

2 C 319/20

Abschrift



OBERVERWALTUNGSGERICHT DES SAARLANDES

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Normenkontrollverfahren

der A., A-Straße, A-Stadt,

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt B., B-Straße, B-Stadt, - -

gegen

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

- Antragsgegner -

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

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

hier: nachträgliche Normenkontrolle

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 31. Mai 2022

für R e c h t erkannt:

Es wird festgestellt, dass der § 7 Abs. 1 Satz 1 der Rechtsverordnung des Antragsgegners zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) vom 30.10.2020 unwirksam war.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird zugelassen.

T a t b e s t a n d

Die Antragstellerin, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, betreibt im Saarland ein spanisches Restaurant, in dem Tapas und warme Gerichte angeboten werden. Mit ihrem am 2.11.2020 bei Gericht eingegangenen Normenkontrollantrag wandte sie sich gegen die in § 7 Abs. 1 Satz 1 der Rechtsverordnung des Antragsgegners zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) vom 30.10.2020¹ angeordnete Betriebsschließung für gastronomische Unternehmen ab dem 2.11.2020. Zugleich beantragte die Antragstellerin auf der Grundlage des § 47 Abs. 6 VwGO die Außervollzugsetzung der genannten Regelung im Wege einer einstweiligen Anordnung. Mit Beschluss vom 12.11.2020 – 2 B 320/20 – hat der Senat diesen Eilantrag zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hatte im Normenkontrollverfahren zunächst beantragt,

den § 7 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 30.10.2020 für unwirksam zu erklären,

¹ vgl. die Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 30.10.2020, Amtsbl. 2020 I, 1046 vom 31.10.2020; nach § 14 Abs. 2 VO-CP gültig bis zum 15.11.2020

hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Am 19.11.2020 trat der durch Art. 1 des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020 eingeführte § 28a IfSG² in Kraft. Nach dem § 28a Abs. 1 Nr. 13 IfSG kann für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG durch den Deutschen Bundestag die Untersagung oder Beschränkung des Betriebs von gastronomischen Einrichtungen als notwendige Schutzmaßnahme im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (Covid-19) angeordnet werden.

Durch die ab dem 3.5.2021 geltende Neufassung der Verordnung des Antragsgegners vom 1.5.2021³ wurde nach dem § 7 Abs. 1 Nr. 4 VO-CP der Betrieb von Gastronomiebetrieben im Außenbereich mit vorheriger Terminvereinbarung unter Beschränkung auf Gruppen von bis zu zehn Personen pro Tisch gestattet, sofern alle Gäste dieser Gruppen einen negativen SARS-CoV-2-Test vorlegen konnten. Nach der ab dem 4.6.2021 geltenden Neufassung der Verordnung des Antragsgegners vom 2.6.2021⁴ galten für Gastronomiebetriebe jeder Art unter Einhaltung des Hygienekonzepts nach § 5 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 VO-CP u.a. die Maßgabe nach Nr. 1, wonach eine Bewirtung ausschließlich gegen vorherige Terminvereinbarung, an Tischen mit festem Sitzplatz und unter Beschränkung auf Gruppen von bis zu zehn Personen pro Tisch zulässig war, sofern alle Gäste einen negativen SARS-CoV-2-Test nach Maßgabe des § 5a VO-CP vorlegen konnten. Die Vorschrift in Satz 1 Nr. 1 galt ab dem 11.6.2021 mit der Maßgabe, dass im Außenbereich ein negativer SARS-CoV-2-Test nicht mehr erforderlich war.

Zur Begründung ihres Antrages hatte die Antragstellerin vorgetragen, die angegriffene Vorschrift sei bereits formell rechtswidrig, weil es ihr an einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage in einem formellen Parlamentsgesetz mangle. Angesichts der besonderen Schwere des in der Betriebsschließungsanordnung liegenden Eingriffs stehe eine für die Ausübung ihrer Grundrechte wesentliche Regelung in Rede,

² BGBl. I S. 2397

³ Amtsbl. des Saarlandes, Teil I vom 1.5.2021, S. 1167 (S. 1171)

⁴ Amtsbl. des Saarlandes, Teil I vom 2.6.2021, S. 1508 (1511)

sodass die Modalitäten im IfSG möglichst genau zu regeln wären. In seinem Beschluss vom 28.8.2020 (Az.: Lv 15/20) habe der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes festgestellt, dass der in der Anordnung der Kontaktdatenerfassung in der Gastronomie liegende Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der personenbezogenen Daten schon deshalb nicht gerechtfertigt sei, weil es an einer hinreichenden formell-gesetzlichen Grundlage fehle, insbesondere sei die infektionsschutzrechtliche Generalklausel insoweit zu unbestimmt. Wenn aber bereits der mit der Anordnung der Kontaktdatenerfassung verbundene - nur mittelbare - Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der personenbezogenen Daten nicht auf die insoweit zu unbestimmte infektionsschutzrechtliche Generalklausel des § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG gestützt werden könne, scheide diese zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Berufsausübungs- und Gewerbefreiheit in Gestalt einer kompletten Betriebsschließung erst recht aus. Dass der Senat im Beschluss vom 22.4.2020 (Az.: 2 B 128/20) die infektionsschutzrechtliche Generalklausel in seiner bisherigen Rechtsprechung als voraussichtlich ausreichende Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung pandemiebedingter Betriebsschließungen im Gaststättengewerbe angesehen habe, stehe dem gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Mittlerweile dauere die pandemische Lage bereits weit über ein halbes Jahr an und es seien wieder genau diejenigen drakonischen Maßnahmen verhängt worden, welche man am Anfang der Pandemie für singular und temporär gehalten habe. Wenn der Bundesgesetzgeber dem ihm von Verfassung wegen obliegenden Regelungsauftrag mit Blick auf wesentliche Fragen vorsätzlich nicht nachkomme, sei es nicht Aufgabe der Verwaltungsgerichte, rechtsdogmatisch „verkorkste“ Verordnungswerke der hier verfahrensgegenständlichen Art im Wege judikativer Amtshilfe zu „halten“. Die seitens des Senats in dem erwähnten Beschluss vom 22.4.2020 angesprochene Problematik im Hinblick auf die gemäß Art. 100 Abs. 1 GG beim Bundesverfassungsgericht monopolisierte Normverwerfungskompetenz stelle sich bei Licht betrachtet gar nicht, denn es gehe fallbezogen nicht um eine Normverwerfung mit Blick auf § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG, sondern um die Verwerfung der hier streitgegenständlichen Verordnungsvorschrift. Die bisherige Rechtsprechung des Senats stehe dem hier gefundenen Ergebnis im Übrigen auch deshalb nicht entgegen, weil sie durch den Beschluss des Saarländischen Verfassungsgerichtshofs vom 28.8.2020, welcher das OVG gemäß § 10 Abs. 1 VerfGHG binde, inhaltlich überholt sei. Die Vorschrift erweise sich darüber hinaus

auch als materiell rechtswidrig, da die Norm die Grundrechte der Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 44 SVerf verletze. Die Betriebsschließung sei weder geeignet, noch erforderlich, noch angemessen, um den von Seiten des Antragsgegners angegebenen Zweck der Verringerung der Zahl der Neuinfektionen mit dem Ziel der Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems zu erreichen. Gerade vor dem Hintergrund der anstehenden Wintermonate und der witterungsbedingten Einschränkungen möglicher Aktivitäten im Freien sei es vollkommen fernliegend zu glauben, die Bürger würden nunmehr einfach zu Hause bleiben. Diese würden sich ihre sozialen Kontakte nachvollziehbarerweise nicht nehmen lassen, so dass die sich zwangsläufig in Privaträumlichkeiten verlagerten. Während mit der öffentlichen Gastronomie aufgrund der seit Monaten erfolgreich praktizierten Hygienekonzepte einschließlich der vom Saarländischen Verfassungsgerichtshof näher ausgestalteten Kontaktnachverfolgung ein verhältnismäßig sicheres Forum für die unvermeidlichen sozialen Kontakte zur Verfügung stehe, könne hiervon in Privaträumlichkeiten ersichtlich keine Rede sein. Dies gelte umso mehr, als die Gastronomie selbst nach Meinung des Robert-Koch-Instituts (RKI) im Rahmen des Infektionsgeschehens nur eine sehr untergeordnete Rolle spiele. Insbesondere sei die Gastronomie kein „Treiber“ der Pandemie. Die weitaus größte Zahl an Infektionen entstehe nach Meinung des RKI vielmehr im privaten Bereich. Dem könne nicht entgegen gehalten werden, das Infektionsgeschehen werde immer diffuser und die Infektionswege seien nur noch etwa zu 25 % sicher nachvollziehbar. Die Schließung der Gastronomie sei auch nicht erforderlich, um eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern. Die bereits zu Beginn der Pandemie von Seiten des Antragsgegners und der Bundesregierung in den Raum gestellten schlimmsten Horror-Szenarien hätten sich allesamt nicht ansatzweise bewahrheitet. Das Gesundheitssystem sei selbst in der Hochphase der sogenannten ersten Welle weit von einer Überlastung entfernt gewesen. Das an die Wand gemalte Horror-Szenario des Triagierens von Patienten sei selbst vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 16.7.2020 (1 BvR 1541/20) als völlig unrealistisch eingestuft worden. Dass die befürchtete Überlastung des Gesundheitssystems bei Lichte betrachtet fernliegend sei, ergebe sich im Übrigen auch aus den vom RKI selbst veröffentlichten Daten bezogen sowohl auf Deutschland als auch auf das Saarland. Selbst wenn man davon ausginge, dass die Politik die Lage in den Krankenhäusern besser einschätzen könne als die Klinikbe-

treiber selbst, wäre es wesentlich naheliegender, die rund 10 Mrd. Euro, die nunmehr als Entschädigung für die vom zweiten „Lockdown“ betroffenen Unternehmen bereitgestellt werden sollten, in das Gesundheitssystem zu investieren und den Klinikbetreibern sowohl durch die genannte Leerstandsprämie als auch durch die Einstellung zusätzlichen Personals die Versorgung einer größeren Zahl an Covid-19 Patienten zu ermöglichen. Überhaupt bestünden gegen die von Seiten des Antragsgegners behauptete besondere Gefährlichkeit der Corona-Erkrankung durchgreifende Bedenken. Eine Übersterblichkeit sei im Jahr 2020 gegenüber dem Durchschnitt der drei vorvergangenen Jahre statistisch jedenfalls nicht feststellbar. Die vom Antragsgegner betriebene Fokussierung allein auf Infektionszahlen erweise sich nicht als zielführend. Zur realistischen Bewertung der epidemischen Gesamtlage hätten weitere Faktoren berücksichtigt werden müssen. Zunächst einmal werde gegenwärtig um ein Vielfaches mehr getestet als zu Beginn der Pandemie, weswegen natürlich auch die Zahl der positiv Getesteten in die Höhe schnelle, ohne dass sich am eigentlichen Pandemiegeschehen etwas geändert hätte. Abzustellen sei daher nicht auf die Infektionszahlen, sondern auf eine Gesamtschau der Krankheitszahlen, der Intensivpatienten, der Todesfälle und der zur Verfügung stehenden intensiv-medizinischen Kapazitäten. Der Virologe Prof. Dr. Hendrik Streeck habe die Fixierung der Politik allein auf die Infektionszahlen ausdrücklich kritisiert und die Einführung einer Corona-Ampel gefordert, welche punktuelle und lokal begrenzte Eingriffe unterschiedlicher Intensität ermögliche. Dies würde sich als deutlich milderes Mittel darstellen als die nunmehr nach dem „Rasenmäher“ verordnete Schließung der Gastronomie. Jedenfalls fehle es an der Angemessenheit der Betriebsschließungen. Der gesamtwirtschaftliche Schaden durch die einmonatige Schließung der bundesdeutschen Gastronomie werde etwa 5,8 Mrd. Euro verursachen, was einem Verlust von 55 % der üblichen Wirtschaftsleistung in einem Vierteljahr entspreche und voraussichtlich rund 100.000 Arbeitsplätze koste. Insoweit sei in Rechnung zu stellen, dass die Gastronomen in den vergangenen Monaten erhebliche Investitionen getätigt hätten, um die geltenden Hygieneanforderungen zu erfüllen. Bei dieser Sachlage stelle es einen Verstoß gegen den auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben dar, wenn man die Gastwirte, welche über Monate hinweg erhebliche finanzielle Aufwendungen getätigt hätten, um alle Hygienevorgaben zu erfüllen, nunmehr mit einer kompletten Betriebsschließung „belohne“. Der existenzgefährdende Eingriff

sei auch nicht deshalb als angemessen zu bewerten, weil er - zunächst - nur zeitlich befristet gelte. Es werde mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht bei einem einmonatigen „Lockdown“ bleiben. Irrelevant sei die Ankündigung, den Gastronomen werde bis zu 75 % ihres im November 2019 erzielten Umsatzes als Entschädigung gezahlt. Dies sei bislang lediglich eine politische Absichtserklärung, die durch keinerlei einklagbare Rechtsansprüche abgesichert sei. Selbst wenn die angekündigten Hilfen tatsächlich demnächst beschlossen werden sollten, würde dies nichts an der Unangemessenheit der Norm im allein maßgeblichen Zeitpunkt ihres Erlasses ändern. Die Maßnahme verstoße darüber hinaus gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 SVerf. Relevante Vergleichsgruppe seien Gastronomiebetriebe. Innerhalb dieser Vergleichsgruppe würden jedoch Kantinen anders behandelt als sonstige Gastronomiebetriebe, weil diese nicht geschlossen würden. Schließlich erweise sich die Maßnahme auch als inkonsistent und widersprüchlich und verstoße daher gegen das Gebot der Folgerichtigkeit. Während in Gaststätten und Restaurants die Gäste von geschultem Personal auf der Basis eines Hygienekonzepts zu ihren jeweiligen Plätzen eskortiert würden und dort in Abstand zu anderen Gästen sitzend verblieben, stünden die Gäste in Kantinen in langen Warteschlangen, in denen die Abstandswahrung deutlich erschwert sei. Als dem Regelungskonzept ebenfalls diametral zuwiderlaufend müsse die Ausnahme für Frisörgeschäfte angesehen werden. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die in diesem Bereich kontaktintensiven und darum auch infektionsgeneigten Dienstleistungen weiterhin angeboten würden dürften. Ihr und ihren Gesellschaftern drohten durch die verfügte Betriebsschließung der wirtschaftliche Ruin und der Verlust ihrer wirtschaftlichen Existenz. Ein Lieferservice stelle keine Option dar. Auch der bislang ergänzend zum stationären gastronomischen Angebot vorgehaltene Abholservice werde mangels Rentabilität nicht fortgeführt werden können. Durch den deshalb zu erwartenden kompletten Betriebsstillstand drohe ihr - der Antragstellerin - nicht nur der Verlust eines Zwölftels ihres Jahresumsatzes, sondern weiterer finanzieller Schaden durch die weiterlaufenden Betriebskosten, insbesondere durch die zu zahlenden Gehälter, da im Niedriglohnbereich keine Kurzarbeit in Betracht komme. Überdies sei eine dauerhafte Abwanderung der Stammkundschaft zu besorgen. Des Weiteren werde auf das Urteil des Amtsgerichts Dortmund vom 2.11.2020 (Az.: 733 OWI-127 JS 75/20-64/20) verwiesen, welches mit ausführlicher Begründung darlege, weshalb

grundrechtsintensive Eingriffe der hier wie dort in Rede stehenden Art wegen des bestehenden Parlamentsvorbehalts nicht durch Rechtsverordnung angeordnet werden könnten. Hinsichtlich der angeblich drohenden Überlastung des Gesundheitssystems werde auf einen Pressebericht des Saarländischen Rundfunks/Saartext vom 3.11.2020 hingewiesen, ausweislich dessen sich das Universitätsklinikum des Saarlandes „gut gerüstet“ sehe. Zudem werde auf den Pressebericht vom 5.11.2020 hingewiesen, wonach das Saarland acht neue Corona-Patienten aus Frankreich aufnehmen werde. Hinzu komme, dass die Reproduktionsrate des Corona-Virus nach Angaben des RKI schon seit Wochen kontinuierlich abnehme und seit einigen Tagen konstant unter dem Wert von 1,0 liege. Soweit einige Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe die neuerlichen Corona-Zwangmaßnahmen unter Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG nur auf Basis einer Folgenabwägung mit dem Argument gehalten hätten, die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs sei durch die in Aussicht gestellten Finanzhilfen für die Gastwirte noch gewahrt, verfange dies schon deshalb nicht, weil bloße politische Absichtserklärungen über eine angebliche Entschädigung für die rechtliche Bewertung der Gültigkeit der Norm im Zeitpunkt ihres Erlasses durchweg irrelevant seien.

Mit Schreiben vom 10.6.2021 hat die Antragstellerin im Hinblick auf das zwischenzeitliche Außerkrafttreten der streitgegenständlichen Norm mitgeteilt, dass ausnahmsweise auch für die Feststellung der Unwirksamkeit einer außer Kraft getretenen Norm ein Rechtsschutzbedürfnis bestehe, nachdem die Vorschrift nur kurzzeitig in Geltung gewesen sei und in dieser Zeit kein effektiver Rechtsschutz habe erlangt werden können. Überdies stelle die Verhängung eines faktischen Berufsverbots für Gastronomen einen besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff dar, der aufgrund seiner Rechtswidrigkeit auch Staatshaftungsansprüche auslösen dürfte. Das Grundrecht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes gebiete nicht nur die rein summarische Prüfung der angegriffenen Rechtsnorm in einem Eilverfahren, sondern vermittele auch ein Recht auf vollständige Prüfung im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens. Dies gelte insbesondere dann, wenn der Saarländische Verfassungsgerichtshof die Verfassungsbeschwerde der Antragstellerin mit Beschluss vom 3.3.2021 – Lv 26/20 – gerade deshalb für überwiegend unzulässig erklärt habe, weil mangels Durchführung des Hauptsacheverfahrens dem Grundsatz der Subsidiarität der Ver-

fassungsbeschwerde nicht genügt sei. Im Ergebnis liege der klassische Fall des sich kurzfristig erledigenden schwerwiegenden Grundrechtseingriffs vor, gegen den kein vorgelagerter Hauptsacherechtsschutz zu erlangen gewesen sei und der deswegen im Nachgang gerichtlich voll überprüfbar sein müsse. Vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen dürfte mittlerweile sogar Wiederholungsgefahr anzunehmen sein. Es sei konkret zu besorgen, dass im anstehenden Herbst und Winter durchaus wieder mit „Lockdowns“ einschließlich kompletter Betriebsschließungen gerechnet werden müsse. Ergänzend zu den bisherigen Darlegungen werde zur Begründetheit des Normenkontrollantrages darauf hingewiesen, dass spätestens mit dem Urteil des Landesverfassungsgerichts Sachsen-Anhalt vom 26.3.2021 – LVG 25/20 – hinreichend geklärt sein dürfte, dass schwerwiegende Grundrechtseingriffe wie das fallbezogen in Rede stehende Berufsverbot für Gastronomen nicht auf die infektionsschutzrechtliche Generalklausel in ihrer im Zeitpunkt des Normerlasses geltenden Fassung gestützt werden könnten. Selbst wenn man derlei im Falle unvorhergesehener katastrophaler Umstände für die Dauer eines Übergangszeitraums bis zur Verabschiedung einer gesetzlichen Neuregelung grundsätzlich für akzeptabel hielte, wäre dieser Übergangszeitraum sieben Monate nach Pandemiebeginn offensichtlich überschritten gewesen. Dass eine Überlastung des Gesundheitssystems zu keinem Zeitpunkt gedroht habe, und auch bis heute nicht drohe, dürfte mittlerweile allgemein bekannt sein, spätestens nachdem der Bundesrechnungshof in seinem Bericht vom 9.6.2021 die „Intensivbettenlüge“ der Politik mit deutlichen Worten entlarvt habe. Überdies sei erneut daran erinnert, dass der Antragsgegner weiterhin nicht erklären könne, weshalb im Zeitpunkt des Erlasses der streitgegenständlichen Rechtsverordnung eine Überlastung des Gesundheitssystems gedroht haben solle, gleichwohl im Jahre 2020 aber bundesweit deutlich über 20 Kliniken geschlossen worden seien. Zum Thema „Krankenhaussterben in der Pandemie“ werde ergänzend auf den Beitrag des ARD Magazins „Plusminus“ vom 17.2.2021 verwiesen. Gleichfalls unerklärlich bleibe, weshalb gerade im Saarland eine Überlastung des Gesundheitssystems gedroht haben solle, zugleich aber in großem Umfang COVID-19-Patienten aus Frankreich in saarländischen Kliniken behandelt worden seien.

Die Antragstellerin beantragt nunmehr,

festzustellen, dass § 7 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 30.10.2020 im Zeitpunkt seines Erlasses unwirksam war.

Der Antragsgegner beantragt,

den Normenkontrollantrag zurückzuweisen.

Er macht geltend, die Voraussetzungen für ein Feststellungsinteresse wegen Wiederholungsgefahr seien nicht erfüllt. Dagegen spreche die stetig steigende Impfquote in Deutschland bei Impfungen gegen COVID-19. Es sei daher davon auszugehen, dass es wegen der Corona-Pandemie zu keinen Schließungen der Gastronomie mehr kommen werde. Auch das Gebot effektiven Rechtsschutzes könne kein Feststellungsinteresse der Antragstellerin begründen. Zwar sei die VO-CP befristet gewesen, jedoch sei es der Antragstellerin – anders als in den Fallgruppen polizeilicher Maßnahmen – möglich gewesen Eilrechtsschutz zu suchen und somit eine gerichtliche Überprüfung einzuleiten. Der Antrag der Antragstellerin sei durch Beschluss des Senats zurückgewiesen worden. Eine hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde sei ebenfalls erfolglos geblieben. Die Antragstellerin sei daher offensichtlich nicht rechtsschutzlos im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG gestellt gewesen. Der Antrag sei im Übrigen auch unbegründet. Es sei nicht zu beanstanden, dass die angegriffene VO-CP noch auf die infektionsschutzrechtliche Generalklausel gestützt worden sei. Bei Bestehen der Gefährdungslage mit erheblichen prognostischen Unsicherheiten sei die infektionsschutzrechtliche Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG für eine Übergangszeit als ausreichende gesetzliche Ermächtigung anzusehen, um zum Schutz des Lebens und der Gesundheit der Bevölkerung Rechtsverordnungen nach § 32 Abs. 1 Satz 1 IfSG erlassen zu können. Des Weiteren werde auf die Begründung des Beschlusses des Senats vom 12.11.2020 – 2 B 320/20 – Bezug genommen.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichtsakten dieses Verfahrens und des Verfahrens 2 B 320/20 Bezug genommen, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung war.

Entscheidungsgründe

Der Normenkontrollantrag der Antragstellerin ist zulässig (I.) und begründet (II.).

I.

Die Antragstellerin hat ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass die Untersagung von Gastronomiebetrieben in § 7 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung des Antragsgegners zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) in der Fassung vom 30.10.2020 rechtswidrig gewesen ist.

Ein Antrag auf Kontrolle einer außer Kraft getretenen Rechtsnorm ist nur in engen Grenzen zulässig⁵. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁶ 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 Rechtsschutzfunktion 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 berechtig-

⁵ 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.

⁶ 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

tes Interesse an der Feststellung hat, dass die Norm ungültig war⁷. 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.⁸ Dies ist hier nicht anzunehmen. Selbst wenn die Antragstellerin beabsichtigen sollte, Amtshaftungsansprüche geltend zu machen, reichte dies zur Begründung ihres besonderen Feststellungsinteresses wegen der fehlenden substantiierten Darlegung im Einzelnen nicht aus. Für die Annahme eines berechtigten Interesses an der begehrten Feststellung muss substantiiert dargelegt werden, dass die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen oder einer Entschädigung ernsthaft beabsichtigt ist. Voraussetzung hierfür ist, dass eine Klage auf Schadensersatz oder Entschädigung anhängig oder ihre alsbaldige Erhebung mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist.⁹ Derartiges ist hier – nach weit mehr als einem Jahr – weder von Seiten der Antragstellerin vorgetragen worden noch sonst erkennbar. Hinzu kommt, dass sie die Behauptung eines eingetretenen Schadens nicht – durch Angaben zur Art des Schadens und zur annähernden Schadenshöhe – substantiiert hat.¹⁰ Auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin darauf – ausdrücklich – nicht weiter eingegangen.

Im Übrigen kommen Amtshaftungsansprüche (§ 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 34 Satz 1 GG) gegen den Antragsgegner wegen der behaupteten Unwirksamkeit der in Rede stehenden Corona-Verordnung nach der Rechtsprechung des BGH¹¹ schon aus grundsätzlichen Erwägungen nicht in Betracht. Der § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt voraus, dass ein Amtsträger eine ihm gegenüber einem "Dritten" obliegende Amtspflicht verletzt hat. Ob der Geschädigte im Sinne dieser Vorschrift "Dritter" ist, richtet sich danach, ob die Amtspflicht - wenn auch nicht notwendig allein, so doch auch - den Zweck hat, gerade sein Interesse wahrzunehmen. Nur wenn sich aus den

⁷ vgl. BVerwG, Beschluss vom 2.9.1983, aaO.

⁸ 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

⁹ vgl. VGH München, Urteil vom 26.2.2021 - 1 N 18.899 -, juris (m.w.N.)

¹⁰ vgl. VGH München, Urteil vom 26.2.2021 - 1 N 18.899 -; OVG NRW, Beschluss vom 15.8. 2014 - 2 A 2507/13 -, jeweils m.w.N. bei juris

¹¹ vgl. BGH, Urteil vom 28.1.2021 - III ZR 25/20 -, juris

die Amtspflicht begründenden und sie umreißenen Bestimmungen sowie aus der besonderen Natur des Amtsgeschäfts ergibt, dass der Geschädigte zu dem Personenkreis zählt, dessen Belange nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt und gefördert werden sollen, kommt ihm gegenüber bei schuldhafter Pflichtverletzung eine Schadensersatzpflicht in Betracht. Es muss mithin eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem geschädigten "Dritten" bestehen. An einer solchen drittbezogenen Amtspflicht fehlt es im vorliegenden Fall. Soweit sich die Pflichten – wie hier – darin erschöpfen, dem Allgemeininteresse zu dienen, und keine besonderen Beziehungen zwischen diesen Amtspflichten und bestimmten Personen oder Personengruppen in dem zuvor aufgezeigten Sinne bestehen, kommen bei Verletzung dieser Pflichten Schadensersatzansprüche in Frage. Um derartige Amtspflichten handelt es sich bei den Pflichten, die für die dafür Verantwortlichen im Rahmen der Gesetzgebungsaufgaben bestehen. Gesetze und Verordnungen enthalten durchweg generelle und abstrakte Regeln, und dementsprechend nimmt der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber - bei Tätigwerden und Untätigbleiben - in der Regel ausschließlich Aufgaben gegenüber der Allgemeinheit wahr, denen die Gerichtetheit auf bestimmte Personen oder Personenkreise fehlt. Nur ausnahmsweise - etwa bei sogenannten Maßnahme- oder Einzelfallgesetzen - kann etwas Anderes in Betracht kommen und können Belange bestimmter Einzelner unmittelbar berührt werden, so dass sie als "Dritte" im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB angesehen werden können.¹² Ein solches Maßnahme- oder Einzelfallgesetz liegt hier indes nicht vor.

Die Voraussetzungen für ein Feststellungsinteresse wegen Wiederholungsgefahr sind von der Antragstellerin ebenfalls nicht dargelegt worden. Die Annahme einer Wiederholungsgefahr setzt eine konkret absehbare Möglichkeit voraus, dass in naher Zukunft eine gleiche oder gleichartige Entscheidung oder Maßnahme auf einer vergleichbaren rechtlichen Grundlage zu Lasten der Antragstellerin zu erwarten ist.¹³ Dabei müssen im Wesentlichen die gleichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse und Rahmenbedingungen bestehen wie bei Ergehen der erledigten Entscheidung oder Maßnahme, wobei eine vage oder abstrakte Möglichkeit einer Wiederho-

¹² vgl. BGH, Urteil vom 28.1.2021 - III ZR 25/20 -, juris (m.w.N.)

¹³ st. Rspr. vgl. BVerwG, Beschluss vom 2.11.2017 – 7 C 26.15 –, juris

lung nicht ausreicht.¹⁴ Der pauschale Hinweis der Antragstellerin darauf, dass Betriebsschließungen auch zukünftig nicht ausgeschlossen werden könnten, reicht zur Begründung der Wiederholungsgefahr nicht aus, denn die tatsächlichen und auch rechtlichen Verhältnisse haben sich seit Oktober 2020 grundlegend verändert. Bei der Strategie zur Verhinderung der weiteren Ausbreitung der Krankheit COVID-19 hat ein grundlegender Wechsel stattgefunden, indem der Schwerpunkt seit der Verfügbarkeit eines Impfstoffes ab dem Frühjahr bzw. Frühsommer 2021 nicht mehr auf Kontaktbeschränkungen sondern auf die Immunisierung von Kontaktpersonen gelegt wird. Infolgedessen wurde durch die ab dem 3.5.2021 geltende Neufassung der Verordnung des Antragsgegners vom 1.5.2021¹⁵ nach dem § 7 Abs. 1 Nr. 4 VO-CP der Gastronomiebetrieb zunächst unter bestimmten Voraussetzungen im Außenbereich und nach der ab dem 4.6.2021 geltende Neufassung der Verordnung vom 2.6.2021¹⁶ auch im Innenbereich wieder gestattet und ist auch seitdem nicht mehr untersagt worden.

Ein Feststellungsinteresse der Antragstellerin ergibt sich aber daraus, dass aufgrund der angeordneten Betriebsuntersagung ein erheblicher Eingriff in ihr Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG erfolgt ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁷ und des Bundesverwaltungsgerichts¹⁸ gebietet das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung in Fällen zwar gewichtiger, aber in zeitlicher Hinsicht überholter Grundrechtseingriffe, wenn die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene eine gerichtliche (Hauptsache-)Entscheidung kaum erlangen kann. Das war vorliegend der Fall, denn die streitgegenständliche Verordnung des Antragsgegners galt nur befristet bis zum 15.11.2020. Sie trat damit außer Kraft, bevor die Antragstellerin Rechtsschutz in der Hauptsache erlangen konnte. In dem Zusammenhang kann nicht mit Erfolg eingewendet werden, dass die Antragstellerin eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Regelung im vorläufigen Rechtsschutz

¹⁴ vgl. dazu OVG des Saarlandes, Urteile vom 12.11.2019 - 2 C 285/18 -; juris m.w.N.; und vom 24.3.2022 - 2 C 108/20 - und - 2 C 40/21 - beide jedenfalls zu CORONA-Maßnahmen und bei juris

¹⁵ vgl. Amtsbl. des Saarlandes, Teil I vom 1.5.2021 S. 1167 (S. 1171)

¹⁶ Amtsbl. Teil I vom 2.6.2021, S. 1508 (1511)

¹⁷ vgl. hierzu bspw. BVerfG, Beschluss vom 6.7.2016 - 1 BvR 1705/15 -, NJW 2017, 545

¹⁸ bspw. BVerwG, Urteil vom 16.5.2013 - 8 C 41/12 -, juris

herbeiführen konnte. Der Art. 19 Abs. 4 GG gewährt nach Maßgabe der Sachentscheidungs Voraussetzungen grundsätzlich einen Anspruch auf Rechtsschutz in der Hauptsache und nicht nur auf Rechtsschutz in einem Eilverfahren.¹⁹ Zudem liegt in der Untersagung von Gastronomiebetrieben ein zwar zeitlich befristeter, aber dennoch schwerwiegender Eingriff in die Grundrechte der Antragstellerin aus Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG.²⁰ Auch wenn das Verbot nach dem § 7 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung nicht für die Abgabe und Lieferung mitnahmefähiger Speisen galt und daher kein komplettes Betriebsverbot – was zeitweise für sog. körpernahe Dienstleister verhängt worden war - darstellte, wurde die Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin doch im Wesentlichen untersagt. Eine nachträgliche Klärung der Vereinbarkeit der angeordneten Betriebsschließung mit Grundrechten der Antragstellerin im Normenkontrollverfahren ist daher geboten.

II.

Der Antrag ist auch begründet. Die Antragstellerin hat einen Anspruch auf die begehrte Feststellung, dass der § 7 Abs. 1 Satz 1 VO-CP in der Fassung vom 30.10.2020 zum Zeitpunkt seines Erlasses unwirksam war.

Die angegriffene Regelung war formell rechtswidrig, weil sie nicht auf einer ausreichenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage beruhte. Die auf der Grundlage der Verordnungsermächtigung zugunsten des Antragsgegners in den §§ 28, 32 IfSG a.F.²¹ angeordnete Betriebsuntersagung für die Gastronomie genügte in dem hier maßgeblichen Zeitraum nicht (mehr) den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG.

¹⁹ vgl. BVerfG, Beschluss vom 3.3.2004 - 1 BvR 461/03 -, juris

²⁰ vgl. BVerfG, Beschluss vom 11.11.2020 – 1 BvR 2530/20 – (erfolgloser Eilantrag gegen Untersagung des Gastronomiebetriebs zwecks Covid-19-Eindämmung); juris

²¹ vgl. das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen – Infektionsschutzgesetz –, vom 20.7.2000, zuletzt geändert durch Art. 4 G v. 18.3.2022 I 473

Nach dem § 32 Satz 1 IfSG in der zum damaligen Zeitpunkt maßgeblichen Fassung vom 20.7.2000²² wurden die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für „Maßnahmen“ nach den §§ 28 bis 31 IfSG „maßgebend“ sind, durch Rechtsverordnung entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Der § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG in der bis zum 18.11.2020 gültigen Fassung vom 27.3.2020 enthielt eine dem geltenden § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG entsprechende Generalklausel, die den Verordnungsgeber ermächtigte, alle "notwendigen Schutzmaßnahmen" zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten nach Feststellung eines Krankheits- oder Ansteckungsverdachts zu ergreifen. Nach Halbsatz 2 dieser Vorschrift kann die Behörde insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten.

Der § 32 Satz 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG a. F. war im hier maßgeblichen Zeitraum keine den Anforderungen des Vorbehalts des Gesetzes und des Wesentlichkeitsgrundsatzes genügende Ermächtigungsgrundlage für die in dem § 7 Abs. 1 Satz 1 der angegriffenen Rechtsverordnung geregelte Betriebsuntersagung für Gastronomen.

Nach Artikel 80 Abs. 1 Satz 2 GG müssen Gesetze, die zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen, Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmen. Danach soll sich das Parlament seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entäußern können, dass es einen Teil der Gesetzgebungsmacht der Exekutive überträgt, ohne die Grenzen dieser Kompetenzen beachtet und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, dass der Bürger schon aus der gesetzlichen Ermächtigung erkennen und vorhersehen kann, was ihm gegenüber zulässig sein soll und welchen möglichen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können.²³ Je schwerwiegender die grundrechtsrelevanten Auswirkungen für die von einer Rechtsverordnung

²² vgl. das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen – Infektionsschutzgesetz –, vom 20.7.2000, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 27.3.2020, BGBl. I, Seite 587

²³ vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.9.2016 - 2 BvL 1/15 -; Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 -; jeweils zitiert nach juris

potenziell Betroffenen sind, desto strengere Anforderungen gelten für das Maß der Bestimmtheit sowie für Inhalt und Zweck der erteilten Ermächtigung.²⁴

Nach diesen Maßstäben ist hier ein Verstoß des § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG gegen das Bestimmtheitsgebot aus Artikel 80 Abs. 1 Satz 2 GG festzustellen. Der Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG war von einer erheblichen Intensität, denn durch die Untersagung von Gastronomiebetrieben wurde die Berufsausübung der Antragstellerin im Wesentlichen untersagt. Ins Gewicht fällt zudem, dass es sich im hier maßgeblichen Zeitraum bereits um den zweiten „Lockdown“ handelte, denn bereits ab dem 18.3.2020 hatte der Antragsgegner auf der Grundlage der damals gültigen Rechtsverordnung²⁵ ein coronabedingtes Betriebsverbot für die Gastronomie angeordnet.

Die Übergangszeit, in der aus übergeordneten Gründen des Gemeinwohls ein Rückgriff der Verwaltung auf Generalklauseln möglich ist, war jedenfalls im hier maßgeblichen Zeitpunkt Oktober/November 2020 bereits abgelaufen. Die „Zweite Corona-Welle“ war schon im Sommer 2020 vorhersehbar gewesen und anders als noch im März des Jahres wurde der Gesetzgeber vom Anstieg der Corona-Infektionen im Herbst nicht „überrascht“. Dennoch ist er nicht tätig geworden. Der Senat folgt nicht der Auffassung des OVG der Freien Hansestadt Bremen²⁶, wonach in Anbetracht der teilweise unvorhersehbaren Entwicklung bzw. dynamischen Änderung der Sachlage der Rückgriff auf die Generalklausel in § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG auch noch bis Mitte November 2020 gerechtfertigt war.²⁷ Zwar ist anerkannt, dass es im Rahmen unvorhergesehener Entwicklungen aus übergeordneten Gründen des Gemeinwohls geboten sein kann, nicht hinnehmbare gravierende Regelungslücken für einen Übergangszeitraum, insbesondere auf der Grundlage von Generalklauseln zu schließen.²⁸ Dieser Grundsatz verfängt vorliegend aber nicht (mehr), weil die Bedrohung durch den Ausbruch der pandemisch verlaufenden Infektionserkrankung dem Gesetzgeber mittlerweile bekannt war. Innerhalb einer engen Frist nach dem Auftreten einer völlig

²⁴ vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 -; juris, dazu u.a. auch OVG des Saarlandes, Beschluss vom 27.4.2020 – 2 B 143/20 -, bei juris, dort offen gelassen

²⁵ vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 VO-CP vom 30.3.2020, Amtsbl., Teil I, S. 196 B (196C)

²⁶ Urteil vom 23.3.2022 - 1 D 349/20 -, juris

²⁷ vgl. zur Rechtsprechung OVG der Freien Hansestadt Bremen, a.a.O. Rdnr. 38 am Ende

²⁸ vgl. OVG Münster, Beschluss vom 6.4.2020 - 13 B 398/20.NE -, juris

neuen Gefahrenlage können zwar Ausnahmen von den Anforderungen an die Regelungsdichte einer Verordnungsermächtigung begründet werden, so dass in einer Übergangszeit auch solche unmittelbaren Gefahren effektiv durch die Regelung von Maßnahmen auf dem Verordnungswege abgewehrt werden können, bis der Gesetzgeber darauf zu reagieren in der Lage ist. Eine solche Reaktionszeit war jedenfalls zu der Zeit, zu der die hier in Rede stehende Verordnung des Antragsgegners vom 30.10.2020 erlassen wurde, bereits überschritten. Dem Gesetzgeber wäre es möglich gewesen, jedenfalls bis zur parlamentarischen Sommerpause oder spätestens unmittelbar danach die erforderliche parlamentsgesetzliche Grundlage für die pandemiebedingten Betriebsschließungen für Gastronomieunternehmen zu erlassen.

Die Gerichte hatten in Eilverfahren zwar überwiegend die Maßnahmen des „November-Lockdowns“ aufrechterhalten²⁹, doch dabei immer stärker Zweifel an der Tragfähigkeit der bisherigen Verordnungsermächtigung betont. So hat der Senat in seinem Beschluss vom 10.11.2020³⁰ ausgeführt, dass sehr zweifelhaft sei und mit zunehmendem Zeitablauf steigende Relevanz erlange, ob die Rechtsverordnung des Antragsgegners vom 30.10.2020 noch eine ausreichende Grundlage in § 32 Abs. 1 IfSG finde, obwohl im gesamten Zeitraum zuvor keine zumindest bestätigende oder die zahlreichen erheblichen Eingriffe in Grundrechte der Bürger und Bürgerinnen „billigende“ Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers erwirkt wurde. Auch in der rechtspolitischen Diskussion³¹ wurde diese Frage schon thematisiert, als im Zusammenhang mit der Pandemiebekämpfung Mitte/Ende März 2020 einschneidende Einschränkungen im Raum standen, und es wurde die Forderung laut, die Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Coronavirus auf eine tragfähige rechtliche Basis zu stellen. Die Rechtsprechung verschiedener mit den pandemiebedingten Regelungen befasster Gerichte und der kritische Diskurs in der juristischen Fachwelt hätte den Gesetzgeber veranlassen müssen, solchen Maßnahmen künftig die nötige parlamentsgesetzliche Legitimation zu geben; tatsächlich ist dies aber erst nach über einem halben Jahr seit Beginn der Pandemie geschehen. Der Senat teilt die Auffas-

²⁹ vgl. die Übersicht in dem Urteil des OVG Bremen vom 23.3.2022 – 1 D 349/20 – Rdnr. 38 a.E.

³⁰ vgl. OVG des Saarlandes, Beschluss vom 10.11.2020 - 2 B 308/20 – (Fitness-Studio), juris

³¹ Vgl. z.B. „Ende des Rechtsstaats“? Was Juristen über die Einschränkungen in der Corona-Krise denken; <https://correctiv.org/faktencheck/hintergrund/2020/05/15/rechtsstaat-ende-juristen-corona-massnahmen/>

sung des Landesverfassungsgerichts Sachsen-Anhalt³², wonach in Anbetracht der Eingriffstiefe und -breite eine Pflicht zum Tätigwerden des parlamentarischen Gesetzgebers bereits in den auf die ersten, im März und April 2020, ergriffenen Maßnahmen folgenden Wochen bis zur parlamentarischen Sommerpause, spätestens aber unmittelbar danach bestanden hat. Die Befugnis des § 28 Abs. 1 IfSG wurde tatsächlich aber von dem Bundesgesetzgeber erst Mitte November 2020, also insbesondere nach dem Inkrafttreten der hier streitigen Verordnung, mit den weitreichenden Rechtsfolgen des 28a IfSG ausgestattet.³³ Erst der Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BT-Drs. 19/23944) vom 3.11.2020 sah die Einführung des § 28a IfSG mit einem Beispielskatalog für notwendige Schutzmaßnahmen gegen die Ausbreitung von Covid-19 im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG vor. Die erste Beratung im Bundestag erfolgte am 6.11.2020. Bundestag und Bundesrat haben am 18.11.2020 die Änderungen beschlossen. Am 19.11.2020 ist das neue IfSG in Kraft getreten.

Es ist auch nicht anzunehmen, dass die Dauer des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens, regelungstechnische Schwierigkeiten oder politische Verständigungsbedarfe eine Übergangszeit von über einem halben Jahr erforderten. Der Gesetzgeber hat schon seit Beginn der Pandemie Änderungen am IfSG vorgenommen und damit seine Handlungsfähigkeit unter Beweis gestellt. Der parlamentarische Gesetzgeber ist durch Erlass des Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020 tätig geworden, ohne aber an den materiellen Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 IfSG etwas geändert zu haben, obwohl bereits zuvor Verordnungen der Landesregierungen mit Regelungen von der hier in Rede stehenden Eingriffstiefe und -breite erlassen worden waren. Auf die Bund-Länder-Vereinbarung vom 16.3.2020 hatten alle 16 Bundesländer mit einschneidenden Maßnahmen reagiert (etwa auf der Grundlage von Allgemeinverfügungen³⁴), soweit sie es nicht schon im Vorfeld der Vereinbarung getan hatten. Die Regelungen der Bundesländer sahen bereits Schließungen von Schulen, Kitas, Einzelhandelsgeschäften (mit Ausnahme von Lebensmittelgeschäften), Clubs vor, aber

³² Urteil vom 26.3.2021 - LVG 25/20 -, juris

³³ vgl. LVerfG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 26.3.2021, – LVG 25/20 -; ThürVerfGH, Urteil vom 1.3.2021 – VerfGH 18/20; juris

³⁴ Vorläufige Ausgangsbesschränkung anlässlich der Corona-Pandemie (ab 21.3.20); Allgemeinverfügung des saarl. Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Frauen und Familie

auch von Theatern, Spielplätzen und verbalen Zusammenkünften in Kirchen, Moscheen und Synagogen. Am 22.3.2020 hatten sich Bund und Länder auf noch weitergehende Maßnahmen geeinigt. Die Bundesländer erließen umfangreiche Kontaktbeschränkungen und Dienstleistungsbetriebe mussten schließen. Auch Restaurants und Gaststätten blieben geschlossen. Die einzelnen Schutzmaßnahmen, die später in den § 28a IfSG aufgenommen wurden, waren daher bereits zu diesem frühen Zeitpunkt hinreichend konkretisiert und hätten innerhalb der darauf folgenden Wochen bis zur parlamentarischen Sommerpause oder – bei mehr Zeitbedarf wegen Abstimmungsschwierigkeiten – unmittelbar danach die erforderliche parlamentsgesetzliche Grundlage erhalten können. Dass die Dauer des Gesetzgebungsverfahrens in Eilsituationen verkürzt werden kann, belegen die bisherigen parlamentarischen Verfahren in Zusammenhang mit der Pandemie. Schon dem ersten Bevölkerungsschutzgesetz hatte der Bundesrat am 27.3.2020 in einer Sondersitzung zugestimmt. Die Beratung des Zweiten Bevölkerungsschutzgesetzes erfolgte am 15.5.2020 ebenfalls fristverkürzt - nur einen Tag nach dem Bundestag.³⁵ Auch das Verfahren zum Erlass des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BT-Drs. 19/23944) vom 3.11.2020, das die Einführung des § 28a IfSG mit einem Beispielskatalog für notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG vorsah, verdeutlicht dies. Dieses Gesetzgebungsverfahren hat ebenfalls nur wenige Tage gedauert. Es begann am 6.11.2020 mit der ersten Lesung der Fraktionsinitiative im Bundestag und zeitgleich im Bundesrat mit der Beratung zum Regierungsentwurf im sogenannten ersten Durchgang. Der Bundestag hat sich am 18.11.2020 in der Zweiten/Dritten Lesung mit dem Entwurf befasst und gleich anschließend darüber beraten. Der Bundesrat hat in einer Sondersitzung am 18.11.2020 dem Infektionsschutzgesetz zugestimmt. Der Bundestagsbeschluss wurde dem Bundespräsidenten zur Unterzeichnung zugeleitet und danach im Bundesgesetzblatt verkündet. Damit ist unter Beweis gestellt, dass das Parlament in Sondersituationen durchaus flexibel reagieren kann.

Die angegriffene Verordnungsregelung des Antragsgegners vom 30.10.2020 beruhte daher in dem hier maßgeblichen Zeitraum bis Mitte November 2020 gemessen an

³⁵ vgl. [rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/sondersitzung-des-bundesrates-fuer-neues-infektionsschutzgesetz-vom-12.11.2020](https://www.rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/sondersitzung-des-bundesrates-fuer-neues-infektionsschutzgesetz-vom-12.11.2020)

den Anforderungen des Wesentlichkeitsprinzips beziehungsweise des sich daraus ergebenden Parlamentsvorbehalts nicht mehr auf einer den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG genügenden Ermächtigungsgrundlage.

Dem Normenkontrollantrag ist daher stattzugeben.

III.

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 die Frage, ob die infektionsschutzrechtliche Generalklausel eine hinreichenden Ermächtigungsgrundlage für die angegriffene Verordnungsregelung darstellte, 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 Übermittlungsweg 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 3.11.2020 auf 20.000,- € festgesetzt (§ 52 Abs. 1 GKG).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

gez.: Bitz

Dr. Kiefer

Vohl

Beglaubigt:

Saarlouis, den 9. Juni 2022

elektronisch signiert

André, Justizbeschäftigte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes