragstellerin, die empfohlenen Hygiene- und Abstandsregeln hätten in großen Geschäften ebenso gut oder sogar noch besser als in kleineren Verkaufsstätten eingehalten werden können²¹, überzeugt nicht. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Hygiene- und Abstandsregelungen ohnehin verpflichtend waren und die von der Antragstellerin angesprochenen baulich-funktionellen als auch betrieblich-organisatorischen Regelungen umso größere räumliche und logistische

²¹ vgl. die gutachterliche Kurzstellungnahme von Prof. Martin Exner „zur Frage der Nichtöffnung von Geschäften größer als 800 qm Verkehrsfläche aus infektiös-hygienischer Sicht“ vom 22.4.2020

Anforderung stellen, je größer die Gesamtverkaufsfläche ist. Außerdem bleibt es dem Verordnungsgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums überlassen, wie er das mit der Verordnung bezweckte Ziel zulässigerweise erreicht.

Die angefochtene Regelung war auch verhältnismäßig im engeren Sinn. Die in § 5 Abs. 4 VO-CP angeordnete Begrenzung der Verkaufsfläche des Einzelhandels auf 800 m² führte nicht zu einer unangemessenen Belastung der Antragstellerin. Die mit der angegriffenen Regelung verbundenen – zeitlich begrenzten – Einschränkungen hielten sich noch im Rahmen der verfassungsrechtlichen Schranken für solche Grundrechtseingriffe. Der Antragsgegner hat den Geltungszeitraum der Verordnung bis zum Ablauf des 3.5.2020 begrenzt. Den gewichtigen gegen die unstreitig in der Ziel-Mittel-Relation geeignete Einschränkung in § 5 Abs. 4 und 5 VO-CP streitenden Interessen der Antragstellerin standen ganz eminent gewichtige seuchenschutzrechtliche Belange gegenüber, wobei mildere, gleich geeignete Mittel zur Verwirklichung der Ziele der Verordnung sich dem Antragsgegner im vorliegenden Regelungszusammenhang nicht hätten aufdrängen müssen.

Die von der Antragstellerin geltend gemachte Verletzung des allgemeinen Gleichheitsgrundrechts aus Art. 3 Abs. 1 GG kann ebenfalls nicht festgestellt werden. Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches nach seiner Eigenart verschieden zu behandeln. Der Normgeber muss für seine Unterscheidungen und Nichtunterscheidungen einen vernünftigen, sich aus der Natur der Sache ergebenden oder sonst wie einleuchtenden Grund angeben können. Das gilt für Belastungen und Begünstigungen gleichermaßen.²² Die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung zweier vergleichbarer Sachverhalte setzt voraus, dass mit der Ungleichbehandlung ein legitimes Ziel verfolgt wird. Darüber hinaus darf das Differenzierungskriterium, an das die zur Zielerreichung vorgenommene Ungleichbehandlung anknüpft, nicht unzulässig sein. Schließlich erfordert die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung ein angemessenes Verhältnis zwischen Differenzierungsziel und Differenzierungs-

²² Vgl. BVerfG, Beschluss vom 8.6.2004 - 2 BvL 5/00 - und vom 17.4.2008 - 2 BvL 4/05 - und vom 29.1.2019 - 2 BvC 62/14 -; zitiert nach juris

kriterium, d. h. die Gründe für die Differenzierung müssen von solchem Gewicht sein, dass das Interesse der von den nachteiligen Folgen der Ungleichbehandlung Betroffenen hinter diesen Gründen zurückzustehen hat.²³ In seiner Ausprägung als Willkürverbot gebietet der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht, dass der Gesetzgeber im konkreten Zusammenhang von mehreren möglichen Lösungen die zweckmäßigste oder gar die „vernünftigste“ wählt. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz ist vielmehr erst anzunehmen, wenn offenkundig ist, dass sich die für die angegriffene normative Regelung und eine durch sie bewirkte Ungleichbehandlung kein sachlicher Grund finden lässt.²⁴ Das ist hier nicht der Fall. Die Antragstellerin kritisiert eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung innerhalb der spezialisierten Einzelhandelsgeschäfte in dem Ausnahmekatalog des § 5 Abs. 5 Nr. 1 - 17 VO-CP, die ohne Beschränkung der Verkaufsfläche öffnen durften. Des Weiteren sieht sie den Gleichheitssatz im Hinblick auf branchenübergreifende Vollsortimenter wie Supermärkte und Discounter, die in den Randsortimenten auch nicht nach § 5 Abs. 5 Satz 1 VO-CP gestattete Waren verkaufen durften, verletzt. Entgegen der von ihr vertretenen Auffassung bestand ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung mit den in der streitgegenständlichen Regelung aufgeführten privilegierten Verkaufsstellen des Einzelhandels. Zu berücksichtigen ist, dass die Regelung des § 5 Abs. 4 VO-CP in der hier maßgeblichen Fassung die Öffnung von Ladengeschäften des Einzelhandels nicht generell, sondern nur die Öffnung von Ladengeschäften des Einzelhandels jeder Art mit mehr als 800 m² Verkaufsfläche untersagt hatte. Demnach war es der Antragstellerin erlaubt, was vom Antragsgegner auch nicht in Zweifel gezogen wurde, die Verkaufsfläche ihrer Warenhäuser durch die Abtrennung einer Verkaufsfläche in dem begrenzten Umfang von 800 m² unter Beachtung der empfohlenen Abstand- und Hygieneregeln zu betreiben. Bei den in der Ausnahmegvorschrift des § 5 Abs. 5 VO-CP privilegierten Branchen, die von den Verboten des Abs. 4 VO-CP ausgenommen waren, handelte es sich um Verkaufsstellen, die ein spezialisiertes Angebot an Waren bereithalten, wogegen das Sortiment der Antragstellerin ein breites Angebot an

²³ Vgl. Sächsisches OVG, Urteil vom 27.5.2019 - 4 C 10/17 -

²⁴ Vgl. dazu etwa BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006 - 1 BvR 1160/03 -, BauR 2007, 98 m.w.N. insbesondere zur sog. „Elementelehre“ beim Vergleich zu betrachtender Sachverhalte (dort: Festlegung von Schwellenwerten im Bereich öffentlicher Vergaben); vgl. des weiteren Beschluss des Senats vom 22.4.2020 - 1 B 128/20 -

verschiedenen Gütern umfasst. Schon im Hinblick auf die Konzeption und die Angebotsstruktur sind die Warenhäuser der Antragstellerin nicht vergleichbar mit den in dem Ausnahmekatalog bezeichneten jedenfalls überwiegend spezialisierten Branchen. Hiervon abgesehen hat der Antragsgegner die Differenzierung nach dem sachbezogenen Kriterium vorgenommen, welche Güter und Warengruppen er für die tägliche Versorgung der Bevölkerung als erforderlich ansieht. Nach dem nachvollziehbaren Vorbringen des Antragsgegners erfolgte die unbeschränkte Öffnung von Baumärkten, um die Versorgung der Bevölkerung und der Gewerbetreibenden mit Material für notwendige Reparaturen und andere Arbeiten sicherzustellen. Die ohne Flächenbeschränkung zugelassene Öffnung von Handlungen für Kfz- und Fahrräder war angesichts ihrer Bedeutung als individuelle Verkehrsmittel zur Sicherung der Mobilität der Bevölkerung erfolgt. Großflächige Buchhandelsgeschäfte haben eine Bedeutung für die Informationsgewinnung und Bildung der Bevölkerung und sichern schulische Bedarfe. Es stellte insbesondere auch keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dar, dass § 5 Abs. 5 in Satz 2 VO-CP bestimmte, dass, wenn Mischsortimente angeboten werden, Sortimentsteile, deren Verkauf nicht nach Satz 1 gestattet war, verkauft werden durften, wenn der erlaubte Sortimentsteil im gesamten Warenangebot wesentlich überwogen hatte (Schwerpunktprinzip). Die Antragstellerin kann keine Ungleichbehandlung mit den von dieser Bestimmung betroffenen Supermärkten und Discountern reklamieren. Es mag sein, dass Kunden infolge der Beschränkung des Warenangebots der Antragstellerin auf das – allerdings eingeschränkte und untergeordnete - Angebot in Supermärkten oder Lebensmitteldiscountern ausgewichen sind. Allerdings ist zu bezweifeln, ob dies in dem begrenzten Zeitraum der Gültigkeit der Verordnung des Antragsgegners zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen geführt hat, da es auch der Antragstellerin erlaubt war, ihre Warenhäuser durch die Abtrennung einer Verkaufsfläche in dem begrenzten Umfang von 800 m² zu betreiben und ihre Sortimente anzubieten. Im Hinblick auf die - wenn auch eingeschränkt - vorgetragene Kundenabwanderung ist zudem zu berücksichtigen, dass das von der Antragstellerin angebotene Warensortiment überwiegend nicht deckungsgleich ist mit demjenigen von Supermärkten und Discountern und daher auch – jedenfalls teilweise -

einen anderen Kundenkreis anspricht. Die von ihr angegriffene Regelung führte daher nicht zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der Antragstellerin.

Der Normenkontrollantrag ist daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus dem § 154 Abs. 1 VwGO.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 167 VwGO, 708 Nr. 11 ZPO.

Die Revision war gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen, da neben den Anforderungen an die Zulässigkeit nachträglicher Feststellungsanträge im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO mit Blick auf die angekündigte Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen die Frage, ob die in der angegriffenen Verordnungsregelung enthaltene Verkaufsflächenbeschränkung für nicht privilegierte Einzelhandelsbetriebe auf 800 m² gegen höherrangiges Recht verstieß, noch nicht höchstrichterlich geklärt und wegen der Vielzahl der Verfahren von grundsätzlicher Bedeutung ist.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zu.

Die Revision ist bei dem Oberverwaltungsgericht des Saarlandes (Hausadresse: Kaiser-Wilhelm-Straße 15, 66740 Saarlouis/Postanschrift: 66724 Saarlouis) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils einzulegen.

Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht eingelegt wird. Die Revision muss das angefochtene Urteil angeben.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht (Simsonplatz 1,

04107 Leipzig/Postfach 10 08 54, 04008 Leipzig) einzureichen. Die Revisionsbegründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen bezeichnen, die den Mangel ergeben.

Die Einlegung und die Begründung der Revision müssen durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, erfolgen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich auch durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen; Beschäftigten mit Befähigung zum Richteramt stehen insoweit nach näherer Maßgabe des § 5 des Einführungsgesetzes zum Rechtsdienstleistungsgesetz Diplom-Juristen gleich.

In Angelegenheiten, die Rechtsverhältnisse im Sinne von § 52 Nr. 4 VwGO betreffen, in Personalvertretungsangelegenheiten und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen, einschließlich Prüfungsangelegenheiten, sind vor dem Bundesverwaltungsgericht auch Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder als Bevollmächtigte zugelassen; außerdem juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der vorbezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Die Einlegung und Begründung der Revision muss schriftlich bzw. im Geltungsbereich der §§ 55a ff., 55d VwGO nach deren Maßgabe erfolgen. Hiernach sind Anträge und Erklärungen, die durch einen Rechtsanwalt, durch eine Behörde oder durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse eingereicht werden, als elektronisches Dokument zu übermitteln. Gleiches gilt für die nach diesem Gesetz vertretungsberechtigten Personen, für die ein sicherer Übermitt-

lungsweg nach § 55a Absatz 4 Satz 1 Nummer 2 zur Verfügung steht. Ist eine Übermittlung aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig. Die vorübergehende Unmöglichkeit ist bei der Ersatzeinreichung oder unverzüglich danach glaubhaft zu machen; auf Anforderung ist ein elektronisches Dokument nachzureichen.

gez. Bitz

Dr. Kiefer

Vohl

B e s c h l u s s

Der Streitwert wird entsprechend der vorläufigen Streitwertbestimmung in dem Beschluss des Senats vom 24.5.2020 auf 450.000,- € festgesetzt (§ 52 Abs. 1 GKG).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

gez. Bitz

Dr. Kiefer

Vohl

Beglaubigt:

Saarlouis, den 5. Oktober 2022

-elektronisch signiert-

Schirra, Justizbeschäftigte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle