

2 C 62/21



OBERVERWALTUNGSGERICHT DES SAARLANDES

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Normenkontrollverfahren

1. der A. , A-Straße, A-Stadt,
2. der C. , A-Straße, A-Stadt,

- Antragstellerinnen -

Prozessbevollmächtigte zu 1-2: Rechtsanwälte B., B-Straße, B-Stadt,

gegen

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

- Antragsgegner -

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

w e g e n **Seuchenrechts (Rechtsverordnung Corona, Möbelhäuser)**

hat der 2. Senat des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes in Saarlouis durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Bitz, den Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Kiefer und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Vohl aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. September 2022

für R e c h t erkannt:

Es wird festgestellt, dass § 7 Abs. 3 der Rechtsverordnung des Antragsgegners zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) in den Fassungen vom 18.2.2021, vom 26.2.2021 und vom 6.3.2021 unwirksam war, soweit er den Betrieb von Einrichtungs- und Möbelhäusern verbot.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Antragstellerinnen betreiben drei Möbel- und Einrichtungshäuser in C-Stadt (Antragstellerin zu 1) sowie in D-Stadt und A-Stadt (beide Antragstellerin zu 2). Am 25.2.2021 stellten sie einen Normenkontrollantrag wegen des Betriebsverbots durch § 7 Abs. 3 der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) in der Fassung vom 18.2.2021. Mit Blick auf die am 26.2.2021 verkündete Änderung der Verordnung, die gemäß dessen § 14 Abs. 1 Satz 1 am 1.3.2021 in Kraft trat, beantragten sie mit Schriftsatz vom 1.3.2021,

1. § 7 Abs. 3 der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) in der Fassung vom 26.2.2021 für unwirksam zu erklären, soweit die Vorschrift den Betrieb von Einrichtungs- und Möbelhäusern verbietet,

hilfsweise,

2. § 7 Abs. 3 der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) in der Fassung vom 26.2.2021 für unwirksam zu erklären, soweit die Vorschrift den Betrieb von Einrichtungs- und Möbelhäusern außerhalb von Innenstädten verbietet,

weiter hilfsweise,

3. § 7 Abs. 3 der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) in der Fassung vom 26.2.2021 für unwirksam zu erklären, soweit die Vorschrift den Betrieb von Einrichtungs- und Möbelhäusern der Antragstellerinnen außerhalb von Innenstädten verbietet.

Die einschlägigen Bestimmungen im § 7 Abs. 3 VO-CP lauteten in der Fassung vom 26.2.2021:¹

„(3) Untersagt ist die Öffnung von Ladengeschäften des Einzelhandels sowie die Öffnung von Ladenlokalen, deren Betreten zur Entgegennahme einer Dienst- oder Werkleistung erforderlich ist. Von dem Verbot des Satzes 1 ausgenommen sind

- 1. Lebensmittelhandel, auch Getränkemärkte und Wochenmärkte, deren Warenangebot den zulässigen Einzelhandelsbetrieben entspricht, Direktvermarkter von Lebensmitteln,*
- 2. Abhol- und Lieferdienste,*
- 3. Tierbedarfsmärkte und Futtermittelmärkte,*
- 4. Banken und Sparkassen,*
- 5. Apotheken, Drogeriemärkte und Sanitätshäuser, Reformhäuser,*
- 6. Optiker und Hörgeräteakustiker,*
- 7. Post und sonstige Annahmestellen des Versandhandels,*
- 8. Tankstellen, Raststätten,*
- 9. Reinigungen und Waschsaloons,*

¹ Amtsbl. I, S. 463, 466

10. Zeitungskioske, Zeitungsverkaufsstellen,
11. Online-Handel,
12. Babyfachmärkte,
13. Werkstatt und Reparaturannahmen,
14. Heilmittelerbringer und Gesundheitsberufe,
15. Großhandel,
16. karitative Einrichtungen,
17. die Außenbereiche von Gärtnereien, Gartenbaubetrieben, Gartenmärkten und ähnlichen Einrichtungen, soweit sich der Verkauf auf das für den Gartenbau oder Pflanzenverkauf typische Angebot beschränkt.

Mischsortimente in SB-Warenhäusern oder Vollsortimentgeschäften sowie in Discountern und Supermärkten und sonstigen Ladengeschäften dürfen 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. Ein Bewerben über das Betriebsgelände hinaus von Warenarten oder Sortimenten, die nicht unter die Nummern 1 bis 10 und 12 bis 14 und 17 des Satzes 2 fallen, ist diesen Betrieben allerdings untersagt. Eine Ausweitung des Angebots über das zum 12. Dezember 2020 geltende Angebot hinaus ist grundsätzlich nicht erlaubt. Abweichend von Satz 1 dürfen Ladengeschäfte des Einzelhandels oder Ladenlokale, deren Betreten zur Entgegennahme einer Dienst- oder Werkleistung erforderlich ist, öffnen, wenn nach vorheriger Vereinbarung Einzeltermine vergeben werden, bei denen höchstens einer Kundin oder einem Kunden sowie einer weiteren Person aus deren oder dessen Hausstand zeitgleich Zutritt gewährt wird. Bei den Einzelterminen sind die notwendigen Hygiene- und Lüftungsmaßnahmen einzuhalten und Kundenbegegnungen zu vermeiden.“

Zur Begründung ihres Normenkontrollantrags verwiesen die Antragstellerinnen auf ihre Ausführungen in dem gleichzeitig anhängig gemachten Eilverfahren (Az.: 2 B 63/21). Dort machten sie insbesondere geltend, in ihren Möbelhäusern könne die Virusübertragung durch betriebliche Hygieneschutzmaßnahmen wirksam unter-

bunden werden. Zusätzlich seien sie bereit, Kunden vor dem Betreten Corona-Schnelltests anzubieten. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG i.V.m. § 28a Abs. 1 IfSG könne als Rechtsgrundlage nicht dem verfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt und dem Wesentlichkeitsgrundsatz genügen. Angesichts des deutlichen Rückgangs der Infektionszahlen und der vollen Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems seien die Maßnahmen nicht erforderlich. Die Regelung sei auch unangemessen. Sie greife massiv in das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und in das von der Eigentumsgarantie erfasste Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (Art. 14 Abs. 1 GG) ein. Des Weiteren sei ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG gegeben. Die Privilegierung der Läden mit einem Mischsortiment sei nicht nachvollziehbar. So dürften etwa Babyfachmärkte kinderspezifische Möbel im persönlichen Kontakt verkaufen. Die angegriffene Regelung habe zum Rückgang von Neuaufträgen in existenzbedrohendem Umfang geführt.

Am 9.3.2021 stellten die Antragstellerinnen ihre Anträge im vorliegenden Normenkontrollverfahren erneut um und wandten sich nunmehr gegen den § 7 Abs. 3 VO-CP in der Fassung vom 6.3.2021. Mit Beschluss vom 10.3.2021 - 2 B 63/21 - hat der Senat den § 7 Abs. 3 VO-CP in der Fassung vom 6.3.2021 vorläufig außer Vollzug gesetzt.

Die Antragstellerinnen haben danach mitgeteilt, dass das Normenkontrollverfahren fortgesetzt werden soll. Sie tragen vor, sie hätten ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit der außer Kraft getretenen Norm. Zunächst sei eine Wiederholungsgefahr zu bejahen. Unter Berücksichtigung der bisherigen Entwicklung der Pandemie, aus der sich erfahrungsgemäß herleiten lasse, dass die Infektionszahlen in den kälteren Jahreszeiten steigen würden, und des Umstands, dass bislang ein beträchtlicher Teil der Bevölkerung noch nicht vollständig geimpft sei, bestehe nach wie vor die realistische und naheliegende Gefahr, dass sie in naher Zukunft erneut durch entsprechende Schließungsanordnungen für den Einzelhandel betroffen sein könnten. Hinzu komme, dass Virusvarianten entstünden, gegen die bisherige Impfstoffe eine geringere Wirkung hätten (sogenann-

te Immun-Escape-Varianten). Dass erneut steigende Infektionszahlen und damit einhergehend eine drohende Überlastung des Gesundheitssystems in den kommenden Monaten dazu führen könnten, dass erneut Kontaktbeschränkungen erforderlich würden, ergebe sich aus der 11. Stellungnahme des ExpertInnenrates der Bundesregierung zu COVID-19 vom 8.6.2022. Bei dieser Bewertung sei sogar noch unberücksichtigt geblieben, dass mit der Omikron-Variante BA.2.75. in Indien eine besonders ansteckende Variante des Corona-Virus entdeckt worden sei. Der Presse sei zu entnehmen, dass zu befürchten sei, dass diese sich möglicherweise schnell ausbreiten und die Immunität von Impfstoffen und nach früheren Infektionen umgehen könnte. Das Mutationsprofil dieser Variante deute auf ausgeprägte Immunfluchteigenschaften hin. Das berechtigte Feststellungsinteresse ergebe sich ferner aus den tiefgreifenden Grundrechtseingriffen in Verbindung mit der sich typischerweise kurzfristig erledigenden Verordnung. Mit Blick auf die durchschnittliche Verfahrensdauer rechtshängiger Normenkontrollverfahren sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keine gerichtliche Überprüfung der Verordnung in einem gerichtlichen Hauptsacheverfahren möglich gewesen. Dies werde durch die Dauer dieses Normenkontrollverfahrens bestätigt. Die Schließungsanordnungen für den Einzelhandel hätten erhebliche Grundrechtseingriffe, z. B. in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG, in die Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG und eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG für sie zur Folge gehabt. Die genannten Grundrechte seien gemäß Art. 19 Abs. 3 GG dem Wesen nach auf sie als juristische Personen anwendbar. Der Betrieb eines Handelsgeschäfts, wie sie es unter dem Familiennamen ihres Gründers in der Form einer juristischen Person betreiben würden, sei eine von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte gewerbliche Tätigkeit, in die durch die Anordnung zur Schließung von Handelsgeschäften durch die streitgegenständliche Verordnung in erheblicher Weise eingegriffen worden sei. Sie, die Antragstellerinnen, hätten daher ein rechtliches Interesse an der nachträglichen Feststellung, ob diese Maßnahme mit den betroffenen Grundrechten vereinbar war. Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse bestehe auch dann, wenn sich der Grundrechtseingriff nicht aus einem einzelnen Verwaltungsakt, sondern wie hier aus einer abstrakt-generellen Verordnung ergebe. Schließlich liege ein Feststellungsinteresse deshalb vor, weil die Entscheidung

des Senats in der Hauptsache eine Bindungswirkung für nachfolgende Schadensersatz- bzw. Entschädigungsprozesse vor den Zivilgerichten entfalte. Die Vorbereitung eines Amtshaftungs- bzw. Entschädigungsprozesses sei als Fortsetzungsfeststellungsinteresse anerkannt. Sie beabsichtigten ernsthaft einen Amtshaftungs- bzw. Entschädigungsanspruch im Nachgang zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren anhängig zu machen. Bereits in dem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz sei dargelegt worden, dass sie vom 16.12.2020 bis 23.2.2021 lediglich knapp 1.450 Neuaufträge zu verzeichnen gehabt hätten, während es im Vorjahreszeitraum fast 80.000 Neuaufträge gewesen seien. In diesem Antrag sei weiterhin ausgeführt worden, dass durch die Schließung ein Umsatzverlust in Höhe von 28,30 % im Vergleich zum Vorjahreszeitraum entstanden sei. Dieser auf der Betriebsschließung resultierende Verlust könne auch nicht durch die ausgezahlten Überbrückungshilfen kompensiert werden. Ergänzend verweisen die Antragstellerinnen auf die von ihnen vorgelegte, in einer Tabelle zusammengefasste Schadensberechnung. In dieser Tabelle seien für den Zeitraum vom 16.12.2020 bis 31.5.2021 die durch die Schließung der Einrichtungshäuser bedingten starken Auftragseingänge dokumentiert. Hierbei seien die Auftragseingänge für die genannte Zeitspanne des Jahres 2021 mit den Auftragszahlen aus dem Jahr 2019 vor der Pandemie verglichen worden. Die in Anlehnung an die Zahlen aus dem Jahr 2019 ermittelten geplanten Roherträge seien bedingt durch die Schließungen deutlich unterschritten worden. Im Ergebnis seien der Tabelle die ihnen entgangenen Gewinne als Schadensposten zu entnehmen. Bei der Schadensberechnung seien sämtliche pandemiebedingten Einsparungen und die erhaltenen Überbrückungshilfen berücksichtigt worden. Die Entscheidung des BGH vom 17.3.2022 – III ZR 79/21 – schließe die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht aus. Der entscheidende Unterschied zwischen dem vorliegenden Fall und dem Fall, der der Entscheidung des BGH zugrunde gelegen habe, liege darin, dass die Corona-Verordnung, die Gegenstand der Entscheidung des BGH gewesen sei, anders als im vorliegenden Fall rechtmäßig gewesen sei. Ansprüche aus dem Haftungsinstitut des enteignenden Eingriffs und aus Amtshaftung seien nicht von vorne herein ausgeschlossen. Der zulässige Normenkontrollantrag sei auch begründet. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweisen

die Antragstellerinnen insoweit auf ihr Vorbringen in dem erwähnten Eilverfahren 2 B 63/21.

Die Antragstellerinnen beantragen,

festzustellen, dass § 7 Abs. 3 der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) in den Fassungen vom 18.2.2021, vom 26.2.2021 und vom 6.3.2021 unwirksam war, soweit die Vorschriften den Betrieb von Einrichtungs- und Möbelhäusern verboten haben.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Er macht geltend, der Normenkontrollantrag sei unzulässig. Zum einen sei nicht hinreichend dargelegt, dass die Feststellung der Vorbereitung eines Schadensersatz-/Entschädigungsanspruchs dienen könne. Für die Annahme eines berechtigten Interesses an der begehrten Feststellung müsse substantiiert dargelegt werden, dass die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen oder einer Entschädigung ernsthaft beabsichtigt sei. Voraussetzung hierfür sei, dass eine Klage auf Schadensersatz oder Entschädigung anhängig oder ihre alsbaldige Erhebung mit hinreichender Sicherheit zu erwarten sei. Derartiges sei hier weder vorgetragen worden noch sonst erkennbar. Nach dem Urteil des BGH vom 17.3.2022 - III ZR 79/21 - scheidet jeglicher Schadensersatzanspruch, auch bei unterstellter rechtswidriger Verordnung, aus. Zum einen komme § 60 SPolG nicht zur Anwendung, da die Landesregierung nicht als Polizeibehörde zu qualifizieren sei. Ein Amtshaftungsanspruch sei ebenfalls ausgeschlossen, weil die öffentliche Hand insoweit gegenüber den Antragstellerinnen keine drittbezogene Amtspflicht verletzt haben könne. Ein Entschädigungsanspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs komme nach der vor zitierten Entscheidung des BGH ebenfalls nicht in Betracht, da dieser Entschädigungsanspruch nicht die Fälle legislativen Unrechts

erfassen, in denen durch eine rechtswidrige bzw. verfassungswidrige gesetzliche Norm oder auf ihrer Grundlage durch Verwaltungsakt oder eine untergesetzliche Norm in eine durch Artikel 14 GG geschützte Rechtsposition eingegriffen werde. Darüber hinaus hätten die Antragstellerinnen einen Schaden nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Es sei eine Schadensberechnung vorgelegt worden, die den Zeitraum vom 16.12.2020 bis 31.5.2021 ausweise. Streitgegenständlich seien jedoch die Verordnungen vom 18.2.2021, 26.2.2021 und 6.3.2021. Insofern könne der Zeitraum für etwaige Schadensersatzansprüche, die auf den streitgegenständlichen Verordnungen beruhen sollten, nicht am 16.12.2020 beginnen. Die Aufstellung lasse weiter unberücksichtigt, dass durch Beschluss des OVG des Saarlandes vom 10.3.2021 - 2 B 63/21 - der § 7 Abs. 3 VO-CP in der dann geltenden Fassung vom 6.3.2021 vorläufig außer Vollzug gesetzt worden sei. Ungeachtet dessen werde ein Schaden für einen Zeitraum bis zum 31.5.2021 zugrunde gelegt. Inwieweit innerhalb des kurzen Zeitraums vom 25.2.2021 (Eingang des Normenkontrollantrags) bis zum 10.3.2021 überhaupt ein Schaden entstanden sei, sei weder hinreichend dargelegt noch aus den vorgelegten Unterlagen erkennbar. Die Voraussetzungen für ein Feststellungsinteresse wegen Wiederholungsgefahr seien von den Antragstellerinnen ebenfalls nicht dargelegt worden. Ein Feststellungsinteresse ergebe sich auch nicht aus dem Umstand, dass die angeordneten Betriebseinschränkungen mit einem Eingriff in das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verbunden gewesen seien. Die Antragstellerinnen als juristische Personen des privaten Rechts könnten ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse aufgrund des Art. 19 Abs. 4 GG nicht geltend machen. Gemäß Art. 19 Abs. 3 GG würden die Grundrechte zwar auch für inländische juristische Personen gelten, soweit sie ihrem Wesen nach anwendbar seien. Hinsichtlich der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Grundrechts auf Berufsausübung auf die Antragstellerinnen bestünden keine Bedenken. Allerdings habe dieses Grundrecht neben der erwerbswirtschaftlichen Seite auch einen Persönlichkeitsbezug, da es dem „Streben nach Glückseligkeit“ bzw. der Selbstverwirklichung durch die Ausübung eines Berufes diene. Diesem persönlichkeitsrechtlichen Aspekt komme bei inländischen juristischen Personen des Privatrechts wie den Antragstellerinnen keine Bedeutung zu. Bei diesen beschränke sich die Grundrechtsverwirklichung

auf wirtschaftliche Erwerbszwecke. Diesem rein wirtschaftlichen Interesse an Gewinnerzielung werde aber in ausreichendem Maße dadurch Rechnung getragen, dass die Antragstellerinnen durch die substantiierte Darlegung ihrer Absicht, Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche geltend zu machen, die nachträgliche Feststellung der Unwirksamkeit der außer Kraft getretenen Norm erreichen könnten. Ein darüber hinausreichender Nutzen der begehrten Feststellungsentscheidung für die Antragstellerinnen sei nicht zu erkennen. Hinzu komme, dass vorliegend im einstweiligen Rechtsschutzverfahren die angegriffene Verordnung durch Beschluss vom 10.3.2021 – 2 B 63/21 – außer Vollzug gesetzt worden sei. Insoweit könne ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit im Hauptsacheverfahren nicht mehr geltend gemacht werden, da der Gewährung effektiven Rechtsschutzes bereits durch die Entscheidung im Eilverfahren ausreichend Rechnung getragen worden sei. Der Normenkontrollantrag sei auch unbegründet. Soweit eine grundrechtswidrige Ungleichbehandlung gegenüber anderen geöffneten Bereichen des Wirtschaftslebens geltend gemacht werde, führe dies nicht zur Unwirksamkeit der angegriffenen Regelung. Es sei schon zweifelhaft, ob und inwieweit der Vorwurf gleichheitswidriger Behandlung zu den Bereichen der Wirtschaft, in denen weiterhin wirtschaftliche Betätigung möglich sei, überhaupt eine Unwirksamkeit der angegriffenen Bestimmungen nach sich ziehen könne. Bei Differenzierungen sei der Verordnungsgeber zwar an den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG gebunden. Für den Rechtsbereich der Gefahrenabwehr, wie das Infektionsschutzgesetz, sei aber zu berücksichtigen, dass die Verwaltung ihre Entscheidungen oftmals – wie in der zurückliegenden Krisensituation – unter Zeitdruck und unter Bedingungen einer sich ständig verändernden Lage zu treffen habe. Nach der Begründung der Verordnung sei davon auszugehen, dass keine Willkürentscheidung getroffen worden sei. Ein Verstoß der angegriffenen Bestimmung der Verordnung gegen höherrangiges Recht lasse sich nicht feststellen. Die Beschränkungen der Betriebe der Antragstellerinnen stellten sich unter Berücksichtigung des dem Verordnungsgeber in Anbetracht der seinerzeit erheblichen Unsicherheiten in Bezug auf die weiteren Entwicklungen hinsichtlich der Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen zur Eindämmung der Verbreitung des seinerzeit neuartigen Coronavirus eingeräumten Einschätzungs- und Prognos-

spielraums als verhältnismäßig dar. Es stelle keine unangemessene Grundrechtseinschränkung dar, wenn der Ordnungsgeber bestehende Schutzmaßnahmen mit Bedacht und auch nur schrittweise aufhebe, um den erreichten Rückgang des Infektionsgeschehens zu sichern und fortzuführen und damit die Voraussetzungen für eine weitere Aufhebung oder Lockerung freiheitsbeschränkender Maßnahmen zu schaffen. Der Ordnungsgeber dürfe bei der Entscheidung, welche Betriebe und Einrichtungen wieder geöffnet werden dürfen, an typisierende, pauschalierende Merkmale anknüpfen und hierbei einzelne Bereiche auch ungleich behandeln, soweit dies - wie hier - von sachlichen Gründen getragen sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichtsakten dieses Verfahrens und des beigezogenen Eilverfahrens (2 B 63/21) Bezug genommen. Dieser war Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe

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

I.

Die Antragstellerinnen haben ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass der § 7 Abs. 3 der Verordnung des Antragsgegners zur Bekämpfung der Coronapandemie (VO-CP) in den Fassungen vom 18.2.2021, vom 26.2.2021 und vom 6.3.2021 rechtswidrig und damit unwirksam gewesen ist, soweit er den Betrieb von Einrichtungs- und Möbelhäusern verbot.

Ein Antrag auf Kontrolle einer außer Kraft getretenen Rechtsnorm ist nur in engen Grenzen zulässig². Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts³

² 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.

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 berechtigtes Interesse an der Feststellung hat, dass die Norm ungültig war⁴. 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.⁵ Voraussetzung ist allerdings, dass ein Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozess tatsächlich beabsichtigt wird und dieser nicht offensichtlich aussichtslos ist.⁶ Daher ist darzutun, was konkret angestrebt wird; hierzu gehört auch eine zumindest annähernde Angabe der Schadenshöhe. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, denn die Antragstellerinnen haben glaubhaft vorgetragen, Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche gegenüber dem Antragsgegner für die von ihm ergriffenen Maßnahmen geltend zu machen. Zum Schadensausmaß haben die Antragstellerinnen

³ 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

⁴ vgl. BVerwG, Beschluss vom 2.9.1983, aaO.

⁵ 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

⁶ 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 –

mit ihrem Schriftsatz vom 30.8.2022 eine Schadensberechnung vorgelegt. In der betreffenden Tabelle sind für den Zeitraum vom 16.12.2020 bis 31.5.2021 die durch die Schließung der Einrichtungshäuser bedingten Auftragsrückgänge und der dadurch angeblich entstandene Schaden (unter Berücksichtigung der pandemiebedingten Einsparungen und der erhaltenen Überbrückungshilfen) dokumentiert worden. Dies genügt 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, dass die Schadensberechnung den Zeitraum vom 16.12.2020 bis 31.5.2021 umfasse und dass die Regelung bereits am 10.3.2021 außer Vollzug gesetzt worden sei. Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Antragstellerinnen ihren Schaden für die hier relevanten Zeiträume zwischen dem Inkrafttreten der Norm und ihrem Außerkrafttreten im Einzelnen beziffern können. Eine derartige zeitgenaue Schadensberechnung haben die Antragstellerinnen im Übrigen in der mündlichen Verhandlung für die Zeit vom 25.2.2021 bis 10.3.2021 (getrennt nach den von ihnen betriebenen drei Einrichtungshäusern) vorgelegt. Unter Zugrundelegung des hier gebotenen Maßstabs lässt sich ferner nicht feststellen, dass ein Entschädigungsanspruch der Antragstellerinnen aus enteignungsgleichem Eingriff bereits jetzt als offensichtlich aussichtslos zu bewerten ist.⁷ 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 Grundlage durch Verwaltungsakt oder eine untergesetzliche Norm in eine durch Art. 14 GG geschützte

⁷ 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

Rechtsposition eingegriffen wird, erfasst.⁸ Aus der weiteren Rechtsprechung des BGH⁹ 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. Diese Konstellation liegt hier vor. Die in Rede stehende Betriebsuntersagung aufgrund des § 7 Abs. 3 VO-CP litt – wie noch ausgeführt wird – an nicht auf die Ermächtigungsnorm zurückgehenden Nichtigkeitsgründen. 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,¹⁰ kann abschließend nur von den nach der Rechtswegzuständigkeit dazu berufenen ordentlichen Gerichten beantwortet werden.

Demnach besteht ein Feststellungsinteresse der Antragstellerinnen, da die beabsichtigte Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen wegen der streitgegenständlichen Betriebsschließung jedenfalls nicht von vorneherein offensichtlich aussichtslos erscheint.

II.

⁸ 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

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

¹⁰ so im Ergebnis zuletzt OVG Bautzen, Urteil vom 5.9.2022 – 3 C 29/20 –, Juris, dort Rn 23

Der Antrag ist auch begründet. Die Antragstellerinnen haben einen Anspruch auf die begehrte Feststellung, dass der § 7 Abs. 3 VO-CP in den Fassungen vom 18.2.2021, vom 26.2.2021 und vom 6.3.2021 unwirksam war, soweit er den Betrieb von Einrichtungs- und Möbelhäusern verbot. Die Regelung verstieß gegen höherrangiges Recht.

Rechtsgrundlage für die streitigen Verordnungsbestimmungen ist § 32 Satz 1 und 2 i.V.m. den §§ 28 Abs. 1 Satz 1 und 2, 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG vom 20.7.2000 (BGBl. I S. 1045), geändert durch Gesetz vom 18.11.2020 (BGBl. I S. 2397). Mit der Schaffung des § 28a IfSG haben sich mögliche Bedenken in Hinblick auf die Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage des § 28 Abs. 1 IfSG und die Wahrung des Parlamentsvorbehalts¹¹ erledigt. In § 28a Abs. 1 IfSG hat der Gesetzgeber einen Katalog möglicher notwendiger Schutzmaßnahmen in Sinne des § 28 Abs. 1 IfSG zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) aufgestellt und in § 28a Abs. 3, 5 und 6 IfSG weitere Vorgaben für den Erlass von Schutzmaßnahmen getroffen. Nach § 28a Abs. 1 IfSG können notwendige Schutzmaßnahmen in Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG durch den Deutschen Bundestag unter anderem die Schließung oder Beschränkung von Betrieben, Gewerben, Einzel- oder Großhandel (Nr. 14) sein. Der Gesetzgeber hat damit Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmt sowie die wesentlichen Entscheidungen getroffen und nicht der Exekutive überlassen.¹² Bedenken im Hinblick auf die rechtlichen Anforderungen an den Parlamentsvorbehalt und den Wesentlichkeitsgrundsatz in Bezug auf die Ermächtigungsgrundlage bestehen daher nicht.

1. Der § 7 Abs. 3 VO-CP in den Fassungen vom 18.2.2021, vom 26.2.2021 und vom 6.3.2021 verletzte aber, soweit er den Betrieb von Einrichtungs- und Möbel-

¹¹ Vgl. etwa OVG des Saarlandes, Beschluss vom 10.11.2020 - 2 B 308/20 -, juris

¹² Vgl. OVG Bremen, Urteil vom 19.4.2022 - 1 D 126/21 -, juris

häusern verbot, die Grundrechte der Antragstellerinnen aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsausübungsfreiheit) und aus Art. 14 GG (Eigentum, Gewerbebetrieb).

Die sich aus dem § 7 Abs. 3 VO-CP ergebende Einschränkung der Betriebe der Antragstellerinnen, die im Wesentlichen einer Schließung für den Publikumsverkehr gleichkam, war zur Verhinderung der Weitergabe des SARS-CoV-2 Virus nicht erforderlich. Dabei ist zunächst davon auszugehen, dass sich auf einer großen Fläche, wie sie die Möbelhäuser der Antragstellerinnen bieten, die Kunden besser aus dem Weg gehen können als auf kleiner Fläche und dass sich infolgedessen die Häufigkeit der Begegnungen ohne größere Schwierigkeiten auf ein Minimum reduzieren lässt.¹³ Dies gilt auch, soweit es um den Ein- und Ausgangsbereich sowie den Bereich von Treppen und Rolltreppen geht; insoweit können organisatorische Maßnahmen zur Einhaltung von Mindestabständen getroffen werden. Anders als etwa bei vielen großflächigen Einzelhandelsbetrieben oder bei Bau- und Gartenmärkten geht von den Möbelhäusern der Antragstellerinnen auch keine „Sogwirkung“ mit der Folge eines erhöhten Infektionsrisikos aus; aus infektionsschutzrechtlicher Sicht unbedingt zu vermeidende „Menschenansammlungen“ mit einer Vielzahl „unnötiger“ physisch-sozialer Kontakte sind in den Geschäften der Antragstellerinnen nicht zu erwarten. Dem verbleibenden Ansteckungsrisiko konnte daher mit mehreren Schutzmaßnahmen Rechnung getragen werden, die als mildere, in ihrer Gesamtwirkung aber ähnlich effektive Mittel anzusehen sind. Hierzu zählen insbesondere die von den Antragstellerinnen bereits im Eilverfahren 2 B 63/21 dargelegten betrieblichen Hygieneschutzmaßnahmen wie etwa das Anbieten von Schnelltests vor Betreten des Einrichtungshauses, Einlass nur nach vorheriger Temperaturmessung, erhöhte Anforderungen an die von den Beschäftigten und Kunden zu tragenden Mund-Nasen-Bedeckungen oder technische Maßnahmen zum Austausch oder zur Reinigung der Raumluft.¹⁴ Damit konnte den Infektionsgefahren, selbst wenn man eine im Vergleich mit dem sonstigen Einzelhandel relativ lange Aufenthaltsdauer der Kunden in den Einrichtungshäusern der Antragstellerinnen annimmt, ebenso wirksam begegnet werden. Zu den hinrei-

¹³ Vgl. OVG Schleswig, Beschluss vom 14.4.2021 - 3 MB 13/21 -, juris

¹⁴ Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom, 4.3.2021 - 13 MN 89/21 -, juris

chend effektiven Mitteln, um eine Virusverbreitung zu verhindern, gehört auch eine deutliche Beschränkung der Kundenzahl pro Flächen- oder Zeiteinheit. Insoweit war es aber völlig unverhältnismäßig, dass in dem § 7 Abs. 3 Satz 7 VO-CP in der Fassung vom 26.2.2021 bei der Regelung des „Einkaufens nach Terminbuchung“ (sog. *Click and Meet*) in den großflächigen Möbelhäusern der Antragstellerinnen nur einem einzigen Kunden bzw. einer Kundin zuzüglich einer weiteren Person aus dessen bzw. deren Hausstand Zutritt gewährt werden durfte. In der nachfolgenden, vom Senat außer Vollzug gesetzten Regelung des § 7 Abs. 3 VO-CP in der ab dem 8.3.2021 geltenden Fassung befand sich zwar (immerhin) eine Beschränkung auf einen Kunden (mit einem Haushaltsangehörigen) pro 40 Quadratmeter. Auch diese Regelung wurde jedoch vom Senat – unter anderem mit Blick darauf, dass der Verordnungsgeber in allen anderen Fällen nach dem § 4 Abs. 1 Satz 1 VO-CP eine Flächenuntergrenze von 15 qm Verkaufsfläche als infektionsschutzrechtlich unbedenklich angesehen hatte – beanstandet.¹⁵ Auch aus heutiger Sicht lag ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Grundrechte der Antragstellerinnen darin, dass überhaupt kein Kunde (Fassung vom 18.2.2021), nur ein Kunde mit einem Haushaltsangehörigen (Fassung vom 26.2.2021) bzw. ein Kunde pro 40 Quadratmeter (Fassung vom 6.3.2021) in den – sehr großen – Geschäften der Antragstellerinnen zugelassen wurde.

2. Die Bestimmung des § 7 Abs. 3 VO-CP in den Fassungen vom 18.2.2021, vom 26.2.2021 und vom 6.3.2021 erweist sich des Weiteren wegen der gleichheitswidrigen Belastung der Antragstellerinnen gegenüber den privilegierten Einzelhandelsbetrieben als materiell rechtswidrig.

Die den Privilegierungskatalog für zahlreiche von dem Verbot der Öffnung ausgenommenen Einzelhandelsbetriebe im § 7 Abs. 3 Satz 2 VO-CP ergänzende Vorgabe in § 7 Abs. 3 Satz 3 VO-CP über die Zulässigkeit des Verkaufs von Mischsortimenten beinhaltete aus Sicht der Antragstellerinnen einen Verstoß gegen den Art. 3 Abs. 1 GG.

¹⁵ Vgl. OVG des Saarlandes, Beschluss vom 9.3.2021 - 2 B 58/21 -, juris

Wenn sich der Ordnungsgeber dafür entscheidet, bestimmte Betriebe und Dienstleistungen zu verbieten, ist er bei der Ausgestaltung der hierzu getroffenen Regelungen an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden. Dieser gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können. Zwar verwehrt Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen aber stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.¹⁶ Der allgemeine Gleichheitssatz enthält nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keinen für jeden Regelungsbereich in gleicher Weise geltenden Maßstab. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen reichen die Grenzen für die Normsetzung vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitsanforderungen. Insoweit gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen.¹⁷ Der jeweils aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Maßstab gilt für die normsetzende Exekutive entsprechend. Jedoch ist der dem Ordnungsgeber zukommende Gestaltungsspielraum enger. Ein solcher besteht von vornherein nur in dem von der gesetzlichen Ermächtigungsnorm abgesteckten Rahmen (Art. 80 Abs. 1 GG). Der Ordnungsgeber darf keine Differenzierungen vornehmen, die über die Grenzen einer formell und materiell verfassungsmäßigen Ermächtigung hinaus eine Korrektur der Entscheidungen des Gesetzgebers bedeuten würden. In diesem Rahmen muss er nach dem Gleichheitssatz im wohlverstandenen Sinn der ihm erteilten Ermächtigung handeln und

¹⁶ vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 S 677/21 –, unter Hinweis auf die st. Rspr., des BVerfG, Beschluss vom 15.7.1998 - 1 BvR 1554/89 u.a. - BVerfGE 98, 365, 385; Beschluss vom 21.6.2011 - 1 BvR 2035/07 - BVerfGE 129, 49, 68 f.; Urteil vom 19.2.2013 - 1 BvL 1/11 u.a. - BVerfGE 133, 59, 86

¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 21.7.2010 - 1 BvR 611/07 u.a. - BVerfGE 126, 400, 416; Beschluss vom 18.7.2012 - 1 BvL 16/11 - BVerfGE 132, 179, 188

hat sich von sachfremden Erwägungen freizuhalten.¹⁸ Er muss daher den Zweckerwägungen folgen, die im ermächtigenden Gesetz angelegt sind. Gesetzlich vorgegebene Ziele darf er weder ignorieren noch korrigieren.¹⁹ Anordnungen von Betriebsschließungen und Beschränkungen von Betrieben haben sich mithin an den Zwecken der Verordnungsermächtigung nach § 32 Satz 1 i.V.m. § 28a IfSG auszurichten, wenn sie Ungleichbehandlungen vornehmen. Der § 28a Abs. 6 Satz 2 IfSG bestimmt, dass bei Entscheidungen über Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) soziale, gesellschaftliche und wirtschaftliche Auswirkungen auf den Einzelnen und die Allgemeinheit einzubeziehen und zu berücksichtigen sind, soweit dies mit dem Ziel einer wirksamen Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vereinbar ist. Bei der Ermittlung der Gleichheits- oder Ungleichheitskriterien im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG kommt es hier nur auf seuchenrechtlich relevante Tatbestände, Umstände und Gesichtspunkte am Maßstab des Ziels an, mit dem streitgegenständlichen Öffnungsverbot eine weitere Ausbreitung des Corona-Virus (SARS-CoV-2) zu verhindern.²⁰

Eine solche seuchenrechtlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung enthielt die Mischsortimentsklausel des § 7 Abs. 3 Satz 3 VO-CP in den Fassungen vom 18.2.2021, vom 26.2.2021 und vom 6.3.2021 für die spezialisierten Einzelhändler, die ein Warensortiment handeln, das nicht sie, demgegenüber aber die großen SB-Warenhäuser, Vollsortimenter, Discounter und Supermärkte bedienen konnten.²¹ Zwar gehört die Anschaffung von Möbeln nicht zur Versorgung mit Gütern der täglichen Lebensführung bzw. der Grundversorgung der Bevölkerung mit solchen Gütern.²² Jedoch haben die Einrichtungshäuser der Antragstellerinnen neben dem Vollsortiment an Möbeln auch zahlreiche Produkte im Sortiment (z.B.

¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 23.7.1963 - 1 BvR 265/62 - BVerfGE 16, 332, 338 f.; Beschluss vom 12.10.1976 - 1 BvR 197/73 - BVerfGE 42, 374, 387 f.; Beschluss vom 23.6.1981 - 2 BvR 1067/80 - BVerfGE 58, 68, 79; Beschluss vom 26.2.1985 - 2 BvL 17/83 - BVerfGE 69, 150, 160; Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl., Art. 80 Abs. 1 GG Rn. 73).

¹⁹ VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 S 677/21 –, juris

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

²¹ Vgl. OVG des Saarlandes, Urteil vom 21.7.2022 - 2 C 64/21 -, juris

²² Vgl. OVG Schleswig, Beschluss vom 14.4.2021 - 3 MB 13/21 -, juris

Leuchten, Teppiche, Bettwäsche, Wohnzubehör), die von den großen SB-Warenhäuser, Vollsortimenter, Discounter und Supermärkte ohne vergleichbare Beschränkungen verkauft werden durften. Die Antragstellerinnen haben außerdem zutreffend darauf hingewiesen, dass Babyfachmärkte weiterhin kinderspezifische Möbel verkaufen durften. Im Übrigen umfasste der Katalog des § 7 Abs. 3 Satz 2 VO-CP zumindest einzelne Einzelhandelsgeschäfte, die auch nicht im Sinne der Regelungsintention des Ordnungsgebers zur Sicherstellung der täglichen Grundversorgung der Bevölkerung „unbedingt erforderlich“ waren.²³ Die Ungleichbehandlung der Antragstellerinnen gegenüber dem privilegierten Einzelhandel lässt sich nicht mit dem Ziel einer wirksamen Verhinderung der Verbreitung des Coronavirus rechtfertigen. Inwiefern es in den sehr großen Geschäften der Antragstellerinnen, in denen sich die Kunden, wie bereits erwähnt, problemlos aus dem Weg gehen können und in denen, anders übrigens als bei manchen der nach § 7 Abs. 4 VO-CP ohne Flächenvorgaben zulässigen körpernahen Dienstleistungen, keine sportlich-körperlichen Aktivitäten der Kundschaft zu erwarten sind, bei Einhaltung der einschlägigen Hygienevorgaben im Verhältnis zu dem privilegierten Einzelhandel zu einer vergleichsweise höheren Anreicherung der Raumluft mit virenbelasteten Aerosolen und damit zu einem vergleichsweise höheren Infektionsrisiko kommen sollte, der nicht wirksam durch einen regelmäßigen Luftaustausch begegnet werden könnte, erschließt sich nicht.²⁴

Der Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz wird auch nicht dadurch ausgeräumt, dass die ungewisse, in der Praxis restriktiv gehandhabte und auch wegen des kurzen Zeitraums der Geltung der Verordnung schwer zu verwirklichende Möglichkeit bestand, bei der zuständigen Ortspolizeibehörde bei Vorliegen eines atypischen Einzelfalls eine Ausnahmegenehmigung nach § 7 Abs. 9 VO-CP zu beantragen.

Dem Normenkontrollantrag ist daher stattzugeben.

²³ vgl. dazu die amtliche Begründung der Verordnung zur Änderung infektionsrechtlicher Verordnungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 26.2.2021, zu Art. 2 § 7 Abs. 3 VO-CP, Amtsblatt des Saarlandes 2021, Teil I, Seiten 558, 597

²⁴ Vgl. bereits OVG des Saarlandes, Beschluss vom 9.3.2021 - 2 B 58/21 -, juris

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 eine angekündigte Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen die Frage, ob die in der angegriffenen Verordnungsregelung enthaltene Betriebsschließung für nicht privilegierte Einzelhandelsbetriebe gegen höherrangiges Recht verstieß, noch nicht höchstrichterlich geklärt und wegen der Vielzahl der Verfahren von grundsätzlicher Bedeutung ist.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch **Beschwerde** zum Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Die Beschwerde ist **innerhalb eines Monats** nach Zustellung dieses Urteils **bei dem Oberverwaltungsgericht des Saarlandes** (Hausadresse: Kaiser-Wilhelm-Straße 15, 66740 Saarlouis/Postanschrift: 66724 Saarlouis) einzulegen. Sie muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Beschwerde ist **innerhalb von zwei Monaten** nach Zustellung des Urteils zu **begründen**. In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senates der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder ein Verfahrensmangel, auf dem das Urteil beruhen kann, bezeichnet werden.

Die Einlegung und die Begründung der Beschwerde müssen durch einen Rechtsanwalt oder eine sonstige nach Maßgabe des § 67 VwGO vertretungsberechtigte Person oder Organisation erfolgen.

Insoweit gelten die für den elektronischen Rechtsverkehr mit den Verwaltungsgerichten geltenden Regelungen (§§ 55a ff., 55d VwGO). Danach 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 ma-

chen; 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 26.2.2021 auf 100.000,- € festgesetzt (§ 52 Abs. 1 GKG).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

gez. Bitz

Dr. Kiefer

Vohl

Beglaubigt:

Saarlouis, den 27. September 2022

-elektronisch signiert-

Schirra, Justizbeschäftigte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle